

RECURSO ESPECIAL



RECURSO ESPECIAL Nº 6.147-0 — SP

(Registro nº 90.00011719-4)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Antonio Carvalho de Magalhães*

Advogados: *Drs. Eduardo Marcio Mitsui e outro, e Ana Garcia de Aquino e outro*

EMENTA: Administrativo — Demissão conseqüente de processo administrativo — Absolvição na sentença criminal — Reintegração — Prescrição — Decreto 20.910/32 (art. 1º).

1. Pendente de julgamento a imputação criminal pelos mesmos fatos justificadores da demissão administrativa, o prazo prescricional para a ação judicial inicia-se com a sentença transitada em julgado e não do dia do ato demissório concretizado no curso do processo judicial. Assim não se entendendo, o servidor punido administrativamente pela prática de ato considerado criminoso, jamais poderia exercer o direito subjetivo de ação, em razão do inevitável vencimento do prazo prescricional até o trânsito em julgado da sentença absolutória. Logo, nessa hipótese, não se pode imputar-lhe a inércia.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao Recurso, na forma do relatório e no-

tas 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 Garcia Vieira.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Em Ação Ordinária, na qual Investigador Policial, demitido em processo administrativo e absolvido em processo-crime, pretende reintegração no cargo, em sede de apelação o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou a preliminar de prescrição.

Foram rejeitados os Embargos de Declaração opostos.

Inconformada, a Fazenda do Estado interpôs Recurso Extraordinário (art. 119, III, a, da CF/67), alegando que o v. aresto objurgado negou vigência ao artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

Admitido o Recurso, o Colendo Supremo Tribunal Federal converteu-o, **ipso jure**, em Especial.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 117/120.

Opinando pelo improvimento do Recurso, o douto Ministério Público Federal asseverou:

“Com efeito, quer seja procedente, quer não, a pretensão aqui deduzida pelo funcionário punido nasceu no momento em que ficou definitivamente assentado não ter ele praticado ato criminoso.

Prudente a lição declarada por ocasião dos Embargos de Declaração, no sentido de que, de outro modo, o servidor, punido admi-

nistrativamente pela prática de ato considerado criminoso, jamais poderia fazer valer a decisão do juízo criminal em sua vantagem, em razão da inevitável ultrapassagem do prazo de prescrição até o trânsito em julgado daquela decisão absolutória” (fls. 160).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): em ação ordinária, na apelação, o v. aresto repectado, na memória dos fatos antecedentes, delineou estas assertivas:

omissis

“A sentença de fls. 68, acolhendo a prejudicial de prescrição, julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil. E condenou o autor nas custas e honorários.”

.....
“Embora continuamente em debate o tema do fundamento jurídico do instituto da prescrição, há de se reconhecer que ele encerra, sempre, a idéia de inércia; inércia que, por sua vez, acarreta a perda do direito que devia ter sido exercido em tempo certo, mas não o foi. Na verdade, a situação jurídica não pode ficar à mercê da vontade das partes indefinidamente distinguindo a lei **inter desides et vigilantes** (Código, 7, 40, 2, Imp. Justiniano 531, A. D.).

No caso presente, todavia, e ao contrário do que afirma a sentença, esta negligência não existiu: em razão de crime imputado ao apelante foi ele processado administrativamente, a par da ação penal que igualmente se instaurou. Aquele primeiro processo teve trâmite mais rápido, enquanto que este por vários anos se arastou.

Demitido por força de decisão exarada no processo administrativo, não se pode ter como **dies a quo** a data em que esse julgamento ocorreu, para fins de estabelecer o lapso prescricional, eis que pretende a questão na esfera penal. Consoante já decidido anteriormente em caso similar, o fundamento da presente ação ordinária visando à reintegração ao cargo só passou a existir com o trânsito em julgado da sentença penal absolutória; assim, a prescrição só poderia ter por termo inicial a decisão proferida no juízo penal e não a data da decisão em que se decretou a demissão do funcionário (RJTJESP, 93/213 e 99/193).

Antes que qualquer outro argumento, o próprio bom senso repele a imposição da prescrição, pois se assim fosse, o apelante nunca poderia exercer o seu pretendido direito: primeiro, estaria a obstá-lo a existência do processo penal em curso; e, terminado este, já a destempo para o exercício da ação, se recuado o termo inicial até a data em que se ope-

rara a sanção administrativa, teria ele que se conformar com a solução do processo administrativo, ainda que absolvido no processo criminal decorrente do mesmo fato.

Reconhece-se que responsabilidades e sanções são distintas nas duas esferas; não obstante, há indiscutível relacionamento entre ambas e poderá haver, também, repercussão do que se decidiu no juízo penal, no juízo administrativo, quando, por exemplo, o primeiro declara a inexistência do fato ou exclui a autoria.

De tal sorte, e em que pesem os entendimentos contrários, solução mais justa se enquadra entre aquela que dá o dia inicial da contagem do prazo prescricional para interposição de eventual pedido na justiça, a data do trânsito em julgado da decisão criminal.

É para esse fim que se prevê o recurso.

Os autos devem retornar ao primeiro grau de jurisdição para que, desde que afastado o decreto prescricional, se examine o mérito do pedido." (fls. 101 a 103).

A manifestação recursal, **ipso jure**, convertida em Recurso Especial, propondo que houve violação ao Decreto nº 29.910/32 (art. 1º), verificando tratar-se de questão prequestionada, merece ser conhecida para ser examinada.

Feita a reflexão conseqüente ao tema posto no recurso — prescrição

quinqüenal —, imana que o vergastado aresto, forte na argumentação, não ficou debilitado com o desafio contido no recurso. Com efeito, de riste, certamente, elidindo o óbice levantado ao predicamento básico da ação, bem explicitou o julgado:

“... afastava a prescrição porque, a não ser assim, o interessado nunca poderia exercer o seu pretendido direito: primeiro, estaria a obstá-lo a existência do processo penal em curso; e terminado este, já a destempo para o exercício da ação, se recuado o temor inicial até a data em que se operara a sanção administrativa, teria ele que se conformar com a solução do processo administrativo, ainda que absolvido no processo criminal decorrente do mesmo fato (fls. 102/103).

Como se vê, não se negou vigência ao texto legal; apenas se usou de interpretação mais equânime e justa, consoante entendimento já adotado em precedentes anteriores” (fls. 109 e 110).

Essas substanciosas observações, pela estridência do convencimento, encontraram eco nas ponderadas afirmações feitas pela douta Subprocuradoria-Geral da República; assim,

“... de outro modo, o servidor, punido administrativamente pe-

la prática de ato considerado criminoso, jamais poderia fazer valer a decisão do juízo criminal em sua vantagem, em razão da inevitável ultrapassagem do prazo de prescrição até o trânsito em julgado daquela decisão absolutória” (fl. 160).

Mais dizer, sob o alvorejar da fundamentação contida no v. acórdão, em comunhão com os seus predicamentos jurídicos, inócurre a sugerida violação (art. 105, III, a, C. F.), voto improvendo o recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.147-0 — SP — (90.0011719-4) — Relator: O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Eduardo Márcio Mitsui e outro. Recdo.: Antônio Carvalho de Magalhães. Advogados: Ana Garcia de Aquino e outros

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 15.12.93 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 8.880-0 — SP

(Registro nº 91.0004057-6)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrentes: *Jandyra Pamplona de Oliveira e outro*

Recorridos: *Giamar S/A Administração e Participações e outro, e Continental S/A de Crédito Imobiliário — em liquidação extrajudicial*

Advogados: *Drs. Heitor Regina, Jofir Avalone e outros, e Nelma Loricilda Woelzke e outros*

EMENTA: Ação de depósito.

A ação de depósito não é própria para pedido de perdas e danos. Recurso especial não conhecido.

Unânime.

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, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 27 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR,
Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação ordinária de depósito proposta por Jandira Pamplona de Oliveira e Nilza Maria de Oliveira Costa contra Giamar S/A Administração e Participações e outros

“... em razão da custódia de títulos e valores mobiliários, oriunda de investimento financeiro, representado pela aplicação em letras de câmbio e letras imobiliárias, títulos ao portador sob a responsabilidade das sociedades-rés, que teriam se apoderado dos títulos e cupons das autoras, de suas respectivas carteiras de in-

vestimentos, substituindo-os por “obrigações” ou “debêntures”, da própria emissão da empresa Giamar S/A Administrações e Participações, cujos papéis se acham fora do mercado, sem valor ou garantia, de resto, ignorados das apeladas.

Segundo a versão inicial, as letras imobiliárias, que se encontravam em poder da agência da Empresa Continental S/A teriam sido resgatadas pela Empresa Giamar S/A Administrações e Participações, a caracterizar a responsabilidade solidária, na espécie”. (cf. fl. 2.037).

A Egrégia Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, reformou a sentença, julgando as autoras carecedoras da ação, pois embora reconhecendo a existência do contrato de depósito, entendeu que se as depositantes sabiam previamente que os títulos depositados não mais existiam, sem cogitação de caso fortuito ou força maior, a via processual escolhida teria sido inadequada, e a ação cabível seria de outra natureza.

Houve embargos declaratórios, que foram recebidos apenas em parte, para aclarar a verba honorária dos advogados dos recorridos.

Inconformadas, as recorrentes interpuuseram recurso especial com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 282, 283, 286, 289,

331, 901 a 906, do Código de Processo Civil; 1.265 e 1.287, do Código Civil; 24 e parágrafos, da Lei nº 6.385/76, além de dissídio jurisprudencial (fls. 2.166/2.206).

Pelo despacho de fls. 2.220/2.221 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 2.231/2.234).

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A carência da ação foi decretada pelo v. acórdão sob o fundamento de que as autoras ao proporem a ação de depósito declararam em sua inicial que os títulos depositados não mais existiam, portanto a via processual escolhida não era a adequada.

Do v. aresto transcrevo as seguintes considerações:

“... a obrigação de guardar a coisa constitui o traço fundamental do contrato de depósito, mas não o desnatura a realização pelo depositário, de algum serviço relacionado com o melhoramento, a conservação ou a utilização da coisa depositada” (op. cit., pág. 244).

A existência da relação jurídica de depósito ficou suficientemente demonstrada nos autos, nas aplicações das investidoras no mercado financeiro, mas, sucede que, já

na petição inicial, as próprias autoras afirmaram que as coisas depositadas não mais existiam (fls. 13/20), pois teriam sido entregues a terceiros, e convertidos, ou substituídos por obrigações e debêntures.

Se as depositantes sabiam que os títulos depositados não existiam, sem cogitação da ocorrência de caso fortuito ou força maior, é evidente que não cabia a dedução da pretensão inicial, diante da conhecida situação da impossibilidade física da restituição, pela via processual eleita.

Essa questão não foi apreciada, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.516-1, oriundo do mesmo feito, cujos autos figuram em apenso ao 4º volume deste processo, e comporta a definição postulada pelas rés, nesta oportunidade, diante da arguição preliminar, especialmente, na consideração do elucidativo ensinamento de **Adroaldo Furtado Fabrício**:

“Poder-se-ia imaginar caso em que o depositante soubesse e declarasse saber, desde logo, que a coisa depositada se perdera, ou perecera, sem ocorrência, de caso fortuito ou força maior. Talvez parecesse cabível, em tal emergência, que o depositante pedisse a citação do depositário apenas para pagar o equivalente em dinheiro. A verdade, porém, é que o autor careceria da ação de depó-

sito, na situação figurada. Dada a impossibilidade física da restituição, já na inicial proclamada, e face aos termos do art. 901, seria o caso de liminar rejeição da demanda: a pretensão em causa já não é pretensão à restituição mas ao recebimento de valor, a ela não correspondendo nem o procedimento especial aqui examinado, nem a excepcional autorização constitucional (Constituição Federal, art. 153, § 17) e legal (Código Civil, art. 1.287). O procedimento, pois, teria de ser comum” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 8º, tomo III, Forense, Rio, pág. 242).

A impossibilidade libera o depositante (**Clóvis do Couto e Silva**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. XI, Tomo I, ed. Forense, pág. 65), por isso que se extingue a obrigação de restituir, não obstante a subsistência de responsabilidade de outra natureza.

Na realidade, o que pleiteiam as autoras é a restituição do equivalente aos valores depositados, mas, nessa hipótese, é ininvocável o procedimento especial, tal como sucede nos casos de depósito irregular.

A alegação excludente da obrigação de restituir veio produzida pelas apeladas, já no limiar da demanda, o que dispensa a prova que, normalmente, incumbe ao depositário.

Essa solução não acarreta dano patrimonial irreparável às depositantes, que contam com tutela processual adequada, para efeito de sujeitar as rés à obrigação de indenizar, pela impossibilidade da restituição dos bens *in natura*, que implica no pagamento do equivalente, tanto mais em face dos elementos já coligidos no caso vertente, o que facilitará a iniciativa das credoras". (fls. 2.038/2.040)

Da petição creio necessária a transcrição do seguinte trecho:

"XXX — cumpre ainda ressaltar, que os desvios, são ainda maiores, uma vez que as autoras, não tendo jamais autorizado qualquer *desconto* ou *liquidação antecipada de títulos*, nem a sua *liberação da custódia*, tem direito a receber e/ou a considerar os títulos, pelos seus respectivos *valores de resgate* e não pelos seus *valores líquidos*, aqueles nos totais, respectivamente, de Cr\$ 8.781.300,00 e de Cr\$ 2.160.000,00, como demonstrado, além, ainda, dos *resultados*, quer das reaplicações dos títulos vencidos, quer das novas aplicações em dinheiro, quer, ainda, dos rendimentos mensais (cupons) e acréscimos, como novas aplicações, dos títulos das carteiras das autoras;

XXXI — como se comprovou, na verdade, todos os títulos das autoras, *custodiados*, parte diretamente na Continental S/A (Cr\$ 2.000.000,00 em *letras imobiliá-*

rias) e o restante nas rés Giamar, através do cofre nº 171 da agência central desta cidade, do Banco Itáu S/A (e que deveriam retornar ao Comind), foram, graciosamente (*sic!*) entregues pelas responsáveis pelo seu *depósito*, à Dna. Maris Chagas Tonegutti, através de *lançamentos contábeis*, apenas para uma aparência de regularidade, mas cuja explicação ou justificativa, honesta e sadia, evidentemente inexistente!

XXXII — todos esses fatos foram participados e comunicados, para os devidos fins, pelas autoras, quer à Polícia de Campinas, quer ao Banco Central do Brasil, conforme provam os inclusos documentos, sob nºs 118 a 120;

XXXIII — apreensivos com a gravidade de tais fatos e com os valores envolvidos, inclusive com os riscos da perda dos títulos de suas respectivas carteiras, providenciaram as autoras, também, uma *medida cautelar de busca e apreensão* dos títulos em questão, que deverá ficar *apensada* nestes autos, na forma do artigo 809 do CPC, *Proc. nº 1.320/79*, em cujo item XXIV, explicitaram, detalhadamente, os títulos em questão..."

.....
.....
.....

XXXIV — após as diligências cabíveis, certificaram os Srs. Oficiais de Justiça que as rés Giamar e seus responsáveis decla-

raram que os referidos títulos não se encontram em seu poder, tendo, por seu turno, o gerente da ré Continental, informado que as *letras imobiliárias* no montante de Cr\$ 2.000.000,00, “que se encontravam em sua agência, foram resgatadas pela firma Giamar S/A Administração e Participações”, ficando, destarte, caracterizada a responsabilidade solidária da aludida empresa ré; ...”. (fls. 17/20)

Para **Pontes de Miranda**, “a chamada ação de depósito é a ação em que o depositante, ou quem o presente, exige a restituição da posse da coisa” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo XIII, Forense, pág. 64).

Ora, se na inicial as autoras já alegam a ciência do desaparecimento da coisa depositada, sem ocorrência de caso fortuito ou força maior, existe, portanto, a impossibilidade material da devolução.

O art. 901 do Código de Processo Civil que dispõe sobre a ação de depósito é expresso ao afirmar:

“Esta ação tem por fim exigir a restituição da coisa depositada”.

É indubitável que a ação de depósito, que sujeita o depositário à pena de prisão, não presta para pedido de perdas e danos, e sim, e apenas, de restituição da coisa depositada.

A via própria, portanto, na espécie, face às peculiaridades do caso, é outra.

Aliás, ficou assegurado no v. aresto que as autoras contam com tutela processual adequada para efeito de sujeitar as rés à obrigação de indenizar, pela impossibilidade da restituição da coisa.

Não vislumbro, portanto, violação da lei federal, mas correta interpretação do art. 901 do Código de Processo Civil.

Com relação aos julgados colocados como paradigmas, o recurso não logra viabilidade, porquanto estes não guardam assemelhação ou identidade com a situação fática dos autos, pois não trataram da prévia ciência dos depositantes de que os bens depositados não existiam por ocasião da propositura da demanda.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, coloque-me, desde logo, em posição concorde com a assumida por V. Exa., uma vez que, como esclarecido, as autoras, na inicial, afirmaram que os títulos não se encontravam em poder das rés. Era caso, portanto, de impossibilidade física da restituição e aplicação do disposto no art. 901 do Código de Processo Civil.

Se é certo que a ação não foi indeferida no limiar, menos certo não

é que, verificada a carência, é possível decretá-la a qualquer tempo.

Na verdade, como mencionou também V. Exa., o objetivo evidenciado das autoras é o de receber o valor correspondente aos títulos então desaparecidos.

Assim, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.880-0 — SP — (91.0004057-6) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: Jandyra Pamplona de Oliveira e outro. Advogado: Heitor Regina. Recdos.: Giamar S/A Administração e Participações e outro. Advogados: Jofir Avalone e outros. Recdo.: Con-

tinental S/A de Crédito Imobiliário — em liquidação extrajudicial. Advogados: Nelma Loricilda Woelzke e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Heitor Regina, pelos Recorrentes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27.09.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.151-0 — RS

(Registro nº 91.0009887-6)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrente: *Tadeu Vieira Dutra*

Recorridos: *Tanira Ione Dutra e outros*

Advogados: *Marino da Cunha Rosa e outro, e Marlise Kraemer Vieira e outros*

EMENTA: *Honorários advocatícios. Salário mínimo.*

Não causa ofensa à Lei 7.789/89 a sentença que condena o vencido a pagar honorários de advogado calculados em salários mínimos.

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 Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente, Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Tadeu Vieira Dutra ingressou com pedido de revisão de pensão alimentícia contra Tanira Ione Dutra, Thiago Pistoria Dutra e Felipe Pistoria Dutra, julgado imprecendente.

O autor apelou quanto à condenação imposta para o pagamento dos honorários advocatícios e a Eg. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão unânime, negou provimento ao recurso, sob a seguinte ementa:

“Honorários advocatícios.

Pedido de redução de alimentos provisórios incidentalmente requerido.

A redução de verba alimentar provisória ainda que incidental-

mente postulada em ação de alimentos, no momento em que adquire contornos de contenciosidade caracterizadora de verdadeira ação cautelar, a incidência da verba advocatícia a ser suportada pelo vencido é consectária natural da sucumbência.

A vedação constitucional do art. 7º, inciso IV, não impede a fixação dos honorários advocatícios em salários mínimos.

Sentença mantida. Apelação improvida. Unânime” (fl.162)

Interpôs o vencido recurso extraordinário e especial (art. 105, III, a, CR). Neste, esclarece que a revisional foi proposta incidentalmente em ação de alimentos, nos termos do art. 13 da Lei 5.478/68, mas foi ordenada a citação da parte contrária. Tanto a sentença quanto o acórdão reconheceram a feição cautelar da revisional, assim, deveriam ter sido reunidas ambas as ações e ordenada a intimação dos recorridos, face à conexão (arts. 103, 108 e 109, do CPC). A reunião das ações deveria ter sido determinada pelo juiz, nos moldes do art. 105 do CPC, pois na ação de alimentos é que se encontram os elementos de convicção. Nos termos fixados na revisional, têm-se situação contraditória, resultado do julgamento não simultâneo de ambas as ações: o acordo estipulou que cada parte arcará com os honorários de seu procurador; na ação cautelar, o recorrente foi condenado ao pagamento da verba honorária. Conclui, apontando afronta ao art. 7º, IV, da CF e à Lei 7.789/89, que proíbem a vinculação do salário mínimo a qualquer fim.

Admitido o apelo especial, com contra-razões, vieram os autos a esta Corte. O parecer da douta SGR é pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Assegura o recorrente que, tivessem sido obedecidas as disposições legais sobre conexão (artigos 103 e seguintes, do CPC), não teria surgido a oportunidade para a sua condenação em honorários advocatícios, pois na ação de alimentos, principal em relação ao pedido incidente de modificação dos provisórios, as partes firmaram acordo, que incluía a dispensa da verba honorária.

Ocorre que o v. acórdão recorrido não examinou a causa sob esse enfoque, limitando-se a determinar que, tendo o autor dado causa a que o pedido incidente viesse a ser processado como uma autêntica ação litigiosa, e nela sucumbido, cabia-lhe pagar os honorários devidos ao advogado da parte vencedora.

À falta de prévio questionamento, não pode o recurso, nessa parte, ser conhecido.

Também não lhe socorre o fato, aparentemente contraditório, de extinção da ação principal por acordo, sem imposição de honorária, enquanto, no processo acessório, condenado o autor nessa mesma verba. Isso se explica, porém, dada a feição de contenciosidade assumida pelo processo

de revisão e pela sua não abrangência no acordo firmado na ação de alimentos.

2. A estipulação dos honorários em salários mínimos não causa gravame à Lei 7.789/89, em seu artigo 3º, porquanto ela não se estende às condenações impostas em sentença judicial, assim como acontece com as prestações alimentares, a indenização por ato ilícito e os honorários advocatícios. O objetivo da lei, ao impedir toda vinculação ao salário mínimo, foi o de criar condições para que, de sua fixação, não decorressem efeitos sobre os preços em geral, com efeito cascata sobre toda a economia a ele indexada. Certamente isso não acontece com as condenações impostas em sentenças judiciais, que por isso podem adotar tal parâmetro para prestações futuras. Além disso, porque há prevalente interesse processual em utilizar o salário mínimo na execução das sentenças, livrando as partes da aplicação de discutíveis índices.

É certo que na Eg. 3ª Turma tem prosperado entendimento diverso, mas tenho por melhores os fundamentos adotados por esta 4ª Turma para manter a utilização do salário mínimo para as condenações judiciais.

Isto posto, não conheço.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.151-0 — RS — (91.0009887-6) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recte.: Tadeu Vieira Dutra. Advogados: Ma-

rino da Cunha Rosa e outro. Recdos.: Tanira Ione Dutra e outros. Advogados: Marlise Kraemer Vieira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 08.11.94 — 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 14.940-0 — MG

(Registro nº 91.0019542-1)

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

Recorrente: *Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região*

Recorrida: *Hospital Santa Bárbara de Recuperação e Reumatologia Ltda.*

Advogados: *Drs. Welington Luzia Teixeira e outro, e Paulo Moreira Correa*

EMENTA: *Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional. Se os serviços prestados pelo Hospital são aqueles previstos no parágrafo único do art. 12 da Lei 6.316/75 não há como negar a sua inscrição nos quadros do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, sob pena de se burlar a lei. 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 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 Peçanha Martins e

Américo Luz. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann.

Brasília, 17 de outubro de 1994 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: No Tribunal Regional

Federal da 1ª Região, a questão foi assim relatada:

“Trata-se de embargos opostos contra a execução fiscal movida pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região.

Alega o embargante, Hospital Santa Bárbara de Recuperação e Reumatologia Ltda., que está devidamente registrado como sociedade civil, tendo por objetivo a prestação de serviços médicos especializados e hospitalares. Como tal, encontra-se registrado no Conselho Regional de Medicina, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.839, de 30.10.80.

No exercício de suas atividades executa métodos e técnicas fisioterápicas prescritos pelos profissionais médicos.

Assim, considera ilegítimo para impor-lhe sanção o órgão embargado, motivo pelo qual argúi a ilegitimidade ativa do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional para a execução fiscal.

No mérito afirma que apresenta-se eivado de nulidade o termo de inscrição da Dívida Ativa, derivado de uma multa que lhe foi imposta, por ausência de registro no órgão demandado, eis que inexistente previsão legal para tal.

Foi o pedido julgado improcedente, determinando o julgador procedesse o embargante ao registro junto ao Conselho, réu, por entender que, inexistindo diferença

entre fisioterapia e fisioterapia, devem as sociedades, que se dedicam à aplicação de técnicas e métodos de recuperação física, obedecerem ao disposto na Lei nº 6.316/75, como já decidiu o STF. Recorre o vencido, lembrando o teor do art. 1º da Lei nº 6.839/80 para concluir que o registro na entidade das diversas categorias profissionais é definido pela atividade básica. E conclui que, sendo obrigatório o seu registro no Conselho Regional de Medicina, por desenvolver atividade preponderantemente ligada ao campo da medicina, está obrigado a também inscrever-se no Conselho de Fisioterapia.

Contra-arrazoado o apelo, subiram os autos a esta Corte.” (fls. 128/129)

A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, à unanimidade, deu provimento ao apelo do Hospital Santa Bárbara de Recuperação e Reumatologia Ltda., para não inscrever-se perante o Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região.

Daí o recurso especial do vencido, com fulcro nas letras **a** e **c** da previsão constitucional, sob alegação de que o v. acórdão impugnado teria negado vigência aos artigos 7º, II, e 12, parágrafo único, da Lei 6.316/75, posto que a sua não inscrição impediria de exercer as atividades fiscalizadoras que lhes são próprias de verificar a boa prestação de serviços em várias modalidades e que foi, justamente, criado por lei com tal finalidade, sendo certo ainda que o recorrido encontrou atividades na especialidade de Fisioterapia.

Inadmitido o recurso, agravou o Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região. Provi o agravo para melhor exame do recurso especial.

Subindo os autos a esta Corte, aqui, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O MM. Juiz de 1º grau para julgar improcedente o pedido do ora recorrido assim decidiu:

“Importante dizer que em exordial disse a embargante destinar-se a serviços médico-hospitalares em geral, como estabelecido em seus estatutos (fls. 17 a 19). No depoimento pessoal do seu representante legal (fls. 77), estes serviços foram identificados como sendo restritos à reabilitação física. Assim, antes de ter como atividade básica a medicina, tem como reabilitação física, própria da fisioterapia e admitida como fisioterapia enquanto exercida por médicos. E se os médicos a podem exercer vinculadamente ao seu Conselho próprio, à embargante se impõe o registro junto à embargada.

Pelo exposto, e mais nos autos encontrados, julgo improcedente o pedido da embargante para de-

terminar proceda a mesma o registro junto ao Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, nos termos do que dispõe o art. 12 da Lei 6.316/75.” (fls. 83)

Por sua vez o acórdão recorrido para reformar a sentença considerou:

“Na hipótese dos autos, temos um hospital que está devidamente regularizado no Conselho de Medicina, cabendo a este, fiscalizar também as práticas de tratamento oferecidas pelo estabelecimento.

Se o hospital já está submetido à fiscalização do Conselho Regional de Medicina, considero uma demasia a fiscalização de outros órgãos quanto ao exercício da atividade precípua do estabelecimento.” (fls. 131)

A prevalecer tal entendimento é tornar letra morta o parágrafo único do artigo 12 da Lei 6.316/75 que dispõe:

“É obrigatório o registro nos Conselhos Regionais das empresas cujas finalidades estejam ligadas à fisioterapia ou terapia ocupacional, na forma estabelecida em Regulamento”.

Ora, se esses serviços são prestados pela recorrida como está provado nos autos, não há como negar a sua inscrição nos quadros do recorrente, sob pena de se burlar a lei. A

real verdade é que os hospitais não querem contratar os serviços desses profissionais.

No que tange ao dissídio jurisprudencial não procede o pedido, eis que o julgado do Pretório Excelso cuidou da constitucionalidade da lei invocada, e aqui, se cuida da sua incidência.

Pelo exposto, conheço do recurso pela letra a da previsão constitucional e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido, e com isso restabelecer a decisão do Juízo de 1º grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.940-0 — MG —
(91.0019542-1) — Relator: O Sr. Minis-

tro José de Jesus Filho. Recte.: Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 4ª Região. Advogados: Welington Luzia Teixeira e outro. Recdo.: Hospital Santa Bárbara de Recuperação e Reumatologia Ltda. Advogado: Paulo Moreira Correa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17.10.94 — 2ª Turma).

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEÇANHA MARTINS.

RECURSO ESPECIAL Nº 19.110-0 — SP

(Registro nº 92.0004179-5)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Fugiwara Enterprises Instrumentos Científicos Ltda.*

Recorrida: *Jorge Estefano Barbosa firma individual denominada J.E.B. Consultoria Técnica Analítica*

Advogados: *Drs. Joaquim A. D'Angelo de Carvalho e outros, e Eucir Luiz Pasin e outros*

EMENTA: *Direito Comercial. Ação indenizatória. Alegado inadimplemento de obrigação estipulada em contrato de compra e venda mercantil. Constituição em mora. Necessidade de interpelação. Art. 205, CCom. Recurso provido.*

I — Ao credor de obrigação assumida em pacto de compra e venda mercantil incumbe, para constituir de pleno direito em mora o devedor, proceder à interpelação a que alude o art. 205, CCom, salvo se o contrário resultar de expressa estipulação contratual.

II — A disciplina estatuída em referido artigo não restou superada pelo advento do Código Civil (art. 960), frente ao qual guarda relação de especialidade.

III — A citação para a ação não supre a falta de interpelação.

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, Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão e Fontes de Alencar.

Brasília, 23 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ao prover o agravo para deferir o processamento do recurso, pelo dissenso interpretativo em torno do art. 205 do Código Comercial, anotei:

“Em ação de indenização, ajuizada pela recorrida, o pedido foi julgado procedente na sentença e improcedente a reconvenção.

A Eg. Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil deu parcial provimento à apelação da ré, excluindo da condenação a restituição da quantia pedida.

Rejeitados os embargos declaratórios, a recorrente interpôs recurso extraordinário, com arguição de relevância, o que evitou a preclusão da matéria infraconstitucional nela versada quando da transformação do recurso em especial, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal.

Após a conversão, remanesceram as alegações de violação ao art. 205 do Código Comercial, além de divergência com arestos do Excelso Pretório e do Tribunal de Justiça de São Paulo, arrimando-se o recurso nas alíneas a e c, do autorizativo constitucional” (fls. 338).

Argumenta a ré-recorrente que não foi ela interpelada na forma do referido art. 205.

Processado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Expressa o art. 205 do Código Comercial:

“Para o vendedor ou comprador poder ser considerado em mora, é necessário que proceda interpelação judicial da entrega da coisa vendida, ou do pagamento do preço”.

No caso, a Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, ao apreciar a preliminar de falta de interpelação, a rejeitou assinalando às fls. 164/165

“... que a autora-reconvinda tentou, pelos meios disponíveis a localização da ré-reconvinte. Encaminhou ao 6º Ofício de Registro de Títulos e Documentos a notificação que se vê às fls. 62/63 e buscou fosse encaminhada à ré-reconvinte. Houve o lançamento da certidão que se vê às fls. 63 verso, no sentido de não ter sido entregue a notificação, porque houve mudança de endereço. No mesmo dia ingressou a autora-reconvinda com a ação de indenização. Tendo ocorrido a citação, evidencia-se o atendimento às exigências legais. Como não foi encontrada a ré-reconvinte, outra solução não cabia senão o ingresso em Juízo para tentativa de localização. Ademais, houve o encaminhamento através do correio, consoante demonstrado a fls. 64.

De qualquer forma, a autora logrou obter a evidência da mora, quando da citação. Dela em diante decorre seu efeito”.

Em sede de embargos declaratórios, retornou a Eg. Câmara ao tema, que resultou suficientemente prequestionado.

Tenho que não se pautou com o habitual acerto o Tribunal paulista.

Colho da própria argumentação da recorrente, embora incompleta:

“É bem verdade que já se pretendeu que a vetustez da norma enfocada a teria tornado inaplicável, como salientou a Procuradoria Geral da República, em parecer do Dr. Walter José de Medeiros, na apreciação do Recurso Extraordinário nº 85.141-SP, quando Sua Excelência, após se manifestar pelo conhecimento do recurso, entende que ele não deve ser provido, sob a seguinte argumentação:

“Velho de mais de um século, não pode o Código Comercial ser entendido, em muitas de suas disposições, senão em conjugação com preceitos outros, como os do Código Civil, que a respeito da mora, por exemplo, trouxe grandes inovações em relação àquele vetusto diploma legal. Assim, quanto à mora **ex re**, derivada do inadimplemento de obrigação líquida e certa no seu vencimento, já não seria lícito exigir, como o fez o art. 205 do Código Comercial, a in-

terpelação judicial. Esta só se torna exigível nos contratos para cujo cumprimento não haja prazo assinado. Neste caso, é indispensável a notificação prévia para constituir, a partir dela, o devedor em mora” (RT 501/232/233)”.

O Sr. Ministro Moreira Alves, ao pronunciar-se naquele caso (RT 502/229/234), acentuou:

“A meu ver — e ao contrário do que decidiu o acórdão recorrido — em Direito Comercial, por força do disposto no art. 205 do Código de 1850, que, no particular, seguiu o Código Civil francês, não há a denominada *mora ex re*. Para que a interpelação judicial ali exigida seja afastada, é necessário, e isso porque o dispositivo não é cogente, que as partes tenham expressamente convencido em contrário (cláusula de mora). Essa cláusula, no caso, não existe.

Por outro lado, não se pode dar a esse art. 205 a interpretação evolutiva pretendia no parecer da Procuradoria Geral da República, uma vez que é inequívoco que sua letra e espírito se conciliam no sentido da necessidade, em Direito Comercial, da interpelação judicial para a constituição de mora, se as partes expressamente não dispuseram o contrário. É esta, aliás, uma das questões, no tocante aos princípios gerais das obrigações, em que divergem os preceitos do Código Comercial e

do Código Civil, como acentua Clóvis Beviláqua (“Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado”, vol. IV/120-121, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1934), ao esclarecer, no comentário ao art. 960 do CC — cuja primeira parte diz respeito à *mora ex re* — que “o Código Comercial (arts. 138 e 205) exige a interpelação judicial, ainda quando há prazo estipulado para o cumprimento da obrigação”. E sendo o Direito Comercial — como salienta Degni (“L’Interpretazione della Legge”, 2ª ed., págs. 21 e segs., Nápoles, 1909) — Direito especial em face do Direito Civil, que é o Direito comum no terreno do Direito Privado, ele forma um sistema integral de normas particulares, cujas divergências com os princípios do Direito comum não podem ser eliminadas por interpretação em que se dê supremacia aos preceitos deste, porquanto as singularidades daquele decorrem da natureza mesma das relações jurídicas que ele, de maneira especial, regula”.

E o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apel. 171.324, relatada pelo Des. Ferreira de Oliveira (RT 401/188), deixou consignado em seu voto condutor:

“Com efeito, em se tratando de ação ordinária de indenização resultante de contrato de compra e venda mercantil que se diz parcialmente inadimplido pela com-

pradora, óbvio é que esta deveria ter sido interpelada previamente para ser constituída em mora, como exige o preceito do art. 205 do Código Comercial.

Não se poderia dispensar tal interpelação prévia e substituí-la pela simples citação para esta demanda, como se tem admitido em outras hipóteses, porque a compradora, antes, não manifestara a sua intenção de não cumprir o contrato e nem se cuida de ação contra a vendedora para exigir-lhe perdas e danos conseqüentes de falta de entrega da coisa comprada.

Assim à hipótese vertente impõe-se a aplicação da doutrina e da jurisprudência que exigem a prévia interpelação da compradora para ser constituída em mora resultante de contrato de compra e venda mercantil, sob o fundamento de que inadimpliu em parte ou totalmente (cf. RT, vols. 178/759, 198/363, 202/17, 209/193, 224/254, 258/155, 273/309, 384/99)".

Na doutrina, **Agostinho Alvim**, no seu clássico "Da inexecução das obrigações e suas conseqüências", Saraiva, 5ª ed., 1980, cap. VI, nº 90, p. 116, pontifica com sua habitual segurança:

"A doutrina adotada pelo Código Comercial, nos arts. 138 e 205 (a exemplo do Código Civil francês), é no sentido da necessidade da interpelação, salvo se, no con-

trato, além de se determinar o prazo, ou dia do vencimento, se convencionar, expressamente, que o devedor incorrerá em mora pela simples fluência do prazo.

É a chamada cláusula de mora.

O Código Comercial dispõe no art. 138: "Os efeitos da mora, no cumprimento das obrigações comerciais, não havendo estipulação no contrato, começam a correr desde o dia em que o credor, depois do vencimento, exige judicialmente o seu pagamento".

A estipulação, a que a lei aí se refere, não é a fixação do prazo, mas, a cláusula expressa da incidência em mora pelo só decurso do tempo, como muito bem pondera **Dídimo da Veiga** (cf. Código Comercial Comentado, notas ao art. 138). Nesse sentido, o art. 1.139 do Código Civil francês.

Nas obrigações civis, a cláusula de mora não tem razão de ser, dado o sistema adotado pelo Código".

Nessa mesma direção, também a lição de **Sílvio Rodrigues**, para quem a falta de pagamento da prestação, à época do vencimento, no campo do Direito Comercial, diferentemente do que ocorre no Direito Civil, não constitui de pleno direito em mora o devedor.

Washington de Barros Monteiro, por seu turno ("Curso", "Direito das Obrigações", 1ª parte, 2ª ed., p. 289), igualmente escreve, após transcrever o art. 960, CC:

“Esse dispositivo modificou o direito anterior, que em qualquer hipótese exigia a interpelação para constituir-se em mora o devedor. Aliás, no tocante às obrigações mercantis, subsiste ainda a necessidade de interpelação (Código Comercial, art. 138)”.

2. Subsiste, a examinar, o tema do suprimento ou não da interpelação pela citação.

A propósito, no mencionado aresto do Supremo Tribunal Federal, afirmou seu em. Relator:

“Sucedee, todavia, que, há muito, a jurisprudência, com o apoio da doutrina, vem admitindo que a citação supra a interpelação judicial aludida no art. 205 do Código Comercial. Já em 1927, escrevia **J. X. Carvalho de Mendonça** em seu “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, vol. VI/206, parte II: “Os tribunais têm julgado que a providência do art. 205 do Código Comercial, para constituir em mora o contratante inadimplente, pode ser feita “pela mais enérgica das fórmulas de interpelação, a propositura da ação”.

Essa doutrina é corroborada pelo princípio (art. 166, nº IV, do CPC de 1939 e art. 219, **caput**, do CPC atual) de que a citação, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor”.

Diversamente, todavia, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo,

na Apel. 143.755, colhendo-se do voto do seu em. Relator, Des. Martinho Garcez:

“Trata-se de ação de indenização por inadimplemento de contrato de compra e venda mercantil. Diz a autora que não tendo a co-ré lhe entregue mercadoria vendida, causou-lhe prejuízo, pois foi obrigada a adquirir o produto de outra firma, por preço mais elevado.

Na oportunidade do saneador, o magistrado proclamou a carência da demanda, que teria forçosamente de ser precedida da interpelação judicial do art. 205 do Código de Comércio, constituindo a vendedora em mora.

Tal decisão merece subsistir por seus fundamentos.

Em se tratando de compra e venda mercantil, o comprador, para exigir perdas e danos oriundos do fato do outro contratante inadimplir a obrigação de entrega, deve preliminarmente constituir-lo em mora. E a constituição em mora se procede por meio da interpelação judicial do mencionado art. 205.

É certo que em **Carvalho de Mendonça** se lê que “os tribunais têm julgado que a providência do art. 205 do Código Comercial, para constituir em mora o contratante inadimplente, pode ser feita pela mais enérgica das fórmulas de interpelação, a propositura da ação” (“Tratado”, vol. VI, parte II, nº 796, pág. 206).

Mas é evidente que a lição do mestre se aplica aos casos em que o comprador demanda a entrega da mercadoria.

Realmente, como já se tem decidido, “em se tratando de ação para demandar a entrega da mercadoria vendida, a interpelação para constituir em mora o vendedor pode ser substituída pela citação para a ação” (RT, vols. 314/409 e 291/689).

Entretanto, se o objetivo do comprador já não é a entrega da mercadoria, mas a composição das perdas e danos que o inadimplemento daquela obrigação lhe acarretou, imprescindível a prévia interpelação, pois sem ela o vendedor não pode ser considerado em mora. É intuitivo que tal interpelação não poderia ser suprida com a citação para demanda.

Nesse sentido o ensinamento de **Cunha Gonçalves** (“Da compra e venda no Direito Comercial Brasileiro”, pág. 402, nº 119), não discrepando, a respeito, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal, expressa inclusive em recurso de revista (RT, vols. 198/363; 178/758; 274/309 e 258/156)”.

Esse, parece-me, o melhor entendimento.

Ademais, consoante tem proclamado esta Corte, em se tratando de resolução de compromisso de compra e venda, em face do DL 745/69, “se a mora do réu constitui o funda-

mento do direito em que o autor apresenta o seu pedido, deverá ela existir ao ingresso em juízo e à própria citação inicial, uma vez que não poderia o autor fundar a sua pretensão em fato ainda não ocorrido”. Em outras palavras, consoante ementado no REsp 9.528-SP, da Eg. Terceira Turma, na referida matéria “a citação para a ação não supre a falta de interpelação” (DJ, 9.9.91).

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para declarar a carência da ação, invertidos os ônus da sucumbência, fixados os honorários em dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.110-0 — SP — (92.0004179-5) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Fugiwara Enterprises Instrumentos Científicos Ltda. Advogados: Joaquim A. D’Angelo de Carvalho e outros. Recda.: Jorge Estefano Barbosa firma individual denominada J.E.B. Consultoria Técnica Analítica. Advogados: Eucir Luiz Pasin e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 23.08.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 20.113-9 — SP

(Registro nº 92.0006207-5)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Sudeste S/A Indústria e Comércio*

Advogados: *Marcos Ribeiro de Barros, e Theodoro Hirschzon e outros*

EMENTA: *Execução fiscal. Penhora. Atualização monetária.*

— É de todo conveniente que se proceda à atualização monetária do valor da avaliação, às vésperas da alienação, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes.

— Precedente.

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, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Brasília, 09 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro AMÉRICO
LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO
LUZ: Inconformada com acórdão

que deu provimento a agravo de instrumento impetrado com o fito de corrigir monetariamente os valores dos bens penhorados, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, com fundamento na letra a do permissivo constitucional, sustentando contrariedade ao art. 24, I, da Lei 6.830/80.

Alega que, dado o lapso temporal decorrido, o bem penhorado deve ser reavaliado por avaliador oficial, não devendo incidir correção monetária sobre a primeira avaliação.

Opinou o Ministério Público pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO
LUZ (Relator): Na espécie, razão não assiste à recorrente, pois sendo o valor do débito corrigido moneta-

riamente, no momento do pagamento, nada mais justo que, em razão do transcurso do tempo, o mesmo se dê com relação ao valor da avaliação, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes.

Este é o entendimento prevalente nesta Corte, como demonstra o precedente a seguir transcrito:

“Processual. Execução fiscal. Bens penhorados. Avaliação. Correção monetária (CPC, art. 683/LEF, art. 13).

— Avaliação e correção monetária são atividades inconfundíveis. O art. 13 da LEF e o art. 683 do CPC disciplinam a avaliação. Eles não proibem se reajuste monetariamente o valor estimado do bem a ser leiloado.

— É recomendável que, antes do leilão, se corrija monetariamente o valor de avaliação do bem a ser alienado.” (RMS 4.230-8-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJ de 22.8.94)

À vista do exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.113-9 — SP — (92.0006207-5) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogado: Marcos Ribeiro de Barros. Recdo.: Sudeste S/A Indústria e Comércio. Advogados: Theodoro Hirschzon e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, pediu vista o Sr. Ministro José de Jesus. Aguardam os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins (em 05.10.94 — 2ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O em. Ministro Américo Luz, assim relatou a questão (lê). Ao examinar a petição inicial verifiquei que o pedido veio fundamentado em consolidada jurisprudência do sempre lembrado e invocado Tribunal Federal de Recursos, que admitia nova avaliação, para atualização do valor do bem penhorado. Assim não seria justo negar-se a pretensão ancorada em respeitáveis decisões que abonam o petitorio, apesar da controvérsia sobre o tema. Contudo, em homenagem à jurisprudência daquele Tribunal que tive a honra de integrá-lo, acompanho o em. Relator não conhecendo igualmente do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.113-9 — SP — (92.0006207-5) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogado: Marcos Ribeiro de Barros. Recdo.: Su-

deste S/A Indústria e Comércio. Advogados: Theodoro Hirschzon e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.11.94 — 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 HÉLIO MOSIMANN

RECURSO ESPECIAL Nº 21.356-7 — PR

(Registro nº 92.0009470-8)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco Real S/A*

Recorrida: *Miyazaki S/A Comercial Agrícola*

Advogados: *Drs. Júlio Barbosa Lemes Filho, João Batista Ribeiro e outros, e Celso Manoel Fachada e outros*

EMENTA: *Petição inicial. Falta de identidade de procedimentos em relação aos pedidos formulados. Citação de litisconsorte necessário. Art. 284 do CPC. Emenda determinada pela Segunda Instância.*

Não afronta o disposto nos arts. 264 e 295, inc. V, do Código de Processo Civil, a exigência de emenda da peça exordial para o fim de adaptá-la a um determinado tipo de procedimento e ainda para proceder-se à citação de litisconsorte necessário.

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

juízo os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: 1. Cuida-se de ação de busca e apreensão de sacas de café cumulada com pedido de anulação de contrato de compra e venda. O MM. Juiz de Direito desacolheu ambas as pretensões.

Apelou a autora e o Tribunal de Justiça do Paraná, de ofício, anulou o processo a partir da sentença por considerar inadmissível a cumulação dos pedidos pela falta de identidade de procedimentos, além de não ter sido promovida a citação de litisconsorte necessário. Constou da fundamentação do acórdão o seguinte:

“Em face de tais considerações, cabia ao MM. Juiz, ao despachar a inicial, ordenar à autora que promovesse a emenda da inicial, por apresentar defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, assim como para aquela promover a citação do comprador ou compradores do café que alega pertencer-lhe (cf. arts. 47, parágrafo único, e 284).

A omissão de tais providências importa em nulidade do processo, eis que não dependem de mero arbítrio judicial.” (fls. 243).

Rejeitados os declaratórios, o réu apresentou recurso especial com fulcro nas alíneas a e c do permissor constitucional, apontando como vulnerados os arts. 264 e 295, inc. V, do

CPC, além do dissenso interpretativo com arestos do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro e dos Tribunais de Justiça do Mato Grosso do Sul e de Minas Gerais. Sustentou o recorrente, em síntese, que sendo incompatíveis os pedidos entre si e faltando a identidade de procedimentos, a lei não permite outra alternativa senão a extinção do processo sem conhecimento do mérito.

Admitido o apelo extremo na origem, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O Tribunal a quo de ofício anulou o processo a partir da sentença, inclusive, a fim de ser emendada a peça vestibular nos termos do art. 284 do CPC em dois aspectos: a) falta de identidade de procedimento em relação à ação cautelar, de um lado, e a ação anulatória de contrato, de outro; b) não citação do comprador da mercadoria.

Assim procedendo, aquele Eg. Sodalício não contrariou os preceitos de lei federal aventados pelo banco recorrente.

A espécie, por primeiro, não se subsume exatamente na previsão legal constante do art. 295, inc. V, do CPC, eis que, a rigor, se trata aqui de inadequação de procedimento para os dois pedidos formulados. A cominação estabelecida no aludi-

do inciso V do art. 295 da lei processual civil diz com a falta de correspondência do procedimento escolhido pelo autor em relação à natureza da causa ou ao valor da ação. As hipóteses, como se vê, são distintas.

Ainda que, porém, se admita um certo elastério na inteligência do citado art. 295, nº V, para enquadrar-se o caso dos autos em sua abrangência, certo é que o Tribunal de origem não se achava impedido de invocar a incidência do art. 284 do Código de Processo Civil, tanto mais que a própria disposição legal prevê a possibilidade de convalescimento da exordial caso tenha condições de adaptar-se ao tipo de procedimento legal. Não é por outra razão que **Wellington Moreira Pimentel** anota: “o disposto no art. 284 aplica-se às situações previstas no art. 295, V e parágrafo único, incisos I, II e IV” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 163, ed. 1975).

Causa certa estranheza realmente a circunstância de que o v. Acórdão recorrido tenha ordenado a emenda da petição inicial depois de contestado o feito e após o julgamento da lide em 1ª instância. A verdade é que o Juiz de Direito, que presidiu a causa, não cogitou em tempo hábil de tomar as providências exigidas no mencionado art. 284 do CPC, como era necessário, a fim de permitir a tramitação regular do processo e o seu julgamento final de mérito. De qualquer sorte, não se vislumbra *in casu* atrito algum do

decisório recorrido com a norma inscrita no art. 264 do mesmo Código de Processo Civil. Segundo escólio do Prof. **Hélio Tornaghi**, há que se distinguir entre o aditamento quantitativo (art. 294 do CPC) e a alteração qualitativa; o art. 264 do citado diploma legal impede a referida modificação por ato unilateral do autor (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, pág. 307, ed. 1975).

Ora, para adotar um tipo de procedimento único, a autora deverá oportunamente abdicar de uma das pretensões formuladas na peça preambular. Segundo magistério do mesmo mestre **Hélio Tornaghi**, “este art. 264 refere-se à mudança qualitativa do pedido (*emendatio libelli*); a quantitativa é objeto do art. 294. Esse último apenas proíbe o acréscimo, o novo pedido. Segue-se daí que nada impede o autor desistir de parte do pedido, ou de algum dos pedidos cumulados, ou até de renunciar” (obra citada, pág. 308).

De outro lado, a determinação de citação de litisconsorte necessário, na conformidade com o estatuído no art. 47, parágrafo único, da lei processual civil, não se inclui na vedação consignada no art. 264 do CPC.

Por derradeiro, o conflito pretoriano não é suscetível de firmar-se no caso em apreciação, uma vez inobservadas as exigências insculpidas no art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.356-7 — PR — (92.0009470-8) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Banco Real S/A. Advogados: João Batista Ribeiro e outros. Recda.: Miyazaki S/A Comercial Agrícola. Advogados: Celso Manoel Fachada e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 11.04.94 — 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 21.573-4 — SP

(Registro nº 92.0009836-3)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrida: *S/A — Central de Imóveis e Construções*

Advogados: *Lívia Maria Cavalcanti do Amaral e outros, e Eid Gebara*

EMENTA: Processual Civil. Execução fiscal. Citação por edital. Revel. Nomeação de curador especial.

— Legalidade da decisão que aplicou regra cogente de ordem pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro que dele conhecia e dava provimento. Participaram do

julgamento os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann. O Sr. Ministro Peçanha Martins não participou do julgamento tendo em vista os termos do parágrafo 2º do art. 162 do RI/STJ.

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

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro AMÉRICO
LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Adoto o constante do despacho de admissibilidade, que assim resume a espécie (fls. 686/688):

“Recurso especial interposto contra v. acórdão da Egrégia Oitava Câmara (fs. 618/22), cujo relatório se adota, no qual se alega negativa de vigência ao art. 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil e dissídio jurisprudencial com julgados grafados na Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos — Lex 77/29.

Sustenta a recorrente a ilegalidade da anulação do processo a partir da citação, entendendo que a ora recorrida, ocultou-se à citação, mas manifestou-se nos autos, concordando com o levantamento da quantia penhorada em juízo, no afã de que lhe fossem entregues as certidões negativas do tributo, relativas a imóvel expropriado, num procedimento incompatível com o interesse de recorrer.

Aconselhável a manifestação da Corte Superior.

Com efeito, assinala o art. 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que não poderá recorrer a parte que, tacitamente, aceitar a sentença, através de ato incompatível com a vontade de recorrer.

In casu, foi demonstrado que, em procedimento expropriatório,

a ora recorrida reconheceu os débitos decorrentes do lançamento de tributo (f. 644), requerendo à Municipalidade, o levantamento de seus créditos.

Em casos tais, evidencia-se a aceitação da imposição do tributo, a inviabilizar o conformismo judicial.

Do mesmo modo, patenteia-se o confronto interpretativo, no que pertine à questão da validade da citação e a necessidade de curador especial.

Entendeu o v. acórdão atacado que está nulo o processo, porque não foi dado à executada, ora recorrida, Curador de Ausentes.

Colacionou a recorrente, paradigma que, em caso análogo, decidiu por não reconhecer a necessidade de Curador Especial, em face da natureza especial da execução (Agravo de Instrumento 55.066-SP, Ministro Torreão Braz, Tribunal Federal de Recursos).

Assim, cumpridos os ditames do art. 255 e seus parágrafos, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (Emenda Regimental 1/91), de todo conveniente a manifestação da Corte Superior.”

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovidimento do recurso — fls. 693/695.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Louvo-me, para de-

cidir a espécie, no parecer exarado pelo Ministério Público Federal, assim posto (fls. 693/695):

“O v. aresto atacado ostenta, nos trechos principais, a seguinte redação:

“— A executada foi citada por edital, fls. 70 e lavrada penhora no rosto dos autos da desapropriação, fls. 94, de cujo ato a devedora foi também intimada por edital, fls. 483 e, decorrido o prazo para embargos, requereu e obteve a exequente o levantamento da importância penhorada, fls. 493 e 498, satisfazendo o seu crédito. Em seguida, requereu e obteve a decretação da extinção da execução, fls. 539.

— É contra esse procedimento que a executada não está de acordo e pede seja todo ele anulado, com a reabertura do prazo para defender-se.

.....

— O que na verdade ocorreu foi preterição a preceito legal expresso, de dar-se curador de ausentes a réu citado por edital e que não se apresenta para a defesa, não fazendo o legislador, nesse particular, qualquer distinção quanto à natureza da ação.”

A mencionada violação ao disposto no art. 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil, assi-

nalado pela recorrente, não resta de todo demonstrado, impossibilitando o seu acolhimento, pois, o v. acórdão hostilizado tratou, de forma irrepreensível o assunto, ao asseverar:

“— Não procede o argumento de que a devedora teria postulado perante a Prefeitura Municipal, a liquidação do débito, conforme documento que acompanha as contra-razões e, conseqüentemente, teria conhecimento da execução. É que isso deu-se em esfera extrajudicial e, portanto, não convalida a nulidade”.

O pedido da recorrida de fls. 571 **usque** 574, referente à proposta para liquidação imediata do IPTU, encaminhado ao Prefeito da Municipalidade de São Paulo, não alcança o fito pretendido pela recorrente, no sentido de colocar o documento mencionado sob o pálio das disposições do art. 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Portanto, nesse ponto, decidiu com acerto o e. Tribunal **a quo**.

À questão debatida acerca da desnecessidade de nomeação de curador especial para defesa do revel citado por edital, cabe transcrever, a título exemplificativo, recente decisão do e. Superior Tribunal, proferida no REsp nº 32.623-RJ, cujo trecho principal assevera:

“ — A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que o curador especial

(ad litem) tem legitimidade para opor embargos do devedor em execução, onde o executado, citado por edital, remanesce revel. Trata-se, segundo doutrina, de exigência de defesa do revel pelo curador e tem fundamento no princípio do contraditório, pois não se sabe se ele — o réu revel — não quis contestar ou não pôde, ou mesmo não soube da citação”. (DJ de 31.05.93, pág. 10.663, Rel. em. Ministro Waldemar Zveiter).”

Indispensável, na hipótese, a nomeação do curador especial. Comunhão do mesmo entendimento esposado no precedente transcrito. A propósito do tema leio e faço juntar por cópia voto que proferi no antigo Tribunal Federal de Recursos, relativo ao Agravo de Instrumento nº 40.974-SP.

Do exposto não conheço do recurso pela letra a (violação ao art. 503 do CPC); conheço pela c mas lhe nego provimento.

ANEXO

“AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 40.974 — SP

(Registro nº 1306898)

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A regra tradicional no Direito brasileiro e no de todos os povos civilizados é a de que ninguém poderá ser julgado sem defesa. Dir-se-á, então, que na execução

por título extrajudicial, em que não há sentença, dada a força executória autônoma que a lei processual outorga ao próprio título, *per se*, não havendo julgamento, também não haverá defesa, se o executado deixa de embargar. Essa objeção, *data venia*, não resiste a uma análise mais aprofundada. Senão vejamos: o que é ação judicial? Quem possui o direito de ação? O que tem uma pretensão jurídica contra outrem que a ela opõe resistência, e que pede a proteção do Estado, representado pelo Juiz, integrante do Poder Judiciário, com autoridade, constitucional e legal, para compor o conflito de interesses entre autor e réu. Àquele cabe a iniciativa, e a este a defesa. O direito da ação é, pois, na expressão do eminente Professor Hélio Tornaghi, direito subjetivo público, pré-processual, porventura constitucional, de pedir a tutela jurisdicional do Estado, para a proteção do direito material que se considere violado, ou ameaçado de violação, por parte de outrem (“Instituições de Processo Penal”, 2ª edição, Saraiva, 1º volume, págs. 302/303).

Na inovação do Código de Processo Civil, em tema de execução por título extrajudicial, a que se atribui força executória e a eficácia da coisa julgada (artigo 587), sem ser e sem ter sido jamais, se o executado não opõe embargos no prazo legal perde o ensejo de intervir no processo para defender-se e a sua situação torna-se, então, pior que a do revel na ação de conhecimento, na feliz

observação de **Theotônio Negrão** comentando o artigo 680, da nova lei adjetiva (“Código de Processo Civil e Legislação Processual em Viçosa”, 8ª edição, pág. 186). Todavia, no sistema do Código de 1974, nem mesmo a oposição de embargos pelo executado constitui meio de defesa, pois que se lhes quer emprestar a natureza de ação incidente. Se o embargante sofre a rejeição de seus embargos, o recurso que interpuser não terá efeito suspensivo da execução que, então prosseguirá o seu curso, até mesmo com a alienação do bem penhorado. **Quid inde**, se o executado tiver sucesso no recurso interposto à instância superior? Aí, só lhe restará pleitear perdas e danos contra o exequente.

Ora, se os embargos são ação e desfrutam da respectiva autonomia, convenha-se que se estabeleceu no sistema processual brasileiro, de 1974 para cá, uma ação às avessas do conceito jurídico vigente em todos os tempos: o réu, que é o executado, assume a posição do autor e este, que na execução é autor, nos embargos se transveste em réu. O absurdo salta aos olhos, **concessa maxima venia**. E infringe o princípio do contraditório, a clássica possibilidade da intervenção do revel em qualquer fase do processo, suprime recursos, o duplo grau de jurisdição, e abole o direito de defesa em sua necessária plenitude (Constituição Federal, artigo 153, parágrafos 2º ao 4º, 15, 22 e 36).

Pontes de Miranda que, ao comentar o Código de Processo Civil de 1939, clarivamente prelecionou,

quanto à ação executiva do artigo 298, ser o despacho inicial, determinando a citação do réu para pagar o débito no prazo legal, sob pena de penhora, *metade despacho e metade sentença*; que, ao proferi-lo, o juiz se baseou numa cognição incompleta, a completar-se na sentença final, peça indispensável no processo que, à falta dela, seria *nulo de pleno direito* (“Comentários ao Código de Processo Civil”, edição de 1948, volume III, págs. 80/81). Aliás, a ausência de sentença sempre foi motivo determinante de nulidade absoluta de todo e qualquer procedimento judicial, em Direito Judiciário/Civil e Penal (C.P.P., art. 564, III, alínea m).

Por que quebrar, agora, essa salutar tradição, estabelecendo-se um processo em que não haja sentença? Preservar os princípios doutrinários estabelecidos de processo, ação e mérito, de direito de ação, direito de defesa, contraditório, etc. deve ser preocupação do juiz em feitos que pressupõem a constrição de bens do apontado devedor da obrigação reclamada, com evidente envolvimento do direito de propriedade, constitucionalmente protegido!

Mesmo nos procedimentos de jurisdição voluntária (CPC, Título II, Cap. I, arts. 1.103 e seguintes), o juiz está obrigado a proferir sentença, ainda que homologatória, como acontece nas justificações de fatos para posterior produção de prova em ação a ser proposta, nos julgamentos de cálculos do Contador, das partilhas em inventários (procedimentos tipicamente administrativos-

judiciais), etc. Daí, a classificação doutrinária das sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

O Tribunal tem decidido não ser viável a estipulação de honorários advocatícios no despacho inicial, nas execuções do tipo, de vez que somente poderá ser condenado o executado nas cominações previstas em lei (v.g. Ag. 39.996, Relator Min. Carlos Mário Velloso, 3ª Turma, DJ de 06.02.80).

Note-se que os comentadores das normas dos artigos 587 e 680 do atual Código de Processo Civil, que parecem aceitar a tese da execução sem sentença, passam ao largo dos seus danosos efeitos, sem procederem a uma exegese ampla, cingindo-se à interpretação, embora respeitável, do seu alcance teórico.

Amilcar de Castro, o festejado e saudoso Desembargador e Professor em Minas Gerais, advertiu, ao discorrer sobre o art. 598, do vigente C.P.C., **verbis**:

“Entre a sentença proferida no processo de conhecimento, ou qualquer título executivo extrajudicial e o resultado final da execução, existe uma série intermédia de atos que, conquanto sendo executivos, não são somente executivos, mas também de conhecimento e de variadas verificações parciais. Por isso, **Carnelutti** assinalou que um dos passos para frente na doutrina do Direito Processual Civil consiste na afirma-

tiva de que há necessidade de contraditório também no processo executivo.

Bellavitis, no mesmo sentido, ensina que um dos pontos mais debatidos e delicados da ciência processual, são os limites do conhecimento no processo de execução, a natureza de tal conhecimento e a sua relação com a verificação contida no juízo de conhecimento.

O contraditório não se extingue no processo de conhecimento, mas projeta-se pelo processo executivo adentro, de envolta com os atos de execução. E a doutrina moderna já pôs à mostra que, na execução, os órgãos executivos são jurisdicionais, e no curso do processo executivo surgem contestações, que devem ser resolvidas, não só sobre a existência da ação executória, como ainda sobre certas medidas executivas. A cognição não se esgota com a sentença exequenda. O processo executivo é misto de cognição e execução.

Tal como acontece no processo de conhecimento, na execução agem duas partes: a ação é bilateral. E o juiz continuamente encontra-se na necessidade de verificar os fatos e de apreciá-los juridicamente, pelo que o executado participa de vários modos no processo, nem sempre menos que o exequente, pois até como embargante, é autor de um processo de conhecimento incidente.

Em tais condições, nada mais lógico e necessário que as disposi-

ções que regem o processo de conhecimento sejam aplicadas subsidiariamente à execução". (" Comentários ao C.P.C.", ed. Rev. dos Tribunais, 1974, págs. 103/104).

A teor do artigo 587 do novo Código de Processo Civil, ao título executivo extrajudicial deu-se maior força que à própria coisa julgada, pois esta impende, em muitas hipóteses, de liquidação que se reveste das mesmas condições da ação (artigos 603 a 611), conquanto aquele não. Vale por si mesmo, discricionariamente, prepotentemente, transformando o juiz, de julgador em mero agente orientador da cobrança, expectador quase impotente, que apenas fiscaliza o desdobramento das fases sumaríssimas do procedimento, impedido de sentenciar, que é o seu real mister.

Todavia, se não houver sentença nas execuções do tipo, quando não intentada pelo executado a "ação de embargos" no prazo legal, ocorrendo no processo nulidades insanáveis, de que natureza será o ato do juiz para pronunciá-las? É de curial sabença que as nulidades absolutas somente por meio de sentença declaratória, terminativa, ainda que de ofício, poderão ser proclamadas. Vejam, Senhores Ministros, que a ilogicidade, à medida em que o raciocínio lógico-jurídico evolui na análise do problema criado pelo novo Código, entremostra-se flagrante despautério.

Na espécie, além de ser enganosa a afirmação da agravante de não

comportar o proferimento de sentença a execução aparelhada, não há lugar para que sustente a ilegalidade do despacho agravado que, cumprindo a lei processual, aplicou norma cogente, a do artigo 9º, II, que é de ordem pública, e nomeou curador especial ao executado revel, no que agiu corretamente.

Mantenho a decisão recorrida.

Nego provimento ao agravo."

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.573-4 — SP — (92.0009836-3) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Lívia Maria Cavalcanti do Amaral e outros. Recdo.: S/A Central de Imóveis e Construções. Advogado: Eid Gebara.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator no sentido de conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann (em 15.12.93 — 2ª Turma).

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

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

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Discute-se, nes-

tes autos, se, no caso de citação ficta, é necessário, ou não, a nomeação de curador especial, em processo de execução, para o executado revel.

No voto que proferi, no extinto T.F.R., no Incidente de Uniformização de Jurisprudência no Agravo de Instrumento nº 41.165-SP, julgado na assentada de 08.03.84, filiei-me à corrente contrária à que aderiu o ilustre Relator, Ministro Américo Luz, no sentido da desnecessidade da nomeação do curador especial. Naquele ensejo, em que a matéria foi amplamente debatida, aduzi:

“Sr. Presidente, não pretendia usar da palavra, mas, tendo em conta o espaço de tempo decorrido desde o pedido de vista do eminente Ministro Américo Luz, aproveito o ensejo para, em resumo, restabelecer o debate da matéria, por situar-me entre aqueles que sustentam a desnecessidade de nomeação do Curador especial em processo de execução.

Ouvi, com toda atenção, os doutos votos dos eminentes Ministros Romildo Bueno de Souza e Américo Luz, sendo que este, inclusive, transcreveu o pronunciamento, também brilhante, efetivado pelo eminente Ministro Justino Ribeiro. Todavia, continuo convencido de que tais pronunciamentos somente podem ser aceitos **de lege ferenda**. Se nós nos detivermos ao sistema do Código de Processo Civil em vigor e aos dispositivos dele constantes, à outra conclusão não poderemos chegar senão no sentido do desca-

bimento de nomeação de curador especial no processo de execução. Foi o que mostraram com profundidade, com apoio na doutrina, a meu ver, a mais autorizada, não só o eminente Ministro Carlos Mário Velloso, no seu douto voto, mas, também, há tempos atrás, o não menos eminente Ministro Wilson Gonçalves, que teve ensejo de examinar, detidamente, a matéria. Os argumentos são simples. Aqueles que dizem ser cabível a nomeação de curador especial, em processo de execução, invocam o art. 598, segundo o qual “aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento”. Se nós consultarmos os textos pertinentes, constantes do processo de conhecimento, veremos que lá só se admite a nomeação de curador especial em relação ao réu, isto é, em relação àquele contra o qual ou em face do qual é proposta a demanda. É o que decorre da leitura do art. 9º, que diz:

“O juiz dará curador especial:
II: ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.”

Na mesma linha, lê-se no parágrafo único do art. 302, dispositivo esse que está incluído na seção atinente à contestação, que, evidentemente, constitui tarefa ao réu (lê):

“Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advo-

gado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.”

Portanto, a tarefa de curador especial é tarefa de defesa, tarefa de contestação. Pois bem, existirá no nosso processo de execução, à vista da legislação em vigor, oportunidade para o devedor, para o executado contestar? Não. E não, por quê? Porque o art. 652 diz que o devedor será citado para pagar ou nomear bens à penhora; o devedor na execução não é citado para se defender, mas é citado para pagar ou nomear bens à penhora. Se acaso pretende ele livrar-se dos efeitos do título executório, a lei lhe dá ensejo para isso. Mas, nessa hipótese, terá ele de vir ao Judiciário não como réu, mas como autor, autor da ação de embargos, visando à desconstituição do título executório, objetivando afastar a eficácia do título executório. Isso tudo decorre do fato de que o nosso Código alterou os princípios constantes do Código anterior. Uma das suas características fundamentais foi exatamente a de unificar as vias executórias.

O nosso Código de 39 previa a execução fundada em sentença e a velha e conhecida ação executiva. Só que essa ação executiva, contemplada no art. 298 do velho Código, segundo preceituava o art. 301, daquele mesmo Código, uma vez contestada, seguia o ri-

to ordinário. Mas a jurisprudência estabeleceu que, contestando ou não, sujeitava-se ao rito ordinário. Portanto, a antiga executiva seguia predominantemente o rito ordinário, onde é cabível a contestação. Por isso, não cabe, neste ensejo, invocar-se a velha doutrina, como aqui se fez, para justificar a nomeação de curador especial em processo de execução.

Em face do Código atual, o que temos é de compreender a sua sistemática e não olvidar que, enquanto o processo de conhecimento visa transformar os fatos em direito, o processo de execução objetiva transformar os direitos em fato. Por isso mesmo é que todo processo de execução pressupõe título líquido, certo e exigível. Se o Código de Processo atual agiu bem ou mal em equiparar os títulos extrajudiciais à sentença, isso aí é outra questão que, a meu ver, transcende o âmbito do Poder Judiciário, cuja função não é a de legislar, mas a de aplicar a lei.

Diante disso, com essas breves considerações, que faço tão-somente para restabelecer o debate sobre a matéria, em homenagem aos doutíssimos pronunciamentos dos eminentes Ministros Carlos Mário Velloso e Wilson Gonçalves, voto no sentido de que, no processo de execução, não tem cabimento a nomeação de curador especial.”

Isto posto, em conclusão, conhecimento do recurso e dou-lhe provimento, pedindo vênias ao ilustre Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.573-4 — SP — (92.0009836-3) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Lívia Maria Cavalcanti do Amaral e outros. Recdo.: S/A Central de Imóveis e Construções. Advogado: Eid Gebara.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro José de Jesus. Aguarda o Sr. Ministro Hélio Mosimann (em 04.04.90 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro Peçanha Martins não participou do julgamento tendo em vista os termos do parágrafo 2º do art. 162 do RI/STJ.

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

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Em execução fiscal a executada foi citada por edital, e igualmente intimada por edital da penhora lavrada no rosto dos autos, sem que lhe fosse dado curador especial. O em. Ministro Américo Luz não conheceu do recurso especial da Municipalidade, mantendo a decisão do Tribunal de São Paulo, que anulou o processo por falta de curador de ausentes a réu citado por edital e que não se apresentou para a defesa. O em. Ministro Pádua Ribeiro em voto que proferiu no Agravo de

Instrumento nº 41.165 julgou, no sempre lembrado Tribunal Federal de Recursos, a questão e se reportou no voto-vista no sentido de que no processo de execução, não tem cabimento a nomeação de curador especial. Naquele julgamento o Pleno do Tribunal Federal de Recursos no dia 08.03.84 por maioria decidiu pela exigibilidade da nomeação de curador especial em processo de execução. Mais de dez anos se passaram e aquele entendimento ainda prevalece, e agora com a chancela do Supremo Tribunal Federal a prestigiá-lo como se vê na RTJ, vol. 120, págs. 1.279/80. A tese continua a ser vitoriosa nesta Corte a exemplo dos REsps 9.961 — Rel. em. Ministro Athos Carneiro e Waldemar Zveiter, REsp 32.623.

Pelo exposto, pedindo vênias ao em. Ministro Pádua Ribeiro, acompanho o Relator em. Ministro Américo Luz.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.573-4 — SP — (92.0009836-3) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Município de São Paulo. Advogados: Lívia Maria Cavalcanti do Amaral e outros. Recdo.: S/A Central de Imóveis e Construções. Advogado: Eid Gebara.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Sr. Ministro José de Jesus conhecendo do recurso mas negando provimento, pe-

diu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann (em 21.09.94 — 2ª Turma).

O Sr. Ministro Peçanha Martins não participou do julgamento tendo em vista os termos do parágrafo 2º do art. 162 do RI/STJ.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Nos autos deste recurso especial, em que se discute, basicamente, a necessidade da nomeação de curador especial ao executado revel, citado através de editais, o nobre Relator concluiu seu voto considerando “indispensável, na hipótese, a nomeação do curador”, comungando de entendimento esposado em precedente trazido à colocação.

Pedindo vista, e também apoiado em precedente, este do extinto Tribunal Federal de Recursos, o eminente Ministro Pádua Ribeiro posicionou-se em sentido contrário.

Já o ilustre Ministro José de Jesus, no voto-vista, trazendo igualmente jurisprudência do antigo T.F.R. e ainda deste Superior Tribunal, como do Colendo Supremo Tribunal Federal, formou ao lado do Relator.

Pela reconhecida divergência da matéria, inclusive no campo doutrinário, também solicitei vista para melhor exame do tema.

Peço **venia** ao Ministro Pádua Ribeiro, autor do voto discordante, para ficar com os demais votos antes anunciados.

Saber da necessidade da nomeação do curador, eis a controvérsia, ainda registrada nos tribunais.

Verifico, entretanto, que algumas recentes manifestações neste Superior Tribunal vão se inclinando na direção da decisão recorrida. No curso deste ano de 1994, duas decisões bem recentes da Egrégia 4ª Turma foram publicadas:

— “Execução. Embargos oferecidos pelo curador especial. Legitimidade. O curador especial tem legitimidade para opor embargos à execução. Precedentes do STJ” (REsp nº 27.103-RJ — DJ de 28.02.94, Relator Ministro Barros Monteiro).

— “Execução. Embargos do devedor. Curador especial. O curador especial está legitimado a opor embargos à execução de devedor citado por edital” (REsp nº 38.662-RJ — DJ de 09.05.94, Relator Ministro Torreão Braz).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, fez publicar na R.T.J. 120, pág. 1.276, acórdão no Recurso Extraordinário nº 108.073-MG, com a seguinte ementa:

“Curador especial. Processo de execução. Executado que não atende à citação edital.

É devida a nomeação de curador especial ao executado que, citado por edital, não comparece a Juízo. Doutrina.

Mérito do acórdão recorrido, que deve subsistir” (Relator Ministro Francisco Rezek).

Vale lembrar, finalmente, trabalho publicado pelo Ministro Evan-

dro Gueiros Leite, na Revista dos Tribunais (vol. 595, págs. 9 a 14). Depois de considerações doutrinárias e jurisprudenciais, disse o articulista: "Concluo, pois, pela existência de revelia, em sentido lato, nas citações por edital, quando o réu não se opõe à execução por meio de embargos, devendo-lhe ser nomeado curador especial, de acordo com o art. 9º, II, c/c o art. 598, do CPC. A esse incumbirá diligenciar, como substituto processual, para que a execução se contenha nos seus limites de legalidade".

Diante de todo o exposto, meu voto acompanha o Relator, *data venia*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.573-4 — SP — (92.0009836-3) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Municí-

pio de São Paulo. Advogados: Livia Maria Cavalcanti do Amaral e outros. Recdo.: S/A Central de Imóveis e Construções. Advogado: Eid Gebara.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro que dele conhecia e dava provimento (em 26.10.94 — 2ª Turma).

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

O Sr. Ministro Peçanha Martins não participou do julgamento tendo em vista os termos do parágrafo 2º do art. 162 do RI/STJ.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO ESPECIAL nº 23.750-0 — AL

(Registro nº 92.0015301-1)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrentes: *Central Açucareira Santo Antônio S.A. e outro*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Eduardo José Pinto de Campos e outros, e Marúcia C. de Mattos Miranda Corrêa e outros*

EMENTA: *Tributário. Contribuição e Adicional incidente sobre o Alcool e Açúcar (CAA). Alteração da alíquota pelo Poder Executivo. Delegação do exercício da competência ao Conselho Monetário Nacional. Possibilidade.*

O Decreto-lei nº 308/67, no seu art. 3º, instituiu a Contribuição incidente sobre o álcool e açúcar (CAA), com feição de contribuição “parafiscal”, como meio de intervenção ao domínio econômico e no interesse de categorias profissionais.

O Decreto-lei nº 1.952/82 não criou nova hipótese de incidência da contribuição CAA, mas só lhe alterou a percentualização (alíquota).

A delegação ao Conselho Monetário Nacional para disciplinar a alteração de alíquota e a destinação da contribuição CAA decorre de lei (Decreto-lei nº 1.952/82) e não afronta preceito legal de hierarquia maior.

Após o advento da Constituição Federal de 1988 não se promulgou nenhuma lei alterando a alíquota da contribuição CAA, nem esta se afigura incompatível com o novo sistema tributário instituído na Carta Constitucional em vigor.

Recurso não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 17 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Central Açucareira Santo Antônio S.A. e outros, sob o pálio da letra c do autorizativo constitucional, se insurgem, através de recurso especial, contra acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que julgou legal e em consonância com o sistema da Constituição de 1988, a cobrança da contribuição e respectivo adicional incidente sobre o açúcar e o álcool — CAA (instituído pelos Decretos-leis nºs 308/67, 1.712/79 e 1.952/82).

Alegam, as recorrentes, que o decisório dissentiu do julgado do TRF da 1ª Região, que, ao decidir ação

igual, “assentou que a contribuição — CAA e os Decretos-leis que a instituíram não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988”.

Admitido na origem, nesta instância, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

Central Açucareira Santo Antônio S.A. e outros, sob o pálio da letra c, do autorizativo constitucional, se insurgem, pela via do *recurso especial*, contra o *decisório* do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que julgou legal e cônsono com o sistema da atual Constituição Federal, a cobrança da *contribuição* e respectivo adicional incidente sobre o açúcar e o álcool — CAA (instituída pelo Decreto-lei nº 308/67 e subsequentemente alterada pelos Decretos-leis nºs 1.712/79 e 1.952/82).

Com efeito, ao dirimir a controvérsia, o Tribunal a quo proferiu julgamento sintetizado na *ementa* seguinte:

“Tributário. Contribuição para o IAA. Constitucionalidade. Não coincidência de seu fato gerador com o ICMS.

A constitucionalidade dos Decretos-leis nºs 308/67, 1.712/79 e 1.952/82, que tratam da contri-

buição para o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), veio a ser proclamada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos ao julgar a arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 100.291-RJ.

A referida contribuição não se incompatibiliza com o sistema tributário previsto na Constituição de 1988, não havendo, inclusive, qualquer coincidência ou confusão entre o seu fato gerador e o do ICMS.

Precedentes deste TRF.

Apelação desprovida. Sentença confirmada.”

Os recorrentes indicaram como destoante e para efeito de comparação, a *sinopse* de acórdão do TRF da 1ª Região (Bahia), com a *dicção* a seguir:

“Tributário. Contribuição social de intervenção no domínio econômico. Decretos-leis nºs 308/67, 1.712/79 e 1.952/82.

1. O não exercício pelo Conselho Monetário Nacional de competência que lhe foi atribuída legalmente para fixar as alíquotas de contribuição e seu adicional incidentes sobre a economia sucroalcooleira do País, não permitiu ao Instituto do Açúcar e do Alcool esta fixação, dada a impossibilidade de delegação de poderes à luz da Constituição de 1967, salvo expressa revisão legal.

2. De outro lado, os diplomas legais que cuidam da espécie não

foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, porque a contribuição e seu adicional, devido à falta de alíquotas, não chegaram com a estrutura completa à nova ordem.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.

Como se observa, do único trecho do aresto submetido a confronto, para configurar a divergência, avultam, apenas, duas questões:

a) A inexistência da alíquota da contribuição — CAA e a impossibilidade de delegação ao Conselho Monetário, para quantificá-la (ou percentualizá-la);

b) os Decretos-leis nºs 308/67, 1.712/79 e 1.952/82 não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Devemos, pois, nos cingir ao deslinde destes dois (2) *aspectos*, únicos indicados como caracterizadores do dissídio pretoriano. O primeiro deles — inexistência de *alíquota* da CAA e impossibilidade de delegação do Executivo a outras Instituições Públicas para fixá-la ou alterá-la — não é novo, nesta Egrégia Turma. Assim é que, ao julgar o REsp nº 22.706-2-AL, em que essas questões eram apontadas como empeco à exação — e que a delegação para que outra entidade pública alterasse o percentual da CAA, assim me manifestei:

“Com efeito, o artigo 8º do C.T.N. tem compreensão diversa e não pertine à delegação de com-

petência ou transferência de atribuições, entre entidades da administração pública. Com efeito, dispõe o artigo 8º do CTN:

“O não exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído”.

O dispositivo supra é de clareza meridiana e nele se pretendeu clarificar a discriminação constitucional de rendas tributárias. É que a Constituição Federal estabeleceu de forma precisa, a distribuição da competência tributária entre as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados e Municípios), de forma que, com base nessa repartição um deles não possa instituir imposto cuja criação seja da competência do outro. O preceito do artigo 8º pode parecer acaciano, mas, o que pretendeu afirmar foi que, “ainda que uma pessoa jurídica de direito público não institua um tributo que lhe foi constitucionalmente conferido, a sua omissão não permite que pessoa jurídica de direito público diversa venha a criar esse mesmo imposto. Exemplificando: Se o Estado da Federação não cria o ICM sobre determinado fato gerador, o Município, com o só fato da omissão do Estado, não fica autorizado a instituí-lo. O dispositivo invocado se dirige, como a própria

recorrente reconhece à União, Estados e Municípios, não alcançando os demais órgãos da administração pública, mesmo porque, a estes, a Constituição não confere competência para a instituição de tributos. Demais disso, inexistente antinomia com a lei (artigo 8º do CTN) na *delegação*, pelo Decreto-Lei nº 1.952/82, ao Conselho Monetário Nacional, para a fixação da *alíquota* da C.A.A.. Essa delegação, em se tratando de contribuições parafiscais, era constitucionalmente possível, desde que veiculada através da lei. É o que preleciona o jurista **José Souto Maior Borges**, no Parecer — fls. 131:

“Competência administrativa não se presume. Há de ser expressa ou claramente implícita em texto legal. Em certo sentido e como ensina insuperavelmente **Seabra Fagundes**, administrar é aplicar a lei de ofício. E toda atribuição de competência administrativa envolve o seu balizamento dentro dos confins (os limites) que lhe impõe a lei. A competência administrativa é limitada precisamente neste sentido: nenhuma outra autoridade, não compreendida na outorga, pode vir a exercer funções para as quais não está legalmente habilitada” (fl. 131)”.

Como se observa, a delegação dá competência ao CMN, para a alteração da *alíquota*, desde que

inserida em lei, não fere qualquer postulado jurídico constitucional vigente no País. Não vislumbro, pois, configurada qualquer ofensa ao artigo 8º do CTN.”

Na mesma linha de raciocínio, acrescentei, no voto:

“Vale salientar que no regime da Constituição Federal de 1967, com a ementa 1/69, a contribuição do IAA, segundo a jurisprudência predominante, tinha a feição de contribuição *parafiscal*, e foi criada como intervenção no domínio econômico ou no interesse de categorias profissionais (CF, artigo 21, § 2º). O dispositivo supra, em fazendo remissão ao inciso I do artigo 21, faculta, ao Poder Executivo, alterar a alíquota ou a base de cálculo das contribuições, sem sequer submeter essas alterações à anterioridade tributária. Entende-se, pois, que o Decreto-lei nº 1.952/82 não criou nova hipótese de incidência, mas, tão-só alterou a alíquota da contribuição — CAA, consoante a expressa autorização, conferida ao Executivo, inscrita no artigo 21, I, da Constituição Federal. Ademais, tendo em vista a natureza *parafiscal* da contribuição do CAA (IAA) era possível, como se entendeu no acórdão hostilizado, a delegação a entidades *paraestatais* (CMN) com o fito de disciplinar a sua cobrança, fixando-lhe a majoração, ainda mais quando, no próprio contexto da lei (que

conferiu à delegação), quando da criação da CAA, foram fixados limites, dentro dos quais as entidades competentes, por delegação, poderiam disciplinar a sua instituição e destino. Este entendimento põe-se cõsone com o escólio anteriormente agasalhado por esta Turma no julgamento do REsp nº 32.682-9, da Relatoria do Ministro Garcia Vieira, assim ementado:

“É possível a delegação a entidades paraestatais para disciplinamento da cobrança das contribuições ao IAA, respeitado o limite máximo fixado pelo Decreto-lei nº 1.952 — DJU de 23.8.93.”

A segunda parte do aresto transcrito para confronto, de modo sucinto e pouco elucidativo, “afirma, apenas,” que os diplomas legais que cuidam da espécie não foram *receptionados* pela Constituição Federal de 1988, porque a contribuição e seu adicional, devido à falta de alíquotas, não chegaram com a estrutura completa à nova ordem” (folha 156).

Essa é, indubiosamente, uma afirmação especiosa — em evidente contradição com todos os elementos do direito e de fato inseridos no processo. Isso porque, seria impraticável que uma contribuição cobrada há mais de vinte e cinco (25) anos, desde a sua *instituição* (Decreto-lei nº 308/67), não dispusesse de *alíquota*, nem *base de cálculo*. Essa cobrança, sem dúvida, se tornaria impossível. Nem precisaria que os recorrentes contra ela se insurgissem.

Ora, o Decreto-lei nº 308/67, no seu artigo 3º, criou a contribuição, estabelecendo em seus incisos I e II:

I — De até Cr\$1,57 por saco de açúcar de sessenta (60) quilos destinados ao consumo interno do país;

II — De até Cr\$ 0,01 por litro de álcool de qualquer tipo e graduação destinado ao consumo interno, excluído o álcool anidro para mistura carburante.

§ 1º — As contribuições a que se refere este artigo serão proporcionalmente corrigidas pela Comissão Executiva do IAA, em função da variação dos preços do açúcar e do álcool, fixados para o mercado nacional.”

Ao verberar contra o sistema previsto na lei, os recorrentes “afirmam que o IAA vem utilizando a *alíquota máxima* definida no Decreto-lei.” (folha 161). Torna-se, pois, evidente, que a *alíquota* foi estabelecida em lei e, ainda, sobre ela institui-se o adicional (Decreto-lei nº 1.952/82).

De outra parte, o excerto do acórdão trazido à colação, como paradigma, sobre afiançar que a legislação de regência seria incompatível com a Constituição de 1988 e, de conseguinte, *derrogada* pela nova ordem constitucional, nem sequer *indicou* o preceito da Carta Política com o qual se conflitam os Decretos-leis instituidores da contribuição — CAA. Essa omissão impede o cotejo

entre os Decretos-leis citados e o dispositivo constitucional que lhes teria derogado, ensejando a deficiência do especial (Súmula 284 do STF). O aresto colacionado, transcrito através de simples *ementa*, não se presta ao confronto, por omissis e defectivo.

Por último, a contribuição foi instituída por lei, no regime da Constituição Federal de 1967, como intervenção ao domínio econômico. Vem sendo exigida em percentual *máximo*, que foi definido na legislação. Após o advento da C. Federal de 1988 não se tem notícia de sua alteração, por imposição do Conselho Monetário ou de qualquer outra Instituição. Não há, pois, incompatibilidade com regras constitucionais, e poderia existir se outro *adicional* tivesse sido criado, após a Constituição, senão através do procedimento legal. Essa questão não foi alegada e nem é objeto de recurso.

Com estas considerações, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 23.750-0 — AL — (92.0015301-1) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Rectes.: Central Açucareira Santo Antônio S/A e outro. Advogados: Eduardo José Pinto de Campos e outros. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: Marúcia C. de Mattos Miranda Corrêa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 17.08.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.078-9 — SP

(Registro nº 92.0016282-7)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrentes: *Armando Martins e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Antônio Roberto Sandoval Filho, e Ana Cândida Alves Pinto Serrano e outro*

Sustentação Oral: *Dr. Antônio Roberto Sandoval Filho, pelos Recorrentes*

EMENTA: Processual Civil. Ação rescisória. Adicionais computados em “cascata”. Artigo 37, XIV, C.F. Art. 17, ADCT. Artigos 128, 219, 267, VI, 462 e 495, CPC. Lei Complementar 180/78. Leis Estaduais nºs 6.043/61 e 10.260/68. Súmula 343-STF.

1. Persistência do direito de ação, compatibilizando-se o seu exercício para rescindir acórdão que reconheceu o direito aos adicionais calculados “em cascata”.

2. Violações inocorrentes (art. 105, III, a, C. F.).

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao Recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes 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 Garcia Vieira.

Brasília, 06 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON PEREIRA: O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, em Ação Rescisória, reformou parcialmente a sentença que concedeu, a servidores estaduais, o

direito ao recálculo cumulativo e progressivo dos quinquênios e da sexta-parte, excluindo da condenação da Fazenda do Estado o recálculo dos quinquênios, por não haver lei que autorize a forma de calculá-los em “cascata”, ocorrendo sua incidência sobre a sexta-parte, apenas de forma singela e estabelecida na Uniformização de Jurisprudência 51.750-1.

Inconformados com o julgamento, Armando Martins e outros interpu- seram o presente Recurso Especial, fulcrado no artigo 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, alegando que o v. aresto impugnado afrontou os artigos 219, 462 c/c 267, inciso VI, 128 e 460, do Código de Processo Civil, bem como divergiu do entendimento esposado na Súmula 343, do Pretório Excelso (fls. 1.250/1.272).

A Fazenda, por seu turno, afirmou que o Recurso não reúne condições de admissibilidade por ausente o pre- questionamento. Também não ficou caracterizada contrariedade ou ne- gativa de vigência à Lei Federal e, ainda, não restou demonstrado, co- mo exige a Súmula 291/STF, o dissí- dio pretoriano. No mérito, rebateu

todas as alegações dos Recorrentes (fls. 1.274/1.279).

Presentes os Requisitos, o apelo foi admitido pelo E. Tribunal a quo.

O douto Ministério Público Federal assim se pronunciou:

“A ocorrência da decadência, suscitada no recurso através da suposta afronta ao art. 219 do C.P.C., improcede. A ação foi proposta dentro do prazo previsto na Lei Processual Civil, não importando que as citações fossem efetivadas após o decurso dos dois anos.

Relativamente às outras violações argüidas, se adequa aqui a colocação do Ministério Público Estadual: “no que diz respeito à alegada violação dos arts. 462 e 267, VI, 128 e 460 do C.P.C. (fls. 1.257 e 1.263), percebe-se que, na verdade, os recorrentes atacam os fundamentos do venerando acórdão recorrido, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pois, como já decidido, “para efeito de cabimento do recurso especial, é necessário discernir entre a apreciação da prova e os critérios legais de sua valorização” (sic. fl. 1.282).

Já quanto à aplicação a espécie da Súmula 343 do S.T.F. que prescreve: “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de Lei, quando a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação controversa nos Tribunais”, razão assiste aos recorrentes.

A Fazenda é, de fato, carecedora da ação, vez que, o v. acórdão rescindendo adotou posição majoritária da jurisprudência, não obstante controvertida, mas não significando violação de lei.

Assim, pelo exposto, o parecer é pelo conhecimento e provimento do recurso. (fls. 1.309/1.310)

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): O v. aresto, em memento, acudiu que o julgado rescindendo,

“... confirmou a decisão de primeiro grau que havia acolhido a ação proposta pelos réus contar a Fazenda do Estado na sua íntegra. Mas o objeto da demanda por eles ajuizada não foi só a de recálculo dos quinquênios para que estes incidissem de forma cumulativa e progressiva uns sobre os outros, mas também para que estes, calculados “em cascata” incidissem sobre a sexta-parte dos vencimentos de cada um dos demandantes.

A autora (v.g.: a Fazenda Estadual), na presente ação rescisória não se insurge contra a incidência dos quinquênios de forma singela a sexta-parte, solução esta adotada no julgamento da Uniformização de Jurisprudência nº 51.750-1, mas, tão-só, contra o

cálculo dos quinquênios para obtenção do “efeito cascata”. (fl. 1.238).

Na fundamentação explicitou:

“Não há dúvida, portanto, de que, julgando da forma como julgou, o venerando acórdão rescindendo concedeu o recálculo dos quinquênios aos réus sem base em lei que isso autorizasse, infringindo, assim, o princípio da separação dos poderes expresso nos artigos 6º e 10, inciso VII, letra c, da anterior Constituição Federal, além de impor à Fazenda do Estado, sem base em lei, obrigações que quebram o princípio da isonomia de tratamento de seu funcionalismo público, privilegiando os réus com benefícios que nem mesmo a Magistratura e o Ministério Público gozavam, uma vez que os integrantes dessas duas carreiras sendo os únicos então que, beneficiados por lei dessa forma de cálculo dos quinquênios, em contrapartida, não tinham direito à percepção da sexta-parte.” (fls. 1.239 e 1.240).

Finalmente, assentou na parte dispositiva:

“A ação rescisória, por consequência, diante de tudo o que foi exposto acima, deve ser julgada procedente para se anular a veneranda decisão rescindenda prolatada na Apelação Cível nº 66.652-1 pelo vício de *citra petita*, além de infringentes aos dispositivos cons-

titucionais já acima referidos, ficando os réus, outrossim, condenados a pagar à autora as custas em devolução e a honorária advocatícia que se arbitra em Cr\$ 1.000,00, a cargo de cada um dos demandados.

Passando-se com a desconstituição do acórdão rescindendo ao juízo **rescisorium**, é de examinar-se o recurso voluntário da Fazenda do Estado e o oficial constante da sentença que julgou o mérito em primeira instância. E a ambos dá-se provimento para excluir da condenação da Fazenda do Estado o recálculo dos quinquênios, por não haver lei que autorize a forma de calculá-los “em cascata” como erroneamente admitiu a sentença recorrida, que fica nessa parte reformada, ocorrendo a sua incidência sobre a sexta-parte apenas de forma singela e na forma estabelecida na Uniformização de Jurisprudência nº 51.750-1.” (fl. 1.246).

O recurso (art. 105, III, a e c, C. F.), na sua abrangência, enfocou violação aos arts. 219, 267, VI, e 462, CPC, e ofensa à Súmula 343 — STF.

De imediato, no pertencente à divergência, em que pesem as referências aos precedentes enunciados nas respectivas ementas, não é o bastante para demonstrar a sua efetivação real, em direto confronto com o v. acórdão objurgado, ainda porque dificultada a averiguação da similitude das questões julgadas. Insuficien-

te, assim, a necessária demonstração, sobressaindo que não foi atendida expressa exigência (art. 26, parágrafo único, Lei 8.038/90 — ; art. 255, parágrafo único, RISTJ), no exercício do definitivo juízo de admissibilidade, referentemente à divergência entre os julgados, não tomo conhecimento do recurso, salvo para fincar o exame nos limites de eventual aplicação da Súmula 343 — STF. O conhecimento fica nos limites da alínea a, III, art. 105, C.F.

Na viseira das sugeridas violações, por consentâneas à verdade processual, acolho as pertinentes razões tachadas pela douta Subprocuradoria da República, a dizer:

“A ocorrência da decadência, suscitada no recurso através da suposta afronta ao art. 219 do C.P.C., improcede. A ação foi proposta dentro do prazo previsto na Lei Processual Civil, não importando que as citações fossem efetivadas após o decurso dos dois anos.

Relativamente às outras violações argüidas, se adequa aqui a colocação do Ministério Público Estadual: “no que diz respeito à alegada violação dos arts. 462 e 267, VI, 128 e 460 do C. P. C. (fls. 1.257 e 1.263), percebe-se que, na verdade, os recorrentes atacam os fundamentos do venerando acórdão recorrido, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pois, como já decidido, “para efeito de cabimento do recurso especial, é necessário discernir entre

a apreciação da prova e os critérios legais de sua valorização.” (sic. fl. 1.282)”. — fl. 1.309.

À demão, no particular do prazo decadencial, deve ser anotado que a ação proposta dentro do prazo legal (art. 495, CPC), bem acentuando o acórdão reptado:

“A propositura da ação rescisória não foi intempestiva. O acórdão rescindendo é de 8 de maio de 1986; as partes foram intimadas do resultado do julgamento em 15 de julho de 1986, operando-se o trânsito em julgado em 15 de agosto do mesmo ano (cf. certidão do 3º Ofício da Fazenda Pública, à fl. 75, 1ª vol.).

Ora, a rescisória foi proposta em 14 de agosto de 1988 e, portanto, antes de decorridos os dois anos previstos no artigo 495 do CPC.

Esse prazo do artigo 495 do CPC não é de prescrição, mas de decadência, como é muito clara a lei processual ao declarar que o direito se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Não há, pois, que falar em decadência do direito de ação pelo fato das citações não se terem efetuado dentro dos sessenta dias a que aludem os réus na sua defesa. São mais de cem os réus e grande parte deles residentes no interior do Estado, que, por isso, foram citados por meio de carta de ordem.

O que é necessário para que o direito à rescisória não se extinga é que a ação entre em juízo antes de se completar dois anos do trânsito em julgado do acórdão rescindendo. Pois, como bem esclarece o artigo 263 do CPC, a ação considera-se proposta tanto que a inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara." (fl. 1.241).

Ora, se o significativo número de réus, diante de dificuldades da própria estrutura do Judiciário, por si, embaraçou a celeridade processual, não se deve atribuir falta ou dissídia à parte autora. Pois,

"I — Jurisprudência predominante da Corte e do Pretório Excelso assentou entendimento no sentido de que não ocorre a decadência da rescisória, quando a demora na citação deveu-se a obstáculo atinente ao aparelho judiciário.

II — Recurso conhecido e improvido." (REsp 3.029-SP — Rel. p/ acórdão Min. Waldemar Zveiter — in DJU de 1º.07.91).

Portanto, o julgado não ficou imune ao exame provocado pela proposta rescisória.

Noutro aspecto — violação da Súmula 343 — STF —, outra vez, o v. acórdão tem lúcida fundamentação:

"Demais, pondere-se, a Súmula nº 343 do E. Supremo Tribunal Federal diz respeito à controvérsia jurisprudencial decorrente de julgados de tribunais diversos,

não aludindo à jurisprudência de um mesmo tribunal, dentro do qual a jurisprudência prevalecente pode ser uniformizada pelos caminhos processuais traçados nos artigos 476 a 479 do CPC." (fl. 1.240).

No alinhamento da pretensão recursal, não pode ser olvidado, comentando-se que a rescisória não golpeou o recálculo dos quinquênios, mas, tão-somente, a incidência "em cascata" sobre a sexta-parte dos vencimentos, assinalando que, efetivamente, pela inexistência de autorização legal para aquela forma de contagem dos adicionais.

Finalmente, a compreensão do v. acórdão impugnado, indiretamente, foi abonada por esta Turma, em outro recurso, reconhecendo o direito do Estado de São Paulo promover Ação Rescisória para o mesmo fim desta, cujo entendimento ficou assim ementado:

"Processual — Interesse de agir — Extinção do processo.

Lei nova, que, sem efeitos retroativos, libera o Estado de pagar a seus funcionários, adicionais computados em cascata. Apesar desta lei, persiste o interesse do Estado em se lavar do pagamento de parcelas vencidas antes de vigir a lei nova.

Acórdão que, em tal caso, declara o Estado carecedor de ação, merece reforma, por maltratar o art. 267, VI, do CPC" (REsp nº

21.221-6-SP — Rel. Min. Gomes de Barros — in DJU de 16.08.93).

Confluente ao exposto, voto impro-
vendo o recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.078-9 — SP —
(92.0016282-7) — Relator: O Sr. Mi-
nistro Milton Luiz Pereira. Rectes.:
Armando Martins e outros. Advoga-
do: Antonio Roberto Sandoval Filho.
Recda.: Fazenda do Estado de São

Paulo. Advogados: Ana Cândida Al-
ves Pinto Serrano e outro.

Sustentou oralmente o Dr. Anto-
nio Roberto Sandoval Filho, pelo
Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, negou provimento ao recurso
(em 06.12.93 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.772-3 — SP

(Registro nº 92.0017765-4)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Fertilizantes Mitsui S/A Indústria e Comércio*

Advogados: *Marcos de Moura Bittencourt e Azevedo e outros, e Antônio
Nojiri e outro*

EMENTA: *Tributário. Ação ordinária de inexistência de relação
jurídico-tributária cumulada com pedido de repetição do indébito.
ICMS. Tarifa de energia elétrica. Legitimidade.*

— “A restituição dos tributos indiretos, pagos pelo primeiro con-
sumidor, somente por este, ou mediante sua autorização, pode ser
reclamada” (RE 44.115). Assim, porque suporta a autora o ônus ou
encargo do tributo relacionado ao consumo de energia elétrica es-
tá ela legitimada a pleitear a repetição do imposto que entende in-
devido.

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

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

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Reformando a sentença de primeiro grau, o acórdão de fls. 132/134 afastou a carência da ação e determinou o prosseguimento do feito com apreciação do mérito, entendendo legitimada a contribuinte-autora à propositura da ação na qual busca ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que autorize a exigência do recolhimento do ICMS relativo à energia elétrica consumida em suas unidades.

No especial, processado por força de provimento de agravo, alega a Fazenda recorrente contrariedade aos artigos 165 e 166, do CTN; 267, VI, do CPC, e interpretação equivocada quanto ao art. 128 do Código Tributário Nacional.

Parecer, às fls. 188/189, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O acórdão recorrido assim decidiu a questão (fls. 132/134):

“... A autora busca com a procedência da ação a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que autorize a exigência do recolhimento do ICMS relativo à energia elétrica, condenada a Fazenda do Estado a restituir os valores pagos em março de 1989.

A digna magistrada prolatora da r. decisão recorrida houve por bem decretar a carência da ação sob o fundamento de inexistir relação jurídico-tributária entre a autora e a Eletropaulo e muito menos com a Fazenda do Estado, suportando a autora o ônus tributário como contribuinte de **facto**, sendo a Eletropaulo contribuinte de **jure**.

A r. decisão recorrida não pode, no entanto, subsistir. Como ensina **Ruy Barbosa Nogueira**, “na impossibilidade de atingir o contribuinte natural, o legislador admite ainda como sujeito passivo, o 2º *Responsável* — quando sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. Observe-se que o responsável é um ter-

ceiro em relação ao contribuinte, mas não alheio ao fato gerador. O art. 128 do CTN prevê que seja uma pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação e que indicado o responsável, a lei pode excluir a responsabilidade do contribuinte ou atribuir a este em caráter supletivo, o cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Observe-se que o art. 128 ao se referir à pessoa vinculada ao fato gerador, compreende a vinculação tanto “de facto” como “de direito”, pois não as distingue e no projeto estava mesmo vinculada de fato e ou de direito ao respectivo fato gerador (art. 164 do projeto) e foi apenas resumida a redação” (Curso de Direito Tributário, pág. 149, Ed. Saraiva).

Nesse diapasão o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que “a restituição dos tributos indiretos, pagos pelo primeiro consumidor, somente por este, ou mediante sua autorização pode ser reclamada” (R.E. 44.115).

Assim porque suporta ela o ônus ou encargo do tributo relacionado ao consumo de energia elétrica, é evidente que está legitimada e com exclusividade a pleitear a repetição do imposto que entende ser indevido.”

Com propriedade, aduz a recorrida em suas contra-razões (fls. 170/171):

“O **punctum pruriens** reside no reconhecimento da **legitimação ad causam**, nada mais.

Não se discutiu a aplicação ou a não aplicação do artigo 121 do Código Tributário Nacional.

Todavia, admitido que se traga à baila a discussão da figura do contribuinte, nota-se que a Recorrente contradiz a orientação dada pela *Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo* através das Respostas à Consulta nº 001/90 e nº 500/90, sendo de ressaltar a atribuição que deu aquela da condição de *contribuinte* à consulente, nestes termos:

“4.3 — Embora não haja norma a respeito na legislação tributária do Estado de São Paulo em vigor, é de todo conveniente que a consulente se muna de elementos capazes de justificar os cálculos que a levariam à cifra lançada, como crédito, nos livros fiscais, tais como: planilhas de apropriação dos quilowatts consumidos e *laudo técnico emitido por perito*. Desse modo, caso seja interpelado pelo Fisco, poderá o contribuinte justificar-se dos critérios utilizados, cabendo, entretanto, à autoridade fiscal, aprovar ou não os lançamentos efetuados.”

Pedindo vênias, junta a publicação das respostas acima, constantes da IOB Informações Objetivas — Bol. 33/90-SP, págs. 568/567.

Se a Recorrida pode se valer — como a consulente acima refe-

rida — do princípio da não cumulatividade, é por não ser ela consumidora, mera contribuinte de fato, mas legítima contribuinte!”

Inexistente a irrogada contrariedade ao acórdão, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.772-3 — SP — (92.0017765-4) — Relator: O Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados:

Marcos de Moura Bittencourt e Azevedo e outros. Recdo.: Fertilizantes Mitsui S/A Indústria e Comércio. Advogados: Antônio Nojiri e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.11.94 — 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 HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.375-1 — RS (Registro nº 92.0032141-9)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Darcy Zambonato*

Recorrido: *Banco do Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Paulo Turra Magni e outro, e Jurandir Fernandes de Sousa e outros*

EMENTA: *Direito Civil. Caderneta de poupança. “Plano verão”. Janeiro de 1989. Art. 17, I, da MP 32/89 (Lei 7.730/89). Inaplicabilidade. OTNIPC. Percentual de correção. Precedentes. Recurso conhecido e parcialmente provido.*

I — O critério de remuneração estabelecido no art. 17, I, da MP 32/89 (Lei 7.730/89) não se aplica às cadernetas de poupança abertas ou renovadas antes de 16 de janeiro de 1989.

II — O percentual de correção monetária incidente sobre os valores depositados em tais poupanças — com período aquisitivo iniciado do dia 1º ao dia 15 (inclusive) de janeiro de 1989 — é de 42,72% (REsp 43.055-SP).

III — Creditado reajuste a menor, assiste ao poupador o direito de obter a diferença, correspondente à incidência do percentual sobre as importâncias investidas na primeira quinzena de janeiro/89.

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 maioria, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar. Vencido o Ministro Fontes, de Alencar, que dele não conhecia. Ausente, justificadamente, o Ministro Antônio Torreão Braz.

Brasília, 4 de outubro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de “ação declaratória de direito c/c condenação em pagar”, proposta por investidor pretendendo haver diferença de correção monetária relativa ao mês de janeiro/89, que teria sido creditada a menor em suas cadernetas de poupança.

Decidindo a espécie, o Juiz deu pela parcial procedência do pedido, condenada a entidade bancária ré a creditar ao autor “o valor correspondente a 12,51% sobre as importâncias existentes em janeiro de 1989 nas contas de poupança” à época por ele mantidas.

Da fundamentação expendida na sentença, colhe-se:

“Objetiva o demandante o recebimento da diferença dos rendimentos referentes ao **quantum** depositado em caderneta de poupança, em relação ao mês de fevereiro de 1989, já que creditado tão-só o índice de 22,97%, e não 70,28%.

Não obstante tenha a imprensa, na época, divulgado o percentual de 70,28%, como o equivalente ao IPC de janeiro de 1989, não há qualquer publicação oficial sobre aquele. Nada consta, no Diário Oficial da União, a respeito.

Assim, não demonstrado, pelo autor — a quem incumbe, no caso, o ônus da prova — a precisão do mencionado índice, não pode ser este aplicado na hipótese apresentada.

Ademais, o IBGE, para efetivar o cálculo da inflação, na oportunidade, valeu-se de lapso superior a trinta dias. Os 70,28% referem-se a um período de cinquenta e um dias, maior, portanto, que o prazo preestabelecido para fixar os critérios de remuneração das cadernetas de poupança.

Por outro lado, frise-se ter o próprio IBGE, conforme a Resolução nº 22, de 21/fev/89, apontado, para aquele período, o percentual de 35,48%, como sendo a variação referente ao Índice Nacional de Preço ao Consumidor, o qual seria o adotado, visando à remuneração mensal das cadernetas de poupança em fevereiro de 1989, como o foi nos meses subsequentes.

Desta forma, a real taxa de variação foi de 35,48%, assistindo razão ao suplicante, quanto ao recebimento da diferença correspondente à 12,51%, isto é, 35,48% menos 22,97%”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao dar provimento à apelação do banco-réu e julgar prejudicada a do autor, ementou:

“Cadernetas de poupança. Correção do Plano Cruzado. Novo.

Por isso que medida legal, a que fixou a alteração do índice para atualização das cadernetas de poupança no mês de fevereiro de 1989, em decorrência da Medida Provisória nº 32 que instituiu o Cruzado Novo, descabe a pretensão do demandante de haver diferenças decorrentes de aplicação de índice nem sequer previsto anteriormente a essa medida provisória, aliás, transformada em Lei de nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989”.

Inconformado, interpôs o poupador recurso especial com fulcro na alínea c do permissivo constitucional, alegando divergência com julgados dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 5ª Regiões. Sustenta que em suas contas de poupança deveria ter sido creditada, no mês de fevereiro de 1989, correção monetária calculada com base no IPC de 70,28% e não, como ocorreu, com base na LFT de 22,97%; que, em outras palavras, o critério instituído

pela MP 32/89 (convertida na Lei 7.730/89 — art. 17, I) não se mostra aplicável às poupanças iniciadas ou renovadas antes de 16 de janeiro de 1989, sob pena de ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Inadmitido o apelo na origem, subiram os autos por força de agravo que provi para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): A Câmara julgadora considerou aplicável o novo critério de correção estabelecido no art. 17, I, da MP 32/89 (Lei 7.730/89) às cadernetas de poupanças iniciadas ou renovadas anteriormente a 16 de janeiro de 1989, data da publicação de referida medida.

Não se houve, todavia, com o habitual acerto ao fazê-lo.

Tal alteração, com efeito, somente alcançou as poupanças cuja abertura ou renovação se operou a partir de 16 de janeiro de 1989, não aquelas com aniversário entre os dias 1º e 15 (inclusive), daquele mês e ano, como, no caso, as três cadernetas do autor recorrente, que tinham por datas bases segundo constou do próprio aresto impugnado, respectivamente os dias 1º, 5 e 15 de janeiro.

Nesse sentido a remansosa e reiterada jurisprudência das Terceira e Quarta Turmas desta Corte, sendo exemplificativos os seguintes julgados:

“Civil. Cadernetas de poupança. “Plano Verão”.

Não contraria o art. 17 da Medida Provisória 32/89, depois Lei 7.730/89, o acórdão que reconhece a sua não aplicação às cadernetas de poupança com período mensal iniciado até 15 de janeiro, ainda quando completado até 15 de fevereiro de 1989” (REsp 16.651-RS, Relator o Sr. Ministro Dias Trindade; DJ de 31.8.92).

“Cadernetas de poupança. Atualização dos saldos no mês de fevereiro de 1989, com referência ao mês de janeiro. Não contraria o art. 17, inciso I, da Lei nº 7.730, de 31.1.89, em que se converteu a Medida Provisória nº 32, de 15.1.89, acórdão que, no tocante às cadernetas com vencimentos até 15.1, não lhes aplicou o disposto naquela norma” (REsp 11.161-RS, Relator o Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 28.9.92).

“Caderneta de poupança. Correção monetária. “Plano Verão”.

Às cadernetas de poupança iniciadas ou renovadas no período compreendido entre 1º e 15 de janeiro de 1989 não se aplica o disposto no art. 17, inciso I, da Lei nº 7.730, de 31.1.89. Precedentes do STJ.

Recurso especial conhecido em parte e improvido” (REsp 18.035-RS, Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro, DJ de 7.12.92).

“Caderneta de poupança.

A alteração de critério de atualização de saldo estabelecida pela

Lei nº 7.730/89 (Medida Provisória nº 32/89) não alcança a conta de trintídio iniciado até 15 de janeiro de 1989.

Recurso especial não conhecido” (REsp 26.390-RS, Relator o Sr. Ministro Fontes de Alencar, DJ de 17.12.92).

“Cadernetas de poupança. Lei 7.730, de 31.1.89, art. 17. Critério de atualização dos depósitos com período aquisitivo em curso. O cálculo de correção e rendimento, conforme a orientação da Corte, não é afetado por legislação superveniente ao dia de início do período aquisitivo mensal. Precedentes do STJ. Ressalva feita pelo Relator. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 16.570-GO, Relator o Sr. Ministro Athos Carneiro, DJ de 17.12.92).

“... Não contraria o art. 17, inciso I, da Lei 7.730/89, o acórdão que deixa de aplicá-lo às cadernetas de poupança, com período mensal iniciado até 15 de janeiro de 1989” (REsp 29.555-RS, Relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 1º.3.93).

É certo que o recorrente não realizou a demonstração analítica do dissídio nos estritos moldes regimentalmente exigidos, constando do articulado recursal apenas a transcrição das ementas dos arestos paradigmáticos. Filio-me, contudo, aos que admitem certa mitigação do rigor formal, quanto à admissibilidade do apelo extremo pela alínea c do per-

missivo constitucional, nos casos em que notória a divergência, sobretudo quando em atrito a decisão impugnada contra a jurisprudência assente deste Tribunal (dentre outros, o REsp 24.093-5, DJ de 21.9.92, por mim relatado).

Por outro lado, a par de o teor das ementas colacionadas refletir, de modo inequívoco, a tese adotada nos acórdãos a que se referem, é certo que o recorrente alegou malferidos o ato jurídico perfeito e o direito adquirido pela interpretação conferida na decisão recorrida ao art. 17, I, da Lei 7.730/89.

Tenho, portanto, que o especial reúne condições de viabilidade.

Dele conhecendo, passo ao julgamento da causa, aplicando o direito à espécie (art. 257, RISTJ).

Conforme assinalado, o critério instituído pela Lei 7.730/89 não se prestava a remunerar os depósitos em cadernetas de poupança efetuados de 1º a 15 de janeiro de 1989.

Impunha-se à instituição bancária ré proceder a essa remuneração segundo as regras disciplinadoras da poupança vigentes antes da edição da MP nº 32/89.

Tais regras estabeleciam que o reajuste monetário dos aludidos depósitos estava vinculado à variação do valor nominal da OTN. E dispunha o art. 16 do DL 2.335, de 12 de junho de 1987 (“Plano Bresser”):

“O Conselho Monetário Nacional, no uso das atribuições estatuídas pela Lei nº 4.595, de 31 de

dezembro de 1964, expedirá regras destinadas a adaptar as normas disciplinares dos mercados financeiros e de capitais, bem como do Sistema Financeiro da Habitação, ao disposto neste Decreto-Lei”.

Foi então editada, em 15 de junho de 1987, a Resolução nº 1.338/Bacen, alterada pela Resolução 1.396, de 22 de setembro de 1987, restando definido que:

“A partir do mês de novembro de 1987, os saldos referidos no item anterior (aí incluídos os das cadernetas de poupança) serão atualizados pelo mesmo índice de variação do valor nominal da obrigação do Tesouro Nacional — OTN” (item IV).

Essa a regra que vigorou até o advento da MP 32/89 (Lei 7.730/89): reajuste dos valores mantidos em cadernetas de poupança pelo mesmo índice de variação do valor nominal da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN. E o índice utilizado para cálculo da variação do valor da OTN era, desde agosto de 1987, o IPC, segundo dispunha o inciso II da mencionada Resolução 1.338/Bacen, **verbis**:

“A partir do mês de agosto de 1987, o valor nominal da OTN será atualizado, mensalmente, pela variação do índice de Preços ao Consumidor — IPC, aferido segundo o critério estabelecido no

artigo 19 do Decreto-Lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987”.

Assim, o autor-recorrente, ao abrir ou renovar suas cadernetas em 1º, 5 e 15 de janeiro, estava na legítima convicção de que as quantias depositadas sofreriam correção segundo a oscilação do valor da OTN, indexada pelo IPC.

Cumpria, portanto, ao banco recorrido atualizar tais quantias de acordo com esse critério, sobre elas fazendo incidir, à vista do congelamento e extinção da OTN impostos pela MP 32/90, o percentual do IPC de janeiro de 1989.

Esse percentual, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 43.055-0-SP, de que fui Relator, entendeu ser de 42,72%.

Do voto que proferi na oportunidade, colhe-se:

“Com efeito, impõe-se reconhecer excessivo o percentual de 70,28%, na medida em que o que se busca na espécie é a definição do indexador mais adequado à real recomposição do poder de compra da moeda no mês de janeiro de 1989, em face da extinção e congelamento do valor da OTN, papel público cuja flutuação refletia a perda inflacionária, mensal e diária, em termos de correção monetária oficial.

Impõe-se, preliminarmente, para delimitar-se o âmbito da controvérsia, esclarecer que a OTN,

indexador oficial vigente desde fevereiro/86, teve seu valor reajustado mensalmente até 1º.1.89 e, diariamente, até o dia 15 daquele mês.

Com a edição do plano de estabilização econômica, implementado pela Lei 7.730/89, de 31.1.89 (MP 32, de 15.1.89), e que tomou o nome de “plano verão”, extinguiu-se a emissão desse papel (art. 15), fixando-se seu valor nominal mensal em NCz\$ 6,17, valor obtido com base na inflação constatada durante o mês de dezembro/88, calculada pela metodologia definida no art. 19 da Lei 2.335/87, **verbis**:

“O IPC, a partir de julho de 1987, será calculado com base na média dos preços apurados entre o dia 15 do mês de referência e o dia 16 (dezesseis) do mês imediatamente anterior”.

Em termos estatísticos, portanto, pressupondo-se uma variação linear dos preços de meados de um mês a meados do outro, o índice assim obtido equivaleria à inflação aferida no dia correspondente ao ponto médio do período de mensuração. Esse ponto médio do período, compreendido entre o dia 16 de um mês e o dia 15 do mês seguinte, se localiza entre os dias 30 (ou 31) do primeiro, de forma que o Índice de Preços ao Consumidor — IPC refletia a inflação mensal pela comparação efetuada entre os pontos médios de seu cálculo.

A inflação assim medida é que era considerada para efeito de atualização das Obrigações do Tesouro Nacional — OTN, cuja variação era utilizada como indexador oficial.

O problema relativo à indexação do mês de janeiro/89 surgiu da conjugação de dois fatores: a extinção do indexador oficial então vigente (a OTN) e a alteração na metodologia de cálculo do IPC, na forma do art. 9º da Lei 7.730/89, que dispôs:

“Art. 9º — A taxa de variação do IPC será calculada comparando-se:

I — no mês de janeiro de 1989, os preços vigentes no dia 15 (quinze) do mesmo mês, ou, em sua impossibilidade, os valores resultantes da melhor aproximação estatística possível, com a média dos preços constatados no período de 15 de novembro a 15 de dezembro de 1988;

II — No mês de fevereiro de 1989, a média dos preços observados de 16 de janeiro a 15 de fevereiro de 1989, com os vigentes em 15 de janeiro de 1989, apurados consoante o disposto neste artigo”.

Essa alteração equivaleria, na prática e estatisticamente falando, a comparar os preços vigentes no dia 15 de janeiro de 1989 aos praticados no ponto médio do pe-

ríodo compreendido entre 15 de novembro/88 e 15 de dezembro/88, isto é, aos preços prováveis praticados no dia 30 de novembro/88. Por essa forma o índice obtido corresponderia à inflação constatada num período de aproximadamente 46 dias. Esse índice foi divulgado pelo IBGE como sendo de 70,28%.

Observe-se, entretanto, que esse percentual de 70,28%, tendo considerado a variação dos preços em período diverso do que vinha sendo adotado, que seria de 16 de dezembro de 1988 a 15 de janeiro de 1989, englobou a oscilação inflacionária verificada entre 30 de novembro de 1988 e 15 de dezembro de 1988, oscilação que já havia sido computada no índice do IPC de dezembro. Houve, portanto, **bis in idem**. Assim, no cálculo do IPC de janeiro ocorreu inclusão de período de aproximadamente 15 dias que já havia sido considerado para cálculo do IPC de dezembro.

Além disso, convém aqui assinalar que o critério do referido art. 9º, já de origem equivocado, foi imperfeitamente aplicado quando da coleta dos dados pelo IBGE, segundo nota explicativa divulgada pela imprensa, dentre outros na “Gazeta Mercantil” de 8.2.89, em virtude de problemas operacionais.

O “calendário de coleta anual” do IBGE previa que a coleta fosse realizada durante todo o mês, sendo que a cada semana seriam

pesquisados aproximadamente um quarto (1/4) dos estabelecimentos. Dentro de cada semana, no entanto, não haveria dia fixado para que cada estabelecimento fosse visitado. Por essa razão, somente seria possível a obtenção dos preços referentes a cada semana de coleta previamente definida no "calendário". Em face dessa circunstância, o IBGE foi instruído, através da "Portaria Interministerial" nº 202, de 31.1.89, a considerar os preços coletados entre 17 (dezesete) e 23 (vinte e três) de janeiro como a melhor aproximação estatística para os preços vigentes em 15 (quinze) de janeiro.

Ocorre que a média dos preços vigentes entre 17 (dezesete) e 23 (vinte e três) de janeiro equivaleria estatisticamente aos preços praticados em vinte (20) de janeiro. Por essa razão, além do **bis in idem** quanto à inflação ocorrida entre trinta (30) de novembro e quinze (15) de dezembro, foram incluídos mais cinco (5) dias, redundando num acréscimo de 20 dias.

Cumprindo observar, outrossim, que até junho de 1989 não foi criado outro papel que substituisse a OTN extinta em 1º.2.89 (Lei 7.730, de 31.1.89, art. 15), subsistindo, entretanto, o referido Índice de Preços ao Consumidor — IPC, que nesse período continuou a ser calculado.

Em 19.6.89 foi criado o Bônus do Tesouro Nacional — BTN, pa-

ra desempenhar a mesma função da extinta OTN (Lei 7.777/89).

Esse título, em que pese sua criação apenas em junho, teve seu valor nominal fixado retroativamente em 1º.2.89, com variação atrelada aos índices do IPC. Em consequência, os valores passíveis de correção monetária com referência a períodos iniciados antes de janeiro/89, e cuja atualização tivesse de ser efetuada depois de junho/89, ficaram sem padrão oficial apenas no mês de janeiro, haja vista a manutenção do indexador congelado.

Quanto a essa existência de lacuna na escala de indexação, não pairam dúvidas, impondo-se solução jurisprudencial, até mesmo por coerência, uma vez já pacificada a tese da recomposição do valor aquisitivo da moeda, cuja ausência invariavelmente impõe ônus a uma das partes e enriquecimento indevido à outra, havendo de ser tão aproximada da perda inflacionária real quanto possível. Mister, em decorrência, apenas delimitar a adequação desse índice, parâmetro inflacionário oficial no mês em tela, janeiro, à realidade da desvalorização monetária efetiva.

Dir-se-ia, tendo sido praticada manipulação artificial tanto desse índice quanto do relativo ao mês de fevereiro/89, na medida em que naquele foram incluídos

quinze (15) dias a mais e neste excluído outro tanto, se estaria compensando um período pelo outro. Entretanto, tal compensação não é suscetível de ser feita, porque no IPC de janeiro foram computados 15 dias de elevada inflação enquanto no IPC de fevereiro foi excluído o mesmo número de dias, mas na vigência de congelamento de preços e salários.

Também sobre a exclusão desses quinze dias de fevereiro não se vislumbra dúvida. A respeito, dispôs o mesmo art. 9º da Lei 7.730/89, em seu inciso II, que a taxa de variação do IPC seria calculada comparando-se “no mês de fevereiro de 1989, a média de preços observados de 16 de janeiro a 15 de fevereiro de 1989, com os vigentes em 15 de janeiro de 1989, apurados consoante o disposto neste artigo”.

Como se vê, para a obtenção do índice desse mês de fevereiro, a lei determinou se tomasse por base a média dos preços praticados entre 16.1.89 e 15.2.89, o que, consoante já se viu, seria estatisticamente equivalente ao preço provável de 31.1.89 (ponto médio), comparada aos preços de 15.1.89.

O índice, desse período, foi divulgado como sendo, oficialmente, de 3,6%.

Também aqui houve, na prática, alteração do critério legal pelas mesmas razões de ordem prática do IBGE.

O IPC de fevereiro/89 foi fixado comparando-se a média dos

preços vigentes entre 17 (dezesete) de janeiro e 15 (quinze) de fevereiro, portanto equivalente aos preços praticados no dia trinta e um (31) de janeiro, com a melhor aproximação estatística dos preços praticados em 15 (quinze) de janeiro, que, como já se viu, correspondeu aos preços de 20 (vinte) de janeiro. Houve, via de consequência, cômputo nesse índice da inflação ocorrida entre 20 (vinte) e 31 (trinta e um) de janeiro, igual a onze (11) dias.

Levando em consideração todo o exposto, conclui-se que a forma correta de se proceder à correção monetária oficial, nesse período, seria, no mês de *janeiro/89*, utilizando-se o IPC pelo critério **pro rata diei**, isto é, dividir-se o percentual de 70,28% pelo número de dias de sua aferição, 51 (cinquenta e um), o que refletiria a inflação de um dia, multiplicando-se o valor assim obtido por 31 (trinta e um), número de dias a descoberto de correção monetária. O resultado seria o percentual a ser considerado como índice da correção monetária daquele mês.

No mês de fevereiro, de outra parte, a variação do BTN computou a inflação mensurada pelo IPC de 3,6%, correspondente a 11 (onze) dias, restando a descoberto 16 (dezesesseis) dias, de sorte que, para refletir a variação monetária integral desse período, computando a inflação da quinzena expurgada, se

impunha a divisão de 3,6% por 11 (onze), multiplicando-se o resultado por 31 (trinta e um).

Destarte, o débito deveria ser corrigido pela OTN até dezembro/88, acrescido do IPC **pro rata diei** em janeiro/89, acrescentado em fevereiro/89 o IPC correspondente e, a partir de então, março/89, a correção obedeceria à variação nominal do BTN.

Oportuno salientar, ainda, que o disposto no art. 2º, II, a, da Lei 7.989/89, de 28.12.89 (posterior, portanto, à Lei 7.799), não se aplica aos casos como o de que se cuida, em que se debate acerca do critério de correção monetária aplicável, no início de 1989, aos procedimentos judiciais liquidatórios.

A uma, porque referido diploma legal dispõe exclusivamente sobre “o critério de reajustamento do valor das obrigações relativas aos contratos de alienação de bens imóveis não abrangidos pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação”, não consubstanciando, portanto, regra disciplinadora da forma de atualização aplicável à generalidade dos casos.

A duas, porque o próprio art. 2º da citada lei preceitua que o reajustamento a que se refere “será calculado *sem retroação*”, sendo invocável, portanto, somente para efeito de cálculo das prestações posteriores a dezembro de

1989, o que não interessa ao caso vertente, em que se busca definição específica do real percentual inflacionário dos meses iniciais de referido ano para aplicação às liquidações em curso.

A três, e essa parece-nos a razão mais forte, porque tal lei, embora admitindo no inciso II do art. 2º que a inflação de janeiro de 1989 teria alcançado 70,28 pontos percentuais, no inciso I também do artigo 2º se refere a percentual bem menor, de 28,79%, como indicativo da variação inflacionária do mesmo período (janeiro/89). Houve, assim, reconhecimento inconciliável da existência de dois índices inteiramente distintos como reveladores da desvalorização monetária ocorrida no mês de janeiro de 1989, com determinação, motivada por fatores de ordem econômico-social, de que o mais elevado (70,28%) incidisse sobre os contratos relativos a imóveis novos e de que o menor (28,79%) incidisse sobre os contratos relativos a imóveis usados.

Nos procedimentos liquidatórios, contudo, inadmissível se mostra a adoção casuística de valores diferenciados, o que implicaria no favorecimento de uma das partes em detrimento da outra.

Daí a necessidade de chegar-se, na espécie, a percentual que reflita a efetiva oscilação inflacionária do período, sob pena de, assim não procedendo, tolerar-se

enriquecimento indevido do sucumbente (no caso de adotar-se índice menor do que a real oscilação) ou do vencedor (no caso de adotar-se índice maior do que a real oscilação).

Dentro desta linha de raciocínio, assinalo:

a) — que diversos foram os índices divulgados no período pelos vários órgãos aferidores do fenômeno inflacionário, todos eles bem inferiores ao percentual de 70,28% encontrado pelo IBGE (v.g., IGP/FGV 36,56; DIEESE 33,78; FIPE/USP 31,11, Ordem dos Economistas 31,36);

b) — que a “nota explicativa” do IBGE esclareceu que, pelo critério determinado pela “Portaria Interministerial” nº 202/89, o IPC de janeiro/89 teria sido obtido com base na variação dos preços verificada em período de 51 dias (30 de novembro/88 a 20 de janeiro/89), enquanto o de fevereiro foi obtido com base na oscilação dos preços verificados em período de apenas 11 (onze) dias.

Esse critério adotado pelo IBGE, como se viu, destoou da prescrição legal reguladora da forma de cálculo do índice nos referidos meses (art. 9º, I e II, da Lei 7.730/89).

Contudo, em face da natureza peculiar da correção monetária, que consiste na medida de um fato econômico, a saber, a desvalorização da moeda, se o índice oficial divulgado foi colhido compu-

tando-se a variação de preços de 51 (cinquenta e um) dias, embora em desatenção ao comando legal que fixou o prazo de 46 (quarenta e seis) dias, é de tomar-se tal circunstância em consideração. Impõe-se, todavia, o mesmo raciocínio matemático anteriormente exposto. Assim, se o vetor da coleta em janeiro incidisse no dia 15, como previsto em lei (nº 7.730/89, art. 9º, I), importando na divisão do percentual (70,28) por 46 dias e multiplicação por 31 dias, de igual forma, tomado o vetor como o dia 20, é de dividir-se o percentual (70,28) por 51 (cinquenta e um) dias, multiplicando o produto por 31 (trinta e um), do que resultará o percentual de 42,72%”.

A diferença, entre tal percentual (42,72%) e o que foi aplicado pelo banco recorrido (22,97%), resulta em 19,75%.

À luz do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para condenar o banco-réu a pagar ao autor-recorrente a importância resultante da incidência do percentual de 19,75% sobre os valores que, em janeiro de 1989, estavam depositados nas contas de poupança deste, montante que deverá ser acrescido de juros de 0,5% a.m. e de correção monetária.

Considerando, finalmente, que o autor sai vitorioso da causa que teve que ajuizar, embora em percentual menor (aproximadamente a metade) do pretendido, carreo-lhe

apenas 25% das despesas, respondendo pelo restante o réu, que ainda pagará honorários de 15% sobre o valor final.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Rogo vênua ao eminente Relator para persistir na idéia de que a simples ementa não basta para demonstração de divergência.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.375-1 — RS — (92.0032141-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Darcy Zambonato. Advogados: Paulo Turra Magni e outro. Recdo.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar, que dele não conhecia (em 04.10.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.711-7 — SP

(Registro nº 93.0002155-9)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Tatini's Restaurante Ltda.*

Advogados: *Vera Lúcia A. Machado e outros, e Marcos Ferreira da Silva e outro*

EMENTA: *Processual Civil e Tributário — Mandado de segurança — Obtenção de liminar — Depósito prévio do valor integral do crédito tributário — Suspensão da execução — Possibilidade — Lei nº 1.533/51 (art. 7º, II). Precedentes do STJ.*

— Presentes os pressupostos autorizadores da impetração, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito voluntário e integral do montante, há que ser concedida a medida enquanto se discute a legitimidade da exigência fiscal.

— Não apreciado o mérito da questão controvertida pelo acórdão recorrido, por isso que restou extinto o processo sem julgamento do mérito, impossível apreciá-la em sede de recurso especial.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, José de Jesus e Hélio Mosimann. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 21 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: A Fazenda do Estado de São Paulo manifestou recurso especial com apoio no art. 105, III, a, da C.F., contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual que deu provimento à apelação da empresa recorrida para extinguir o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do C.P.C., entendendo que o depósito do montante do crédito tributário suspende a sua exigibilidade.

Diz contrariados o art. 151, II e IV, do CTN, bem como o art. 38 da Lei nº 6.380/80.

Oferecidas contra-razões às fls. 302/306.

Admitido o especial no Tribunal **a quo**, subiram os autos a este STJ, onde couberam-me por distribuição.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria Geral da República, como facultado pelo RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: O v. acórdão hostilizado decidiu a **quaestio juris** nos seguintes termos (fls. 293):

“De fato, se o Código Tributário Nacional, lei complementar que é, assegura a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo “depósito do seu montante integral” (art. 151, inciso II), sem restringir as vias judiciais que permitam a discussão da dívida, não poderia a Lei nº 6.830, que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, vincular tal depósito ao ajuizamento da ação anulatória do ato declarativo dessa dívida.

Se a própria lei da execução fiscal permite a discussão da dívida ativa da Fazenda Pública, via mandado de segurança, não poderia, como não o faz, limitar o depósito à ação anulatória. Dito de outro modo a interpretação conjunta dos arts. 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, e do art. 38 da Lei 6.380, de 1980, leva à admissão do depósito suspensivo nas hipóteses contempladas no último texto legal, ou seja, que o mandado de segurança, com o prévio depósito do montante integral do crédito tributário suspende sua exigibilidade.

E nem se diga que o depósito deveria ser feito em nome da exequente. Como já decidiu o extinto Tribunal Federal de Recursos: “nenhuma lei veda o depósito cautelar, como garantia da instância, seja efetivado em Juízo, estando, ao contrário, essa medida incluída no poder cautelar geral do magistrado (Código de Processo Civil, art. 798) R.T.F.R., 105/59.

Assim, tendo a ora apelante efetuado o depósito do montante integral do crédito tributário, sem os acréscimos lançados na certidão de dívida ativa, porque indevidos até a data do depósito, não podia a Fazenda do Estado ajuizar a execução sob exame. Se a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa, forçoso é reconhecer a carência da execução e a relação processual ilegitimamente constituída.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso a fim de, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, extinguir o processo sem julgamento de mérito, invertidos os ônus da sucumbência.”

Irresignada, a Fazenda assenta o seu recurso na tese de irregularidade do depósito porque efetuado simultaneamente a impetração do **mandamus**. E apesar de concordar quanto à não restrição, pelo art. 151, II, CTN, das vias judiciais para a discussão da dívida, sustenta que o art. 38 da Lei das Execuções Fiscais restringe a possibilidade de depósito apenas à ação anulatória.

A propósito, transcrevo ementa do acórdão unânime prolatado por esta Segunda Turma, quando do julgamento dos ROMS nº 905-RS, sendo Relator o Ministro Pádua Ribeiro:

“Mandado de segurança preventivo. Matéria fiscal. Obtenção de liminar, mediante depósito da quantia questionada. Possibilidade. Lei nº 1.533, de 31.12.51, art. 7º, II. Interpretação.

I — Configurados os pressupostos autorizadores da liminar, emerge para o impetrante o direito subjetivo à sua obtenção.

II — No caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, se o contribuinte pretende, através de segurança, discutir a legitimidade da exigência da exa-

ção, oferecendo depósito do valor questionado a título de garantia, não lhe pode ser negada a liminar, objetivando a sustação da exigibilidade do débito, desde que a sua pretensão meritória se ache apoiada na aparência do bom direito, porquanto, em tal hipótese, a falta de antecipação dos pagamentos, nas épocas próprias, lhe acarreta diversas penalidades estabelecidas pela legislação de regência.

III — Na espécie, a impetrante não se preocupou em demonstrar concretamente achar-se a sua pretensão, deduzida na impetração primitiva, apoiada no **fumus boni iures**.

IV — Recurso ordinário desprovido.”

Ilustrando, aponto, ainda as decisões proferidas nos REsps nºs 27.102-6/RJ (DJ 07.02.94) e 10.084/SP (DJ de 17.06.91).

Assim, o acórdão atacado encontra-se em perfeita harmonia com a orientação desta Corte sobre a controvérsia dos autos.

A Fazenda estadual, a final, pugna pela improcedência dos embargos do devedor. Entretanto, o acór-

dão recorrido não adentrou ao mérito da questão, o que impossibilita o julgamento da matéria nesta instância. Não decidida a causa em única ou última instância, impossível apreciá-la em sede de recurso especial (art. 105, III, a, da C.F.).

Por todo o exposto, não conheço do recurso, mantendo a decisão recorrida.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.711-7 — SP — (93.0002155-9) — Relator: O Sr. Ministro Peçanha Martins. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Vera Lúcia A. Machado e outros. Recdo.: Tatini's Restaurante Ltda. Advogados: Marcos Ferreira da Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 21.09.94 — 2ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.

RECURSO ESPECIAL nº 31.750-6 — SP

(Registro nº 93.002212-1)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrentes: *Aida de Azevedo Gabarra e outros*

Advogado: *Dr. Antônio Roberto Sandoval Filho*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Maria Aparecida Pagliusi Gonzaga e outros*

EMENTA: *Constitucional e Administrativo. “Normas constitucionais inconstitucionais”. Funcionários públicos do estado de S. Paulo. Adicionais sobre a “sexta-parte”. Direito adquirido em virtude de coisa julgada em ordenamento constitucional anterior (1969). Inexistência. Harmonia de dispositivos constitucionais aparentemente em testilha. Liberdade do constituinte em romper com o ordenamento constitucional anterior (cf/88: art. 37, inc. XIV, e art. 17, do ADCT). Recurso especial não conhecido.*

I — Funcionários do Estado de S. Paulo ajuizaram ação ordinária em desfavor da Fazenda Pública estadual, pleiteando o recálculo de seus vencimentos, a fim de que adicionais por tempo de serviço repercutissem sobre a “sexta-parte”. Argumentam que têm direito à vantagem em virtude da existência de coisa julgada, garantida pelo ordenamento constitucional anterior (1969). Asseveram, mais, lembrando estudo de *Otto Bachof*, que pode haver “normas constitucionais inconstitucionais”. Assim, o inciso XIV, do art. 37, da CF/88, e o caput do art. 17, do ADCT, cedem diante dos institutos da coisa julgada e do direito adquirido (CF/69, art. 153, § 3º, e CF/88, art. 5º, XXXVI).

II — Uma Constituição nova (1988) não fica subordinada ao ordenamento constitucional anterior (1969). O constituinte, ao procurar dar conteúdo jurídico à sua vontade política, busca sempre aquele “mínimo ético”, base de todo direito. No art. 37, também aplicável ao Estados-membros, a Constituição em vigor buscou, no inciso XIV, pôr cobro a situações como a dos recorrentes. Coerentemente, no ADCT (art. 17), expressou a impossibilidade de invocação de “direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

III — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unani-

midade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julga-

do. Votaram de acordo os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Anselmo Santiago.

Brasília, 10 de outubro 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 por Alda de Azevedo Gabarra e outros contra acórdão da 6ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com amparo no art. 105, III, a e b, da CF.

2. Os ora recorrentes ajuizaram ação ordinária em desfavor da Fazenda do Estado de São Paulo, buscando o recálculo dos vencimentos de forma a que os adicionais repercutam sobre a sexta-parte. Alegaram que o direito pleiteado está garantido pela coisa julgada. A ação foi julgada procedente ao entendimento de que a CF/88 somente afastou a garantia do direito adquirido, permanecendo incólume a garantia da coisa julgada. A ré apelou. O aresto impugnado reformou o **decisum** de 1º grau para não manter a incidência recíproca sobre a sexta-parte dos vencimentos dos ora recorrentes.

3. Os recorrentes alegam violação aos arts. 468, 469, 471 e 473, do

CPC e ao art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Sustentam, insistindo nas razões da inicial, que o direito objeto da relação controversa, foi obtido em ação judicial transitada em julgado.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. F. Adalberto Nóbrega, opinou pelo desprovemento do recurso. Entendeu, arrimado no voto do Desembargador Jorge de Almeida (fls. 504/506), que não existe direito adquirido contra a Constituição, independente da causa que lhe deu formação, como o foi a coisa julgada. Inexiste contrariedade aos artigos apontados.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, para melhor compreensão do tema, tenho por oportuno transcrever excerto da contestação da ora recorrida (Fazenda Pública do Estado de S. Paulo), da lavra do Procurador do Estado Carlos Alves Gomes:

“A Lei Complementar 180/78 instituiu sistema retributório pelo qual os servidores em sua remuneração faziam jus ao padrão de vencimentos, adicionais quinquênis e sexta-parte dos vencimentos.

“Por esse sistema, o padrão de vencimentos era constituído de referências numéricas, com dife-

rença percentual entre as mesmas da ordem de 5% (cinco por cento).

“O adicional quinquenal era concedido mediante a evolução do servidor nessa escala de referências (uma referência por quinquênio), estando pois inserido, dentro do próprio padrão de vencimentos, o valor do adicional quinquenal a que o servidor fazia jus. Por sua vez, a sexta-parte dos vencimentos incidia sobre esse padrão, havendo por consequência incidência sobre todos os elementos integrantes da remuneração.

“Em consequência de decisões judiciais havidas, a Administração foi compelida a reformular esse procedimento, sendo compelida a fazer incidir um adicional sobre outro.

“Por esse entendimento chegou-se, também, a incidências absurdas dos adicionais. Por esse sistema de cálculo, revalorizando os adicionais quinquenais de forma a que estes fossem reiteradamente calculados ao advento dos subseqüentes e, por fim, incidindo, reciprocamente, com a sexta-parte. Por esse mecanismo, ao advento de cada quinquênio ocorria a incorporação repetidamente de todos os adicionais até então existentes.

“Assim, para cada quinquênio de serviço completado pelo servidor, a administração ao invés de enquadrar o servidor em uma referência acima da até então ocupada, subia diversas referências, de

acordo com o cálculo dos vencimentos globais calculados sob a forma de cascata, o que implica em aumento de referências de progressão geométrica, quanto maior fosse o número de quinquênios.

“A par disso, calculava-se, ainda, o quinquênio sobre a sexta-parte dos vencimentos”.

Os recorrentes, como se ouviu do relatório, alegam que têm direito ao cálculo da sexta-parte. Ponderam que a Constituição Federal não pode bulir, como ocorreu no caso deles, em coisa julgada e, muito menos, ditar normas para a Constituição do Estado de S. Paulo. Por outro lado, como bem escreveu **Otto Bochof** (Lcia-se “Bachof”) pode haver normas constitucionais que pecam pela inconstitucionalidade. É o caso dos dispositivos invocados pelo acórdão recorrido.

Senhor Presidente, em que pese o bom trabalho dos recorrentes, a decisão atacada merece ser mantida. O Relator **a quo**, Des. Jorge de Almeida, como bem acentou a doutra Subprocuradoria Geral da República, enfocou com acerto e síntese a questão em testilha.

A obra do antigo “Dekan” e “Rektor” da Universidade de Tübingen, que se tornou clássica — “Verfassungswidrige Verfassungsnormen?” — tem que ser lida e avaliada **cum grano salis**, pois se trata de transplante de um sistema de controle de normas, ainda que constitucionais, “concentrado”, como é o da Alemanha, para um sistema de controle

predominantemente “difuso”, como é o brasileiro.

Embora possa parecer um contrassenso e até paradoxal, pode, efetivamente, haver normas dentro da mesma Constituição que briguem entre si. Caso isso ocorra, caberá ao intérprete autorizado procurar harmonizar os dispositivos contraditórios, fazendo prevalecer os princípios fundamentais sobre a norma em destom. Por outro lado, o constituinte, ao fazer uma nova constituição, não fica literalmente preso aos preceitos constitucionais anteriores. Embora o constituinte não possa descambar para o arbítrio, fica livre para criar norma constitucional *ex novo*. Daí ter **Carl Schmitt**, em seu também clássico livro “*Verfassungslehre*”, afirmado que “uma Constituição não se põe em vigor segundo regras superiores a ela. Ademais, é inconcebível que uma Constituição *nova*, isto é, uma nova decisão política fundamental, se subordine a uma Constituição anterior e se faça depender dela” (Tboría de la Constitución, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, p. 101).

Ora, no caso concreto, a Constituição de 1988, no capítulo relativo à administração pública, *também aplicável aos entes federados* por força do **caput** do mesmo art. 37, foi expressa:

“XIV — os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento”.

No ADCT, a Constituição, de maneira coerente e harmônica, procurou expressamente pôr uma pá de cal nas possíveis invocações de “direito adquirido”, abrangendo, no meu entender, até os “casos julgados”, pois fala em “excesso a qualquer título”.

“Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

O direito, ainda que consagre um “mínimo ético” (para lembrar **Georg Jellinek**, citado pelo próprio **Bachof** na obra invocada pelos recorrentes) parte sempre do ético. No caso concreto, os dispositivos constitucionais vieram exatamente pôr cobro a situações absurdas, díspares e gritantes.

Embora enfocando situação jurídica concreta diversa, tenho por oportuno transcrever a ementa do RMS nº 1.679-PR, da lavra do eminente Ministro Milton Luiz Pereira:

“*Mandado de segurança. Administrativo. Aplicação do redutor nos proventos. Vantagens pecuniárias. Irredutibilidade e direito adquirido. Constituição Federal, arts. 37, VII e XI e 17. ADCT. Lei Comple-*

mentar 51/90. Leis Estaduais nºs 9.105/89 e 9.361/90.

1. É legítima a atividade administrativa, desde que o faça por lei, sem discriminações, alterando as condições de pagamento dos vencimentos, proventos ou remunerações, ou as diretrizes das conveniências da administração pública, máxime quando ao abrigo do sistema constitucional vigente.

2. A garantia da irredutibilidade não assegura a continuidade da percepção de vantagens destoantes dos limites estabelecidos na Constituição e conseqüente legislação ordinária de regência.

3. Precedentes da jurisprudência.

4. Recurso desprovido." (DJU de 13/12/93, p. 37.403).

Assim ficou cristalizado o acórdão (transcrito trecho) do REsp nº 28.720-SP, publicado no DJU de 12/04/93, tendo como Relator o emittente Ministro Jesus Costa Lima:

"Constitucional e Administrativo. Recurso especial. Servidor municipal. Limitação dos vencimentos à remuneração do prefeito. Inexistência de direito adquirido ou ofensa à coisa julgada.

1. **omissis**

3. Os limites da coisa julgada correspondem à situação jurídica vigente à época e, portanto, não abrangem a nova ordem jurídica emergente da Constituição, cujo conteúdo fica respeitado.

4. Recurso especial não conhecido."

Com essas considerações, não conheço do recurso.

É meu voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Ministro Adhemar Maciel, acompanho V. Exa. na conclusão de seu voto. O recurso não trata de lei federal. O estatuto que disciplina a sexta-parte é exclusivo da legislação paulista.

O direito adquirido, *data venia*, também não pode ser invocado. A lei de Introdução ao Código Civil é o chamado *sobredireito*. A relação jurídica, pela qual se invoca o direito adquirido, é de lei local. De outro lado, se houve ou não afronta direta a dispositivo condicional, seria caso de recurso extraordinário e não especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.750-6 — SP — (93.0002212-1) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Rectes.: Aida de Azevedo Gabarra e outros. Advogado: Antônio Roberto Sandoval Filho. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Maria Aparecida Pagliusi Gonzaga e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 10.10.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.758-0 — RS

(Registro nº 93.0002221-0)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Banco de Crédito Nacional S/A — BCN*

Recorrida: *Calçados Sandrine Indústria e Comércio Ltda.*

Advogados: *Drs. Itamara Duarte Stockinger e outros, e Romeine Carne-
rine e outro*

EMENTA: Processual e Comercial — Ação de restituição — Con-
cordata preventiva — Contrato de câmbio (aquisição de divisas)
— Devolução do valor antecipado — Correção monetária — Inte-
ligência do art. 75, § 3º, da Lei de Mercado de Capitais.

**I — Jurisprudência da Segunda Seção da Corte acolhe entendi-
mento, haurido na doutrina, no sentido de que, na Ação de Res-
tituição, o pedido de devolução de valores antecipados à Socieda-
de exportadora (em concordata preventiva) por instituição finan-
ceira, em razão da compra e venda de divisas (contrato de câm-
bio), não se condiciona ao lapso temporal de que cuida a Lei Fa-
limentar, mas se faz cabível com o próprio deferimento da concor-
data, como se deduz da exegese do art. 75, § 3º, da Lei de Mer-
cado de Capitais, e da conclusão dos precedentes REsp's nºs
6.148-0-SP e 1.888-0-SC. Nesse caso, a correção monetária é devi-
da e tem apoio também no verbete nº 36-STJ.**

II — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 09 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente. Ministro WALDEMAR
ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR
ZVEITER: Banco de Crédito Nacio-
nal S/A propôs Ação de Restituição,
nos autos do Pedido de Concordata
Preventiva formulado por Calçados

Sandrine Indústria e Comércio Ltda., objetivando a devolução de quantias pagas em virtude de adiantamentos de contratos de câmbio, que não foram cumpridos nas datas estabelecidas, com base no art. 75, §§ 2º e 3º, da Lei nº 4.728/65 c/c os artigos 76, § 1º, e 77, do Decreto-Lei nº 7.661/45, acrescidas de juros e correção monetária.

A sentença julgou improcedente a ação, entendendo que o adiantamento foi efetuado fora do prazo de 15 dias anteriores à concordata de acordo com o art. 76, § 2º, da Lei de Falências (fls. 35/36).

Inconformado, apelou o autor, aduzindo que a Lei nº 4.728/65 regula a matéria relativa à restituição, revogando a Lei de Falências na parte que prevê o prazo de 15 dias anteriores à concordata (fls. 37/42).

A Quinta Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça, à unanimidade, não conheceu do apelo, porque extemporâneo (fls. 54/58).

Opostos Embargos Declaratórios (fls. 60/61), foram acolhidos, ao entendimento de que o Aresto não considerou o período de greve dos serventuários do Poder Judiciário, ocorrida nos dias 03.9.91 a 11.9.91; para dar provimento parcial à apelação, no tocante ao contrato firmado em 4.7.89, sendo devolvido integralmente o valor constante do adiantamento, devidamente corrigido desde a data prevista para liquidação, 01.11.89.

Inconformado, ainda, interpôs o Banco-apelante Recurso Especial,

fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição, alegando que o Acórdão teria negado a vigência do art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728/65, bem como, divergido da orientação sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada no verbete de sua Súmula nº 36 (fls. 73/77).

Sem contra-razões, o eminente Primeiro Vice-Presidente daquela Corte o admitiu, apenas, pela letra a (fls. 83/85).

Nesta Superior Instância, opinou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo provimento do apelo extremo (fls. 95/97).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Dispôs o Acórdão recorrido (fls. 68/69):

“... os adiantamentos por conta de contrato de câmbio de exportação só podem ser objeto de restituição, em casos de falência ou concordata, desde que alcançados à falida ou concordatária nos quinze dias anteriores à decretação da quebra ou ao requerimento do favor do artigo 139 da Lei específica.”

.....

“cumpre que seja dito que se a Lei do Mercado de Capitais nada referiu quanto ao prazo é perfeitamente possível e lógico que se

busque em lei anterior, a de Falências, o fator temporal, que é de 15 dias.

Evidente que não se está frente a um pedido “clássico” de restituição de mercadoria, porque o estabelecimento bancário adiantou certa importância em dinheiro, mas não se pode esquecer, todavia, que esse numerário não deixa de ser um bem que foi utilizado para adquirir outro produto, qual seja a moeda estrangeira, porque se está tratando de um contrato de câmbio

De qualquer modo, a legislação estendeu às instituições financeiras os mesmos favores previstos aos vendedores de mercadorias. Se nada disse quanto ao tempo que esse direito mereceria ser exercido resta claro que pode e deve ser usado como marco referencial o prazo de 15 dias, pena de se conceder um benefício enorme aos emprestadores de dinheiro e que causariam um desequilíbrio muito grande, qual seja o de suplantar qualquer outro credor, inviabilizando, talvez, que outra pessoa recebesse algum crédito. Se essa fosse a vontade da lei penso que deveria estar expressamente dito que a “restituição” não estaria sujeita a qualquer prazo.”

.....
“... o instituto do artigo 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais é excepcional, inculpidado ao largo da sistematização falencial. É de cunho abstrato, porque sua aplicação depende da preexistência ou da falência ou da concordata. Não sobrevive fora desses casos... As-

sim sendo, nada mais justo do que submetê-lo ao regime geral da Lei de Falências quanto ao lapso temporal de quinze dias referido, mesmo porque lá, na Lei do Mercado de Capitais, o assunto é trato genericamente.”

De sua leitura vê-se tratar-se de matéria já apreciada na Corte.

A Egrégia Segunda Seção ao julgar o REsp nº 24.477-1-RS confirmou entendimento pacificado nesta Terceira Turma dispondo por sua ementa:

“Comercial — Concordata — Restituição de adiantamento de câmbio — Correção monetária — Lapso temporal do art. 76, § 2º da Lei de Falências.

1. A restituição de adiantamento de câmbio, em concordata, inclui atualização monetária.
2. Não exige a lei, para a restituição de adiantamento de câmbio, o lapso temporal do art. 76, § 2º, da Lei Falimentar, restrito aos casos de coisas vendidas a crédito.”

Nesse precedente votei, como já o fizera anteriormente na Turma, acompanhando o Relator Ministro Dias Trindade cujos fundamentos peço licença para transcrever:

“Cuida a espécie se possível ou não incidência da correção monetária no valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio requerido em falência ou concordata.

O Senhor Ministro Dias Trindade aplica ao caso o enunciado

da Súmula nº 36, admitindo integrar o valor restituível a correção monetária. Por isso conheceu e deu provimento ao Recurso Especial do Banco Real S/A; conhecendo também do Recurso Especial de Calçados Jussara Ltda., pelo dissídio, mas para negar-lhe provimento.

Esta última, empresa concordatária, sustenta existir vinculação entre o § 3º do art. 75 da Lei nº 4.728 do Mercado de Capitais, com o § 2º do artigo 76 da Lei Falimentar, pertinente ao prazo de quinze dias anteriores ao requerimento de concordata para receber a restituição.

O Senhor Ministro Athos Carneiro afirmando seu entendimento na Colenda Quarta Turma que sujeita o pedido de restituição de adiantamento de Câmbio à condição estabelecida na Lei Falimentar qual seja a de que aquela só ocorrerá se o adiantamento houver sido efetuado nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, acompanhou o Senhor Ministro Relator na conclusão de seu voto, visto inexistir nos autos referência a data do requerimento de concordata mas, tão-só, de seu deferimento.

Solicitei vista dos autos para esclarecer dúvida quanto a esse ponto e vejo, que com razão, o Senhor Ministro Athos Carneiro.

Contudo, peço vênua a Sua Excelência para não encontrar relevância da espécie no julgamento da causa. É que toda a discussão levantada nos autos põe em relevo que no caso os adiantamentos

se deram fora daquele prazo, enquanto que o Banco sustenta-o incabível porque só exigível quando referente a coisas vendidas a crédito não envolvente, pois, nos adiantamentos de câmbio, como deflui do relatório de fls. 93.

E nesse passo, com a devida licença dos eminentes Senhores Ministros que entendem diversamente, mantenho fidelidade aos julgados que temos proferido na Colenda Terceira Turma.

A concordatária na operação de câmbio, de que tratam os autos, em verdade não é a compradora da moeda estrangeira mas sim vendedora, tornando, desse modo, absolutamente inaplicável a regra do mencionado § 2º do art. 76 da Lei Falimentar que prevê a hipótese em que o concordatário é o adquirente da coisa vendida a crédito e a ele entregue nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata. Certo, por outro lado, que o pedido de restituição disposto no § 3º do artigo 75 da Lei de Mercado de Capitais diz com a quantia adiantada por instituição financeira por conta de Contrato de Câmbio de moeda estrangeira, em que o concordatário é o vendedor não contendo aquele parágrafo 3º qualquer condição especial para a ação de restituição de adiantamento, a não ser o próprio deferimento da concordata.

Fernando G. M. Cavalcante, em excelente monografia (O Contrato de Câmbio de Exportação em Juízo, página 41, Ed. Renovar, 1989) define a natureza jurídica do

contrato de câmbio, como compra, em regra, celebrada a termo, em que uma instituição financeira adquire as divisas de um exportador, acentuando, assim, a diferença com os contratos comerciais em que o concordatário é o comprador.

Tais os fundamentos pelos quais acompanho o Senhor Ministro Relator, integralmente.”

Nesse mesmo sentido, dentre outros, foi a decisão proferida nos REsp's nºs 26.973-1-RS e 1.888-SC, de minha relatoria (DJ de 18.10.93).

De igual, no REsp nº 6.148-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro (DJ de 05.08.91).

Quanto à correção monetária, o Acórdão se houve com exação ao aplicá-la no valor restituído, tanto que se amoldou com o teor do que preceitua o verbete nº 36-STJ.

Neste, diz-se que a correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência.

Fiel a esses suprimentos, conheço do recurso e lhe dou provimento pa-

ra reformar parcialmente o acórdão e julgar totalmente procedente a ação, na forma do pedido. Custas e honorários advocatícios de 10% sobre a condenação pelo vencido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.758-0 — RS — (93.0002221-0) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Banco de Crédito Nacional S/A — BCN. Advogados: Itamara Duarte Stockinger e outros. Recda.: Calçados Sandrine Indústria e Comércio Ltda. Advogados: Romeine Camerine e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 09.05.94 — 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 32.538-2 — RJ

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Certame Eventos Promocionais Ltda.*

Recorrido: *José Aureliano Boff*

Advogados: *Drs. Eduardo Sabóia Monte e outros, e Denize Maria Pinheiro Chagas*

EMENTA: *Locação. Ação revisional em locação não residencial. Contrato vencido prorrogado por prazo indeterminado.*

Possibilidade da revisional de aluguéis por aplicação analógica do art. 49, § 4º, da Lei 6.649/79, substituído pelos arts. 17, § 1º, da Lei 8.178/91, e 19 da Lei 8.245/91.

Ilógico seria estimular o locador a retomar o imóvel, por denúncia vazia, e procurar novo inquilino para obter, em seguida, aluguel reajustado ao valor de mercado.

Tal interpretação choca-se contra a sábia disposição do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

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, Flaquer Scartezini, José Dantas e Costa Lima. Sustentou, oralmente, pelo Recorrente, o Dr. Eduardo Sabóia Monte.

Brasília, 26 de maio de 1993 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro rejeitou agravos retidos e negou provimento a recurso de apelação, confirmando sentença que acolheu ação revisional de aluguel referente a imóvel não re-

sidencial com locação prorrogada por prazo indeterminado.

Inconformada, ingressou a locatária com recurso especial, pelas letras a e c, alegando negativa de vigência aos arts. 48 a 54 da Lei 6.649/79 e dissídio com acórdão do TACSP, exibido por cópia a fls. 184.

Sustenta, em síntese, o descabimento da ação revisional nas locações não residenciais.

Inadmitido, o recurso subiu por força de provimento ao agravo.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Dei provimento ao agravo para melhor exame dos elementos contidos nos autos.

Verifico, contudo, que o acórdão apontado como divergente está exibido em cópia não autenticada e referido como constante de publicações não autorizadas.

Inviável, pois, o recurso, pela letra c, por inobservância do art. 255, § 1º, a e c, do Regimento Interno.

Não vejo, por outro lado, presente a alegada negativa de vigência.

Recentemente, esta Turma acolheu a tese da possibilidade da revisional, em locação não residencial, em acórdão de que fui Relator, constando do voto que proferi a seguinte fundamentação:

“Em recente voto que proferi no REsp nº 30.441-0-SP, defendi a tese da possibilidade de revisional de aluguéis em locação não residencial, por aplicação analógica do art. 49, § 4º, da Lei 6.649/79, posteriormente substituído pelos arts. 17, § 1º, da Lei 8.178/91, e 19 da Lei 8.245/91, segundo o princípio **ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio**.

É verdade que, nesse caso, tratava-se de locação de estabelecimento de ensino, em relação à qual estava o locador impossibilitado de exercer a denúncia vazia, argumento de peso para justificar a necessidade da revisional.

Sob esse aspecto, diversa seria a situação deste processo, ante a afirmação do acórdão de que a locação em exame tem fins não residenciais e não se acha ao abrigo da Lei 6.239/75. Também não se lhe aplica a Lei de Luvas, por se tratar de contrato vencido, prorrogado por prazo indeterminado.

Não vejo, entretanto, obstáculo para estender a mesma solu-

ção às demais locações não residenciais, já que seria ilógico, como salienta o juiz, com apoio em julgado do mesmo Tribunal de Alçada Civil, nos Embargos Infringentes nº 257.081/0-01, obrigar o locador à retomada do imóvel, por denúncia vazia, e procurar novo inquilino para obter o reajuste do valor locativo ao preço de mercado.

Os problemas sociais resultantes da adoção desse entendimento, com o incremento das ações de despejo, revela que tal interpretação da lei vai contra a sábia disposição do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Eis o que afirma o acórdão divergente, da lavra do Juiz Miguel Pachá:

“Dúvidas inexistem de que para as locações não residenciais persiste a chamada Denúncia Vazia.

Não seria crível que o locador, que pode retomar imotivadamente o imóvel, tivesse que usar de tal expediente para, logo a seguir, realugá-lo, cobrando um aluguel que fosse compatível com a realidade.

Ora, se a lei faculta ao locador a retomada, que é o mais, não poderia negar-lhe o direito a pretender a revisão do valor locativo do prédio, que é o menos.

Se a locação não é regida pelo Decreto 24.150/34, se não

se aplica a norma inculpada no artigo 49 da Lei 6.649/79, há uma lacuna na lei.

O Direito, contudo, não tem lacunas, e para preencher-se as existentes no texto legal é de se utilizar a analogia, conforme previsto no artigo 4º da Lei de Introdução.

O texto análogo a ser aplicado, incontestavelmente, será o artigo 49 e seus parágrafos da Lei 6.649/79, que trata da revisão do aluguel nas locações residenciais.

Hoje é pacífico o entendimento de que as locações recebem uma razoável e justa remuneração, tanto que se permite a revisão até em imóveis residenciais, que sempre estiveram sob a proteção das leis.

As finalidades sociais da lei recomendam também, que se adote para as locações não residenciais o mesmo princípio." (REsp 25.860-5-SP, DJ 05/04/93).

Coerente com essa orientação, rejeito, igualmente, o fundamento de negativa de vigência, pelo que, em conclusão, não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.538-2 — RJ — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Certame Eventos Promocionais Ltda. Advs.: Eduardo Sabóia Monte e outros. Recdo.: José Aureliano Boff. Adva.: Denize Maria Piniheiro Chagas. Sustentou, oralmente, o Dr. Eduardo Sabóia Monte, P/Recte.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 26.05.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Edson Vidigal, Flaquer Scarcezini, José Dantas e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.569-2 — SP

(Registro nº 93.0005211-0)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogada: *Martha Cecília Lovizio*

Recorridos: *João Milani e outros*

Advogados: *Benedicto Fernandes e outro*

EMENTA: Administrativo. Funcionário do Estado de São Paulo. Vantagens. Prescrição. Hipóteses.

1. Quando a Administração, em decorrência de novo ordenamento jurídico relativo aos funcionários, omite-se, esse procedimento não pode ser elevado à categoria de indeferimento. É indispensável a prática de um ato concreto negando a vantagem. Por outro lado, o recálculo de valores de uma gratificação faz prescrever apenas as parcelas anteriores ao quinquênio precedente à propositura da ação.

2. 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 José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Brasília, 18 de maio de 1994 (data de julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: A Fazenda do Estado de São Paulo interpõe recurso especial com base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, irressignada com o v. aresto de fls. 236/238, proferida pela eg. Sétima Câmara Civil de Férias D do Tribunal de Justiça de São Paulo, que afastou a prescrição decretada pela sentença de primeiro grau e determinou fosse exa-

minada a pretensão dos autores, consubstanciado no recálculo da gratificação de Nível Universitário, esta absorvida nos vencimentos por força da Lei Complementar nº 218/79.

Assim decidiu o Tribunal a quo por entender que na hipótese é aplicável o art. 3º do Decreto nº 20.910/32, prescrevendo apenas as prestações periódicas.

Alega a recorrente violação ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32 e divergência com julgados do Pretório Excelso e desta Corte, dado que a prescrição atingiu o próprio fundo do direito. A ação era exercitável desde a edição da Lei Complementar nº 218/79, o que não foi feito no prazo legal (fls. 241/249).

Contra-arrazoado (fls. 275/278), o especial foi admitido (fls. 280/281).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Discute-se a ocorrência de prescrição, pois os autores teriam proposto a ação depois

de vencidos cinco anos da Lei Complementar 218/79, deixando a Administração de pagar os vencimentos nos padrões que acham corretos. Não se cuida de reenquadramento ou de reestruturação.

A verdade é que a existência de lei, por si só, não significa negativa do direito. A Administração omitiu-se. Não praticou qualquer ato negando a vantagem ou o seu recálculo. A mera omissão, como se afirmou nas fls. 718v., em conceder a vantagem ou acréscimo, podendo decorrer de tantos fatores ou desígnios diversos, não pode ser equiparada à denegação, nem considerada manifestação de vontade de não conceder. Sem um ato administrativo concreto e direcionado ao funcionário em particular, não houve medida contra a qual pudesse insurgir-se e, portanto, quanto ao direito de fundo, não se caracteriza a omissão que a sanção prescricional nuclear visa a punir”.

No extinto Tribunal Federal de Recursos tornou-se vitoriosa a corrente jurisprudencial que defendia haver prescrição do fundo de direito quando se trata de reenquadramento ou de reclassificação e a Administração adota as providências de sua alçada praticando os atos decorrentes e respeitantes a cada interessado.

Já no Colendo Supremo Tribunal Federal, o saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, RTJ vol. 84/194, RE nº 80.913, ensinava:

“É certo que a relação funcional não prescreve, mesmo porque o

que prescreve são pretensões, fundadas ou infundadas. Assim, se a lei outorga determinada vantagem pecuniária a uma classe funcional, quem se encontre em tal classe terá direito à vantagem pecuniária. Se a Administração não efetua o pagamento devido, prescrevem as parcelas (Decreto 20.910, art. 3º), a pretensão deduzida, aí, é a de perceber a vantagem — não a de ser considerado integrante de determinada classe ou categoria funcional. Mas, se a lei concede reestruturação ou reenquadramento e a Administração não dá nova situação funcional ao servidor (situação cujos ganhos seriam melhores), a pretensão a ser deduzida é a de obter esse reenquadramento. Essa pretensão prescreve. O termo inicial da prescrição corresponde ao da **actio nata**. Se a Administração deve praticar, de ofício, ato de reenquadramento, e o pratica, excluindo o interessado, desse ato nasce a ofensa a direito e a consequente pretensão a obter judicialmente a satisfação dele. Se a Administração, que deve agir de ofício, se omite e não há prazo para que pratique o ato pelo que a omissão não corresponde à recusa, ainda não corre a prescrição”.

O precedente, como se vê, ajusta-se ao caso dos autos. E tem sido esta a jurisprudência deste STJ:

“Administrativo e Processual. Vantagem funcional. Lei paulis-

ta. *Gratificação de nível universitário*.

— Prescrição. Improcedência da arguição, quanto ao recálculo da incorporação da gratificação de nível universitário consoante os termos da Súmula 85-STJ”. (REsp nº 39.650-SP, Relator Ministro José Dantas, DJU de 13.12.93, p. 27.484)

“Administrativo. Funcionário público. Gratificação de nível universitário. Prescrição.

Tratando-se de recálculo de gratificação, a prescrição só atinge as parcelas anteriores ao quinquênio que precede a propositura da ação.

Recurso conhecido e improvido”. (REsp nº 25.749/SP, Relator Ministro Assis Toledo, DJU de 21.09.92, p. 15.701).

“Administrativo. Funcionário público. Gratificação de nível universitário. Recálculo. Lei Complementar nº 218/78, do Estado de São Paulo.

— Prescrição. DL 20.910/32. Hipótese em que a controvérsia cinge-se ao recálculo da aludida gratificação e não no direito de receber essa vantagem, caso em que a prescrição atinge apenas as parcelas anteriores ao quinquênio que precede a propositura da ação.

Recurso improvido”. (REsp nº 5.678/SP, Relator Ministro Américo Luz, DJU de 10.12.90, p. 14.799)

Demais disso, a matéria é objeto da Súmula 85, deste STJ, com o seguinte enunciado:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.” (Súmula 85)

Aqui, como visto, não se trata da gratificação em si mesma, porém do modo equivocadamente pago.

Já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas a proventos.

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do artigo 1º do Decreto 20.910/32, uma vez que, em última análise, o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo é razoável (Súmula 400).

Recurso extraordinário não conhecido. (RTJ 101/816; RE nº 93.875/SP; Rel. Ministro Moreira Alves).

Desse modo, a pretendida violação de dispositivo de lei federal deixou de ocorrer, o que me leva a não conhecer do Recurso Especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.569-2 — SP — (93.0005211-0) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Fa-

zenda do Estado de São Paulo. Advogado: Martha Cecília Lovizio. Recdos.: João Milani e outros. Advogados: Benedicto Fernandes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 18.05.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scarcezini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.993-9 — SP

(Registro nº 93.0009920-5)

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

Recorrente: *Estado de São Paulo (Fazenda Estadual)*

Recorrido: *Cesar Campagna*

Advogados: *Drs. Carla Pedroza de Andrade de Abreu Sampaio e outros, e Mauro Wilson Alves da Cunha e outros*

EMENTA: *Executivo fiscal — Fraude de execução — Caracterização (CTN, art. 185/LEF, art. 40) — Desnecessidade de citação.*

— Para que se caracterize fraude à execução fiscal, basta a existência de pedido executivo, despachado pelo juiz (CTN, art. 185 e LEF, art. 40).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. **Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Minis-**

tros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 23 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Recorrido ajuizou embargos de terceiro, no propósito de livrar da penhora, direitos sobre linha telefônica adquiridos a devedor do Estado de São Paulo.

No momento em que ocorreu a alienação da linha, pendia contra o vendedor, execução fiscal, no entanto, a citação ainda não ocorrera.

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, provendo apelação, cancelou a penhora. O V. Acórdão adotou como fundamento a assertiva de que, a teor do art. 185 do Código Tributário Nacional, somente ocorre fraude de execução, se a citação do devedor, no processo de execução, tiver ocorrido antes de o bem haver sido alienado.

O Estado de São Paulo serve-se do permissivo constitucional da alínea a, interpondo recurso especial. Alega maltratos ao art. 185 do CTN.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O

Estado sustenta o apelo em razões muito bem lançadas, nestes termos:

“Ora, prescreve o artigo 185 do Código Tributário Nacional:

“Art.º 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.”

Assim, presente na espécie os dois requisitos: a alienação de bem capaz de reduzir o devedor à insolvência e dívida ativa para com a Fazenda Pública devidamente inscrita e ajuizada.

É essa a exegese que melhor se ajusta ao mencionado dispositivo legal. Isso porque, não cabe ao intérprete da lei criar limitações aonde o legislador não a criou.

A tão-só propositura da ação já produz efeitos no mundo jurídico, de tal sorte que os atos praticados pelo réu nesse período da existência de ação podem ser caracterizados como inovações com o intuito de prejudicar o demandante.

Tanto isso é verdade que o artigo 8º da Lei nº 6.830/80 prescreve que o despacho que ordenar a citação interrompe a prescrição. Esse é o pressuposto para a existência do processo.

A visão, **data venia**, excessivamente paternalista e distorcida do processo a qual foi aplicada no processo presente favorece o mau pagador.

Isso porque, é muito comum em sede de processo de execução fiscal o executado, procurado pelo oficial de justiça, ocultar-se com o fito de frustrar a execução, desviando bens antes da citação. Essa prática caracteriza a própria e específica fraude de execução.

Interpretação diversa implicaria em desnaturar-se o instituto, tornando letra morta a previsão legal” (fls. 77/78).

Tenho como exata a proposição do Recorrente.

O art. 185 do CTN institui como pressuposto da fraude, a existência de dívida “em fase de execução”.

Note-se que o Legislador Tributário utilizou expressão diferente daquela constante do Código de Processo Civil (art. 592, I). Para o CPC, a fraude de execução tipifica-se, apenas, quando pender demanda fundada em direito real, ou capaz de reduzir o devedor à insolvência.

O art. 40 da Lei de Execuções Fiscais (L. 6.830/80) contém dispositivo bastante esclarecedor, para se entender o que seja “dívida em fase de execução”. Aquele artigo determina a suspensão do “curso da execução, enquanto não for localizado o devedor”.

Note-se bem: o juiz suspenderá “o curso da execução”.

Ora, se a execução já está percorrendo um curso, capaz de ser suspenso, é porque ela já existe. Seria logicamente impossível suspender o itinerário de algo inexistente.

Se assim é, devemos considerar que, no processo executivo fiscal, “dívida em fase de execução”, é aquela que é objeto de pedido executivo despachado pelo Juiz.

A citação do devedor é desnecessária, para caracterização da fraude.

Dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.993-9 — SP — (93.0009920-5) — Relator: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Carla Pedroza de Andrade de Abreu Sampaio e outros. Recdo.: Cesar Campagna. Advogados: Mauro Wilson Alves da Cunha e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 23.05.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Casas Sendas Comércio e Indústria S.A.*

Recorrido: *Rubem Elias Nicolau*

Advogados: *Drs. Aloysio Pinheiro de Vasconcellos e outros, e José Roberto de Jesus Almeida*

EMENTA: — Responsabilidade civil. Furto de automóvel em área de estacionamento de supermercado.

— Dever de diligência e proteção que o dono do estabelecimento assume ao reservar espaço para que os seus clientes estacionem seus veículos, com o propósito de ampliação dos negócios e obtenção de maiores lucros. Jurisprudência do STJ.

— 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, 29 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Rubem Elias Ni-

colau propôs ação ordinária contra Casas Sendas Comércio e Indústria S.A., objetivando a indenização das perdas e danos sofridos pelo furto do seu veículo no estacionamento da ré.

A E. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em grau de apelação, confirmou a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o pedido, em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 95):

“Furto de veículo — Estacionamento gratuito propiciado por supermercado — Prova bastante — Confirmação da sentença.”

A esse acórdão manifesta a empresa recurso especial, com fundamento nas letras a e c do permissivo constitucional, sob a alegação de ofensa ao art. 5º, inciso II, da Cons-

tituição Federal, e aos arts. 1.265, 1.281 e 1.287 do Código Civil, além de dissídio interpretativo.

Admitido o recurso pela letra c, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): O recurso especial não é a sede adequada para a apreciação da alegada ofensa ao art. 5º, II, da CF. Tal apreciação cabe ao STF em recurso extraordinário que a ré não interpôs. A matéria se tornou preclusa, portanto.

Os artigos 1.265, 1.281 e 1.287 do Código Civil não foram ventilados no acórdão recorrido, que se limitou a analisar a prova dos autos e a sublinhar a final:

“Está assentada jurisprudencialmente a responsabilidade dos supermerçados, entre outros estabelecimentos mercantis, pelo furto de veículos. O fato de ser o estacionamento gratuito (na verdade gratuidade aparente) não isenta a Apelante desta responsabilidade.”

Consoante afirmei em voto no REsp nº 37.100-7/SP, trata-se de responsabilidade civil decorrente de contrato de depósito ou de responsabilidade fundada no dever de vigilância e proteção que o dono do estabelecimento assume ao reservar

espaço para que os seus clientes estacionem automóveis, com o fito de ampliar os seus negócios e obter maiores lucros, o certo é que a jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de que, entregue o veículo aos cuidados da empresa ou estacionado em área a tal fim destinada, cabe a ela arcar com os prejuízos que advierem por consequência de roubo, furto ou danificação.

Do quanto foi exposto, embora demonstrada a divergência com o aresto do STF colacionado pela recorrente, no sentido de que o estacionamento gratuito não gera a obrigação de indenizar, não conheço do recurso (STJ, Súmula nº 83).

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.825-4 — RJ — (93.0012610-5) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recte.: Casas Sendas Comércio e Indústria S/A. Advogados: Aloysio Pinheiro de Vasconcellos e outros. Recdo.: Rubem Elias Nicolau. Advogado: José Roberto de Jesus Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 29.03.94 — 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 36.223-7 — SP

(Registro nº 93.0017569-6)

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

Recorrente: *Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô*

Advogados: *Drs. José Antônio Avênia Neri e outros*

Recorridos: *Norberto David Pinheiro e cônjuge*

Advogados: *Drs. Flávio João de Crescenzo e outro*

EMENTA: Desapropriação. Honorários advocatícios. Base de cálculo.

I — Em desapropriação, incluem-se, na base de cálculo dos honorários advocatícios, os juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidos, segundo pacífica jurisprudência desta Corte.

II — Negativa de vigência ao art. 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41 não caracterizada. Dissídio com a Súmula 617-STF e com julgados desta Corte não configurado. Aplicação da Súmula 83-STJ.

III — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pela Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô, com fundamento no art. 105, III, letras a e c, da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Décima Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou a inclusão, no cálculo da verba advocatícia, das parcelas referentes aos juros compensatórios e moratórios.

Alega a recorrente negativa de vigência ao art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365/41, e dissídio com a Súmula nº 617 do STF e julgados desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 336) o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 338-340), subiu a esta Corte, onde me veio distribuído.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Não há, no caso, divisar ofensa ao art. 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, pois o julgado guerreado está em harmonia com a jurisprudência dominante desta Corte, e, muito menos, o alegado dissenso com a Súmula 617-STF e com julgados desta Corte, porquanto aplicável à espécie a Súmula 83-STJ, **verbis**:

“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

É o que se constata das ementas a seguir transcritas:

“Desapropriação — Honorários advocatícios — Base de cálculo — Juros.

“Nas ações de desapropriação computam-se, no cálculo da verba advocatícia, as parcelas relativas

aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidos.”

Aplicação da Súmula nº 11 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Recurso improvido.” (REsp nº 34.602-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. 07.06.93, DJ 02.08.93).

“Desapropriação — Honorários advocatícios — Base de cálculo — Decreto-lei nº 3.365/41 (art. 27, parágrafo 1º) — Súmulas 12, 69 e 70-STJ, 141-TFR, 121 e 617-STF

1. Os juros compensatórios e moratórios, com origem e finalidade distintas integram o valor indenizatório da propriedade imolada pela desapropriação, levando à conclusão de que os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o valor global (Súmula 141-TFR), apurado conforme as diretrizes das Súmulas 12, 69 e 70-STJ, suficientes para afastar o anatocismo (Súmula 121-STF).

2. A Súmula 617-STF não ilide a compreensão de que “a diferença entre a oferta e a indenização”, corrigida, está abonada pela incidência dos referidos juros.

3. Os honorários advocatícios, frutos de indispensável participação profissional (art. 133, C.F.), na desapropriação, como base de cálculo, devem ficar ajustados ao valor do justo preço, estabelecido no julgado, sob pena de não se ajustar à razão e ao direito de re-

muneração condizente com o resultado obtido pelo desapropriação.

4. Recurso improvido.” (REsp nº 34.397-SP, Rel. Min. Milton Pereira, julg. 23.06.93, DJ 23.08.93).

“*Administrativo. Desapropriação. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Precedentes.*

— Na base de cálculo dos honorários advocatícios em ação de desapropriação computam-se os juros moratórios e compensatórios, ambos devidamente corrigidos.

— Decisão unânime da 1ª Seção desta Corte no julgamento dos Embargos de Divergência nº 26.459-0-SP, DJ de 21.06.93.

— Recurso especial desprovido.” (REsp nº 35.681-SP, Rel. Min. Cesar Rocha, julg. 25.08.93, DJ 27.09.93).

“*Desapropriação. Honorários advocatícios. Base de cálculo. Juros.*

Em desapropriação, os juros moratórios e compensatórios integram a base de cálculo dos honorários de advogado.

Recurso especial desprovido.” (REsp nº 34.547-SP, Rel. Min. Gomes de Barros, julg. 22.09.93, DJ 18.10.93).

Isto posto, em conclusão não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.223-7 — SP — (93.0017569-6) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô. Advogados: José Antônio Avênia Neri e outros. Recdos.: Norberto David Pinheiro e cônjuge. Advogados: Flávio João de Crescenzo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 36.778-6 — PE

(Registro nº 93.0019056-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Mario de Oliveira Sobel*

Recorrida: *Sonia Maria Malta Mendes*

Advogados: *Rossini Lyra de Carvalho e outros, e José Gildenor de Albuquerque e outros*

EMENTA: Civil. Compra e venda descaracterizada. Mútuo com pacto comissório.

Decisão que reconheceu a existência de um mútuo com pacto comissório sob a roupagem de uma compra e venda de imóveis. Inexistência de ofensa à lei federal e de dissídio.

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, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 09 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Cuida-se de recurso especial interposto de acórdão da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, assim ementado:

“Contrato de promessa de compra e venda. Cláusula de arrepen-

dimento. Pacto comissório. Nulidade.

É nulo o contrato de compra e venda celebrado com cláusula de arrependimento mascarando mútuo com pacto comissório, vedado por lei.

Apelação provida. Decisão unânime.” (fls. 157).

Alega o recorrente contrariedade aos arts. 158, 765 e 1.095 do Código Civil, e ao art. 66, § 6º, da Lei nº 4.728/65.

Traz, ainda, à colação, julgados do STF e do TJ de São Paulo com a intenção de configurar o dissídio jurisprudencial.

Em contra-razões, a recorrida suscita a intempestividade do recurso excepcional e, quanto ao mérito, pleiteia a confirmação do acórdão.

Foi o recurso especial admitido pela via da alínea a do inciso III do art. 105 da Lei Maior.

É a exposição.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O recurso é

tempestivo posto que suspenso o prazo do especial com a interposição de embargos de declaração, o recorrente elenca dispositivos de lei que nenhuma pertinência tem com a causa.

O art. 66 da Lei de Mercado de Capitais, por exemplo, cuida da alienação de coisa móvel e aqui se trata de suposta venda de coisa imóvel.

O art. 765 do Código Civil, ao contrário do que argumenta no recurso, foi fielmente observado no aresto recorrido, reconhecendo-se a nulidade de cláusula, no negócio, a autorizar o credor hipotecário a ficar com a garantia se a dívida não for paga no vencimento.

Respeitante ao art. 1.095 do digesto civil, tendo o acórdão caracterizado o negócio como mútuo com pacto comissório, não se há de aplicar aquele dispositivo como se o produto do empréstimo fosse sinal de pagamento do preço do imóvel.

No que toca ao art. 158 do mesmo ordenamento, na realidade ele prescreve que, anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, entretanto, a decisão dele não discrepou, ficando claro em acórdão proferido em embargos declaratórios poder o recorrente valer-se da ação própria para reaver a quantia tida como objeto do mútuo. Justificou, inclusive, não estar o pagamento da quantia

emprestada no pedido da parte, cuja pretensão era de consignação do restante do preço do imóvel.

Por outra vertente, o recurso não tem condições de ser conhecido pelo alegado dissídio jurisprudencial. É que, no caso concreto, comprovado ficou tratar-se de um empréstimo com pacto comissório e, nos paradigmas, tal não foi declarado por ausência de provas.

Diante do exposto, não evidenciando o dissenso pretoriano e inexistente violação de lei federal, do recurso não conheço.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.778-6 — PE — (93.0019056-3) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Mário de Oliveira Sobel. Advogados: Rossini Lyra de Carvalho e outros. Recda.: Sonia Maria Malta Mendes. Advogados: José Gildenor de Albuquerque e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 09.05.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.984-3 — SP

(Registro nº 93.0020237-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Triesse Comercial e Construtora Ltda.*

Recorridos: *Antônio Chiromatzo e cônjuge*

Advogados: *José Francisco Silva Júnior e outro, e Renato de Barros Pimentel e outro*

EMENTA: *Processual. Litigância de má-fé. Multa. Ausência de previsão legal.*

A litigância de má-fé pode acarretar a obrigação da parte infratora de ressarcir os prejuízos, pagar os honorários advocatícios e todas as despesas suportadas pela vítima. Não prevê a lei processual multa.

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 parcial. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente. Ministro CLÁUDIO
SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO
SANTOS: Trata-se de recurso espe-

cial, interposto com esteio no disposto na alínea a do inciso III do art. 105 da Carta Magna, admitido no juízo preambular por força destas razões:

“A E. Turma negou provimento ao recurso (fls. 820/821), aduzindo que, nos termos das contrarrazões, descabida a pretensão da recorrente, que se mostra efetivamente protelatória, merecendo a imposição de sanção pela litigância de má-fé, que corresponderá a 5% sobre o valor da causa.

Alega a recorrente que o acórdão negou vigência aos arts. 17, IV, 458 e 587, do Código de Processo Civil, pois não houve litigância de má-fé e a decisão é nula, dada a total ausência de fundamentação. E é irrelevante o efeito do recurso, para a caracte-

rização de execução provisória ou definitiva.

Quanto ao art. 587 do estatuto processual a fundamentação é insuficiente, não permitindo identificar-se em que aspectos teria sido violado o dispositivo legal mencionado, incidindo na hipótese, para obstar o seguimento, a Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

Porém, no que tange à litigância de má-fé e à nulidade do acórdão, por falta de fundamentação, o recurso reúne condições de admissibilidade.” (fls. 843/844).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): De início, é oportuna a apreciação de alegativa de nulidade do acórdão por falta de fundamentação.

Na realidade, o acórdão é sucinto, mas sua ausência de motivação se circunscreve às razões pelas quais caracteriza como protelatório o recurso de apelação da recorrente.

Assim, não tenho por ofendido o art. 458 do C.P.C.

Sobre a contrariedade ao art. 587 do mesmo ordenamento, deveras, o julgado recorrido dele somente fez menção no relatório, a aludir às pretensões da então apelante. A interessada, entretanto, não se acautelou quanto à omissão, com a interposição dos indispensáveis em-

bargos declaratórios. Daí não se poder discutir o tema neste grau excepcional de jurisdição.

Quanto à multa imposta pela litigância de má-fé, tem razão a recorrente.

Esta Corte Superior, através desta mesma Turma já decidiu:

“A litigância de má-fé pode conduzir à condenação ao pagamento de indenização, honorários e despesas efetuadas pela parte contrária. Não cogita a lei de multa. (REsp nº 27.281-0/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 26.10.92).

Por outro lado, a parte lesada não deve apenas pedir a condenação, porém também demonstrar os prejuízos sofridos, bem assim as despesas efetuadas, ainda que para serem apurados depois.

De harmonia com o exposto, conheço e dou provimento parcial ao recurso para excluir do acórdão a aplicação da multa pela demanda fementida.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.984-3 — SP — (93.0020237-5) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Triesse Comercial e Construtora Ltda. Advogados: José Francisco Silva Júnior e outro. Recdos.: Antônio Chiromatzo e cônjuge. Advogados: Renato de Barros Pimentel e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial

e lhe deu provimento parcial (em 24.05.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Na-

ves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.031-0 — SP
(Registro nº 93.0020285-5)

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

Recorrente: *Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô*

Advogados: *Drs. José Antônio Avênia Neri e outros*

Recorrido: *Napoleão Pinto da Silva*

Advogados: *Drs. Riad Gattas Cury e outros*

EMENTA: Desapropriação. Honorários advocatícios. Fixação. Juros moratórios e compensatórios: cômputo. Complementação do depósito para fins de imissão prévia na posse: não consideração.

I — Nas expropriatórias, os honorários advocatícios devem ser calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas as parcelas (Súmula nº 617-STF).

II — No cálculo da indenização, para o fim mencionado, devem ser considerados os juros, moratórios e compensatórios, devidamente corrigidos (Súmula nº 141-TFR). Em tal caso, quanto à capitalização dos juros, é inaplicável a Súmula nº 121-STF.

III — A complementação do depósito, para fins de imissão provisória na posse, não deve ser levada em conta para fins de cálculo da verba advocatícia.

IV — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

formidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso.

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

Brasília, 24 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA
RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto pela Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô, contra o acórdão do Egrégio Tribunal **a quo**, proferido em ação expropriatória, na parte relativa à fixação da verba advocatícia. Sustenta, em suma, que o referido aresto violou o artigo 27, § 1º, do Decreto-lei nº 3.365, de 1941, e dissentiu das Súmulas nºs 121 e 617 do Supremo Tribunal Federal, ao determinar que se computam no cálculo da citada verba as parcelas relativas aos juros moratórios e compensatórios, não se deduzindo, no seu cálculo, o depósito complementar, para fins de imissão provisória na posse.

Contra-arrazoado (fls. 354-356), o recurso foi admitido (fls. 359-361), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao decidir a questão controvertida, aduziu o acórdão recorrido (fls. 342-343):

“Na sentença de fls. 229/331 ficou assentado que “a indenização será acrescida de juros”, fixando os honorários advocatícios “em 6% sobre a diferença entre a indenização e a oferta”. Tais comandos foram confirmados pelo acórdão de fls. 281/283 e fielmente observados pela conta homologada.

De fato, é da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que “calculam-se os honorários advocatícios, na ação de desapropriação, sobre a diferença entre o preço oferecido e o valor da indenização, não considerando, para esse fim, o depósito efetuado para imissão provisória na posse” — RTJ 70/272 —, sendo no mesmo sentido os julgados transcritos pelo apelado nas suas contrarrazões.

Também é da jurisprudência da Suprema Corte que os juros integram a indenização, como, ademais, estabeleceu a sentença proferida no processo de conhecimento. Este critério é o que vem sendo adotado neste Tribunal de Justiça, como se vê no julgado publicado na RJTJESP 125/96.”

Ao contrário do que sustenta a recorrente, o acórdão recorrido ajusta-se à Súmula nº 617 do S.T.F., segundo a qual “a base de cálculo dos honorários advocatícios em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização corrigidas ambas monetariamente.”

De outra parte, quanto aos juros o aresto está em harmonia com a Súmula nº 141-TFR, aplicável à espécie, **in verbis**:

“Nas ações de desapropriação, computam-se, no cálculo da verba advocatícia, as parcelas relativas aos juros compensatórios e moratórios, devidamente corrigidas.”

Assinale-se que a Súmula nº 121 do S.T.F., relativa ao anatocismo não tem aplicação à espécie, segundo reiterados precedentes. É o que se depreende das ementas abaixo transcritas.

“Desapropriação. Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Cabimento.

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 36.143-5-SP — (93.0017146-6) — Julg. em 20.09.93 — Publ. DJ de 04.10.93 — pág. 20.548);

“Desapropriação. Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Cabimento.

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em

ulgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Essa incidência de juros sobre juros não constitui, no caso, anatocismo, não se subsumindo a hipótese à Súmula nº 121 do S.T.F., segundo precedente daquela Colenda Corte.

III — Recurso especial conhecido e desprovido.” (REsp nº 35.661-0-SP — (93.0015643-8) — Julg. em 22.09.93 — Publ. DJ 11.10.93 — pág. 21.309);

“Desapropriação — Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Cabimento. Cumulação dos compensatórios. Dissídio não configurado.

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Essa incidência de juros sobre juros não constitui, no caso, anatocismo, não se subsumindo a hipótese à Súmula nº 121 do S.T.F., segundo precedente daquela Colenda Corte.

III — Quanto à cumulação dos juros compensatórios, improcede o alegado dissídio pretoriano.

IV — Recurso especial parcialmente provido.” (REsp nº 19.008-SP — (92.0004071-3) — Julg. em 14.04.93 — Publ. DJ de 03.05.93 — pág. 7.783) e

“Desapropriação. Incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios. Cabimento.

I — Na desapropriação, os juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, fluem, a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o total da indenização, nesta abrangidos os juros compensatórios.

II — Essa incidência dos juros sobre juros não constitui, no caso, anatocismo, não se subsumindo a hipótese à Súmula nº 121 do S.T.F., segundo precedente daquela Colenda Corte.

III — Embargos de divergência rejeitados.” (Emb. Div. REsp nº 18.588-3-SP — (92.00226841) — Julg. em 04.05.93).

Finalmente, a complementação do depósito, para fins de imissão provisória na posse, corrigida monetariamente, deve ser considerada, como no caso foi (fls. 287), no cálculo

da indenização, mas não da verba advocatícia.

Isto posto, em conclusão, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.031-0 — SP — (93.0020285-5) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Companhia do Metropolitano de São Paulo — Metrô. Advogados: José Antônio Avênia Neri e outros. Recdo.: Napoleão Pinto da Silva. Advogados: Riad Gattas Cury e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.11.93 — 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 ESPECIAL Nº 37.183-0 — SP

(Registro nº 93.0020704-0)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira e outros*

Recorrido: *Joaquim Eduardo Junqueira*

Advogado: *Dr. Joaquim Eduardo Junqueira*

EMENTA: Processual Civil. Prescrição. Verba de patrocínio. Prazo para sua cobrança pela Fazenda Pública (ré e vencedora na ação ordinária): O mesmo da ação principal, ou seja, cinco anos. Aplicação da Súmula 150/STF. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, 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 Aciole.

Brasília, 27 de setembro 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 pela Fazenda do Estado de São Paulo contra acórdão proferido pela 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

2. Joaquim Eduardo Junqueira ajuizou a ação de reintegração contra a recorrente. O juiz de 1º grau julgou improcedente a ação, tendo

ela transitado em julgado. A ora recorrente requereu, então, fosse elaborada conta de liquidação, no tocante aos honorários advocatícios devidos em razão da sucumbência do autor. Após nova atualização, garantido o juízo, o executado, ora recorrido, apresentou embargos à execução, alegando estar prescrita a ação de execução, com base no art. 100 do Estatuto da OAB. A ação de embargos à execução foi acolhida, sob a fundamentação de que se a ação prescreve em cinco anos, em igual lapso temporal prescreveu a execução, de acordo com a Súmula nº 150 do STF.

3. A recorrente alega violação ao art. 177 do Código Civil. Aduz que a Súmula nº 150 do STF diz respeito ao prazo prescricional para a execução do julgado, quando a ação de conhecimento tenha sido procedente. Aí, sim, o prazo prescricional da execução é o mesmo da ação ajuizada e ganha. Sustenta que se a ação tivesse sido julgada em favor do recorrido, possuiria ele prazo de cinco anos para executar o julgado em seu favor, já que teria tido cinco anos para ajuizar a ação de conhecimento. **In casu**, o prazo prescricional da ação de execução de honorários advocatícios, havidos em virtude de sentença desfavorável ao autor, em relação à Fazenda Pública é de 20 anos, por se tratar de ação penal.

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Dr. José Arnaldo da Fonseca, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): A recorrente especial, **data venia**, não tem razão. Ainda que o Direito não seja pura lógica (parodiando o grande *Justice* americano **Holmes**), não pode, como toda ciência, dela prescindir. Ora, no caso concreto, não teria sentido, não seria lógico, não seria razoável, o acessório ter prazo maior do que o principal. Melhor explicando: se o recorrido (o sucumbente) tinha o prazo de cinco anos para ajuizar a ação de sua reintegração em desfavor da Fazenda Pública, não pode a ré, vencedora, gozar de prazo superior (20 anos) para cobrar sua verba de patrocínio. Assim, o caso é mesmo de aplicação do verbe-te 150 de Súmula do STF.

Com essas breves considerações, não conheço do especial.

É meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.183-0 — SP — (93.0020704-0) — Relator: O Sr. Ministro Adhemar Maciel. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Ana Lúcia Iucker Meirelles de Oliveira e outros. Recdo.: Joaquim Eduardo Junqueira. Advogado: Joaquim Eduardo Junqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27.09.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.602-5 — RJ

(Registro nº 93.0022015-2)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Ótica J. Lopes Ltda.*

Advogado: *Manoel de Paula Moura*

Recorrido: *Sílvio Ferreira da Silva*

Advogados: *Francisco Lima e outro*

EMENTA: Locação comercial. Renovatória. Prazo.

O direito à renovação do contrato de locação, segundo o artigo 4º do Decreto 24.150/34, deve ser exercido dentro do prazo, sob pena de decadência. Todavia, se o recorrente não conseguiu que a ação fosse distribuída dentro dos seis meses anteriores à data da finalização do contrato porque os serventuários da Justiça estavam em greve, seria exigir dele o impossível e, assim, não podia ser julgado carecedor da ação. A inércia foi do aparelho judiciário e não do autor.

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 lhe dar provimento para que, afastada a preliminar, o Tribunal aprecie o julgamento do recurso como de direito. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Assis Tleido e Edson Vidigal.

Brasília, 16 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Recurso especial fincado nas alíneas a e c, item III, art. 105, da Constituição Federal, interposto por Ótica J. Lopes Ltda., alegando violação ao art. 125, § 1º, do C.P.C., e dissídio jurisprudencial (RE 86.741-BA, STF, Rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ

108/1.085), posto que o v. aresto recorrido (fls. 163/166), proferido pela eg. Sétima Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro, reformou a r. sentença de primeiro grau e decidiu pela decadência da ação renovatória de locação, inadmitindo a suspensão e prorrogação do respectivo prazo, ainda quando o **dies ad quem**, como na hipótese, coincida com um sábado. O acórdão recorrido considerou também, para decidir, o fato de existirem Juizes de plantão para conhecer medidas e pedidos urgentes.

A recorrente aduz que a questão não se cinge à suspensão e prorrogação de prazo decadencial cujo termo final caia em um feriado, mas de existência de greve dos serventuários da justiça, comprovada mediante certidões, que absorveu trinta e dois dias do prazo para a propositura da ação renovatória. Assim, deve ser provido o recurso para que o Tribunal a quo aprecie o mérito da renovatória, afastada a decadência provocada pelo movimento grevista.

Não houve contra-razões (fl. 188 v.) e o especial foi admitido (fls. 189/190).

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): O prazo do artigo 4º do Decreto nº 24.150, de 20.4.1934 é considerado decadencial e, nesse contexto, seria incensurável a decisão recorrida, inclusive porque fundamentada em sólida e respeitável doutrina.

Sucedem os fatos estão a demonstrar que se culpa houve pelo retardamento da distribuição do processo ao autor, não pode ser debitada, porém, ao aparelho judiciário.

A ação renovatória deveria ser ajuizada até o dia 31 de julho de 1990, pois o contrato venceria no dia 31 de janeiro de 1991. No entanto, os serventuários da Justiça entraram em greve a 28 de junho de 1990.

Eis o que afirma o Juiz na sentença:

“A ação foi distribuída em quinze de agosto de 1990, com despacho determinando esta distribuição em dois de agosto do referido ano.

Alega a ré que o prazo fatal para a propositura da ação seria o trinta e um de julho de 1990.

Entretanto, conforme as certidões de fls. 120, da Egrégia Corregedoria de Justiça, 133, do funcionário encarregado da distribuição nesta Regional, e 36 do Escrivão da Vara, em exercício, aliados ao ato executivo de nº 787/90, do

Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça, nos dão conta de que de vinte e sete de junho de 1990 até a data em que a ação foi distribuída, os prazos encontravam-se suspensos face à greve dos Serventuários de Justiça.

Por esses fundamentos, descabe a pretensão da ré que tenha o autor decaído do direito de ação”. (fls. 139)

A hipótese guarda semelhança com o que sumulara o extinto Tribunal Federal de Recursos:

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes aos mecanismos da Justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição”. (Súmula 78-TFR)

Esta egrégia Quinta Turma, sendo Relator o eminente Ministro José Dantas, decidiu:

“Locação comercial. Renovatória.

— Prazo. Conquanto conceituado como decadencial, o prazo do art. 4º do DL. 24.150/34 prorroga-se até o primeiro dia útil seguinte ao termo final que recaia em dia não útil. Precedentes jurisprudenciais aconselháveis à moderna compreensão da matéria”. (REsp nº 27.574-3-RJ, DJ de 03.11.92).

Aliás, é a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça:

“Processual — Tributário — Intempestividade do recurso — De-

cadência do lançamento e prescrição da ação.

O recurso é tempestivo. No período de 11.11.87 a 03.12.87 os Servidores da Justiça do Estado do Rio de Janeiro estavam em greve. Afasta-se a *decadência* e a prescrição, conseqüentemente, a violação aos artigos 174 do Código Tributário Nacional, e 219 do Código de Processo Civil. Débito de ICM referente ao período de 1973 a 1976 teve exigência efetivada, pelo auto de infração, lavrado em 1976, que constituiu o Crédito Tributário, tornando-se definitivo em 1981.

Recurso improvido". (REsp nº 3.769-RJ, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 03.12.90, p. 14.305)

"Ação renovatória de locação. Decadência.

Protocolada a petição inicial dentro do prazo previsto no art. 4º do Decreto nº 24.150/34, o locatário não decai do direito à ação, se a demora na obtenção do despacho ou na citação não pode lhe ser atribuída. Recurso especial não conhecido". (REsp nº 10.918-RJ,

Relator Ministro Nilson Naves, DJU de 25.11.91, p. 17.072).

À vista do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, afastada a preliminar, prossiga o julgamento do recurso como de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.602-5 — RJ — (93.0022015-2) — Relator: O Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Ótica J. Lopes Ltda. Advogado: Manoel de Paula Moura. Recdo.: Sílvio Ferreira da Silva. Advogados: Francisco Lima e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento para que, afastada a preliminar, o Tribunal aprecie o julgamento do recurso como de direito (em 16.05.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Cid Flaquer Scarcezini, Assis Toledo e Edson Vidigal.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.648-9 — SP

(Registro nº 93.0025350-6)

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

Recorrente: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *Drs. Salua Racy e outros*

Recorrido: *Otávio Celso Rodeguero*

Advogados: *Drs. Afonso Rodeguer Neto e outros*

EMENTA: Processual Civil. Honorários de advogado. Ação cautelar. Cabimento. Duplo grau obrigatório. Reforma da sentença em detrimento da entidade pública dele beneficiária. Impossibilidade.

I — Nas lides cautelares há sucumbência e, portanto, condenação da parte vencida ao pagamento da verba advocatícia.

II — No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública (Súmula nº 47-STJ).

III — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

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

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de re-

curso especial interposto pelo Banco Central do Brasil, com fundamento no artigo 105, III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 72):

“Processual Civil. Tributário. Cautelar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.024/90. Preliminares: ilegitimidade passiva do BACEN e nulidade parcial da sentença por inobservância do parágrafo único, artigo 1º, da Lei nº 8.076/90. Ônus da sucumbência.

— A teor do artigo 9º da Lei nº 8.024/90 o controle da indisponibilidade dos valores retidos se encontra a cargo do Banco Central do Brasil, previsão que confere ao BACEN a qualidade de réu nesta ação.

— O plenário desta Corte, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo úni-

co do artigo 1º da Lei 8.076/90. Arguição de inconstitucionalidade deduzida no MS nº 37.658, (90.0337625-5), sessão de 22 de abril de 1991, e, portanto, tal preceito desmerece ser aplicado.

— Preliminares rejeitadas.

— Presente o **fumus boni iuris**, pois plausível o direito substancial invocado, em face da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.024/90.

— O **periculum in mora** sobressai da necessidade do demandante de desbloquear importância retida, de imediato, face à reconhecida perda do poder aquisitivo da moeda.

— Em demanda cautelar incidem os ônus da sucumbência (Voto Vista proferido na Apelação Cível-SP, processo nº 124.790 (89.0318121-2), sendo apelante a União Federal e apelado Ivo Antonioli).

— Apelação do Banco Central do Brasil desprovida.

— Remessa oficial parcialmente provida.”

Alega o recorrente negativa de vigência aos artigos 474 e 796 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, ao argumento de que são indevidos honorários advocatícios em medida cautelar. Sustenta, ainda, ofensa ao princípio da **reformatio in pejus**, por fixar a verba honorária sem que a parte adversa tivesse recorrido voluntariamente.

Sem contra-razões (fls. 90), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 92-93), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Duas são as questões postas no recurso especial: a relativa ao cabimento, ou não, de condenação em honorários na cautelar e a atinente à **reformatio in pejus**, porquanto, ao julgar a remessa **ex officio**, o acórdão recorrido impôs e fixou a condenação na verba advocatícia em detrimento da entidade beneficiária do duplo grau obrigatório.

Quanto à sucumbência em ação cautelar, preleciona **Humberto Theodoro Júnior**:

“Da autonomia e contenciosidade da ação cautelar, decorre sua sujeição aos princípios comuns da sucumbência, de sorte que a sentença final deverá impor ao vencido o ônus das custas processuais e dos honorários advocatícios do vencedor (artigo 20) (21).

Sendo, contudo, contrária a sentença de mérito ao autor da ação cautelar, esses gastos de sucumbência na esfera cautelar incluir-se-ão no montante da reparação a ser feita ao vencedor, nos termos do artigo 811 (22).

Urge, por outro lado, distinguir entre ação cautelar e simples medida cautelar. À ação pressupõe litigiosidade, ao passo que a mera medida cautelar pode cumprir sua missão preventiva sem a contestação ou oposição do requerido. Uma antecipação de prova, um depósito, uma caução e quase todas as outras medidas cautelares, em determinadas circunstâncias, podem perfeitamente ser requeridas e promovidas até mesmo com o assentimento da parte contrária.

Sem a lide cautelar (isto é, sem o conflito de interesses em torno da providência preventiva), não há ação cautelar, mas apenas medida cautelar. E não havendo lide (o que, praticamente, se revela pela falta de contestação ao pedido do provimento preventivo), não haverá, também, sucumbência, o que exclui a condenação de custas e honorários advocatícios.

Sendo certo que as medidas cautelares nem sempre reclamam ação cautelar, deve-se concluir que a incidência da verba advocatícia estará sempre condicionada à existência da situação contenciosa caracterizadora da verdadeira ação cautelar, situação essa que não se revela pelo simples pedido de providência preventiva, mas sim pela atitude assumida pela parte contrária diante da postulação provocadora do acionamento da atividade jurisdicional cautelar.” (Processo Cautelar,

págs. 130-131, 3ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1978).

A propósito, ensina **Galeno Lacerda** sobre a matéria.

“Sucumbência existe onde houver lide instaurada, o que ocorre sempre nos processos jurisdicionais e eventualmente nos voluntários, quando nestes surgir litígio. Daí, a obrigação de o vencido pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (artigo 20), obrigação extensiva ao desistente e àquele que reconheceu o pedido (artigo 26).

A jurisprudência divide-se quanto ao cabimento de condenação ao pagamento de honorários no processo cautelar, com predominância da corrente afirmativa.

A matéria comporta distinção. Em princípio, os honorários são sempre devidos nas cautelas jurisdicionais antecedentes. Nelas se manifesta lide parcial, há despesas com o processo e honorários a cargo das partes em remuneração ao trabalho dos advogados. A aplicação do princípio da sucumbência enquadra-se, assim, no sistema do Código. Além do mais, nem sempre haverá processo principal, ou porque o autor da ação cautelar decaiu da medida, ou nela obteve sentença contrária, e não ingressou com a ação principal. Se nestas circunstâncias, cabe sucumbência porque um só o processo contencioso, o

mesmo deverá ocorrer se à cautelar seguir-se o processo principal.

A condenação em honorários e despesas, porém, pode padecer da transitoriedade peculiar às medidas cautelares, segundo o **eventum litis**. Assim, se o autor da ação cautelar vier a perder a ação principal, devolverá ao réu os honorários e despesas recebidos no processo acessório, nos termos do artigo 811. O mesmo deverá acontecer, **mutatis mutandis**, se o réu, vencedor na cautela, sucumbir na ação principal. Donde concluir-se que a sucumbência na cautela só permanece quando o vencedor, nesta, também vencer a ação principal, ou quando não intentada a demanda depois da vitória do réu na ação cautelar.

Quanto às cautelas jurisdicionais incidentes, a condenação autônoma à sucumbência deverá ocorrer nas repressivas, isto é, no atentado e na arguição de falsidade, porque aí sempre haverá sentença própria em virtude da suspensão do processo principal (artigos 881 e 394). Nas demais cautelas incidentes a frequente cumulação e absorção da sentença cautelar pela principal, como se viu do número anterior, faz com que a avaliação dos honorários e o montante das despesas venham a abranger as duas ações, convindo mesmo, por economia processual, haja uma só sucumbência. O mesmo acontecerá se, pelo retardamento do pro-

cesso cautelar antecedente, a respectiva sentença cumular-se com a principal.

Se houver desistência da ação cautelar, após citação e comparecimento do réu ao respectivo processo através de advogado constituído, cabe condenação do autor em despesas e honorários, de acordo com o artigo 26 (R.T., 496/143). **Idem**, se o autor desistente obteve liminar, com prejuízo para o réu, embora não haja este ainda respondido à ação.

Nas cautelares voluntárias, em regra, não há sucumbência porque ausente o litígio. Isto não significa, porém, que o vencido na ação principal não deva arcar com as despesas do vencedor pagas em cautelas voluntárias anteriores, como vistorias, notificações, justificações, etc. (R.T., 492/93). Da mesma forma, se surgir litígio no processo voluntário, p. ex., se impugnado o direito à vistoria, haverá vencido e vencedor, cabendo condenação em sucumbência (R.T., 491/62, 502/215)" (Comentários ao Código de Processo Civil, págs. 334-336, Forense, 1980, 1ª edição).

Em suma, nas lides cautelares há sucumbência e, portanto, condenação da parte vencida ao pagamento de verba advocatícia. Todavia, a sucumbência na cautelar pode padecer de transitoriedade **secundum eventum litis**. Ou nas palavras de **Galeano Lacerda**: "a sucumbência na cautela só permanece quando o vencedor, nesta, também vencer a ação

principal, ou quando não intentada a demanda depois da vitória do réu na ação cautelar.”

No caso, em se tratando de lide cautelar, cabível era a condenação em honorários. Todavia, tendo a sentença decidido que aquela verba seria fixada na ação principal, não podia o acórdão, sem recurso voluntário, apreciando remessa oficial, impor e fixar a condenação naquela verba honorária. A propósito, a Súmula nº 47, desta Corte:

“No reexame necessário é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública.”

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.648-9 — SP — (93.0025350-6) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Banco Central do Brasil. Advogados: Salua Racy e outros. Recdo.: Otávio Celso Rodeguero. Advogados: Afonso Rodeguer Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 38.662-4 — RJ

(Registro nº 93.0025370-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrentes: *Valme Confecções Ltda. e outro*

Recorrido: *Banco do Brasil S.A.*

Advogados: *Drs. Alodio Moledo dos Santos e Affonso de Araújo Campos*

EMENTA: *Execução. Embargos do devedor. Curador especial.*

— O curador especial está legitimado a opor embargos à execução de devedor citado por edital.

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. 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, 29 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Cuida-se de recurso especial manifestado por Valme Confecções Ltda. e Maria Amélia Barbosa Ferreira a acórdão do E. Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, proferido em grau de embargos infrigentes, cuja ementa está assim redigida (fls. 76):

“Embargos à execução. Ilegitimidade ativa **ad causam** da Curadoria Especial. Tratando-se os embargos de devedor de uma ação incidental e autônoma, não tem o Curador Especial representação para a sua propositura. Recurso improvido.”

Alegam os recorrentes que o aresto recorrido contrariou o artigo 9º, inciso II, do CPC, além de divergir de 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 nomeação do curador especial ao revel citado por edital, consoante a regra cogente do art. 9º, II, do Código de Processo Civil, visa exatamente a suprir a falta de defesa do réu, ante a presunção de que este não tenha ciência da citação.

Nesta consonância, no comando da citada norma processual está ínsita a determinação — e não apenas a autorização — para que o curador se substitua ao demandado na prática dos atos necessários à sua defesa, pois, do contrário, o preceito seria letra morta ou pecaria pela sua inutilidade, o que seria inadmissível.

Daí o acerto do comentário de **Humberto Theodoro Júnior** (Curso de Direito Processual Civil, Forense, 10ª ed., vol. I/81):

“Ao curador incumbe velar pelo interesse da parte tutelada, no que diz respeito à regularidade de todos os atos processuais, cabendo-lhe ampla defesa dos direitos da parte representada, e po-

dendo, até mesmo, produzir atos de resposta como a contestação, a execução e a reconvenção, se encontrar elementos para tanto, pois a função da curatela especial dá-lhe poderes de representação legal da parte, em tudo que diga respeito ao processo e à lide nele debatida.”

No concernente à legitimidade do curador especial para opor embargos do devedor no processo de execução, é tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido afirmativo (cf. REsp nº 27.103-8-RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro; REsp nº 32.623-4-RJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter).

O dissídio interpretativo, no caso, não está demonstrado nos moldes do dispositivo no art. 255 do RISTJ, mas tenho por malferido o art. 9º, inc. II, do CPC, razão pela qual conheço do recurso pela letra a e lhe dou provimento para que,

afastada a extinção do processo (art. 267, VI, do CPC), aprecie o juiz de primeiro grau os embargos oferecidos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.662-4 — RJ — (93.0025370-0) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Rectes.: Valme Confecções Ltda. e outros. Advogado: Alodio Moledo dos Santos. Recdo.: Banco do Brasil S/A. Advogado: Afonso de Araújo Campos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 29.03.94 — 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 39.215-2 — RJ

(Registro nº 93.0026982-8)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrentes: *Luiz dos Santos Ribeiro de Seixas e cônjuge*

Recorrido: *Jorge Rodrigues Pinto*

Advogados: *Drs. Salim Salomão e Belgio Lino Ferreira*

EMENTA: Obrigação de fazer, consistente na outorga de escritura de compra e venda. 1. Falta de registro. Não é necessário o prévio registro, conforme jurisprudência do STJ. Por todos, REsp 30. 2. Direito de arrependimento. Se tardio, não é eficaz o ato de arrepender-se. O compromitente só pode arrepender-se no caso de existir cláusula assim expressa no pré-contrato. Precedentes do STJ: REsp's 1.143, 8.202 e 20.014. 3. 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, Cláudio Santos e Costa Leite. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Brasília, 27 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Foi o recurso especial admitido pela Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos seguintes:

“Trata a hipótese de recurso especial tempestivamente interposto, com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição

Federal, que visa a impugnar o Venerando Acórdão, prolatado pela Egrégia Sétima Câmara Cível do nosso Tribunal de Justiça (fls. 273/274), cuja ementa é a seguinte:

‘Obrigação de fazer. Outorga de escritura definitiva. Recibos representativos de compromisso de compra e venda por conterem os requisitos essenciais. Assinaturas da mulher. Recebimento de todas as parcelas. Incabimento do arrependimento. Provimento.’

Os recorrentes em suas razões (fls. 278/282) sustentam que a decisão recorrida contrariou os arts. 530, 531 e 1.088 do Código Civil, 366 do Código de Processo Civil, e 22 do Decreto-Lei 58/37, e divergiu das Súmulas 167 e 413 e de outros julgados (fls. 280/281), ao julgar procedente o pedido de outorga de escritura definitiva de compra e venda de imóvel, sem que exista qualquer documento alusivo à transação, já que os recorrentes não prometeram vender e nem realizaram transação de

uma parte da propriedade, a não ser a locação.

Aduzem mais os recorrentes que, ainda que se reconheça a existência de título, não podia este legitimar o pedido de outorga da escritura definitiva, eis que, além de não haver ajuste, com as características de irrevogabilidade e irretratabilidade, está-se diante de documento particular, estando, portanto, assegurado, aos recorrentes, o direito de arrendimento até a assinatura da escritura pública, nos termos do artigo 1.088, do Código Civil.

Por derradeiro, alegaram os recorrentes a existência de dissídio pretoriano.

O recorrido contra-arrazoou (fls. 293/296).

É a hipótese.

Trata-se de Recurso Especial, com assento nos permissivos constitucionais das alíneas **a** e **c**, em que se aponta afronta aos arts. 530, 531 e 1.088 do Código Civil, 366 do Código de Processo Civil, e 22 do Decreto-Lei 58/37, e divergência pretoriana com as Súmulas 167 e 413, sem indicação do Tribunal, embora se possa inferir tratar-se do STF, e ainda com outros julgados (fls. 280/281).

A questão é de pedido de obtenção compulsória da manifestação de vontade tendente a concluir negócio jurídico de compra e venda de imóvel julgado procedente pelo Acórdão, com base em recibos, que

seriam, **verbis**, 'representativos de compromisso de compra e venda' (fls. 273 — parte da ementa).

As normas infraconstitucionais, pelos recorrentes invocadas, à exceção do artigo 1.088 do Código Civil, não foram objeto de apreciação, no acórdão guerreado, estando, portanto, em relação às mesmas, ausente o requisito do questionamento, a justificar a incidência das Súmulas 282 e 356 do S.T.F., aqui aplicadas por analogia.

De qualquer forma, tem-se que os artigos 366/530 e 531 do Código Civil são inaplicáveis à espécie, haja vista que a discussão cingiu-se a contrato preliminar, sendo desinfluyente a invocação de normas relativas à transcrição do título como prova de aquisição da propriedade.

Também sem aplicação, para a solução da lide, o artigo 22 do Decreto-Lei 58/37, eis que o pedido, formulado no processo, não é de adjudicação compulsória, tendo antes espeque no artigo 639 do Código de Processo Civil, já que visa à prolação de sentença capaz de produzir o mesmo efeito do contrato que os autores pretendem ver firmado.

Reveste-se, todavia, de razoabilidade, a alegação dos recorrentes de que o acórdão hostilizado teria ofendido o artigo 1.088 do Código Civil, quando deixou de reconhecer que, sendo o ajuste preliminar firmado por documento particular sem as cláusulas de

VOTO

irrevogabilidade e irretratabilidade, os promitentes-vendedores tinham o direito de se arrepender, até a assinatura da escritura pública, o que excluiria a possibilidade da invocação de pedido da natureza do previsto no artigo 639 do Código de Processo Civil, por estar, **in casu**, a pretensão excluída pelo próprio título.

Quanto ao dissídio pretoriano, não resultou demonstrado, sendo impossível o confronto do julgado recorrido com as Súmulas 167 e 413 do S.T.F., por não ser a hipótese dos autos de adjudicação compulsória. No tocante aos julgados reproduzidos às fls. 289 **usque** 291, por terem examinado, igualmente, matéria relacionada com adjudicação, são também imprestáveis para a aferição da divergência. Com relação ao julgado, às fls. 283/291, vê-se que desatendido foi o disposto no § 1º, do artigo 255, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, de vez que os recorrentes trouxeram aos autos cópias não autenticadas.

Por tais razões admito o recurso especial pela alínea **a**, do artigo 105, III, da Constituição Federal, diante da razoabilidade da alegação de infrigência ao artigo 1.088, do Código Civil, inadmitindo-o pela alínea **c**.

Subam os autos ao E. Superior Tribunal de Justiça.”

É o relatório.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Fundou-se o pedido nos arts. 639 e 641 do Cód. de Pr. Civil. Alegou o autor que cumprira com a sua obrigação, realizando o pagamento da 38ª prestação do preço do imóvel, mas os réus se recusavam a cumprir com a obrigação deles (promessa de compra e venda, bem como outorgar-lhe a escritura definitiva), daí por que pedia lhe fosse passada sentença, como o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Constou que a compra e venda estava representada pelos 38 recibos do pagamento, redigidos dessa forma, segundo a sentença: “Recebi de Jorge Rodrigues Pinto a quantia de cinquenta mil cruzados proveniente à promessa de venda do apartamento 101, da Rua Conselheiro Zacarias, nº 94, enquanto aguardo a efetivação da escritura, servindo o presente como adiantamento e parte do pagamento total de Cr\$ 1.200.000,00”.

Foi por isso que o magistrado julgou importante o pedido, à falta de pré-contrato, que contivesse os requisitos do contrato definitivo. Referindo-se aos recibos, ficou anotado na sentença: “Que, todavia, não têm força bastante para obrigarem os réus a emitirem declaração de vontade positiva”.

Porém o acórdão deu pela reunião dos elementos do contrato futuro, acolhendo, conseqüentemente, o pedido, nos termos seguintes:

“Circunda a controvérsia em torno dos recibos às fls. 140/176, no sentido de representarem, ou não, um contrato preliminar de compra e venda imobiliária.

Explicitam o valor do negócio, o importe de cada prestação, as datas das amortizações, as assinaturas do varão e da varoa, o respectivo CPF e o objeto do mesmo.

Iniludivelmente neles vêm inseridos os componentes indispensáveis de qualquer negócio jurídico, dando direito à execução compulsória (arts. 82, 1.122 e 1.126, do CC e 413 da Súmula).

O instrumento público somente é exigível quando definitivo o ajuste não no pacto contraendo (preliminar). Por isto, incabe o arrependimento do art. 1.088, ainda mais que os instrumentos do negócio já haviam sido assinados anteriormente e recebidas todas as parcelas, isto é, todo o preço sem qualquer ressalva.

Depondo em Juízo, o casal declarou haver assinado os recibos em branco, qual seja, veio com outra história.

Se assim é, assumiram conscientemente um sério risco. Mas, na hipótese, não comprovaram a afirmação, exigência contida no art. 333, II, do CPC.

Ao contrário do que asseveram, o Dr. Perito informou que as assinaturas foram apostas nos recibos posteriormente ao preenchimento destes, não tendo sido assinados em branco (fls. 198 e 199).

Dá-se provimento ao apelo para julgar-se procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.”

Creio que o acórdão há de ser confirmado, uma vez improcedentes as razões formuladas pelos réus. Com efeito, aos arts. 530 e 531 do Cód. Civil não foi dada atenção alguma, faltando-lhes o indispensável prequestionamento. Aliás, quanto a este ponto, o recurso é tão vago, que chega a ser deficiente. Súmulas 282, 356 e 284/STF, portanto. No que diz com o referido art. 22 e Súmulas 167 e 413/STF, afora a observação da Desembargadora Áurea Pimentel Pereira, mencionada no despacho que tomei por relatório, talvez suficiente para inviabilizar este recurso, é de se notar que a jurisprudência do Superior Tribunal assentou não ser necessário o registro, em casos dessa ordem. Ver, por todos, o REsp 30, com essa ementa: “Promessa de venda de imóvel. Instrumento particular. Adjudicação compulsória. Decreto-Lei 58/37 — Lei 6.766/79. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a **obligatio faciendi** à inscrição no registro de imóveis” (RSTJ-3/1.043).

Quanto ao direito de arrependimento, penso que esta Casa tem orientação similar à do acórdão re-

corrido, pelo que se vê dessa passagem do Sr. Ministro Athos Carneiro, contida em voto de Relator do REsp 8.944:

“No que diz respeito ao direito de arrependimento invocado pelo compromissário-vendedor, anota-se que o mesmo foi exercido tardiamente, sendo, pois, ineficaz.

De fato, segundo a melhor doutrina, não estabelecido o prazo para o exercício de tal direito, ‘deve o mesmo ser exercido até o início da execução do contrato, pois é de se presumir tenham as partes se reservado o direito de se arrependem apenas por lapso de tempo que medeia entre a dação do sinal e o início do cumprimento da avença’ (cf. **Serpa Lopes**, ‘Tratado de Registros Públicos’, 3/217 e **Pontes de Miranda**, ‘Tratado de Direito Privado’, 24, § 2.928, nº 2, e RT, 493/149) — in RJTJESP, Lex, 95/54.

In casu, pago o sinal, que na verdade deve ser tido como a importância total devida ao compromissário-vendedor, o promitente-comprador passou a depositar mensalmente na conta corrente daquele o valor das prestações correspondentes ao financiamento do imóvel, iniciando-se, assim, o cumprimento da avença, arrear o direito de arrependimento. Ainda que não oficializada a transferência do financiamento para o compromissário-comprador, o que seria feito pelo contra-

to definitivo, é inegável o início de execução do quanto avençado no contrato preliminar, tornando impossível o pretendido arrependimento.”

Ora, se pretenderam os réus exercer o direito de arrependimento após pagas as parcelas do preço, e foi o que o acórdão afirmou, eles o fizeram tardiamente.

Além do que à espécie presente não se aplicaria o tal art. 1.088, à falta de cláusula expressa do arrependimento, segundo orientação mas agora desta 3ª Turma, *litteris*:

“Processual Civil — Recurso Especial — Ação de rescisão de compromisso de compra e venda com cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade — Art. 119, a e d, da Constituição Federal precedente, ou art. 105, III, a e c, da Carta Magna vigente.

I — Inexistência de divergência jurisprudencial, eis que a corrente não demonstrou o alegado dissídio. O aresto, tido como padrão, não se aplica ao caso dos autos.

II — Arguição de relevância que se tem por prejudicada face à inexistência dos óbices regimentais do RISTF, eis que convolado o Recurso Extraordinário em Especial.

III — A cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade do negócio jurídico, caracteriza o sinal de cinquenta por cento do preço

pago, como arras confirmatórias e torna obrigatório o contrato (art. 1.094, do CC).

IV — Inexistência da alegada infringência aos artigos 134, II e 1.088, do CC, eis que após o advento da Lei 6.766/79 o compromisso preliminar de compra e venda firmado pelas partes, ainda que ultimado por meio de proposta aceita pelo alienante, ou outro qualquer instrumento do qual conste manifesta a vontade dos contratantes confere direito ao adquirente e não pode ser rescindido pelo compromitente-vendedor, imotivadamente, notadamente quando inexistente cláusula de arrendimento.

Não conhecimento do recurso.” (REsp 1.143, Sr. Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 11.12.89).

— “Compromisso de compra e venda — Imóvel não loteado — Arrependimento.

Não poderá o promitente-vendedor arrepender-se, se não houver cláusula expressa, no pré-contrato, prevendo essa possibilidade. Não incide o disposto no artigo 1.088, do Código Civil, em vista do que se contém no artigo 22 do Decreto-Lei 58.” (REsp 8.202, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 3.6.91).

— “Civil. Compromisso de compra e venda. Arrependimento. Impossibilidade.

Não poderá o promitente-vendedor arrepender-se se não houver cláusula expressa.

Negócio decorrente do exercício do direito de preferência do locatário, com preço quitado e imóvel na posse do comprador.” (REsp 20.014, Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ de 12.4.93).

Do exposto, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.215-2 — RJ — (93.0026982-8) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Rectes.: Luiz dos Santos Ribeiro de Seixas e cônjuge. Advogado: Salim Salomão. Recdo.: Jorge Rodrigues Pinto. Advogado: Belgio Lino Ferreira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 27.06.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Cláudio Santos e Costa Leite.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.312-4 — RJ

(Registro nº 93.0027229-2)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Carlos de Almeida Santos*

Advogado: *Dr. Júlio César da Silva*

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

EMENTA: Criminal. Homicídio. Continuidade delitiva

— Pena. Jurisprudência assentada no sentido de que, consoante a norma do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, é possível, em tese, reger-se a pena pelo critério da continuidade.

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 parcial provimento, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS:
Afinal condenado pelo Júri — por

homicídio consumado: pena de 18 anos atenuada pela confissão; por um segundo homicídio, tentado: pena de 16 anos, igualmente atenuada; e, finalmente, pela tentativa de um terceiro homicídio: pena privilegiada, 8 anos —, o ora recorrente não teve êxito na sua apelação para obter pena maior, possibilitante de um segundo júri (pretensão refutada impossível obter-se da sentença condenatória); ou para vê-la reduzida em função da circunstância configuradora da continuação delitiva (pretensão julgada inaplicável à apenação dos crimes contra a vida).

Enquanto isso, de pleno êxito foi a apelação do Ministério Público, para anular o julgamento relativamente àquela última tentativa, julgado contrário à prova dos autos o reconhecimento do homicídio privilegiado — fls. 319/20.

Daí o recurso especial do réu insistir naquele segundo ponto, sob

invocação de violação do art. 71, parágrafo único, do Cód. Penal, e de discrepância com proclamações jurisprudenciais quanto à viabilidade legal da aplicação da pena pelo critério da continuidade, mesmo que nos crimes personalíssimos contra vítimas diferentes (fls. 323/342).

Nesta instância, a Subprocuradora-Geral Railda Saraiva manifestou-se favorável ao parcial conhecimento e provimento do recurso, para que, afastado o óbice oposto pelo v. acórdão recorrido, o Tribunal **quo** examine a alegada configuração do crime continuado — fls. 363/65.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, consoante a torrencial jurisprudência colacionada no recurso, dúvida não há de que a aplicação da pena por crimes contra a vida de vítimas diferentes também pode reger-se pela continuidade delitiva, hipótese do parágrafo único agora acrescentado ao art. 71 do Cód. Penal.

E de que tal matéria não constitui objetivo de julgamento pelo Corpo de Jurados, mas sim, que compete ser indagada pelo Juiz, como elemento inerente à aplicação da pena, disse-o com saber esta Eg. Turma, em acórdão assim ementado:

“REsp — Tribunal do Júri — Crime continuado — Quesito não

formulado ao corpo de jurados — Entendimento jurisprudencial — Nulidade não configurada.

— Não importa em nulidade do julgamento, a falta de formulação, ao Corpo de Jurados, de quesito referente ao crime continuado, posto que este se refere à aplicação da pena, de competência exclusiva do Juiz-Presidente (art. 71 c/c art. 484, CPP).

— Recurso improvido.” — REsp 38.882-1-DF, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, em sessão de 15/12/93.

Vai daí que tem razão o recorrente, no quanto a sua pretensão se reduza à declaração de nulidade do acórdão, para que, afastada aquela prejudicial ao exame da matéria factual a propósito da alegada continuidade, haja-se o Eg. Tribunal **quo** em decidir-lhe a apelação nesse ponto exclusivo; tal como, aliás, opinou o Ministério Público Federal, **verbis**:

“Insurge-se contra sua submissão a novo julgamento por apenas um dos homicídios conexos, porque o privilégio reconhecido em seu favor, em apenas um dos homicídios, haveria de alcançar cada um deles. E assevera que, em se recusando a reconhecer em seu favor a continuidade delitiva entre os homicídios que praticou, por considerar impossível tal continuidade entre crimes que violam bens de natureza personalíssima como a vida, o acórdão vergastado teria negado vigência ao art. 71 do Código Penal e dissentido do entendimento esposado por outros Tribunais, inclusive o Pretório Excelso.

Requer, ao final, o provimento do recurso “cassando-se aquela decisão, para conceder-se o benefício na apelação da pena da continuidade delitiva.” (fls. 342).

O recurso procede em parte, exatamente no tocante ao óbice oposto pelo acórdão vergastado à incidência da regra do art. 71 do Código Penal em casos de homicídios.

Destarte, merece conhecido e provido o recurso especial para que o Tribunal **a quo**, afastado o óbice oposto, de natureza técnica, examine se há nos autos provas que configurem a continuidade delitiva alegada pelo recorrente.

Isso porque, mesmo se admitindo, em consonância com a orientação de nossos Tribunais, a possibilidade da continuidade delitiva em crimes de homicídio, o seu reconhecimento, no caso concreto, depende da verificação de elementos fáticos, referentes a tempo, lugar, modo de execução e unidade

de desígnio, que não foram apreciados no acórdão vergastado”. — fls. 365.

Desse modo é que conheço do recurso e o provejo parcialmente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.312-4 — RJ — (93.0027229-2) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Carlos de Almeida Santos. Advogado: Júlio César da Silva. Recdo: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Ministro Relator (em 07.03.94 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezini, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.212-3 — BA

(Registro nº 93.0030349-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *José Luís Chaves Peixoto*

Recorrida: *Cooperativa Central de Laticínios da Bahia Ltda. — CCLB*

Advogados: *Roberval Roque Borges Paiva, e Roque Aras e outros*

EMENTA: Cerceamento de defesa. Dispensa de testemunha. Não configuração. Art. 407, § único, CPC.

Pode o juiz limitar as testemunhas a serem inquiridas ao número de três para cada fato, consoante preceitua o § único do art. 407 do CPC. Dessarte, não configura cerceamento de defesa a dispensa de testemunhas quando o julgador, sentindo-se convencido com a prova colhida, inclusive testemunhal, entender desnecessária a oitiva das demais testemunhas arroladas face à inexistência de controvérsia acerca do fato probante.

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, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 28 de março 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 reparação de danos movida por Cooperativa Central de Laticínios da Bahia Ltda. contra o ora recorrente, buscando o ressarcimento pelos danos causados às suas instalações decorrente da explosão de depósito clandestino de pólvora de propriedade do acionado.

Em primeira instância, a demanda foi julgada procedente, sendo a decisão singular confirmada pela Terceira Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça da Bahia, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos:

“Apelação Cível — Reparação de danos. Inocorrência de cerceamento de defesa. Prova oral e pericial satisfatórias. Improvimento do recurso.

Se o julgador sentiu-se satisfeito e convencido com as provas colhidas, após ouvir três testemunhas da parte ré, pôde encerrar a instrução probatória, desprezando as demais, proferindo o julgamento da demanda”.

Inconformado, o Réu maneja recurso especial, com arrimo nas alíneas a e c do autorizativo constitucional, alegando violação ao parágrafo único do artigo 407 do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial, eis que as testemunhas dispensadas haviam sido arroladas para narrar fato novo e diverso daqueles sobre os quais se manifestaram as demais.

O apelo não foi contra-arrazoado.

O ilustre Presidente do Tribunal de origem admitiu o recurso por ambas as alíneas.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Insurge-se o recorrente contra a decisão singular, confirmada em grau de apelação, que dispensou a oitiva de testemunhas arroladas pelo Réu, ora recorrente, após a inquirição de três testemunhas, bem como do depoimento pessoal do demandado.

Sustenta-se no especial que tal dispensa importa em cerceamento de defesa. Não acolho o inconformismo do recorrente, pois tenho que o art. 407, parágrafo único, do CPC concedeu ao juiz a prerrogativa de limitar o número de testemunhas a serem ouvidas a três para cada fato, sendo admitida a dispensa das demais quando o juiz entender que as informações colhidas são suficientes para a prova do fato e formação de seu convencimento.

Ademais, é de se frisar que só dependem de prova os fatos controvertidos, ou seja, os acontecimentos sobre os quais pairam dúvidas, as quais uma vez esclarecidas podem modificar ou extinguir as relações jurídicas.

Na espécie, verifico que os depoimentos das testemunhas indicadas pelo Recorrente, constantes de fls.

148/149 e verso, indubitavelmente, demonstram a responsabilidade do recorrente quanto aos danos causados às instalações da Cooperativa recorrida resultante da explosão havida no depósito de pólvora de propriedade do recorrente. Destarte, ausente a controvérsia ensejadora do pleito indenizatório, desnecessária se fazia a oitiva das testemunhas arroladas de réu-recorrente.

Outrossim, consoante ressaltado no aresto recorrido “a sentença proferida em audiência fez um exame minucioso da prova, seja pericial, seja testemunhal, o que demonstra o convencimento a que chegara o julgador, independente da ouvida das testemunhas que não foram intimadas por precatória” (fl. 175).

Colho ainda o seguinte trecho do acórdão impugnado:

“Desta forma, não há porque vislumbrar-se cerceamento de defesa que pudesse fulminar este processo de nulidade, após uma instrução em que o Apelante teve a seu favor o depoimento de três testemunhas que arrolara, perícia, etc. As outras, após um estudo aprofundado dos autos, deduz-se que foram indicadas, como concluíra a apelada autora, visando à procrastinação do feito, porque residentes em três Estados diferentes.” (Fls. 176/177).

Diante do exposto, não vislumbro o alegado cerceamento de defesa e, inexistente o dissídio alegado, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.212-3 — BA — (93.0030349-0) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: José Luís Chaves Peixoto. Advogado: Roberval Roque Borges Paiva. Recda.: Cooperativa Central de Laticínios da Bahia Ltda. — CCLB. Advogados: Roque Aras e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 28.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO

RECURSO ESPECIAL Nº 40.619-6 — RJ

(Registro nº 93.0031516-1)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Sociedade Técnica de Montagens Industriais Ltda. — STE-MIL*

Recorrido: *Wellington Rodrigues*

Advogados: *Drs. Affonso José Soares Filho e outro, e Paulo de Almeida Pancardes e outro*

EMENTA: *Reconvenção. Silêncio do magistrado no dispositivo da sentença a seu respeito.*

Não importa em nulidade da decisão o defeito formal ocorrido, quando a procedência da ação implica necessariamente na rejeição do pedido reconvenicional.

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 for-

ma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Fontes de Alencar.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR,
Presidente. Ministro BARROS MON-
TEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação de rescisão de contrato preliminar de compromisso de venda e compra proposta pelo compromissário-comprador, sob o fundamento de que, promovido o registro da incorporação pela ré, não foi ele convocado para firmar o contrato definitivo, nem tampouco a construção se iniciou. Arrimada na assertiva de que o autor se desinteressou do negócio, tanto que deixou de solver as parcelas avençadas, a ré, além de contestar o pedido inicial, reconveio, pleiteando a perda do sinal mais “perdas e danos”.

O MM. Juiz de Direito, entendendo que a única solução razoável para a espécie é a de repor as partes no estado anterior ao contrato, julgou procedente a ação, condenando a demandada ao pagamento do sinal, com correção monetária.

Na apelação, a vencida suscitou a preliminar de nulidade da sentença por não ter sido julgada a reconvenção. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve o decisório monocrático, rejeitando ainda a referida preliminar pelos seguintes motivos:

“A preliminar foi rejeitada porque embora a sentença se revis-

ta de um defeito formal, por não conter na sua parte dispositiva a improcedência da reconvenção, que era e é o encaminhamento natural de sua motivação, isto não causou prejuízo à ré, mas, ao contrário, a beneficiou, já que não lhe foram impostos os ônus da sucumbência e o autor dela não recorreu.

Observe-se ainda que a procedência do pedido do autor importa naturalmente na improcedência da reconvenção. O que as partes postulavam na ação e no pedido reconvenicional era a rescisão do contrato por inadimplemento” (fls 134/135).

Daí o recurso especial manifestado pela empresa-ré com arrimo nas alíneas a e c do permissor constitucional. Apontou contrariedade aos arts. 318 e 458 do CPC, além de dissenso pretoriano com arestos do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo e do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Sustentou ela, em síntese, que é nula a sentença que não julga explicitamente a reconvenção.

Sem contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A despeito de conter a sentença um defeito formal, a

alegação de nulidade invocada pela ré restou escorreitamente repelida pela Segunda Instância. É que, acolhido o pedido formulado pelo autor, consistente na devolução do sinal devidamente atualizado, o MM. Juiz de Direito necessariamente afastou a pretensão veiculada em reconvenção, concernente à perda da quantia paga mais “perdas e danos”.

Assim, ainda que implicitamente, o Magistrado julgou a reconvenção oferecida.

Não há, por conseguinte, afronta aos indigitados arts. 318 e 458 do Código de Processo Civil. Somente por excessivo apego à forma é que, em hipóteses semelhantes à dos autos, se ordenaria a prolação de novo julgamento. Daí o acerto com que se houve o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao arredar a matéria preliminar aventada, o que, aliás, não constitui novidade alguma: a Suprema Corte, em Acórdão de que fora Relator o ilustre e saudoso Ministro Leitão de Abreu, dera por implicitamente apreciada a reconvenção em feito que, pela mesma razão, fora julgada procedente a ação aforada sob igual fundamento (RTJ 76/177).

De outro lado, o dissentimento de julgados não logra firmar-se na espécie, porquanto a recorrente deixou

de cumprir o disposto no art. 255, § 2º, do RISTJ, transcrevendo os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, com a menção das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.619-6 — RJ — (93.0031516-1) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Sociedade Técnica de Montagens Industriais Ltda. — STEMIL. Advogados: Affonso José Soares Filho e outro. Recdo.: Wellington Rodrigues. Advogados: Paulo de Almeida Pancardes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 08.03.94 — 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 e Fontes de Alencar.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.706-0 — SP

(Registro nº 93.0031793-8)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Mário Rocha Filho*

Advogados: *Drs. Marcello Pereira Araújo e outros*

Recorridos: *Vera Beatriz Fleury de Charmillot Dias de Souza e cônjuge*

Advogado: *Dr. José Luiz Bueno de Aguiar*

EMENTA: *Locação. Revisional de aluguel. Adquirente do imóvel.*

— **Legitimidade ativa. Assentada orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre que o adquirente do imóvel locado não está impedido de postular a revisão dos alugueres, ainda que tenha promovido a retomada.**

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 Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

Brasília, 23 de março de 1994
(data do julgamento).

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

a do permissivo, sob invocação de vigência do art. 17, § 1º, da Lei 8.178/91, dado que o acórdão dera pela possibilidade da soma do prazo da locação anterior à venda do imóvel residencial para legitimar o adquirente à propositura da ação revisional, quando já em curso a retomada por denúncia vazia. Sustenta-se, em síntese, que, ou bem o adquirente se escusa ao vínculo locatício, por via da retomada, ou o assume, por via da revisional, impossível que seria o dualismo pretendido — como adquirente, para negar eficácia ao contrato, e como locador, para postular a revisão do aluguel. Lê-se — fls. 93/96.

Relatei.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS:
Trata-se de recurso especial pela letra

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS
(Relator): Senhor Presidente, se bem

compreendi o raciocínio do recorrente, questiona-se a vigência do art. 17, § 1º, da Lei 8.178/91, à conta de que o adquirente que denuncia a locação não pode ser qualificado de locador, para efeito da revisional de aluguel, porquanto a colacionada regra legal (art. 17, § 1º, da Lei 8.178/91) estabelecia como requisito da revisão a falta de acordo entre o locador e o locatário, no triênio de vigência; donde, parece concluir, à luz da qualificação de locador, escusada pela denúncia vazia da locação, e do triênio contratual que seria contado apenas a partir da aquisição do imóvel.

Se assim é, prova demais tal exegese gramatical.

Na verdade, a controvérsia vem de longe, na linha da compreensão assentada por este Eg. Tribunal, à luz de assertivas do seguinte teor:

— “O novo proprietário do imóvel locado, conquanto tenha promovido a notificação do inquilino com vistas à sua retomada, não está impedido de postular a revisão dos alugueres.” — REsp 10.402, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, **in** DJ de 17/08/92.

— “O art. 14 da Lei nº 6.649/79 nada dispõe sobre o caso concreto. As ações de despejo e revisional não são incompatíveis entre si. Não se pode, enquanto se aguar-

da o despejo, obrigar o novo proprietário a receber, só por isso, aluguel defasado.” — REsp 35.622, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, **in** DJ de 25/10/93.

Desse modo, reputo incensurável o v. acórdão recorrido, no quanto se mostra harmônico com aquela orientação superior, com a qual não interfere a invocada regra do art. 17 da Lei 8.178/91.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.706-0 — SP — (93.0031793-8) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Mário Rocha Filho. Advogados: Marcello Pereira Araújo e outros. Recdos.: Vera Beatriz Fleury de Charmillot Dias de Souza e cônjuge. Advogado: José Luiz Bueno de Aguiar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 23.03.94 — 5ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.160-2 — SP

(Registro nº 93.0033058-6)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Sinval Francisco Santos (preso)*

Advogada: *Dra. Marli Biscaino B. Affonso*

EMENTA: Penal. Recurso especial. Crime hediondo. Condenação por infração ao art. 12, da Lei nº 6.368/76.

1. É assente na jurisprudência do STF o entendimento no sentido da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, dos crimes hediondos, que impõe o cumprimento da pena necessariamente em regime fechado, quando ocorre condenação, como no caso dos autos por tráfico ilícito de entorpecente.

2. Recurso especial conhecido e provido.

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 maioria, conhecer e dar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel. Vencido o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Inconformado com a

sentença de primeiro grau, que o condenou como incurso no artigo 12, **caput**, c/c o artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76, à pena de quatro (4) anos de reclusão, em regime fechado até o final do cumprimento da pena, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, o réu Sinval Francisco Santos interpôs apelação e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua Terceira Câmara Criminal, ao dar provimento parcial ao recurso, estabeleceu o regime prisional fechado apenas ao início da reprimenda.

A Procuradoria Geral de Justiça do Estado, irresignada com a decisão, manejou o presente recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo.

Aduz negativa de vigência ao artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº

8.072/90, além de dissenso pretoriano com o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Termina por pedir o provimento do recurso, a fim de que, o réu ora recorrido, cumpra a pena de reclusão integralmente no regime fechado.

Admitido o recurso, subiram os autos.

Nesta instância, em parecer do Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): O acórdão guerreado, no que interessa, está assim fundamentado:

“Consignou-se no decisório, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que o regime fechado deverá ser observado para toda a reprimenda carcerária.

Inobstante o tópico da lei ordinária, esta Colenda Câmara, majoritariamente, vem propiciando ao tema exegese mais razoável ao superior ordenamento jurídico, tal como se contém no seguinte:

“O princípio constitucional da individualização das penas que alcança até a fase executória e a política criminal visando à reeducação e à ressocialização do encar-

cerado, sugerem o inicial regime fechado, permitindo a eventual progressão meritória, sendo ineficaz qualquer disposição genérica em contrário”(Apelação Criminal nº 139.133-3/7 entre outros julgados).

3 — Para os fins expostos, dá-se parcial provimento ao recurso.” (fls. 122).

Tais fundamentos não podem ser acolhidos, já que o Egrégio Supremo Tribunal Federal se manifestou pela constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em acórdão com a seguinte ementa:

Habeas Corpus. Lei dos Crimes Hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072.

Tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação, onde o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser *progressivo* o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Habeas corpus indeferido por maioria.” (HC nº 69.657-1/SP, Rel.: Min. Francisco Rezek, in DJU de 08.06.93, págs. 12.111/12.112).

Também, em outro acórdão, o Excelso Pretório decidiu:

“Ementa: **Habeas Corpus.**

Crime hediondo. Condenação por infração ao art. 12, § 2º, II, da Lei 6.368/76. Caracterização.

Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada.

Individualização da pena. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes desta natureza, qualquer discricionariedade ao Juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida. (HC nº 69.603-1-SP, DJU de 23.04.93, pág. 6.922).”

Conheço e dou provimento ao recurso, para restabelecer o regime fechado até o final do cumprimento da pena.

É como voto.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICHIARO: Srs. Ministros, solicito respeitosa vênua ao Sr. Ministro Relator, no sentido de não conhecer do recurso especial. Assim o faço, reeditando pronunciamentos anteriores.

Como muito bem registra o acórdão, cujo trecho foi lido no douto voto do Sr. Ministro Relator, a individualização da pena compreende três fases: cominação, aplicação e execução. Não pode, portanto, lei ordinária, como é a Lei nº 8.072, de 1990, estabelecer, de forma rígida e inflexível, que, para os crimes ali definidos e especificados, haverá de ser cumprido inteiramente o regime fechado.

Data venia, não obstante o patrimônio jurídico, que é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há equívoco de constitucionalidade. Por isso, tenho insistido em meu ponto de vista. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, atualmente, amenizou a sua conclusão. De início, fizera compreender que, no dispositivo da chamada Lei dos Crimes Hediondos, os crimes capitulados nos arts. 12, 13, 14 e 16. Em decisão recente, de mais ou menos trinta

dias, restringiu a sua jurisprudência ao art. 12, referindo-se apenas ao tráfico.

Vê-se, portanto, é jurisprudência que está, ainda, em fase de cristalização.

Essa é a razão pela qual, secundando inclusive os autores brasileiros, peço vênia para não conhecer do recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, no que pese o saber jurídico de V. Exa. e o posicionamento que entendo por demais até liberal, vou acompanhar o eminente Ministro Relator, por entender que essa matéria já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, onde decidiu:

“Habeas Corpus.

Crime hediondo. Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da Lei nº 6.368/76. Caracterização.

Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada. *Individualização da pena.* Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pe-

na. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida.” (HC nº 69.603-1/SP, in DJ de 23.04.93, pg. 6.923)

Com essas considerações, no que pese o brilhantismo do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, peço vênia para acompanhar o eminente Ministro Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, já fui Relator em um caso igual a esse do Sr. Ministro Anselmo Santiago e, pedindo vênia, bem como endossando as palavras do Sr. Ministro Pedro Acioeli, entendo, na trilha do Supremo Tribunal Federal, que esse art. 2º, § 1º, não tem nada de inconstitucional. É constitucional. A própria Constituição fala: “nos termos da lei”.

Então, para não me estender, porque esse assunto já foi debatido, acompanho o Sr. Ministro Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.160-2 — SP —
(93.0033058-6) — Relator: O Sr. Mi-
nistro Anselmo Santiago. Recte.:
Ministério Público do Estado de São
Paulo. Recdo.: Sinval Francisco
Santos (preso). Advogada: Marli
Biscaino B. Affonso.

Decisão: A Turma, por maioria,
conheceu e deu provimento ao re-
curso, vencido o Sr. Ministro Luiz
Vicente Cernicchiaro (em 24.06.94
— 6ª Turma).

Os Srs. Ministros Pedro Acioli e
Adhemar Maciel acompanharam o
Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Minis-
tro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 41.654-0 — MG

(Registro nº 93.0034330-0)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Neves*

Recorrente: *João Aguinaldo de Oliveira*

Recorrida: *Companhia de Telefones do Brasil Central*

Advogados: *Drs. Sandra Mara de Castro e outros, e Paulo Abi-Ackel e
outros*

EMENTA: Ação de indenização fundada nos arts. 159, 1538, 1539 e 1521 — III, do Cód. Civil. Valor da indenização. Forma de pagamento. Não o é de uma só vez, mas durante determinado prazo. Em tal caso, o pagamento corresponde à importância do trabalho, que presume contribuição ou renda mensal ou anual. Precedentes do STF e do STJ. Súmula 490/STF. Recurso especial conhecido e provido em parte.

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 provimen-

to parcial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Brasília, 31 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação de indenização fundada nos arts. 159, 1.538, 1.539 e 1.521, III, do Cód. Civil, intentada pelo recorrente contra a recorrida, julgada procedente. Discute-se agora sobre a forma do pagamento, pois o acórdão, ao contrário da sentença, determinou seja a pensão “paga de uma só vez”. Por ocasião do julgamento das apelações, prevaleceu este voto:

“Entretanto, em relação ao **quantum** da indenização, entendo sem que com isso se incorra no vício do julgamento **extra petita**, não ser de confirmar o que se consignou na sentença.

É que a pensão vitalícia, ao que me parece e por se tratar de ato ilícito, não deve ser paga através de pensionamento e sim, de um montante a ser satisfeito de uma só vez, inclusive porque como pensão já tem o apelado o que lhe presta a Previdência Social.

Assim, fixo a pensão a ser paga pela primeira apelante ao apelado, e a ser paga de uma só vez, no valor correspondente a 50 salários mínimos da época do evento, corrigido até a data do efetivo pagamento.

Ressalte-se, mais uma vez, que alteração da fixação do valor da indenização não implica em julgamento **extra petita**, já que

tal não foi pedido nem na inicial nem nas razões do apelo. Entretanto, como se trata de fixação de pensão, entendo possa o julgador arbitrar o seu valor e a sua forma de pagamento por critérios que entender melhores, independentemente do que argüiram as partes.”

Em conseqüência, foi julgada prejudicada a apelação do autor, à qual o voto vencido dava provimento em parte” ... dá-se provimento à segunda apelação para conceder a pensão, vitaliciamente, até a morte do segundo apelante e para se conceder a correção monetária das pensões atrasadas desde o acidente, sem alteração nos ônus da sucumbência”.

Por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, tal recurso, por maioria de votos, foi rejeitado, **verbis**:

“**Data venia**, não assite razão ao embargante, no meu modesto entendimento.

Realmente não vislumbro no v. acórdão nenhuma ofensa aos artigos citados pelo recorrente.

Como os prolores dos votos majoritários, entendo que a pensão devida tem de ser paga de uma só vez, posto que a alimentar é aquela que é paga pela Previdência Social.

Portanto, nada tenho a modificar no v. acórdão.

Em virtude disso, nega-se provimento ao recurso.”

Donde o recurso especial, com assento nas alíneas **a** e **c**: são citados os arts. 602 do Cód. de Proc. Civil e 1.539 do Cód. Civil, bem assim a Súmula 490/STF, o RE 105.151 e julgados de tribunais estaduais.

Foi o recurso admitido por este despacho do juiz Carlos Biasutti:

“Cinge-se a controvérsia à possibilidade, ou não, da pensão oriunda de ato ilícito poder ser paga de uma só vez.

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 Min. Oscar Corrêa, no julgamento do RE nº 105.151-MA, **verbis**: ‘Quando, aliás, se fala em indenização a ser paga de uma só vez, refere-se à indenização relativa às prestações vencidas, ficando as outras sujeitas a variações futuras’. E, mais adiante, explica: ‘E a prova de que o pagamento em quantia fixa não corresponde à aplicação da Súmula, antes a afronta, se tem quando se perquirirem as fontes de referência que a sustentam: os artigos 1.537, II, e 1.539 do Código Civil, e artigos 911 e 912 do Código de Processo Civil de 1939’.

E conclui que, “há de se exigir, assim, depósito vinculado, de capital que produza, mensalmente, o equivalente à pensão estabelecida’ (RTJ 114/427).

Com efeito, submete-se o recurso especial a esse primeiro controle no Tribunal onde prolatada a decisão recorrida, cabendo à Vice-Presidência sua inadmissão ‘quando lhe parecer carente de relevância a alegação de contrariedade da lei’, como pontifica o Ministro Eduardo Ribeiro, em artigo intitulado ‘O Recurso Especial — Algumas Questões de Admissibilidade’, publicado pela Editora Saraiva, em 1991, na obra ‘Recursos no Superior Tribunal de Justiça’, que teve como coordenador o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

Assim, considerando, concluiu o autor: ‘O recurso em que se alegue ter sido contrariada a lei só será de admitir-se quando apresentar fundamento relevante’ (**op. cit.**, p. 184), o que, reconhecido **in casu**, leva à admissão do recurso especial.

É o relatório

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Adstrita a questão federal aos textos mencionados pela recorrente, cumpre-me examiná-la desta forma, até porque com eles é que tem a ver o acórdão dos embargos infringentes. Digo isto à vis-

ta da falta de impugnação à sentença, relativamente à forma de pagamento. De acordo com o pedido formulado pelo autor, fixou a sentença a pensão mensal correspondente “a 2/3 do salário líquido percebido naquela empresa”, e o tópico da retribuição mensal não foi objeto da apelação da ré, **verbis**: “A primeira apelante alude, *en passant*, ao percentual da pensão imposta na condenação, sem destacá-la ou pedir a sua redução na conclusão da peça apelativa” (conforme o voto do Relator, fl. 124). Pois tenho dúvida se processualmente era lícito ao acórdão proceder tal qual, determinando que se pague de uma só vez a pensão, arbitrada então em 50 salários mínimos.

Mesmo em relação aos textos aqui mencionados, cabe razão ao autor recorrente. Dissídio há, inequivocamente, em face do estabelecido no RE 105.151, com essa ementa: “Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal. Pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil. Pretensão inaceitável de pagamento, de uma só vez, à família da vítima, que lhe teria a gestão. Alcance da Súmula. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ — 114/427, Sr. Ministro Oscar Corrêa). Creio também viável o recurso pela alínea **a**, diante do que, principalmente, reza o aludido art. 1.539: pensão supõe renda, contribuição ou abono, não de uma vez só, mas mensal, anual, a saber, durante um prazo determinado. A 4ª Turma tem precedente, que bem se ajusta

ta ao caso em discussão, com essa ementa (acho que a referência é ao art. 1.539 e não ao art. 1.537): “Ato ilícito. Responsabilidade civil. Pensão. I — A condenação ao pagamento de uma só vez da indenização resultante de responsabilidade civil por ato ilícito afronta o art. 1.537 do Código Civil. II — Súmula nº 490 do Supremo Tribunal Federal. III — Recurso especial conhecido e provido, por unanimidade” (REsp 2.571, Sr. Ministro Fontes de Alencar, DJ de 6.8.90).

Conheço do recurso especial e lhedou provimento em parte, cabendo ao Tribunal retomar o julgamento da apelação do autor (2ª apelação).

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.654-0 — MG — (93.0034330-0) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: João Aguinaldo de Oliveira. Advogados: Sandra Mara de Castro e outros. Recda.: Campanhia de Telefones do Brasil Central. Advogados: Paulo Abi-Ackel e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento parcial (em 31.05.94 — 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 41.760-0 — SP

(Registro nº 93.0034756-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Banco Mercantil de São Paulo S.A.*

Recorridos: *Antônio Ferreira Frade e outros*

Advogados: *Drs. José Augusto Martins e outros, e Mauro Del Ciello e outros*

EMENTA: *Caderneta de poupança. Correção monetária. Alteração de critério em virtude da Lei nº 8.024/90.*

— Na ação de cobrança para reaver a diferença de rendimentos, é parte legítima passiva ad causam a instituição financeira privada com a qual foi celebrado o contrato de depósito, porque lei nova não pode alterar negócio jurídico firmado sob o império de diploma legislativo anterior.

— Essa legitimidade não se transmudou para o Banco Central do Brasil por decorrência de preceitos da Lei nº 8.024/90, que não autorizam tal interpretação.

— Recurso especial conhecido, mas improvido.

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 maioria, negar provimento ao recurso, vencidos os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, e Fontes de Alencar.

Brasília, 22 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR,
Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Antônio Ferreira Frade e outros intentaram ação contra o Banco Mercantil de São Paulo S.A., objetivando receber a diferença do índice de correção dos depósitos efetuados em caderneta de poupança, creditada com base na Medida Provisória nº 168/90, que se transformou na Lei nº 8.024/90.

A E. Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao apreciar a apelação da instituição financeira, confirmou a decisão de primeira instância que rejeitara tanto a ilegitimidade de parte quanto a denunciação da lide ao Banco Central do Brasil.

Daí o presente recurso especial, à base das alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, em que se alega contrariedade aos arts. 6º e 9º da Lei nº 8.024/90, e 1.277 do Código Civil.

Admitido o recurso pela letra **c**, subiram os autos e esta corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Tenho que o v. acórdão recorrido decidiu com acerto. No pertinente à denunciação da lide porque, na hipótese do art. 70, nº III, do CPC, ela não é imperativa e, portanto, não implica perda da ação contra o causador do prejuízo, como nota **Humberto Theodoro Júnior** (Curso de Direito Processual Civil, 10ª ed., vol. I/126): “A falta de denunciação, segundo a lição de **Celso Barbi**, leva à perda do direito de regresso. Essa perda, porém, só ocorre em casos como o da garantia da evicção, conforme se esclarece no item 116, adiante. O art. 70, nº III, consoante abalizado entendimento do mesmo processualista, deve ser interpretado restritivamente, de modo a abranger unicamente o *direito regressivo*, como tal conceituado em lei, e não situações apenas assemelhadas, como a do contrato de segu-

ro. Na verdade, a responsabilidade do segurador é direta e não regressiva, pois decorre do dano e não da sucumbência do segurado, segundo **Celso Barbi**”. Esta observação aplica-se à espécie sob julgamento.

O acórdão desmerece reparos, por igual, no atinente à ilegitimidade passiva **ad causam** do Banco Central do Brasil. “Admitir-se-ia tal preliminar — está dito no julgado recorrido — se, desde logo, se reconhecesse a legitimidade da União para responder aos termos da demanda. Entretanto, como visto, nem há condição propícia para sua participação como litisconsorte, ressurgindo daí a integral legitimidade da apelante para figurar na demanda. Ademais, a questão não pode deixar de ser examinada também sob o aspecto contratual e a ele está a apelante inexoravelmente atrelada”.

Com efeito, o pagamento da correção monetária resulta de obrigação assumida pela instituição financeira privada em contrato firmado sob o regime legal precedente. Situação jurídica de formação instantânea, aperfeiçoada sob o império de lei anterior, diploma legislativo novo não poderia alcançá-la para modificar os seus termos, seja quanto ao conteúdo do negócio jurídico, seja quanto às partes que se obrigaram, visto como a tanto se opõe o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República.

Evidentemente não se trata de declarar a inconstitucionalidade do diploma legal em alusão, porquanto ele não determinou o rompimento dos laços contratuais existentes, mas de interpretá-lo em consonância com a ordem jurídica estabelecida.

É irrelevante, de outra parte, que a preceituação em atinência traduza manifestação do **jus imperii**, como sustentam alguns, porque esta, na asseveração de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, não pode interferir nas “relações que contemplam interesses privados, concernentes ao comércio jurídico estabelecido entre particulares” (“Elementos de Direito Administrativo”, RT, 1980, pág. 10).

Ato de **jus imperii**, ditado pelo interesse público, cuja licitude não se discute, nem por isso haveria de vedar ao depositante da poupança o direito de exigir do depositário os rendimentos estipulados no negócio jurídico firmado sob a égide de lei anterior. Poder-se-ia objetar com os prejuízos que poderiam advir para o banco depositário. Cabe a este, todavia, a ação de ressarcimento dirigida contra o Estado.

A propósito, ensina **Marcello Caetano** (Manual de Direito Administrativo, Coimbra Editora, 7ª ed., pág. 376):

“Se um direito tem de ser sacrificado ao interesse público, torna-se necessário que esse sacrifício não fique iniquamente suportado por uma pessoa só, mas que seja repartido pela coletividade. Como se faz tal repartição? Convertendo o direito sacrificado no seu equivalente pecuniário (justa indenização) pago pelo patrimônio público para a qual contribui a generalidade dos cidadãos mediante a satisfação dos impostos.

Assim a responsabilidade pelos prejuízos causados na esfera jurídica dos particulares em consequência do sacrifício especial de direitos determinado por atos lícitos da Administração Pública funda-se no princípio da igualdade dos cidadãos na repartição dos encargos públicos.”

No mesmo sentido, veja-se a exposição de **Seabra Fagundes** em seu “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, 3ª ed., pág. 208.

Assentadas, segundo a minha compreensão, a legitimidade passiva **ad causam** da instituição financeira particular e, via de consequência, a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a ação de cobrança da correção monetária, exigível que é do depositário com o qual foi pactuado o negócio jurídico, não vejo como albergar as alegações do recorrente.

Aliás, devo lembrar que em igual sentido decidiu esta E. Quarta Turma no REsp nº 20.266-PE, relatado pelo eminente Ministro Athos Carneiro, cuja ementa é do teor seguinte:

“1 — *Caderneta de poupança. Alteração do critério de correção monetária.*

Legitimidade **ad causam** passiva da instituição financeira: não legitimidade do BACEN.

2 — Existindo vínculo jurídico de índole contratual entre as partes,

a legitimidade não se arreda pela simples circunstância de terem sido emitidas normas por órgãos oficiais que possam afetar a relação entre os contratantes.

3 — Parte legítima passiva **ad causam** é aquela em face da qual se pede a tutela jurisdicional.”

À vista do exposto, conheço do recurso pelo fundamento da letra c, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.760-0 — SP — (93.0034756-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Antônio Torreão Braz. Recte.: Banco Mercantil de São Paulo S/A. Advogados: José Augusto Martins e outros. Recdos.: Antônio Ferreira Frade e outros. Advogados: Mauro del Ciello e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, vencidos os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro (em 22.03.94 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.098-9 — SP

(Registro nº 93.0035689-5)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Alcomira S/A*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Eugênio Doin Vieira e outro, e Maria Cecília Cândido dos Santos e outros*

EMENTA: *ICMS — Cana-de-açúcar — Álcool carburante — Quebra por evaporação — Decadência não consumada.*

O prazo decadencial, no caso, deve ser contado somente a partir “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, inciso I, do CTN).

A quebra, por evaporação, não tem qualquer influência no montante do ICMS a ser recolhido, nem no deferimento, porque seu recolhimento deve ser feito sobre a quantidade de cana que entrou na usina e não sobre o álcool com ela produzido.

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 Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

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

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Alcomira S/A opôs embargos à execução fiscal por dívida de ICM, apurada em auto de infração e imposição da multa, devido pelas entradas de cana-de-açúcar utilizada na formação de álcool carburante, correspondentes às quebras por evaporação, lançados no livro de produção diária.

Em primeira instância os embargos foram julgados improcedentes (fls. 94) e condenada a vencida em custas e honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre o valor do débito exequendo.

Apreciando o feito, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a r. sentença monocrática, ao argumento de que:

“... a evaporação do álcool constitui causa determinante da interrupção do benefício fiscal, tendo em vista que tal ocorrência impossibilita nos termos do artigo 272, II, do RICM, o lançamento do imposto no momento expressamente indicado, qual seja a saída do álcool.

Com efeito, sobre a cana consumida no processo de fabricação do álcool, objeto da evaporação, incidiu o ICM, logo o tributo deve ser pago.

O Fisco aceitou receber o imposto incidente sobre a cana-de-açúcar, em momento posterior ao da ocorrência do fato gerador. Todavia, esse fato não implica em dizer que o pagamento fica dispensado, quando desaparecer o produto resultante da industrialização.” (fls. 179)

Inconformada, a embargante interpôs o presente recurso especial, com apoio na alínea a do permissivo constitucional, apontando como violados os artigos 1º do Decreto-lei nº 406/68, e 150, parágrafo 4º, do CTN.

Sustenta que a decadência, no lançamento por homologação, tem a contagem do quinquênio iniciada no momento da ocorrência do critério material do tributo, ou seja, o fato gerador.

Entende não haver possibilidade de se equiparar a evaporação do álcool à saída do produto, nem se falar em interrupção do diferimento do imposto pela evaporação.

Prossegue aduzindo que a interrupção do diferimento só ocorrerá com a efetiva “operação jurídica de circulação da mercadoria” (fls. 187/195).

Oferecidas contra-razões (fls. 205/209), foi o recurso admitido (fls. 211/212), subindo os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Aponta a recorrente como violados vários dispositivos legais, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

O recurso é admissível mas, a meu ver, não merece provimento.

Não se consumou a decadência.

No caso, o prazo de cinco anos deve ser contado somente a partir “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (artigo 173, inciso I, do CTN). Ora como bem acentou a Fazenda do Estado de São Paulo, em sua resposta (fls. 51/56):

“... o lançamento do imposto relativo ao ano de 1983, somente poderia ser efetuado em 1984 e

tendo ocorrido o lançamento em julho/1988, evidentemente não haviam transcorridos cinco (5) anos, sendo pacífica, inclusive, a orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, neste sentido (RTJ 106/888, 110/740, etc.).

Nem se alegue, tampouco, que o prazo tenha início com a ocorrência do fato gerador, posto não se tratar, no caso, de autolancamento, além de que, sequer a própria embargante poderia efetuar o lançamento na forma prevista pelo art. 150 do CTN, seja porque a safra de cana-de-açúcar não coincide com o ano fiscal, seja porque somente após seu término seria possível a escrituração do montante de álcool produzido e evaporado.” (fls. 53/54)

Afasto a preliminar de decadência.

Quanto ao mérito, resume-se a questão em se saber se incide ou não o ICMS sobre a parte de cana-de-açúcar em caule, adquirida pela embargante, correspondente à quebra por evaporação.

No caso, o fato gerador do ICMS não é a saída do álcool, e sim a saída de cana-de-açúcar da propriedade onde ela é produzida e entrada na usina (Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º, itens I e II). Como o ônus de recolher referido imposto é transferido ao usineiro, deveria este recolhê-lo aos cofres públicos por ocasião da entrada da cana-de-açúcar em seu estabelecimento, todavia, pelo fenô-

meno do diferimento, o usineiro só o recolhe na saída do açúcar ou do álcool por ele produzidos. É irrelevante, na hipótese, tenha ocorrido a quebra por evaporação, na fabricação do álcool, porque o ICMS é devido sobre a cana adquirida pela recorrente e não pelo álcool por ela produzido com referida matéria-prima. O usineiro, que já não paga o referido imposto na entrada da cana-de-açúcar em seu estabelecimento e que é beneficiado pelo diferimento e transfere para o adquirente do açúcar e do álcool o ICMS, embutindo-o no preço de seus produtos, ainda pretende lhe seja reconhecido o direito de não pagar referido imposto sobre a parte da cana correspondente a quebra por evaporação. Evidentemente, não lhe assiste nenhuma razão, porque, como vimos, ele está obrigado a pagar o ICMS sobre a cana por ele adquirida do produtor e não sobre o álcool com ela fabricado. É claro que a quebra por evaporação não exime o usineiro de recolher o ICMS sobre a cana a ela correspondente. Incide ele sobre o valor da operação de que decorreu a saída da cana-de-açúcar (art. 2º, I, do Decreto-Lei 406/68) e não do álcool. Tendo ocorrido a quebra por evaporação, o ICMS incidente sobre a cana a ela correspondente deve ser pago pelo contribuinte, porque diferimento não é isenção e sim recolhimento posterior. O importante não é a quantidade de álcool produzido, e se houve ou

não quebra por evaporação e sim quantas toneladas de cana em caule foram adquiridas e entraram na usina. A quebra, por evaporação, não tem qualquer influência no montante do ICMS a ser recolhido, nem no diferimento, porque seu recolhimento deve ser feito sobre a quantidade de cana que entrou na usina e não sobre o álcool com ela produzido e na oportunidade da saída do álcool do estabelecimento produtor.

Não merece qualquer censura o venerando aresto recorrido.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.098-9 — SP — (93.0035689-5) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Alcomira S/A. Advogados: Eugênio Doin Vieira e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Maria Cecília Cândido dos Santos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 07.03.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.424-0 — SP

(Registro nº 94.0000618-7)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Crayola Industrial Ltda.*

Recorrido: *Binney e Smith Inc.*

Advogados: *Drs. Jaques Bushatsky e outros, e Elisabeth Kasznar Fekete e outros, e Luiz Leonardos (sustentação oral)*

EMENTA: *Processo Civil. Caução. Propriedade industrial. Marca. Colidência com nome comercial. Possibilidade de confusão.*

A caução de que trata o art. 835 do CPC pode ser prestada em caráter incidental. Trata-se de um obstáculo processual que só acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito quando não removido no prazo assinado pelo juiz.

Não há negar que marca e nome comercial são coisas distintas, mas, dada a relação existente entre elas no universo mercantil, perfeitamente viável, em nosso ordenamento jurídico, a pretensão de abstenção de uso da expressão designativa da marca em nome comercial, gozando aquela de proteção não só em razão da Convenção da União de Paris como pela anterioridade do registro no INPI. Cumpre verificar se há possibilidade de confusão.

Prescrição regulada pelo art. 177 do Código Civil.

Afirmada pelo acórdão, com base em circunstâncias apanháveis no domínio dos fatos, a possibilidade de confusão, não há divisar negativa de vigência ao art. 59 da Lei nº 5.772/71 senão mediante o reexame de prova, tarefa incomportável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 07/STJ.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Participaram do

julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE:
Colho o relatório lançado pelo ilustre Desembargador Yussef Cahali, ao ensejo do julgamento da apelação:

“Binney & Smith Inc., sociedade norte-americana, ajuizou a presente ação contra Crayola Industrial Ltda., visando compelir a ré a que se abstenha de utilizar como parte característica de sua denominação social ‘Crayola’, que é de propriedade da autora, devendo ser condenada a alterar seu nome comercial, sob pena de multa diária, respondendo ainda por perdas e danos.

A r. sentença de fls. 220, cujo relatório adoto, em julgamento antecipado, julgou procedente, em parte, a ação, para determinar que a ré se abstenha do uso do nome comercial ‘Crayola’, providenciando sua alteração no prazo de 90 dias contados da data do trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa diária de cinquenta mil cruzados; e improcedente o pedido indenizatório; respondendo a ré por 2/3 das custas, e a autora pelo restante; pagando a vencida honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.

Apelou a vencida a fls. 233, insistindo, em preliminar, no agravo retido de 27 de maio de 1988; e pretendendo a reforma do julgado no sentido da improcedência da ação, com alegação incidente de prescrição.

Recurso processado, subiram os autos.

Na instância recursal, as partes ofereceram documentos, facultada a manifestação recíproca.

Pelo v. acórdão de fls. 337, converteu-se o julgamento em diligência para que se aguardasse, por noventa dias, o julgamento do recurso interposto contra a r. sentença do Juízo da 19ª Vara da Fazenda Federal do Rio de Janeiro, envolvendo as mesmas partes.

Juntado o v. acórdão de fls. 380, as partes se manifestaram.”

Decidindo, a E. Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negou provimento ao agravo retido e à apelação, motivando a interposição deste recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, cujas razões sustentam contrariedade aos arts. 267, IV, e 835, do CPC, relativamente à questão objeto do agravo retido envolvendo a prestação de caução, negativa de vigência aos arts. 267, IV e VI, 269, IV, e 295, III, do CPC, porquanto juridicamente impossível o pedido e patenteada a falta de interesse processual da autora, ao art. 178, § 9º, V, alínea b, do Código Civil, eis que se operou a prescrição nos termos deste dispositivo, e ao art. 59 da Lei 5.772/71, no respeitante à questão de fundo, além de dissídio jurisprudencial a propósito de todos os temas focalizados. Insurge-se, ainda, a recorrente quan-

to aos honorários advocatícios, apontando negativa de vigência aos arts. 20 e 21 do CPC.

Processado e admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Pela alínea c, o recurso não reúne condições de admissibilidade, eis que transcritas apenas as ementas dos acórdãos tidos como divergentes, não se atentando para as exigências regimentais concernentes à demonstração do dissídio.

No tocante à alínea a, funda-se o recurso, por primeiro, em que houve contrariedade aos arts. 267, IV, e 835, do Código de Processo Civil, no julgamento do agravo retido.

Quanto ao ponto, inclinou-se o v. acórdão recorrido pela orientação menos rigorosa no trato do tema, admitindo a prestação da caução em caráter incidental. Tal orientação, em verdade, melhor se afeiçoa aos princípios que informam o nosso processo civil, avultando o atinente à instrumentalidade.

Com efeito, trata-se de um obstáculo processual que só acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito quando não removido no prazo assinado pelo juiz, como se colhe do preciso magistério de **Carlos Alberto Álvaro Oliveira e Ga-**

leno Lacerda (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, Tbm II, Forense, 2ª ed., pág. 136).

Na espécie vertente, verifica-se que, determinada a prestação de caução, a autora incontinenti atendeu à determinação judicial, removendo o obstáculo ao desenvolvimento válido do processo, não calhando, assim, a alegação de contrariedade aos dispositivos do CPC mencionados.

De outra parte, não assume relevo a circunstância de a autora não ter impugnado o registro da ré na Junta Comercial. Isso não torna o pedido juridicamente impossível, como sustentado.

Não há negar que marca e nome comercial são coisas distintas, mas, dada a relação existente entre elas no universo mercantil, perfeitamente viável, em nosso ordenamento jurídico, a tutela pretendida, sendo certo que a marca da autora goza de proteção, não só em razão da Convenção da União de Paris como pela anterioridade do registro no INPI.

Deveras, se entre marcas prevalece o princípio da especificidade, em interpretação sistemática, razão não há para não adotá-lo quando em conflito marca e nome comercial, como acentuou o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, no percuente voto que proferiu no REsp nº 9.142-SP. Cumpre verificar se há possibilidade de confusão, mas essa

questão tem a ver com o mérito propriamente dito.

No respeitante à alegada falta de interesse processual, não se faz mister avançar mais do que a sentença, prestigiada pelo acórdão recorrido, que rechaçou pontualmente a preliminar, neste termos:

“A seu turno, o mero fato de divergirem os objetos sociais das empresas autora e ré não implica, só por si, na falta de interesse de agir da primeira. A questão, em verdade, deveria ter sido assestada como de mérito, porquanto inequivocadamente diz com a própria pretensão deduzida pela autora, não constituindo, portanto, questão formal.”

Pretende-se, ainda, que o acórdão haja negado vigência ao art. 178, § 9º, V, alínea b, do Código Civil. Sem razão. Tratando-se de marca, não mais subsistem dúvidas, o direito é de propriedade, como ressaltou o eminente Ministro Eduardo Ribeiro no voto-vista que proferiu no REsp nº 43.305-4-SP, regulando-se a prescrição, pois, pelo disposto no art. 177 do Código Civil.

No tocante à questão envolvendo a alegação de negativa de vigência ao art. 59 da Lei nº 5.772/71, incide o veto da Súmula nº 07, deste Tri-

bunal, por demandar reexame da prova. Com efeito, ao concluir que o uso da expressão designativa da marca da autora no nome comercial da ré possibilita confusão, o v. acórdão recorrido teve em conta circunstâncias apanháveis no domínio dos fatos.

Por fim, insurge-se a recorrente quanto aos honorários advocatícios. Do tema, porém, não cuidou o acórdão, patenteando-se, assim, a falta de questionamento.

Do quanto exposto, Senhor Presidente, não conheço do recurso. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.424-0 — SP — (94.0000618-7) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Crayola Industrial Ltda. Advogados: Jaques Bushatsky e outros. Recdo.: Binney e Smith Inc. Advogados: Elisabeth Kasznar Fekete e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Luiz Leonardos, pela recorrida.

Decisão: A Turma por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 08.11.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WALDEMAR ZVEITER.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.719-3 — RS

(Registro nº 94.0001073-7)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorridos: *Olímpio de Almeida Rocha e outros*

Advogados: *Silma Renilda Duarte de Souza e outros, e Paulo Roberto Cabral de Oliveira e outro*

EMENTA: *Empréstimo compulsório (Decreto-Lei nº 2.288/86) sobre lubrificantes. Inconstitucionalidade declarada nas instâncias ordinárias e inapreciável na órbita do recurso especial. Restituição do indébito. Decadência das parcelas recebidas há mais de cinco anos. Recurso especial parcialmente provido. Verba de sucumbência proporcionalmente suportada pelas partes.*

O direito à restituição do tributo se extingue em cinco (5) anos, contados do indevido pagamento, ou, segundo definição legal, da extinção do crédito tributário (C.T.N., artigo 168, I).

As quantias exigidas pelo Estado, no exercício de sua função impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado na convicção de solver um débito fiscal, têm a fisionomia própria do tributo, enfeixando-se na definição do artigo 3º do Código Tributário Nacional. O pagamento do imposto, ainda que ilegal sua exigência, extingue o crédito tributário.

Assim, restaram alcançadas pelo prazo decadencial todas as parcelas recolhidas no quinquênio anterior à propositura da ação de repetição.

Ao criar o empréstimo compulsório, a lei estabeleceu, desde logo, que o valor do respectivo resgate seria igual ao consumo (de gasolina e álcool) médio do veículo. É justo, pois, que esse critério seja adotado no caso de devolução forçada (repetição).

Recurso parcialmente provido. Decisão indiscrepante.

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 parcial 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 e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 15 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de recurso especial manejado pela União Federal contra acórdão que determinou a restituição do empréstimo compulsório incidente sobre combustíveis (gasolina e álcool), instituído pelo Decreto-lei nº 2.288/86, em seu artigo 10, parágrafo único, por entendê-lo inconstitucional.

Contra esta decisão, a Fazenda Nacional interpôs REsp, com arrimo nas alíneas **a** e **c**, do admissivo constitucional, à consideração de que, o venerando acórdão teria violado o artigo 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86; artigos 165, I, e 168, CTN, além de ter negado vigência à Súmula nº 46 do extinto TFR e divergido de julgados de outros Tribunais, eis que:

a) considerou indevido o empréstimo compulsório, que é constitucional;

b) desconsiderou o fato concreto da aquisição do combustível e sua prova;

c) determinou a devolução do empréstimo já alcançado pela decadência;

d) condenou a recorrente a repetir o débito, acrescido dos rendimentos da caderneta de poupança.

Admitido na origem, subiram os autos a esta instância.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Senhores Ministros:

A hipótese configura um Recurso Especial manifestado pela Fazenda Nacional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, ao declarar a inconstitucionalidade (**incidenter tantum**) do artigo 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86, determinou a devolução do “empréstimo compulsório” incidente sobre gasolina e álcool, pelo critério da “média” de consumo, com os acréscimos dos rendimentos da caderneta de poupança e juros moratórios.

In casu, arrimando-se nos permissivos constitucionais das letras **a** e **c**, a Fazenda recorrente indica ofensa pelo “decisório”, ao artigo 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86, 165, I, e 168, ambos do CTN; negativa de vigência à Súmula nº 46 do TFR, além de dissenso pretoriano, eis que:

a) considerou indevido o empréstimo compulsório incidente sobre combustíveis (gasolina e álcool), determinando a sua repetição;

b) estabeleceu que a devolução se fizesse pela média do consumo e não mediante comprovação do valor correspondente à aquisição dos combustíveis;

c) acolheu a repetição já ultrapassado o prazo decadencial;

d) determinou a repetição do indébito acrescido de rendimentos da poupança.

Antes da apreciação das questões submetidas ao desate, é necessária uma observação, que, embora envolva tema de natureza constitucional, é indispensável na conclusão do julgamento, sem qualquer afronta aos pressupostos de admissibilidade do especial.

Para esse fim, transcrevamos, desde logo, o inteiro teor do artigo 10 e seu parágrafo único do Decreto-Lei nº 2.288/86:

“Art. 10. É instituído, como medida complementar ao Programa de Estabilização Econômica, estabelecido pelo Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, empréstimo para absorção temporária do excesso de poder aquisitivo.

Parágrafo único — O empréstimo compulsório será exigido dos consumidores de gasolina ou álcool para veículos automotores, bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários”.

Ocorre que, tanto a “decisão oburgada”, como os precedentes dos Tribunais Regionais Federais e des-

ta Egrégia Turma, têm partido do pressuposto de que o S.T.F. tenha declarado a inconstitucionalidade (**incidenter tantum**) de todo o parágrafo único do artigo 10, citado, alcançando, também, o empréstimo compulsório incidente sobre combustíveis (gasolina e álcool), quando o aresto da Suprema Corte, reafirmando subsequente por outros, entendeu conflitar com a Constituição somente a parte do “empréstimo exigido aos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários”. Vale dizer, que aquela exação (empréstimo) instituída no discutido artigo 10, sobre combustíveis (gasolina e álcool), permanece em pleno vigor, porque não declarada, ainda, a sua ineficácia, pela inconstitucionalidade. Transcrevo, para memento, o dispositivo do acórdão do S.T.F., proferido no RE nº 121.336-CE, mencionado em todos os precedentes desta Corte e dos Tribunais Regionais:

“Declaro, pois, incidentalmente a inconstitucionalidade das normas do D.L. 2.288, de 23-7-86, que dizem respeito exclusivamente ao empréstimo compulsório na aquisição de veículos, que está em causa (no parágrafo único do artigo 10, a frase “bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários” e o artigo 11, II, III, IV, e artigos 13 e §§ 15, 16, § 2º) não obstante a sua revogação pelo D.L. nº 2.340, de 26-8-87, que fez cessar, a partir do dia seguinte ao de sua publicação, a exigência do empréstimo compul-

sório sobre a aquisição de automóveis de passeio e utilitários”.

A decisão acima transcrita foi ratificada no julgamento do RE nº 136.883-RJ, em 3-9-91, encimado da “sinopse” seguinte:

“Empréstimo compulsório (D.L. 2.288/86, artigo 10). Incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade não apenas da sua cobrança no ano da lei que a criou, mas, também, da sua própria instituição, já declarada pelo S.T.F. (RE 121.336 — Pleno 11-10-90 — Pertence). Direito do contribuinte à repetição do indébito independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido” (RTJ, volume 139, págs. 635 e 639).

Tanto é certo que o empréstimo compulsório, na parte que se lhe impôs sobre “combustíveis” (gasolina e álcool), não foi declarado inconstitucional, que o nobre Ministro Marco Aurélio, em despacho recentíssimo, proferido no RE nº 171.025-0/PR, e publicado no D.J.U. de nº 35, de 22 de fevereiro de 1994, pág. 2.212, assim se manifestou:

“A controvérsia dirimida pelo Tribunal de origem diz respeito ao artigo 10, primeira parte, do Decreto-Lei nº 2.288/86, que instituiu a cobrança do empréstimo

compulsório sobre a aquisição de gasolina e álcool (fls. 42 a 46). Inexiste precedente desta Corte sobre a matéria, já que o do Plenário, lançado mediante o julgamento do RE nº 121.336-CE, em que funcionou como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence — cujo acórdão foi publicado na R.T.J. nº 139/625, ficou restrito à expressão “bem como dos adquirentes de automóveis de passeio e utilitários” inserta naquele artigo e aos artigos 11, incisos II, III e IV, 13 e parágrafos, 15 e 16, § 2º. A Procuradoria Geral da República” (27/12/93).

Ante tudo o que se transcreveu, acima, e das considerações expendidas, a conclusão inarredável é a de que, o artigo 10 do Decreto-Lei 2.288/86, na parte em que instituiu o empréstimo compulsório sobre os lubrificantes (gasolina e álcool), está em pleno vigor, desde que sua inconstitucionalidade não foi declarada pela Suprema Corte. E, como esta Egrégia Turma, em sede de Recurso Especial, não pode dirimir a questão constitucional, sem negar a competência do Pretório Excelso, outra alternativa não lhe resta, senão aplicar o indigitado artigo 10 (Decreto-Lei nº 2.288), tal qual a sua dicção.

De fato, o acórdão hostilizado, ao determinar a repetição do indébito (devolução das quantias pagas a título de empréstimo compulsório), estribou-se em que, o artigo 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86 é inconsti-

tucional. Esse foi o pressuposto basilar para a procedência da ação. Afastada essa questão (da inconstitucionalidade), inexamínável no âmbito do recurso especial, eis que, simultaneamente, foi interposto Recurso Extraordinário, já admitido, resta a esta Egrégia Corte manifestar-se, tão-só, sobre a matéria infraconstitucional — afronta aos artigos 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86, e artigos 165, I, e 168, do CTN — na parte em que o acórdão malsinado:

a) determinou a devolução do empréstimo pela média do consumo e não mediante a comprovação do valor correspondente à aquisição dos combustíveis;

b) acolheu a repetição de parcelas já atingidas pelo prazo decadencial;

c) a correção dos valores com base no rendimento das cadernetas de poupança.

Essas são questões de natureza estritamente legal que ficariam indenidas de reexame no Extraordinário, a ser julgado pela Suprema Corte.

Enfrentemos, desde logo, a questão da decadência. Dispõe o artigo 168 do CTN:

“Artigo 168 — O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco (5) anos, contados:

I — Nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.”

No caso vertente, o pedido de restituição se embasa (afastada a questão da inconstitucionalidade) no inciso I do artigo 165 do CTN, porque se alega que o pagamento foi “indevido”. De conseguinte, na dicção do artigo 168 citado, o prazo decadencial de cinco (5) anos deve ser contado da data da “extinção” do “crédito tributário”. E o artigo 156 define as hipóteses de extinção do crédito tributário, ao estabelecer:

“Artigo 156 — Extinguem o crédito tributário:

I — o pagamento”.

Daí se vê que o prazo de cinco anos — para a configuração da “caducidade” começou a fluir da data do “indevido pagamento”.

Não importa, no entanto, que o pagamento do tributo tenha sido “indevido” — em face da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 2.288 — como pretende o recorrido. É o magistério de **Paulo de Barros Carvalho**:

“A importância recolhida a título de tributo pode ser indevida, tanto por exceder ao montante da dívida real quanto por inexistir dever jurídico de índole tributária. Surge, então, a controvertida figura do tributo indevido, que muitos entendem não ser verdadeiramente tributo indevido, correspondendo antes a mera prestação de fato. Não pensamos assim. As quantias exigidas pelo Estado, no exercício de sua fun-

ção impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado, na convicção de solver um débito fiscal, têm a fisionomia própria das entidades tributárias, encaixando-se bem na definição do artigo 3º do Código Tributário Nacional. A consequência de virem a ser devolvidas pelo Poder Público não as caracteriza como “tributo” e para isso é que existem os sucessivos controles da legalidade que a Administração exerce e dos quais também participa o sujeito passivo, tomando a iniciativa ao supor descabido o que lhe foi cobrado, ou postulando a devolução daquilo que paga indebitamente” (Curso de Direito Tributário, págs. 303/304).

Como se observa, ainda que o tributo tenha sido exigido ilegalmente, o seu “pagamento extinguiu” o crédito tributário e, segundo o CTN, é a partir dele (pagamento indevido) que se conta o prazo de “decadência”. Tendo sido a ação promovida em 29 de janeiro de 1992 (fl. 02), são inexigíveis, desde que alcançadas pelo “quinqüênio decadencial”, todas as parcelas pagas anteriormente a 29 de janeiro de 1987. Ocorre que, todas as prestações do empréstimo foram recolhidas no período compreendido entre 24 de julho de 1986 (promulgação do Decreto-Lei nº 2.288/86) a 26 de junho de 1987 (data da revogação do Decreto-Lei nº 2.288 pelo Decreto de nº 2.340/87). Portanto, as quantias pagas “posteriormente” a 27 de março de 1987 (e não atingidas pela decadência) são somente as referentes

às parcelas recolhidas entre “29 de janeiro” e “25 de junho de 1987”. As importâncias pagas, a título de empréstimo compulsório, nesse curto período, é que estão sujeitas à restituição.

Cuida-se, no caso, de “caducidade”, em que descabe a interrupção. O artigo 168, incisos I e II, do CTN, define o termo **a quo** do “quinqüênio”. E no caso de pagamento espontâneo de tributo — ainda que “indevido” — o termo inicial da “decadência” é a data da extinção do crédito tributário. As diversas formas de “extinção do crédito” fiscal vêm enumeradas no artigo 156 do CTN, figurando, dentre eles, o “pagamento” (artigo 156, I). Vale dizer: o direito de o contribuinte postular a “restituição” nasceu com o pagamento do tributo (ainda que indevidamente). Efetuado o pagamento de uma das parcelas do imposto, legitima-se, desde logo, o contribuinte, para pleitear a sua devolução. É o princípio da **actio nata** — a partir da qual tem início o marco temporal para se pedir a restituição.

Ao “decisório **a quo**” não competia instituir outro marco temporal, para servir como início de fluência do prazo decadencial. É que, em tal hipótese, a Legislação Tributária estabeleceu regras expressas e de observância obrigatória e que diferem do direito comum. O artigo 168 do CTN definiu, com precisão e clareza, não só o prazo extintivo do direito de pleitear a “restituição”, como o “início de sua fluência”. O acórdão não poderia identificar outra data,

para o início de contagem da dilação decadencial, ainda que tomando, por analogia, outra prevista no próprio Decreto-Lei nº 2.288/86. O CTN é lei complementar, impossível de ser alterada por lei ordinária. **Ruy Barbosa Nogueira**, ao comentar o artigo 110 do CTN, averbou: “O dispositivo deixa entendido que a lei tributária, reservando a reserva constitucional e obedecendo às atribuições constitucionais, pode em certos casos modificar e adotar, para fins tributários, institutos, conceitos e formas de direito privado. Nesse caso passarão assim modificados para o Direito Tributário” (Curso de Direito Tributário, pág. 95).

A lei ordinária não pode alterar os institutos que, embora existentes no direito comum, estão definidos de forma diferente pela legislação tributária. O instituto da decadência, “no caso da restituição”, está definido no artigo 168 do CTN, sendo defeso à lei ordinária, ou ao juiz, identificar outro prazo ou outro marco temporal para o início da decadência, que não os, ali, especificados.

Em acréscimo ao que acima se afirmou, transcrevo as seguintes ponderações de **Antônio Souza Prudente**:

“No que tange à prejudicial de prescrição, freqüentemente argüida pela União Federal, em suas contestações judiciais, há de observar-se, na espécie, a norma do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de

06/01/32, que assim estabelece: “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram”.

Nessa inteligência, tem decidido o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de sua colenda Quarta Turma, nestas letras: “*Tributário. Empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo ou combustível. Decreto-Lei nº 2.288/86. Prescrição. O termo inicial da prescrição é a data do recolhimento indevido. Apelação desprovida*”. (AC nº 92.01.18377-1/DF. TRF/1ª Região. 4ª Turma. Unânime. DJU de 10.12.92).

Em se tratando de empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustível, o fenômeno da prescrição se orienta pelo enunciado da Súmula nº 163/TFR, **in verbis**: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrevem as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

De ver-se, ainda, que, **de lege lata**, o direito de pleitear a restituição do indébito se extingue com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento (CTN, artigo 168, incisos I e II). Cuida-se,

aqui, de prazo de 'decadência', que não sofre suspensão ou interrupção, atingindo o direito material do contribuinte, irremediavelmente. A decadência deve ser reconhecida e declarada, 'de ofício', pelo Juiz." (in *Empréstimo Compulsório Sobre o Consumo de Combustíveis*, Coletânea Jurídica do TRF da 1ª Região, 1994, págs. 173/174).

No dizente à devolução com base na média de consumo, o **decisum** se estribou em preceito do Decreto-Lei nº 2.288/86, que, ao criar o empréstimo compulsório, estabeleceu, desde logo, que o valor do respectivo resgate, em relação ao consumo de gasolina e álcool, seria igual ao consumo médio do veículo, segundo cálculo a ser divulgado pela Secretaria da Receita (artigo 16, § 1º). E esta já expediu instruções a respeito. A solução, pois, foi a prevista na própria lei, em havendo devolução espontânea, pela Administração. É justo, pois, que esse critério seja aplicado no caso de devolução forçada (repetição). O decisório **a quo**, nesta parte, inadmite reparo.

De igual modo, a devolução das quantias mediante a correção, tendo como base o rendimento da caderneta de poupança, tem apoio no próprio diploma instituidor do empréstimo compulsório (artigo 16, § 1º, última parte). É, realmente, esse dispositivo que deve servir de parâmetro para a atualização dos valores a serem devolvidos, já que a correção, num país de economia inflacionária, constitui inarredável princípio de Justiça. Se a própria lei previu es-

se critério para a restituição espontânea, não vejo como desconfigurá-lo na hipótese de repetição por determinação judicial.

Anoto, por oportuno, não caber recurso especial, no domínio da letra **a**, sob alegação de negativa de vigência à Súmula 46 do TFR, pois que súmula não é dispositivo legal.

Com estas considerações, conheço do recurso pelas letras **a** e **c** e dou-lhe parcial provimento:

a) para excluir da condenação as parcelas (ou valores) alcançadas pela "decadência";

b) para determinar que a verba de sucumbência seja reciprocamente suportada pelas partes, na proporção de 30% pela recorrente e de 70% pelos recorridos.

No mais, ratifico o v. acórdão recorrido.

Em prevalecendo esta decisão, não haverá conflito com o subsequente julgamento do extraordinário. É que, se o STF confirmar a declaração de inconstitucionalidade da primeira parte do parágrafo único do artigo 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86, o "acórdão **a quo**" prevalecerá com as alterações, aqui, consignadas; se a Suprema Corte der provimento ao apelo extremo (tendo por constitucional o artigo 10), julgará improcedente a ação, em seu todo.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 42.719-3 — RS —
(94.0001073-7) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Demócrito Reinaldo. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Silma Renilda Duarte de Souza e outros. Recdos.: Olímpio de Almeida Rocha e outros. Advogados: Paulo Roberto Cabral de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso (em 15.06.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.540-4 — RJ
(Registro nº 94.0002789-2)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Banco Bradesco S/A*

Recorridos: *Milton Costa de Souza e outro*

Advogados: *Fernando Augusto de Faria Corbo e outros, e Luzio Pinheiro de Miranda e outro*

EMENTA: *Processual Civil — Apelação — Preparo — Recolhimento no prazo — Deserção.*

I — Não caracterizada a deserção se ou quando o recorrente comprova o recolhimento das custas devidas, no prazo estabelecido (art. 519, 1ª parte); ainda que efetuada a juntada da guia aos autos fora dele. A inteligência lógica do art. 519 do CPC não vislumbra nele a inequívoca exigência de que deva ela ser feita, necessariamente, naquele mesmo prazo. Precedentes do STJ.

II — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade,

conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Costa Leite.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Banco Bradesco S/A contra ato do Dr. Juiz de Direito da Trigésima Terceira Vara Cível do Rio de Janeiro-RJ que, nos autos da Ação de Cobrança que lhe movem Milton Costa de Souza e outro, declarou deserta apelação por ele aforada.

Respondido o Agravo (fls. 43/48) e mantida a decisão agravada (fls. 55), julgando o feito, a Sétima Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, à unanimidade, negou-lhe provimento, consignando (fls. 62):

“Recolhimento atempado em local que não o determinado no despacho. Apresentação do comprovante ao largo do prazo do art. 519 do CPC. Deserção positiva.”

Inconformado, interpôs o agravante Recurso Especial, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição, alegando que o Acórdão teria negado a vigência do art. 519 do CPC, bem como, dado-lhe interpretação divergente da que lhe deram os Colendos Tribunais de Justiça de São Paulo (RT 690/74) e Superior Tribu-

nal de Justiça — REsp nº 4.864-0-SP — LEX, Jurisprudência do STJ, vol. 26, págs. 154/157 (fls. 65/68).

Oferecidas contra-razões (fls. 70/78), o nobre Presidente daquela Corte o admitiu por ambas as alíneas, determinando a remessa dos autos a esta Superior Instância (fls. 80/92).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Recurso Especial fundado no art. 105, inciso III, letras a e c, da Carta Magna. E, assim, o examino.

É ler o que dispôs o Acórdão (fls. 62):

“Insatisfeito com a declaração de deserção do seu apelo, o Banco interpôs o presente recurso ao fundamento de que o preparo não fora protocolado em cartório nos dez dias do prazo.

Depois da resposta, o MM. Juiz não se retratou.

O despacho às fls. 18 determinou o preparo em cartório, no prazo de dez dias, qual seja pagar e entregar o comprovante no decêndio.

Não fez uma coisa, nem outra. Não pagou em cartório e apresentou o comprovante tardiamente sem aceitável justificativa.

Atesta-se a tempestividade dos atos da parte através da sua ane-

zação aos autos do processo. As exceções devem estar explicitadas na lei como, por exemplo, o prazo para embargar a execução que se inicia do dia da intimação da penhora e não da juntada do mandado respectivo (art. 738, I).

Não é bastante pagar no prazo. Para os fins legais, comprova-se a tempestividade pela data do comprovante em juízo. O recorrente que procede desta maneira, necessariamente preparou nos dez dias.”

Insurge-se o recorrente, alegando violação ao art. 519 do CPC, aduzindo que “... uma vez recolhido aos cofres públicos o valor do preparo, no prazo legal, independentemente de sua comprovação nos autos, no mesmo lapso, não há como negar tenha sido cumprido o dispositivo legal invocado” (fls. 66).

Razão lhe assiste.

Revelam os autos, o recorrente, indubitavelmente, comprovou o recolhimento das custas devidas, no prazo estabelecido (art. 519, 1ª parte), mas, apenas, não requereu a juntada dos comprovantes aos autos. Vê-se, pois, que, efetivamente, no caso não houve deserção. A inteligência lógica do art. 519 do diploma processual civil, não vislumbra nele a inequívoca exigência de que, no prazo de dez dias, deva ser feito, necessariamente, a juntada do comprovante do recolhimento do preparo do recurso aos autos.

A propósito, assevera **Pontes** que:

“Só há deserção por falta de pagamento da conta ou culpa do apelante quanto ao excesso dos cinco dias.

A deserção supõe ter havido negligência do apelante (**Manuel Gonçalves da Silva**, *Commentaria III*, 66), de modo que paga a conta, dentro do prazo, nenhuma culpa lhe pode caber, salvo se ocorreu, da sua parte, obstáculo à remessa.” (Comentários ao CPC, Forense, T. VII, 1975, págs. 233/234).

Diz o art. 519 que dentro do prazo de dez dias, contados da intimação da conta, o apelante efetuará o preparo, sob pena de deserção. Vencido o prazo e não ocorrendo deserção, os autos serão conclusos ao Juiz. Como se vê, repita-se, não faz qualquer menção à juntada do comprovante do recolhimento.

Tal como anotara o eminente Ministro Nilson Naves no REsp nº 4.864-0-SP, trazido à colação:

“O prazo de dez (10) dias, aí assinalado, é o da efetuação do preparo. Tanto que, consoante inúmeras vezes, considera-se deserto, dele, em consequência, não se conhecendo, o recurso não preparado no prazo de lei. Não preparado, repito. Ora, na espécie concreta, o Tribunal **a quo**, em dois momentos, o segundo dos quais quando dos embargos de declaração, reconheceu que o recurso tivera preparo em tempo oportuno. Se o teve, a ponto do

juiz determinar a subida dos autos, não me parece correto, no caso, que a apelante sofra a pena de deserção, pelo fato da juntada tardia da guia aos autos.” (LEX — JSTJ e TRF 16/156).

Essa foi a orientação adotada, em caso símile, no precedente da Turma quando do julgamento do REsp nº 10.252-0-MT, de minha relatoria, cujo Acórdão restou, assim, ementado:

“Processual Civil — Apelação — Deserção.

I — Incensurável a decisão que afasta deserção quando apurado que tempestivamente o preparo foi efetivado, eis que a doutrina ensina que, **in casu**, pode satisfazê-lo também pessoa interessada, inclusive o apelado, ou assistente, ou não interessado no pleito (escrivão, escrevente, estranho ao foro e ao feito). A remessa supõe pagamento; se o escrivão o cotou depois do prazo, entende-se que foi feito antes e só agora o cotou.

II — Recurso não conhecido.” (DJ de 08.08.91).

Nesse mesmo sentido confira-se os Acórdãos proferidos nos REsp’s nºs 5.750-0-RJ, DJ de 18.02.91; 2.406-0-RS, DJ de 20.08.90, 3ª Turma; 6.177-0-MS, DJ de 25.03.91, 4ª Turma e 8.067-0-PE, DJ de 06.05.91, 2ª Turma.

Inobstante o acerto com que se há a Egrégia Sétima Câmara do Colendo Tribunal recorrido, tenho que

neste caso o Aresto, ao decidir como o fez, não só negou a vigência do dispositivo legal apontado, como também, divergiu do entendimento consolidado na jurisprudência deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Com base nesses lineamentos, conhecimento do recurso e **data venia** lhe dou provimento para que o Colendo Tribunal conheça da Apelação, julgando-a, no mérito.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Srs. Ministros, acompanho o eminente Ministro Relator, tendo em vista os precedentes. Entretanto, pretendo reexaminar a matéria, uma vez que tenho algumas ressalvas a respeito do tema.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.540-4 — RJ — (94.0002789-3) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Banco Bradesco S/A. Advogados: Fernando Augusto de Faria Corbo e outros. Recdos.: Milton Costa de Souza e outro. Advogados: Lúcio Pínhairo de Miranda e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 25.04.94 — 3ª Turma).

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

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.768-7 — PE

(Registro nº 94.0003458-0)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Instituto de Resseguros do Brasil — IRB e Companhia de Seguros Minas Brasil*

Recorrida: *Modas Princesa Morena Ltda.*

Advogados: *Drs. Wolmezita Marinho de Barros e outros, Antônio Roberto Cruz de Farias e outros, e Eliah Ebsan Duarte e outros*

EMENTA: *Comercial — Contrato de seguro — Indenização de sinistros — Correção monetária.*

I — A jurisprudência do STJ, na exegese da norma do art. 1º, § 2º, da Lei nº 5.488/68, acolheu entendimento no sentido de que a correção monetária, no caso específico do contrato de seguro, quando não efetuada a indenização no prazo legal, é devida e o recibo de quitação, passado de forma geral, por si só, não a exclui.

II — Recursos não conhecidos.

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 dos Recursos Especiais. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nilson Naves.

Brasília, 9 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de ação de cobrança de correção monetária incidente em pagamento de sinistro, efetivado por seguradora.

O acórdão impugnado concluiu que inexistente carência de ação do segurado para pleitear a correção monetária sobre o valor da indenização pago com atraso. Não há incidência no art. 944 do Código Civil, ante a quitação, dado que não se trata de juros, mas do principal, liquidado, à toda evidência, com mora.

Na insurgência a tal entendimento, o Instituto de Resseguros do Brasil — IRB e Companhia de Se-

gueros Minas Brasil, ambos apresentam o Especial de que cuida o artigo 105, III, do permissivo constitucional.

O Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, com apoio nas alíneas a e c, pretende que o aresto teria negado vigência ao art. 944 do Código Civil e dissentido de precedentes que consigna (fls. 229/240).

Já a Companhia de Seguros Minas Brasil, trazendo à colação o precedente, Apelação nº 80.719-1, da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entende que este modelo colide com o dos autos, no que respeita à exegese dos arts. 944 do Código Civil, e 252 do Código Comercial (fls. 242/252).

Às fls. 261/266, exarou-se despacho, em face do qual, pela letra c, deferiram-se os recursos, ao fundamento de que os precedentes apresentados remanescem comprovados.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O inconformismo dos recorrentes limita-se à recusa em pagar correção monetária, em face de sinistro contratado, já quitado e sem o aludido consectário.

No que tange ao tema, o acórdão impugnado, assim o analisa (fls. 225/226):

“A autora demonstra que houve atraso no pagamento de sua indenização, pela seguradora.

Esta, por sua vez, não nega o fato, simplesmente apega-se a uma quitação, que lhe deu a Apelada, para eximir-se da responsabilidade de complementar a indenização e argumenta, com o disposto no art. 944 do Código Civil, que tem esta letra:

“Sendo a quitação do capital sem reserva dos juros, estes presumem-se pagos.”

Como é fácil perceber, o código estabelece presunção de pagamento de juros quando a quitação é dada sem reserva deles.

No caso, não se cuida de juros. Aqui se pleiteia, em verdade, é o pagamento do principal, isto é, sua complementação porque, na realidade, não foi ele pago integralmente.

Correção monetária não é acessório, é a própria prestação, em seu valor atualizado. Assim, não cabe, aqui, invocar-se a norma do art. 944 do Código Civil, que trata de coisa diversa. Não há presunção absoluta de pagamento do principal, ante uma quitação que evidencia não ter sido ela paga integralmente. E não reconhecer à Apelada o direito de pleitear a complementação de sua indenização corresponde, necessariamente, em reconhecer-se à Seguradora um locupletamento indevido e um enriquecimento ilícito, inaceitável pelo Direito.

O fato de ter sido outorgada a quitação pela Apelada, sem a cor-

reção monetária, é mais uma demonstração, entre milhares, da arrogância e falta de escrúpulos das Seguradoras, representantes autênticas do selvagem capitalismo que inferniza a vida brasileira.”

Com essa conclusão, negou-se provimento a ambas as apelações, assim a do Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, como a da Seguradora e, nos mesmos fundamentos, afastou-se a preliminar de carência da ação.

O reclamo dos recorrentes não procede e, de conseguinte, não há como agasalhar a pretendida violação a texto legal.

A correção monetária reivindicada, no caso, tem imposição legal. Trata-se de lei especial.

A exegese da norma, na subsunção do fato de que se cuida, vem assim deduzida pela sentença de fls. 180/181:

“As apólices emitidas em decorrência do contrato de seguros firmado entre as partes encontram-se às fls. 14/16, bem como a comunicação do evento ocorrido no dia 9.1.1987 (fls. 18) e o pagamento da indenização (fls. 37) em data de 7 de agosto de 1987.

Disciplina a espécie a Lei nº 5.488, de 27.8.68, estabelecendo que a indenização de sinistros cobertos por contratos de seguros de pessoas, bens e responsabilidades, quando não efetuada nos

prazos estabelecidos na forma do § 2º, do art. 1º, ficará sujeita à correção monetária, no todo ou na parte não paga, esclarecendo, ainda, que esta correção será devida a partir do término dos referidos prazos.

Os prazos referidos pela lei corporificam-se nas resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (nºs 5/85 e 11/87), para quem a correção monetária é devida a partir da data do aviso do sinistro à seguradora até a data do seu efetivo pagamento.

Houve, por certo, descumprimento do prazo legal para a efetivação dos complementos devidos, sendo certo que, por isso, adveio prejuízo ao direito da autora, merecendo a devida reparação não tão-somente pela indenização com correção monetária como perdas e danos decorrentes da indisponibilidade dos valores devidos.”

Além do mais, a indexação da moeda, conforme interpretação da Terceira Turma, desde o precedente no REsp nº 2.665-0-MG, e tantos outros, vem sendo afirmada no sentido de equacionar o valor real da moeda. Foi assim entendido no aludido precedente de minha relatoria.

Ainda da Terceira Turma é o exemplo REsp nº 2.947-0-PA, Relator o eminente Ministro Nilson Neves.

Neste, o Colegiado concluiu, à unanimidade, que a correção mone-

tária, no caso específico do contrato de seguro, quando não efetuada a indenização no prazo estabelecido no art. 1º, § 2º, da Lei nº 5.488/68, é devida e o recibo de quitação, passado de forma geral, por si só, não a exclui.

No que diz com a letra c, o único Acórdão ofertado como paradigma por ambos os recorrentes, embora aparentemente tenha semelhança com o julgado, em verdade dele difere no essencial. Cuida de quitação passada por empreiteira sem ressalva por realização de obras públicas, enquanto visa o aresto complementação do **quantum** indenizatório pela demora da corretora no cumprimento da obrigação com suporte em lei especial. Tal como fundamentado na Sentença.

Forte em tais lineamentos, não conheço dos recursos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.768-7 — PE — (94.0003458-0) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Instituto de Resseguros do Brasil — IRB. Advogados: Wolmezita Marinho de Barros e outros. Recte.: Companhia de Seguros Minas Brasil. Advogados: Antônio Roberto Cruz de Farias e outros. Recda.: Modas Princesa Morena Ltda. Advogados: Eliah Ebsan Duarte e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu dos recursos especiais (em 09.05.94 — 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 43.839-0 — SP

(Registro nº 94.0003627-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrentes: *Lúcio Salomone e outros*

Recorrido: *Município de Santos*

Advogados: *Drs. Lúcio Salomone (em causa própria) e outros, e Santiago Moreira Lima e outros*

EMENTA: *Desapropriação — Desistência em segundo grau — Homologação — Trânsito em julgado — Anulação do acórdão na fase de execução — Nulidade.*

I — “Na liquidação por cálculo do contador a apelação da sentença homologatória ressurte-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação” (Súmula nº 188 do TFR).

II — A Sentença que homologa cálculos do contador não está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

III — É nulo o acórdão que aprecia questões não impugnadas, desrespeita os limites do pedido, julga extra petita e ofende a coisa julgada.

IV — “A Assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos.”

V — Recurso provido para anular o acórdão hostilizado e determinar seja apreciada e decidida a apelação interposta nos limites das questões ali deduzidas.

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, Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 23 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A Prefeitura Municipal de San-

tos promoveu ação de desapropriação contra Lúcio Salomone e outros, em março de 1974, imitando-se na posse do imóvel no mesmo ano.

Julgada procedente a ação em primeira instância, sobreveio pedido de desistência da expropriante, tendo em vista o Decreto nº 1.245/90 que revogou o Decreto nº 4.168/73.

Homologada a desistência pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi fixada a indenização pela ocupação, condenando-se a expropriante no pagamento de juros compensatórios de 12%, a partir da imissão, calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização corrigidas, além de honorários advocatícios de 6%. Ficou assentado, também, que tais verbas seriam executadas nos próprios autos e que a restituição da área se faria, oportunamente, em primeiro grau, lavrando-se auto circunstanciado.

Interpostos recursos especiais, por ambas as partes, apenas o dos expropriados subiu a esta Corte por força do provimento de agravo de instrumento, tendo sido autuado sob o nº 43.546-3/SP.

Extraída carta de sentença, foi elaborada conta de liquidação, homologada pela sentença de fls. 239.

Inconformada, a Prefeitura de Santos apelou, sustentando que qualquer tipo de ressarcimento deverá ser pleiteado em ação própria, bem como não serem devidos os juros compensatórios (fls. 263/266).

Apreciando o apelo da Prefeitura, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu preliminar deduzida pelo Relator, para anular a decisão que homologou a desistência da ação de desapropriação e declarou prejudicado o recurso de apelação (fls. 381/423).

Opostos embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados (fls. 674/686).

Irresignados, os expropriados interpuseram o presente recurso especial, com apoio nas alíneas a e c do permissivo constitucional, apontando como violados os artigos 3º da Lei nº 2.770/56; 28 do Dec.-Lei nº 3.365/41; 50, 54, 475, 128, 460, 243, 244, 245, 249, 250, 467, 610, 397, 398, 560 e 515 do CPC, e 5º da LICC, além de divergência jurisprudencial.

Entendem que tratando-se de liquidação de sentença por simples cálculo, não há que se falar em “reexame necessário”.

Alegam que o v. aresto hostilizado decidiu **extra e ultra petita** e ofendeu a coisa julgada, ao anular, em fase de execução, acórdão proferido na fase de conhecimento.

Sustentam a nulidade da decisão recorrida, aduzindo, ainda, que a sentença deverá ser executada fielmente.

Esclarecem que, ao contrário do alegado, não há que se falar em falta de intimação, uma vez que todas as partes interessadas na desapropriação foram intimadas regularmente, especialmente a COSIPA que ingressou nos autos como assistente simples da Prefeitura.

Trazem à colação acórdãos divergentes e requerem o provimento do especial para o fim de se cassar o v. acórdão recorrido, determinando-se que o E. Tribunal a **quo** aprecie a apelação dentro dos seus limites (fls. 741/807).

Oferecidas contra-razões (fls. 1.171/1.174), foi o recurso admitido (fls. 1.178/1.180), subindo os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIELRA (Relator): Sr. Presidente. Apon-tam os recorrentes como violados vários dispositivos legais versando sobre questões devidamente preques-tionadas e comprovam a divergência nos moldes exigidos pelo artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, e 255 de nosso Regimento.

Conheço dos recursos pelas letras a e c.

O recurso é admissível e merece provimento.

A Prefeitura Municipal de Santos moveu ação de desapropriação contra os recorrentes e, alegando urgência, pediu a imissão prévia na posse do imóvel (doc. de fls. 09/15). Feito o depósito da oferta (doc. de fls. 16), foi ela emitida na posse no dia 20 de setembro de 1974 (docs. de fls. 20/25). A ação foi julgada procedente, declarado incorporado ao patrimônio da expropriante o imóvel atingido pela ação de desapropriação e fixada a indenização (doc. de fls. 194/206). Além do duplo grau de jurisdição, ambas as partes apelaram da sentença (doc. de fls. 208/212) e o processo subiu ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, ali, a expropriante requereu a desistência da ação de desapropriação, no dia 19.10.90 (doc. de fls. 215/216). O pedido de desistência foi homologado pelo Tribunal (doc. de fls. 223/225) que decidiu:

“Mantido o valor apontado na sentença e admitido a desistência, enquanto não transitada em julgado a sentença e pago o preço, deverá a expropriante responder pelos juros compensatórios de 12% ao ano, a partir da data da imissão, 20 de setembro de 1974 (fls. 93), calculados sobre a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas; e é sobre esse valor final correspondente aos juros

compensatórios, que incidirão os 6% de honorários arbitrados na sentença.

Fica consignado que tais verbas e mais as de reembolso de custas e despesas, corrigidas, serão executadas nestes autos, ao contrário do pretendido pela expropriante a fls. 1.841, com eventuais compensações, observada a mesma disciplina; também que a restituição da área aos expropriados se fará, oportunamente, em primeiro grau, lavrando-se auto circunstanciado.

Pelo exposto, homologam a desistência da ação de desapropriação, para todos os efeitos, prejudicados os recursos.” (fls. 224/225)

Interpostos Recursos Especiais por ambas as partes, apenas o dos expropriados subiu a esta Corte que tomou o número 43.839-0-SP, a mim distribuído e, neste, a única pretensão é a de serem incluídos os juros moratórios.

Como se vê, o venerando acórdão que homologou a desistência e condenou a expropriante a pagar aos expropriados os juros compensatórios, além das penas da sucumbência, transitou em julgado para a expropriante.

Extraída a carta de sentença para a execução dos juros compensatórios, das custas e dos honorários de advogado (docs. de fls. 07/234). Elaborados e não impugnados foram os cálculos homologados (fls. 239). Desta sentença não interpuseram as

partes nenhum recurso, sendo expedido o ofício requisitório (doc. de fls. 240). Já esgotado o prazo, a expropriante impugnou os cálculos (fls. 242), sendo sua impugnação rejeitada pelo despacho de fls. 244. Desta decisão homologatória dos cálculos, apelou a expropriante, pleiteando apenas fosse prestada caução excluídos da condenação os juros compensatórios e suspensão a execução (fls. 263/266). Foi concedido efeito suspensivo à apelação para sustar o cumprimento do requisitório (desp. de fls. 279).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado acolheu preliminar suscitada pelo eminente Relator, anulou a decisão que homologou a desistência da ação de desapropriação e declarou prejudicada a apelação (fls. 381/423). Com este acórdão, violou vários dispositivos legais.

A expropriante que não impugnou tempestivamente os cálculos da liquidação, não podia sequer recorrer. A Súmula 188 do Tribunal Federal de Recursos estabelece que:

“Na liquidação por cálculo do contador, a apelação da sentença homologatória ressente-se do pressuposto de admissibilidade, quando o apelante não tenha oferecido oportuna impugnação.”

Ainda que fosse possível interpor a apelação ao Tribunal só foram devolvidas as questões nela impugnadas (art. 515 do CPC) e neste, como vimos, a expropriante só pediu fosse prestada caução e excluídos os

juros compensatórios. Não existia também a remessa oficial porque a sentença que homologa cálculos de liquidação não está sujeita ao duplo Grau de Jurisdição. Estabelece o artigo 3º da Lei nº 2.770, de 04 maio de 1956, com a redação dada pelo artigo 7º da Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974,

“As sentenças que julgarem a liquidação por arbitramento ou artigos nas execuções de sentenças ilíquidas contra a União, o Estado ou o Município, ficam sujeitas ao duplo Grau de Jurisdição.”

Depreende-se do citado dispositivo legal que só estão sujeitas ao duplo Grau de Jurisdição as sentenças que julgarem a liquidação por arbitramento e por artigos. Mas, no caso em exame, a liquidação é por cálculo do contador que não está sujeita ao duplo Grau de Jurisdição. Ainda que fosse possível o conhecimento da apelação e existisse a remessa oficial, o Tribunal só poderia apreciar e julgar as questões suscitadas e decididas no processo (art. 515, § 1º, do CPC). Só poderia examinar e decidir a necessidade ou não de caução e o pedido de exclusão dos juros compensatórios, sendo que estes não podiam ser excluídos porque sua condenação já estava garantida pela coisa julgada, como veremos daqui a pouco. O venerando aresto hostilizado foi muito além ao suscitar, apreciar e decidir, de ofício, várias questões antes

não suscitadas e decididas. Sem qualquer provocação das partes mudou o critério de cálculo dos juros compensatórios, determinou a exclusão da conta do IPC de 1990 e 1991 e a aplicação do BTN. Reexaminou a eficácia do venerando acórdão que homologou a desistência e mandou pagar os juros compensatórios, já transitado em julgado para a expropriante. Negou a existência de coisa julgada, sustentou ser da COSIPA a responsabilidade pela indenização e que não poderia ser homologada a desistência da ação de desapropriação sem ser a mesma ouvida. Decidiu ser a COSIPA litisconsorte necessário. Insurge-se contra a apuração, nos próprios autos da ação, dos juros compensatórios e das penas da sucumbência. Com base nestas premissas falsas, tornou sem efeito a homologação da desistência da ação de desapropriação para determinar a manifestação da Companhia Siderúrgica Paulista sobre o pedido de desistência e isto sem que a COSIPA tivesse sequer recorrido. Anulou a decisão no que toca às perdas e danos representados pelos juros compensatórios, já garantidos pela coisa julgada. Determinou fossem feitos outros cálculos, adotando-se novo critério de incidência dos juros compensatórios. Não são estas, questões que podem ser suscitadas e decididas de ofício e o Juiz deve decidir a lide nos limites a ele propostos, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas e que exige-se a iniciativa da parte (art. 128 do CPC).

Indiscutivelmente, o venerando aresto hostilizado apreciou várias questões não impugnadas, não respeitou os limites do pedido e julgou **extra petita**. E, por isso, deve ser anulado. Nesse sentido os precedentes deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nºs 10.346-SP, DJ de 04.05.92; 8.748-MG, DJ de 23.03.92; 11.752-PR, DJ de 07.10.91; 4.530-RS, DJ de 19.11.90; 2.299-RJ, DJ de 07.05.90 e 37.546-ES, DJ de 08.11.93.

O venerando acórdão que homologou a desistência da ação de desapropriação e determinou o pagamento de juros compensatórios como indenização aos expropriados, como compensação pelo período de ocupação de suas terras, em decorrência da imissão provisória de posse, transitou em julgado para a expropriante e para a COSIPA, inclusive na parte que determinou fosse a apuração dos danos feita nos próprios autos. Este acórdão só está sujeito ao Recurso Especial interposto pelos expropriados. Para a expropriante e a COSIPA, esta decisão é imutável e indiscutível (art. 467 do CPC), tem força de lei nos limites da lide e das questões ali decididas (art. 468 do CPC). As questões ali decididas referentes aos juros compensatórios e da sucumbência não podem ser decididas novamente (art. 471 do CPC), porque estão sob a proteção da coisa julgada.

Mesmo que não houvesse a coisa julgada, nenhuma razão assistiria ao venerando acórdão impugnado.

A ação de desapropriação contra os recorrentes foi ajuizada pela Prefeitura Municipal de Santos e nada impedia a expropriante de, com a anuência dos expropriados, desistir da ação e a COSIPA não tinha de ser ouvida, mas foi intimada de todos os atos processuais desde a sua admissão no processo como assistente simples e não litisconsorcial como sustenta o venerando aresto hostilizado. De qualquer sorte, nos termos claros do artigo 53 do CPC:

“A Assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos...”

A COSIPA pediu que fosse admitida como assistente simples (doc. de fls. 432/433). A expropriante concordou com a sua pretensão (fls. 436), sendo admitida e chegou a apresentar assistente técnico (fls. 437). Seu advogado foi intimado da sentença que homologou a desistência, como reconhece o próprio aresto atacado, e não recorreu. Para a COSIPA, referida sentença homologatória transitou em julgado. Ela não tinha nenhum interesse em impugná-la porque não existia nenhuma relação jurídica entre ela e os expropriados. Qualquer pretensão sua só poderia ser dirigida contra a expropriante.

De qualquer sorte, andou certo o venerando acórdão que homologou a desistência da ação de desapropriação, ao condenar a expropriante nos juros compensatórios, determinar sua incidência a partir da

imissão de posse provisória (Súmula nº 164, do STF), até a data da restituição do imóvel aos expropriados sobre o valor corrigido da indenização e permitir que a liquidação se fizesse nos próprios autos da ação de desapropriação. Assim entende a Excelsa Corte (RE nº 84.252-SP, RTJ 91/512; RE nº 109.881-PR, DJ de 13.12.91; RE nº 99.528-MG, DJ de 20.03.92 e Súmulas 167 e 618 do STF). Assim também vem entendendo este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, inclusive no Recurso Especial nº 35.447-1-RS, julgado no dia 08.09.93.

Dou provimento ao recurso para anular o venerando aresto recorrido e seja apreciada e decidida a apelação interposta pela expropriante nos limites das questões ali deduzidas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.839-0 — SP — (94.0003627-2) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Rectes.: Lúcio Salomone e outros. Advogados: Lúcio Salomone (em causa própria) e outros. Recdo.: Município de Santos. Advogados: Santiago Moreira Lima e outros. Sustentaram, oralmente, o Dr. Lúcio Salomone e o Dr. Octávio Reys, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 23.03.94 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os 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 44.619-8 — AM

(Registro nº 94.0005751-2)

Relator: *O Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Jasson Sena de Aguiar*

Advogado: *José Ivan Benaion Cardoso*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Amazonas*

EMENTA: *Penal. Processual Penal. Aumento da pena. Inobservância do art. 384 do CPP.*

I — O princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional.

II — Qualquer distorção, sem observância do disposto no art. 384, da Lei Processual Penal, significa ofensa àquele princípio e acarreta a nulidade da sentença.

III — Recurso conhecido e provido para anular o feito a partir da sentença de 1º grau.

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 do recurso pela alínea a do permissivo constitucional e lhe dar provimento para anular o feito a partir da sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 09 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Jasson Sena de Aguiar foi denunciado por infringência do artigo 129, § 6º, combinado com o artigo 61, II, letra h, todos do Código Penal — fls. 04/05.

A Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Criminal da Capital do Estado do Amazonas, julgou procedente a denúncia e condenou o acusado nas penas do art. 129, §§ 6º e 7º, do Código Penal — fls. 54/56.

O condenado apelou da sentença condenatória. Nas razões do recurso alegou, em preliminar, que o pedido de condenação na audiência de instrução e julgamento, da causa especial de aumento da pena, prevista no § 7º, do art. 129, do Código Penal, cerceou o seu direito de defesa, tendo o mesmo impugnado a inclusão da mencionada causa especial de aumento de pena. No mérito, pugnou pela absolvição, por entender sobejamente provada nos autos a sua inocência — fls. 59/65.

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, à unanimidade, negou provimento à apelação, resultando do julgado a ementa assim encimada — fl. 86:

“Não se cogita da nulidade de atos processuais quando não resultar prejuízo para a acusação ou defesa. Princípio geral do processo penal.

Se a defesa teve oportunidade e nela insurgiu-se contra pedido de condenação diverso da peça acusatória inicial, não há que se falar em cerceamento de defesa, e nem de ausência de correlação entre a sentença e a denúncia, se a decisão fundamenta-se em fato descrito na denúncia.

Preliminar rejeitada.

Relatada a sentença de conformidade com a lei e as provas dos autos, impõe-se confirmá-la”.

Não satisfeito com o resultado, foi interposto recurso especial, fundado nas letras a e c, do inciso III,

do art. 105, da Constituição, sob o argumento de que o v. acórdão teria contrariado o art. 5º, inciso LV, do permissivo constitucional; o parágrafo único, do artigo 384, do Código de Processo Penal, além de divergência pretoriana — fls. 96/101.

O presidente, em exercício, do Tribunal a quo admitiu o recurso especial, exclusivamente, pela negativa de vigência ao parágrafo único, do art. 384, do CPP, pois: “no caso de possibilidade de nova definição jurídica do fato delituoso, ensejando pena mais grave do que a prevista na tipificação contida na denúncia, é mister a baixa do processo para aditamento da peça inaugural, com a reabertura da instrução, com prazo para a defesa e oferecimento de novas provas.

Vindo os autos para este Tribunal, o Ministério Público Federal, instado a pronunciar-se no feito, opinou pelo provimento do recurso especial — fls. 119/122.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O recorrente foi denunciado pelos seguintes fatos delituosos fl. 04:

“Que no dia 30 de agosto de 1990, por volta das 18:00 horas, na rua 11, bairro da Alvorada III, nesta cidade, o Denunciado na direção do veículo tipo ônibus, de placa ZB-3446, de propriedade da firma “Transportadora Poderosa”,

em velocidade incompatível com o local, atropelou a menor Nice Núbia da Silva Colares, de apenas cinco (5) anos de idade, causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito inserto às fls. 3 e 4”.

Na audiência de Instrução e Julgamento, atendendo a requerimento do Ministério Público Estadual, a Juíza sentenciante condenou o acusado, por infringência aos §§ 6º e 7º, do art. 129, do Código Penal (lesão corporal culposa com aumento de pena), a uma reprimenda de 1 ano e 4 meses de detenção.

Entrementes, o Código de Processo Penal, art. 384, reza:

“Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação públi-

ca, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.”

Cuida o dispositivo legal da denominada **mutatio libelli**, diversa da **emendatio libelli**. No artigo legal em comento, três hipóteses podem decorrer: 1ª) a elementar não altera a pena; 2ª) diminui a sanção penal; 3ª) a pena vem a ser agravada. O parágrafo único trata do terceiro caso.

Damáσιο E. de Jesus, em seu Código de Processo Penal Anotado, 10ª edição, editora Saraiva, pág. 231, a respeito da última hipótese citada ilustra o seguinte: “... Suponha-se que o réu esteja submetido a processo por delito de furto, como tal descrito na denúncia. Na instrução criminal surge prova de que usou violência contra pessoa para realizar a subtração. Neste caso, deve-se proceder nos termos do parágrafo único do art. 384; o juiz determina a abertura de vista ao Promotor de Justiça para aditamento da denúncia ou queixa (esta, na hipótese do art. 29 do estatuto processual penal), não se exigindo nova citação (RT 603/367). Após, a defesa poderá falar no prazo de três dias, produzindo prova (3ª hipótese, em que a desclassificação importa aplicação de pena mais grave, no caso, de furto para roubo). O mesmo ocorre quando na instrução criminal surge prova de qualificadora não descrita na denúncia. Ex.: processado por furto simples, prova-se na instrução criminal que o acusado praticou o

fato contando com o concurso de menor imputável (CP, art. 155, § 4º, IV)”.
No caso dos autos, a peça vestibular não narrou nenhuma das hipóteses do § 4º, do art. 121, do Código Penal, o que acarretaria o aumento de pena da lesão corporal culposa, segundo o § 7º, do art. 129, do Estatuto Repressivo. Entrementes, em audiência de julgamento, o *parquet* postulou o aumento da pena, mesmo sem constar da denúncia os fatos que a ensejariam. A Juíza insular acolheu o pedido.

Não tenho dúvidas em afirmar que era o caso de aplicação do parágrafo único, do art. 384, do CPP e não o do art. 383, **emendatio libelli**, haja vista que o fato originador da causa de aumento da pena deixou de constar da denúncia, sendo veiculado em audiência.

A defesa, veementemente, impugnou o pedido, mas não logrou êxito. O acusado foi prejudicado. Observe-se que a reprimenda pela lesão corporal culposa foi fixada em seu grau máximo, sendo ainda majorada de um terço. Ocorreu o cerceamento de defesa. Aliás, é de ser frisado que: “O princípio da correlação entre imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional. Qualquer distorção, sem a observância do disposto no art. 384 da lei processual penal, significa ofensa àquele prin-

cípio e acarreta a nulidade da sentença” (TACrim SP, RT 526/396).

Assim, por não ter sido observado o parágrafo único, do artigo 384, do Código de Processo Penal, conheço do recurso especial pela letra **a** e lhe dou provimento, para anular o feito, a partir da sentença de 1º grau.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.619-8 — AM — (94.0005751-2) — Relator: O Sr. Ministro Pedro Acioli. Recte.: Jasson Sena de Aguiar. Advogado: José Ivan Benaion Cardoso. Recdo.: Ministério Público do Estado do Amazonas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela alínea **a** do permissivo constitucional e lhe deu provimento para anular o feito a partir da sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.05.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Adhemar Maciel e Anselmo Santiago. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.387-9 — SP

(Registro nº 94.0007362-3)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Manoel Coca Rodrigues — espólio*

Recorrido: *Raffaele Bruno*

Advogados: *Drs. Roberto V. Calvo e outros, e Douglas de Souza*

EMENTA: Cálculo elaborado por contador. Julgamento e homologação, sem impugnação nem recurso. Pretensão, após, de correção monetária. Preclusão. Efetuado o cálculo, sem impugnação das partes, conquanto convocadas, nem oferecimento de oportuno recurso pelo interessado, não se pode pleitear após, quando era anteriormente pleiteável, índice diverso para a correção monetária; caso em que se opera a preclusão, mesmo se cuidando de correção. Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido.

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, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente; Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Subiu o recurso porque assim o

determinei, provendo o agravo de instrumento. Fora ele inadmitido por este despacho do Presidente Osvaldo Caron:

“Recurso especial interposto contra v. acórdão da Egrégia Quarta Câmara (fls. 103-6), cujo relatório se adota, no qual se alega negativa de vigência aos arts. 128, 473, 598 do Diploma Processual Civil e 15, inc. II, par. 1º, letra b, da Lei nº 7.730/89, bem como divergência jurisprudencial com os Recursos Especiais 7.123-SP, 10.500-SP e com o julgado in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 151/342.

Sustenta o recorrente ser inaplicável o índice de 70,28%, relativo ao IPC de janeiro de 1989, na conta homologada, porquanto

não pleiteado. Aduz violação ao princípio dispositivo, por não ter o credor, em momento algum, discordado dos cálculos ou de sua atualização, sendo que somente após pago o montante e aprovado pelo Juízo, quando a extinção da execução era de rigor, é que veio a formular tal pedido. Assevera, nesse passo, ter ocorrido a preclusão, sendo, portanto, defeso à parte, discutir questões já decididas, se estendendo tal proibição, também ao processo executivo. Afirma não se tratar, **in casu**, de erro meramente aritmético, porquanto as contas foram elaboradas em conformidade com os índices legais e oficiais disponíveis para a correção monetária, de maneira que a utilização de tal índice beneficia indevidamente o credor. Cita em amparo à sua tese os julgados **in RTFR 116/119**, Jurisprudência Mineira 98-96/202 (**sic**), JTA 75/201, os acórdãos dos Tribunais de Justiça e de Alçada do Rio de Janeiro, sem contudo, mencionar seus números, os Recursos Especiais 9.305-RJ, 8.703/RJ e as ementas 31.502-B, 31.503-A, 31.511, 31.539 e 31.545, insertos no 'Processo Civil à Luz da Jurisprudência', 1º Suplemento, vol. XIV. Argumenta que se algum percentual tiver de ser devido relativamente a janeiro/89 deve corresponder ao menos gravoso, ou seja, 28,79%, conforme o art. 15 da Lei nº 7.799/89. Requer à fl. 164 a juntada das cópias reprogramáticas do julgado **in Lex-JSTJ e TRF 35/120-8**.

O recurso não merece prosperar pela alínea a do permissivo constitucional.

Ab initio, impende observar a sua tempestividade, em virtude do fechamento desta Secretaria no período de 5 a 7.10.92 (Pleito Eleitoral).

Registre-se, outrossim, no atinente ao requerimento de f. 164, não vigorar o princípio **jura novit curia** quanto à fase preliminar de conhecimento do recurso especial, pois a complementação de seus fundamentos só é admissível se efetivada no prazo legal reservado para a interposição (S.T.J. — 3ª Turma, REsp 2.586-CE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, **in DJU de 25.6.90**, pág. 6.038).

Por outro lado, não se vislumbra contrariedade aos arts. 128, 473 e 598 do Código de Processo Civil, porquanto, conforme consignado pelos doutos Julgadores, possível a atualização monetária do débito a despeito da falta de impugnação e da aprovação anterior do cálculo, eis que, visando unicamente ao restabelecimento do poder aquisitivo da moeda corroída pela inflação, deve ser considerada em seus índices reais sob pena de configurar enriquecimento ilícito do devedor e em obediência, inclusive, ao princípio da equidade, descabendo, pois, invocar-se a ocorrência de preclusão.

No concernente ao art. 15, inc. II, letra **b**, da Lei nº 7.730/89, sa-

liente-se que a possibilidade de inclusão da conta de liquidação, de índice atualizador que reflita a real perda do poder aquisitivo da moeda e não aquele estabelecido pelo governo, ou outros inferiores ao verdadeiro desgaste inflacionário, já foi objeto de aceitação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 20.868-8-SP, in DJU de 24.11.92, seção I, página 21.991.

Considerando-se ser, constitucionalmente, de competência exclusiva da referida Corte, a solução em definitivo das controvérsias acerca de eventual ofensa à lei federal, tem-se por não mais aceitável o fundamento lastreador das teses sobejantes defensoras de outras exegeses diversas da ora mencionada, cuja manutenção, pelo expendido, se faz impositiva.

Inatacados, destarte, os dispositivos infraconstitucionais invocados na peça recursal.

Melhor sorte não socorre o recorrente pela letra **c**.

De fato, em face do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 20.868-8-SP, in DJU de 24.11.92, seção I, superou-se o dissenso interpretativo acerca da matéria **sub examen**, estabelecendo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente competente para tanto, a aceitabilidade da inclusão

na conta de liquidação de índices de atualização monetária correspondentes à verdadeira perda de poder aquisitivo da moeda, consoante o estabelecido no caso concreto, rejeitando-se tanto aqueles eleitos pelo governo, como outros inferiores à real corrosão inflacionária.

Destarte, incidente sobre a espécie a Súmula 286 do Colendo Supremo Tribunal Federal, adotada pela Corte Superior no Agravo de Instrumento 1.297-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in DJU de 30.11.89, página 17.731-2.

Isto posto, indefiro o recurso especial.”

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Ao agravo de instrumento do devedor (trata-se de execução por título extrajudicial) o Tribunal paulista negou provimento, ficando consignado no acórdão o seguinte:

“1. O recurso ataca decisão homologatória de conta de atualização de débito, lançada em execução por título extrajudicial movida contra o agravante, na qual foram incluídos, como índices reais de correção monetária, para janeiro de 1989 e março de 1990, os correspondentes ao IPC, antes nunca reclamados em conta anterior aprovada, com o depósito do

respectivo numerário realizado. Invocando preclusão e pagamento, pede a reforma, com extinção da execução.”

.....
“2. A irresignação não merece vingar.

Por primeiro, incensurável e muito justa a admissão de atualização do valor da dívida, mediante aplicação dos índices correspondentes ao IPC de janeiro de 1989 e março de 1990.

Nesse exato sentido, se mostra a pacífica orientação jurisprudencial nos Tribunais de São Paulo. ... ”

.....
“Tudo isso porque, se a correção monetária representa túbio instrumento de atualização do poder aquisitivo da moeda, fórmula compensatória dos efeitos corrosivos da inflação, é claro que esta, sob pena de configurar enriquecimento sem causa em prol do devedor e detrimento do credor, não pode ser desconsiderada em seus índices reais, ainda que não sejam estes os apontados oficialmente, em decorrência de planos econômicos governamentais tendentes a, artificialmente, estancar a espiral inflacionária.

3. Pouco importa que cálculo anterior, sem cogitação de tais índices, fora judicialmente aprovado, ausente reclamação ou impugnação do credor. Descaberia invocar ocorrência de preclusão.

Em verdade, a atualização promovida, segundo índices reais de inflação, sempre teria de ser admitida como válida. Aliás, até para a hipótese de sentenças homologatórias de liquidações de condenações transitadas em julgado (títulos judiciais), esta Câmara vem admitindo a revisão das contas, ...”

Quanto às considerações feitas em torno da correção monetária, estou de pleno acordo com a decisão recorrida, mas, neste caso, o credor, ao que creio, insurgiu-se tardiamente contra o cálculo, ao pleitear o seguinte, em 5.9.91:

“1º — O exequido apresentou juntamente com petição (Depa 039781 de 12.8.91) anexo com demonstrativo de atualização de cálculos, meramente para demonstrar ter sido o depósito de 28.6.91 insuficiente, não representando o valor correto.

2º — Antecipa o exequido que, o Md. Contador deverá atualizar os cálculos considerando ainda os índices do IPC ‘70,28%’ de Jan. 1989 e entre 37 e 40% de março de 1990 e não puramente com exclusão destes.

3º — Após os cálculos com publicação de intimação às partes, ratifica o pedido de levantamento do depositado sem prejuízo da continuidade da execução e precatória novamente à Comarca de Botucatu para leilões.”

Tal, em relação aos índices de 1989 e 1990. Isto porque, fixado em 19.7.89 o valor do seu crédito em BTN's, o credor não se mostrou inconformado com o cálculo, tanto que em 15.8 o escrevente certificava que havia decorrido o prazo legal para a manifestação das partes, segundo se lê da certidão de fl. 20. Aconteceu ainda o seguinte, conforme as peças que compõem estes autos de agravo: em 13.3.91 foi o cálculo atualizado, ao qual o credor pediu em 12.4 fossem acrescentadas as TR's, e o devedor assim peticionou em 28.6:

“... procedeu, hoje, ao depósito da quantia de Cr\$ 8.987.562,08 (oito milhões, novecentos e oitenta e sete mil, quinhentos e sessenta e dois cruzeiros e oito centavos), correspondente ao débito apurado na conta de fls. 757 (Cr\$ 6.520.700,17), com acréscimos correspondentes às TR's de fevereiro (7%), março (8.5%), abril (8.93%) e maio (8.99%) — guia anexa.

Sendo assim — e considerando que, conforme certidão de fls., datada de 25.02.91, da qual, para facilidade de manuseio dos autos, se junta nova cópia, não há custas acrescidas na comarca deprecada — o executado pede se digne V. Exa. decretar a extinção do processo de execução, com fulcro no art. 794, I, do CPC, posto que restou satisfeita a obrigação, consoante critérios estabelecidos pelo Juízo.”

Ante tal contexto é que quero entender, malgrado tratar-se aqui de execução por título extrajudicial, que a atualização do cálculo à vista dos 70,28% dissente do estabelecido pelo Tribunal gaúcho, em acórdão publicado na RJTJ-151/342, com essa ementa:

“Correção monetária. Índices inflacionários. Se o cálculo foi julgado e homologado, restando o interessado irresignado, não pode o mesmo tentar o recálculo meses após, face à **res judicata**, que se operou. Agravo improvido.”

Confira ainda o voto do Desembargador Tupinambá do Nascimento:

“O cálculo de fl. 28, em ORTNs, foi homologado, tendo transitado em julgado. A conversão em OTNs deu-se face ao pedido do sucumbente (fl. 34) que pediu, em 2.1.90, liberação de alvará (fl. 36), tendo recebido parte da importância relativa a 18.708,3388 OTNs, sem qualquer irresignação, em 5.1.90 (fl. 37). Somente em 30.5.90 (fl. 38) é que buscou o recálculo, usando do índice inflacionário de 70,28%, quando a conta em OTNs já operara, também, coisa julgada porque ciente da conversão, nos termos em que foi feita, o sucumbente não interpôs qualquer recurso. Por tal fundamento, havendo **res**

judicata, nego provimento ao agravo interposto.”

Quanto a este ponto, conheço do recurso. Acolho a orientação do acórdão divergente, parecendo-me que, no caso presente, era defeso ao credor suscitar, naquele momento, questão em torno do índice de 1989, ou dos índices de 1990. Para esse fim, teve ele oportunidades, por ocasião das atualizações de 19.7.89 e 13.3.91, bem assim em outras ocasiões. Delas não se valeu, silencioso se mantendo. Ora, **dormienti-bus non succurrit ius**. Dou provimento em parte ao recurso, para excluir da última atualização do cálculo a aplicação dos índices reclamados pelo credor.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 45.387-9 — SP — (94.0007362-3) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Manoel Coca Rodrigues — espólio. Advogados: Roberto V. Calvo e outros. Recdo.: Raffaele Bruno. Advogado: Douglas de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 24.05.94 — 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 46.034-4 — SP

(Registro nº 94.0008597-4)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A*

Recorrida: *Obra Cel Engenharia Limitada — massa falida*

Advogados: *Drs. Ricardo dos Santos Andrade e outros, e Antônio Chiqueto Picolo e outro*

EMENTA: *Falência. Revocatória. Linha telefônica.*

A ineficácia da venda ou transferência de estabelecimento comercial prevista no art. 52 do Decreto-lei nº 7.661/45 alcança a alienação de direito de uso de linha telefônica que o integra como equipamento necessário ao seu funcionamento.

Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Antônio Torreão Braz.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação revocatória proposta pela Massa Falida de Obra Cel Engenharia Limitada contra UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A e outros, visando desconstituir a venda de direito de uso de linha telefônica realizada dentro do termo legal de falência.

A sentença julgou

“procedente a ação revocatória para o fim de declarar a ineficácia em relação à massa falida das cessões de direito de uso de linhas telefônicas descritas na inicial, atingindo todas as transações posteriores, inclusive aquelas realizadas no curso da ação, resolvendo-se em indenização na hipótese do art. 55 da Lei de Falências.” (fl. 248)

De igual modo, a Eg. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, manteve o **decisum**, tecendo as seguintes considerações:

“A Lei de Falências, objetivando a defesa dos credores por atos praticados pelo devedor antes da quebra, diz às expensas que “não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores”. Em seus incisos o artigo 52 enumera os casos em que ocorre a revogação do ato e, no inciso VII, incluiu a “venda, ou transferência do estabelecimento comercial ou industrial...”.

A ação revocatória dos atos, com fundamento nesse artigo, repousa na presunção de que são eles danosos à massa e esta constitui a garantia dos créditos submetidos à falência. Daí dispensar a invocação e prova do **consilium fraudis**. Basta que o ato impugnado tenha sido praticado no período suspeito da falência.

Ao se referir à *venda* ou *transferência* do estabelecimento comercial ou industrial, é evidente que não estava na mente do legislador permitir a dilapidação do patrimônio, desde que o devedor o fizesse em partes. A vingar a tese dos apelantes chegar-se-ia à alarmante conclusão de que o comerciante ou industrial somente não poderia vender ou transferir em bloco. No

jargão rupestre, não poderia vender de “porteira fechada”, mas não haveria restrição desde que dele se desfizesse, ainda que reduzindo as garantias dos credores, mas se as vendas ou transferências fossem efetivadas por lotes.

Seria, guardadas as proporções, dizer que não pode vender um automóvel, mas não no impede de vender o motor, o câmbio, as rodas, os componentes da carroceria, mas mantivesse em suas mãos o certificado de propriedade.

A linha telefônica, não se pode negar, integra o estabelecimento como equipamento necessário ao seu normal funcionamento. Não se concebe que uma empresa comercial ou industrial, mesmo nas pequenas cidades, que funcione sem que mantenha esse meio de comunicação. O telefone é indispensável complemento de qualquer atividade. Vincula-se ao estabelecimento e, pelo seu inegável valor econômico, tendo sido considerado o mais rentável dos investimentos nos últimos anos. A grande demanda e a falta de disponibilidade para atendê-la dá a esse equipamento grande liquidez.

Admitir-se que o falido possa pulverizar seu estabelecimento, desfazendo-se de seu estoque e equipamento fragmentariamente para escapar da ação revocatória é admitir a fraude à lei.

Não deu a sentença grande elastério ao artigo 52 da Lei de

Falências, mas sim interpretação de acordo com o espírito da lei. As hipóteses previstas no artigo 53 são diversas. Pressupõem o **consilium fraudis** que deve ser demonstrado. Já as hipóteses do artigo 52 não cogitam do elemento subjetivo. É suficiente que a operação tenha se realizado no período suspeito, saiba ou não o contratante do estado de falência do alienante, sendo irrelevante a intenção que informou o negócio.

Nem se diga que a venda da linha telefônica não retira a garantia dos credores. Sendo inegável seu valor econômico, é evidente a redução da massa em detrimento dos credores que deverão submeter seus créditos ao rateio.

A sentença, portanto, bem aplicou a lei e merece mantida pelo seus fundamentos.” (fls. 313/315)

O recorrente manifestou recurso especial com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 52, VIII, da Lei de Falências, asseverando que o referido dispositivo legal e seus incisos é taxativo ao enumerar os atos do falido suscetíveis de revogação, não se enquadrando dentre eles a transferência da linha telefônica (fls. 319 a 325).

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O presente caso guarda inteira semelhança com o

REsp 9.647, relatado pelo Ministro **Sálvio de Figueiredo**, que em seu erudito voto, que recebeu minha adesão, assim se pronunciou:

“(…) tem-se por inteiramente ajustado à nossa sistemática processual o procedimento do juiz que, adstrito às circunstâncias fáticas descritas e comprovadas pela parte autora (venda de direito de uso de linha telefônica dentro do termo legal da falência), profere decisão lastreada em preceito normativo que entende aplicável à espécie (art. 52, VIII, do DL 7.661/45).

..... (omissis).....

(…) não há como reconhecer vulnerados os arts. 52 e 53 da Lei de Quebras.

Dispõe o mencionado art. 53 que são ineficazes em relação à massa “os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar”. Em casos tais, não resta dúvida, exige-se a caracterização do elemento subjetivo (intenção de prejudicar). Não configurada a má-fé, não se invalida a transação.

Já nas situações previstas e elencadas pelo critério **numerus clausus** nos incisos do art. 52, a ineficácia da transação decorre da verificação de circunstâncias objetivamente consideradas, sem se cogitar ter ou não havido intenção de fraudar. E exatamente

numa dessas situações enumeradas (inciso VIII) é que as instâncias ordinárias enquadraram a hipótese dos autos.

Entenderam que a alienação do direito de uso de linha telefônica realizada no chamado “período suspeito” configurou ato de “venda ou transferência de estabelecimento comercial”, tal como disciplinado no referido inciso VIII.

Em relação ao ponto, tenho por incensuráveis as considerações expendidas pelo ilustre representante do *Parquet* federal, **verbis**:

“Não há falar em negativa de vigência ao art. 53 da Lei de Falências, mas em correta inteligência e aplicação do art. 52, VIII, da Lei de Falências, que diz ineficazes relativamente à massa, independentemente da intenção e do conhecimento do estado econômico do devedor, a venda de estabelecimento comercial, no termo legal da falência, sem consentimento dos credores e com prejuízo para eles.

Na hipótese dos autos, ocorreu exatamente isso: o devedor vendeu o telefone integrante do estabelecimento comercial, no termo legal da falência, sem consentimento dos credores e com prejuízo para eles”.

Sobre o tema, cumpre mencionar o conceito de estabelecimento comercial desenvolvido por **Rubens Requião**:

“Somos de opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendendo às unidades de coisas que o compõem e são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário formando, em decorrência dessa unidade, um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo. O estabelecimento comercial constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria” (“Curso de Direito Comercial”, 1^o vol., Saraiva, 19^a ed., 1989, n^o 158, p. 210).

“Convencionou-se dividir os bens que integram e se unificam no fundo de comércio em duas grandes categorias: os bens corpóreos e os bens incorpóreos”.

.....
Os bens corpóreos caracterizam-se por ocupar espaço no mundo exterior. Entre eles podemos contar: a) as mercadorias; b) as instalações; c) máquinas e utensílios” (ob. cit., n^o 162, p. 213).

É certo, ainda, segundo **Rubens Requião**, que

“A simples venda de componentes do estabelecimento, como as mercadorias, as máquinas etc., que não o inutilize como instrumento da atividade do empresário, ou não enfraqueça de tal forma o seu patrimônio que o passivo ultrapasse o ativo, não incide na vedação legal” (“Curso de Direito Falimentar”, 1^o vol., Saraiva, 13^a ed., 1989, n^o 178, p. 202).

In casu, contudo, houve a decretação da falência, o que indica situação precária da empresa a demonstrar o enfraquecimento patrimonial que, em prejuízo dos credores, resulta da venda de bens que compõem o estabelecimento comercial.

A constatação efetiva da situação financeira da falida, bem como se a venda realizada gerou ou agravou a superação do ativo pelo passivo, refoge aos estreitos limites do especial por importar em exame de matéria fático-probatória, efeito tão-somente às instâncias de origem (enunciado n^o 7 da Súmula/STJ).

O que impede considerar, em conclusão, é que as decisões de primeiro e segundo graus, ao sujeitarem a transação realizada ao alcance do disposto no inciso VIII do art. 52 do DL 7.661/45, não conferiram a essa norma abusivo elastério, consoante sustentado pela recorrente. Ao contrário, diante dos elementos de convicção constantes dos autos, deram-lhe precisa exegese e incidência.”

Tenho eu, também, que a ineficácia da venda ou transferência de estabelecimento comercial cominada no art. 52 da Lei Falimentar abranja a alienação do direito de uso de linha telefônica que o integra como equipamento necessário ao seu funcionamento.

Achegas são desnecessárias.

Isto posto, e no diapasão do precedente trazido à tona, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.034-4 — SP — (94.0008597-4) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Fontes de Alencar. Recte.: UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A. Advogados: Ricardo dos Santos Andrade e outros. Recdo.: Obra Cel Engenharia Ltda. — massa falida. Advogados: Antônio Chiqueto Picolo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 14.06.94 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.327-0 — SP

(Registro nº 94.0009163-0)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Sérgio Akira Ishioka*

Advogados: *Drs. Rubens Carvalho Homem e outros, e Luiz Antônio Taguchi e outro*

EMENTA: Recurso. Prazo. Protocolo integrado.

A tempestividade do recurso, no caso de protocolo integrado, afere-se pela data do respectivo registro em um dos elementos do sistema.

Recurso especial atendido.

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, dar provimento do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Antônio Torreão Braz.

Brasília, 21 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Assim decidiu a E. Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo:

“Não se conhece do presente recurso, eis que interposto fora do prazo.

Com efeito, a r. sentença foi publicada no dia 24.04.90 (fls. 63v²), sendo que a apelação foi protocolada no dia 21.05.90 (fls. 64). É extemporânea, portanto.” (fls. 92)

Houve embargos declaratórios que foram recebidos, ficando explicitado:

“Realmente, o v. acórdão não mencionou a protocolização do re-

curso no Protocolo Integrado da Comarca de Araçatuba em data de 09 de maio de 1990.

Acontece que, embora protocolado em comarca diversa, dentro do prazo, a petição de recurso chegou ao Juízo da causa fora do prazo.

Embora respeitando posição contrária, aqui já se decidiu:

“*Recurso — Prazo — Agravo* interposto em comarca diversa, com utilização do protocolo integrado — Petição que chegou fora do prazo no juízo da causa — Intempestividade — Não conhecimento (Rel. Juiz Raphael Salvador, 8ª Câmara, 9.6.93, unânime, Agravo de Instrumento nº 542.526-9, de Franco da Rocha) Boletim de Jurisprudência nº 61 de 10.08.93.”

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando ofensa aos arts. 508, 513 e 514, parágrafo único, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O acórdão considerou que o recurso de apelação fora interposto tempestivamente no Protocolo Integrado da Comarca de Araçatuba, mas não conheceu do apelo porque

“a petição de recurso chegou ao Juízo da causa fora do prazo.”

Ao contrário de tal entendimento, posicionaram-se ambas as Turmas que integram a 2ª Seção desta Corte, no sentido de que a tempestividade do recurso, em caso de protocolo integrado, é aferida através deste, desconsiderando-se a data de sua chegada ao juízo da causa.

Recentemente decidiu esta Turma ao julgar, em 28.02.94, o REsp 40.801, relatado pelo Ministro Antônio Torreão Braz:

“— *Processual Civil. Recurso. Protocolo unificado e integrado dos foros do Estado.*

— De acordo com a jurisprudência do STJ, pelo sistema de protocolo integrado, a tempestividade do recurso verifica-se pela data da apresentação da petição ao protocolo dos Foros integrantes do sistema e não pela data do seu ingresso no juízo em que proferida a decisão recorrida.

— Recurso conhecido e provido.”

De igual modo, é o REsp 20.845, lavra do Ministro Nilson Naves, 3ª Turma:

“Prazo para interpor recurso. Apelação. Sistema de protocolo integrado. Não se revela intempestiva a apelação apresentada, em foro diverso daquele por onde tramitava a ação, pelo sistema do

protocolo integrado, apesar do seu entranhamento nos autos ter se verificado além do prazo. Considera-se como data da interposição a da entrega da petição no protocolo integrado. Hipótese em que, por assim não considerar, o acórdão ofendeu o art. 508 do Cód. de Proc. Civil. Recurso especial conhecido e provido.”

Com efeito, a tempestividade do recurso, no caso de protocolo integrado, afere-se pela data de seu registro em um dos elementos do sistema.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para que, afastada a intempestividade do recurso, Tribunal a quo julgue a causa como entender de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.327-0 — SP — (94.0009163-0) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco do Estado de São Paulo S/A — BANESPA. Advogados: Rubens Carvalho Homem e outros. Recdo.: Sérgio Akira Ishioka. Advogados: Luiz Antônio Taguchi e outro.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Ruy Rosado (em 07.06.94 — 4ª Turma).

Aguarda o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Trata-se de recurso especial interposto de v. acórdão da 6ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que declarou intempestivo o recurso de apelação protocolado, ainda dentro do prazo de quinze dias, em comarca diversa daquela por onde tramitava o feito, utilizando o sistema de “Protocolo Integrado”, instituído pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mas que chegou ao Juízo da causa fora do prazo.

Sempre fui favorável à implantação de protocolo integrado, e mais de uma vez apresentei ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proposta nesse sentido, pois o considero útil à desburocratização da atividade cartorária, facilitando um pouco a vida do profissional do Direito, que de outro modo está obrigado a percorrer cartórios e comarcas, para simples entrega de petições.

Sob outro aspecto, preocupa-me a insegurança jurídica que resultará de um sistema no qual nunca se terá certeza sobre o trânsito em julgado das decisões, pois sempre poderá surgir certidão fornecida por qualquer uma das comarcas integradas, atestando a protocolização oportuna de uma petição.

Daí porque, pensava eu que a regulação do “Protocolo Integrado”, além de conceder prazo de cinco dias, após a sua ocorrência, para a

expedição de certidão de término do prazo para recurso, atribuía à parte o ônus de produzir alguma prova perante o juízo da causa, de utilização daquele protocolo.

Por isso, pedi vista, a fim de verificar os termos da regulamentação do “Sistema de Protocolo Integrado”, cujos textos recebi por atenção da Eg. Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo.

Pelo que li dos diversos atos consolidados no “Bloco de Atualização nº 4”, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo instituiu o sistema e assumiu inteiramente o encargo de fazer chegar a correspondência ao seu destino, através do sistema de malotes. O que significa dizer que a responsabilidade pelo eventual extravio de petições é falha do serviço, imputável à administração e não ao usuário. Não há ali regra que transfira à parte o dever de adotar alguma providência capaz de dar ciência ao Juízo da causa da interposição do recurso, com isso impedindo a expedição de certidões de trânsito em julgado. De nenhuma omissão, pois, se pode acusar a parte que confiou no serviço da Justiça e nada mais fez do que protocolar a sua petição de recurso conforme o permitido pelo sistema.

Não desconheço que definir-se como tempestivo recurso interposto em comarca diversa, com possibilidade de ficar retido por muitos meses e surgir inesperadamente, quando ninguém mais esperava por ele, e até mesmo depois da execução de

finitiva da sentença, provoca uma sensação de insegurança, além de propiciar eventual responsabilização do Estado pelos danos daí decorrentes.

Contudo, se assim é o sistema, o direito da parte que nele confiou não pode ficar prejudicado, conforme bem referido no douto voto do eminente Min. Fontes de Alencar, Relator.

Isto posto, voto como Vossa Excelência, conhecendo do recurso e dando provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, proferi voto neste sentido, acompanhando o Relator e seguindo a orientação da Corte, mas não estou convencido da legitimidade do sistema adotado, porque o recurso, consoante o CPC, deve ser interposto perante o juízo da causa.

Acompanho V. Exa., ressaltando que poderei modificar, em caso futuro, essa minha posição.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.327-0 — SP — (94.0009163-0) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco do Estado de São Paulo S/A — BANESPA. Advogados: Rubens Carvalho Homem e outros. Recdo.: Sérgio Akira Ishioka. Advogados: Luiz Antônio Taguchi e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 21.06.94 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.420-0 — SP

(Registro nº 94.0009355-1)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrentes: *Confederação Brasileira de Futebol — CBF e Editora Abril S/A*

Recorridos: *Clodoaldo Tavares Santana e outros*

Advogados: *Santiago Moreira Lima, Luiz Carlos Paschoalique e outros, Laurindo Vaz e outros, e Hugo Mosca e outro*

EMENTA: Direito à imagem. Direito de arena. Jogador de futebol. Álbum de figurinhas.

O direito de arena que a lei atribui às entidades esportivas limita-se à fixação, transmissão e retransmissão do espetáculo desportivo público, mas não compreende o uso da imagem dos jogadores fora da situação específica do espetáculo, como na reprodução de fotografias para compor “álbum de figurinhas”. Lei 5.989/73, artigo 100; Lei nº 8.672/93.

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 de ambos os recursos. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Brasília, 12 de setembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Clodoaldo Tavares de Santana e outros ajuizaram ação ordinária de indenização contra a Confederação Brasileira de Futebol e Editora Abril S/A, por exploração indevida da imagem em álbum de figurinhas “Os Heróis do Tri”.

Julgada procedente a ação, as vencidas apelaram e a Eg. 7ª Câma-

ra Civil do TJSP, por votação unânime, rejeitou as preliminares e negou provimento aos recursos, basicamente por entender tratar-se de direito à imagem, cuja violação enseja indenização, prescindindo da intenção de lucro. Consta da fundamentação do acórdão:

“O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, ou reproduzido, sem o consentimento dela, com as exceções apontadas pela doutrina (**Orlando Gomes** — “Introdução ao Direito Civil” — Forense — 1979 — pág. 177). É uma decorrência do direito à própria imagem, atributos da pessoa física, um desdobramento do direito da personalidade (**Jean Carbonnier** — “Droit Civil” — vol. 1 — PUF — 1971 — pág. 252). O direito à imagem se consubstancia no vínculo que une uma pessoa à sua expressão externa, ou seja, ao conjunto de traços e caracteres que a distinguem e a individualizam (**Carlos Alberto Bittar** — “Contornos Atuais do Direito do Autor” — 1992 — pág. 185).

Hoje é objeto de preocupação constitucional (art. 5º, X e XXVIII, CF/88), embora não estivesse esse bem jurídico ao desamparo an-

teriormente (**Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins** — “Comentários à Constituição do Brasil” — 1989 — vol. 2º — pág. 63).

A imagem é protegida e sua utilização desautorizada, enseja indenização.

Assim se tem julgado.

Necessária a autorização. “A reprodução fotográfica que ilustra nova publicação, com conotação comercial, não autorizada, quer explícita, quer implicitamente, gera para a pessoa fotografada o direito à indenização pelo uso indevido de sua imagem” (RT vol. 600/66 — TJ/SP — 4ª CC — Rel. Des. Alves Braga — j. un. de 20.6.85).

Prescinde-se do intuito de lucro. “A utilização de fotografia em editorial de revista dirigido a determinada classe de consumidores sem autorização do fotógrafo constitui, por si só, violação de direito relativo à própria imagem, cabendo, portanto, ao lesado o pagamento de indenização, independentemente do fato de não ter havido lucro direto nessa divulgação” (RT vol. 626/106 — TJ/SP — 5ª CC — Rel. Des. Jorge Tannus — j. un. de 18.2.88).

Defende-se como direito autônomo do direito autoral. “A reprodução de fotografia não autorizada pelo modelo não ofende apenas o direito do autor da obra fotográfica, mas o direito à imagem, que decorre dos direitos essenciais da personalidade. Se a imagem é re-

produzida sem autorização do tratado há locupletamento ilícito, que impõe a reparação do dano” (RT vol. 634/221 — RE nº 115.838-7-SP — Rel. Min. Carlos Madeira — em que há referência ao aresto publicado na RTJ vol. 104/801, sobre o mesmo assunto).

Somem-se a esses outros acórdãos desta Eg. Casa a propósito do mesmo tema (RJTJ/SP — vols. 127/148, 135/153, 138/176 etc.), além de inúmeros outros lembrados por prestigiados autores (**Antônio Chaves** — “Tratado de Direito Civil — Responsabilidade Civil” — 1985 — págs. 667 e ss. e **Carlos Alberto Bittar** — *op. cit.* — págs. 187/188).

Não se confunde o direito à imagem aqui em exame com o direito de arena (art. 100, da Lei nº 5.988/73).

Assim a questão dos autos já foi resolvida, em demanda idêntica, proposta por outros jogadores, pelo Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Ap. Cív. nº 4.452/90 — 6ª CC — Rel. Des. Cláudio Vianna de Lima, j. de 7.2.91, fls. 108/113). (fls. 244/246).

“Observe-se, finalmente, que “não é a onerosidade da publicação para terceiros que gera o direito à indenização (...), mas a simples divulgação de sua fotografia sem a respectiva autorização”, por outro lado “o **quantum** da indenização (...) não pode ser arbitrário, mas arbitrado”, o que deve ser feito em liquidação (RT vol. 629/106).

“O prejuízo se consubstanciou no uso indevido da imagem” e, no momento próprio, “disporão as partes de oportunidade para debater a questão já em termos de quantias que atenderão à notoriedade (...) e as conseqüências que lhe acarretam a comercialização não autorizada de sua imagem” (RJTJ/SP, vol. 127/148)”. (fls. 248/249)

Inconformada, a CBF interpôs recursos extraordinário e especial, este com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da CF. A Editora Abril interpôs também recurso especial, por meio de procurador não habilitado (certidões de fls. 301 e 332), com fulcro no art. 105, III, **a**, da CF.

Sustenta a CBF, em resumo: a) trata-se de direito de arena, e não de imagem, aplicando-se ao caso o art. 100, da Lei 5.988/72, **verbis**: “À entidade a que esteja vinculado o atleta pertence o direito de autorizar, ou proibir a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou processos, de espetáculo desportivo público, com entrada paga. “Parágrafo único — Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo” (fl. 278); b) tem direito de divulgar as imagens, sem necessidade de autorização dos atletas, que não teriam sofrido prejuízo; c) havia interesse público na divulgação das imagens, por serem atletas famosos; d) houve violação aos arts. 24, parágrafo 1º, e

25, da Lei 8.672/93, a qual ratifica a Lei 5.988/73, **verbis**: “Art. 24 — Às entidades de prática desportiva pertence o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão de imagem do espetáculo desportivo de que participem. Parágrafo 1º — Salvo disposição em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo. Art. 25 — Na comercialização de imagens decorrentes de contrato com a entidade de administração de desporto, as entidades de prática desportiva participarão com vinte por cento do resultado da contratação, de modo proporcional à quantidade de atletas que cada um cedeu, ressalvados os direitos assegurados no artigo anterior” (fl. 279); e) não ficou demonstrado qualquer prejuízo aos atletas, que não decorre da simples publicação de suas fotografias, conforme já decidiu a 1ª Turma Civil do TARJ, decisão apontada como divergente.

A Editora Abril insiste na sua ilegitimidade **ad causam** e alega ofensa aos arts. 3º, 267, VI e 396 do CPC, bem como ao art. 100, da Lei 5.988/73.

As contra-razões aos recursos especiais vieram aos autos (fls. 309-310; 313-314).

Rejeitado o recurso extraordinário, conformou-se a CBF.

Admitidos os recursos especiais na origem (fls. 316-319), subiram os autos a este Eg. STJ.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): 1. Não conheço do recurso interposto pela Editora Abril, uma vez que apresentado por advogado sem procuração nos autos, conforme vem sendo certificado desde o processamento no Tribunal **a quo**. A jurisprudência firme da 2ª Seção é pela inexistência dos atos praticados por profissional que não tenha juntado aos autos o instrumento do mandato.

2. A primeira e principal argumentação da recorrente CBF está centrada na conceituação que faz do “direito de arena”, assim como definido no artigo 100, da Lei 5.988/73, sobre direitos autorais, e nos artigos 24 e 25 da Lei 8.672/93, chamada “Lei Zico”. Sustenta a recorrente que a exploração da imagem dos jogadores de futebol que tenham participado de uma competição graças aos recrutamento e remuneração patrocinados pela entidade esportiva está incluída no direito que esta tem de fixar a imagem do espetáculo esportivo em que atuaram os atletas.

Para responder negativamente a tal proposição, devo iniciar dizendo que o direito de arena é a subtração do direito de imagem daquele que participa do espetáculo para transferi-lo à entidade esportiva, que fica com o direito de autorizar a fixação, transmissão e retransmissão de imagem do espetáculo, distribuindo aos atletas apenas 20% do preço da autorização (art. 24, § 1º, da Lei Zi-

co). O direito de imagem é amplo e pertence por inteiro ao seu titular. Abre-se, no entanto, uma exceção para o atleta que participa de um espetáculo, reservando-se um percentual maior para a remuneração das entidades esportivas, que afinal são as que organizam, investem e remuneram para garantir o êxito do empreendimento. Nesse ponto, os atletas são apenas aqueles que ajudam a criar o espetáculo, e tudo o que for feito para a sua fixação, transmissão e retransmissão se insere dentro da regra do artigo 100 da Lei 5.988/73 e nos artigos 24 e 25 da Lei Zico. Isso explica porque a primeira regulamentação desse direito apareceu na lei sobre direitos autorais, pois vinculada de algum modo à criação artística dos que atuam no espetáculo.

Contudo, tal limitação feita ao direito do atleta deve ser interpretada restritivamente, excluindo do seu campo de incidência todas as demais situações onde a reprodução ou a divulgação da imagem não decorram diretamente da existência do espetáculo, pois o direito de arena se limita ao “próprio espetáculo que não pode ser fixado, transmitido ou retransmitido, sem autorização da entidade a que estiver vinculado o atleta” (**José de Oliveira Ascensão** — “Direitos dos outros intervenientes, além dos atletas, em caso de fixação, transmissão ou retransmissão de espetáculo desportivo público”, Rev. de Dir. Civil, v. 35, pág. 24). No caso, a reprodução se deu em circunstâncias alheias ao espetáculo propriamente

dito, há muito encerrado, ao qual se vincula apenas como um efeito mediato.

Sendo a imagem “toda a expressão formal e sensível da personalidade de um homem” (**Walter Moraes**, Direito à própria imagem, RT, 443), e assim objeto de um direito subjetivo privado, espécie de direito da personalidade, dá ao seu titular o poder dizer de si mesmo: “A minha figura, sendo exclusivamente minha, só eu posso usá-la, desfrutá-la e dela dispor, bem assim impedir que qualquer outro a utilize” (**Walter Moraes**, “Como se há de entender o direito constitucional à própria imagem”, Repertório IOB de Jurisprudência, 3/80).

Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssima, como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores, como a da figura que aparece numa fotografia coletiva, a reprodução da imagem de personalidades notórias, a que é feita para atender a um interesse público, com o fito de informar, ensinar, desenvolver a ciência, manter a ordem pública ou necessária à administração da justiça.

No caso dos autos, apesar de serem notórias as figuras dos jogadores, a reprodução de suas imagens não aconteceu em razão do propósito de informar, esclarecer ou atender a algum interesse de ordem pública. Houve a utilização da imagem simplesmente para satisfazer interesse predominantemente comercial, como está dito no v. acórdão recorrido. Tratava-se, portanto, de situação sobre a qual incide a regra geral: a reprodução, uso da imagem dependia de consentimento dos titulares, pois “o uso comercial da imagem de pessoa célebre é totalmente vedado sem o seu consentimento” (**Álvaro Antonio do Cabo e Notaroberto Barbosa**, Direito à própria imagem, Saraiva, pag. 82).

Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandadas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral. Além disso, também poderia ocorrer o dano patrimonial, pela perda dos lucros que tal utilização poderia acarretar, seja pela utilização feita pelas demandadas, seja por inviabilizar ou dificultar a participação em outras atividades do gênero. A exigência de demonstração do prejuízo afeiçoa-se aos sistemas em que o direito de imagem está ligado a outros direitos, quando então se torna indispensável o reconhecimento de que o ato de reprodução da figura trouxe prejuízos à honra, à privacidade, etc. Quando, no entanto, se

entende o direito à imagem como um direito que “por sua própria natureza opõem-se **erga omnes**, implicando o dever geral de abstenção” (**Orlando Gomes**, Introdução do Dir. Civ., pág. 132), o prejuízo já está na própria violação.

A orientação aqui exposta está em harmonia como o que vem sendo decidido no Brasil, como se pode ver no RE 91.328, de 1981, Rel. Min. Djaci Falcão; RE 95.872, 1982, Rel. Min. Rafael Mayer; Ac. do Trib. Alçada da Guanabara, 1974, RF 250/269, o que permitiu ao ilustre professor português **José de Oliveira Ascenção** dizer que “a persistência dessa orientação parece ser de molde a conduzir à formação de um costume na ordem jurídica brasileira” (**op. loc. cit.**). Hoje, tal direito tem suporte constitucional (artigo 5º, incisos X, XI e XXVIII).

Não vejo, portanto, configurada a alegada violação ao artigo 100 da Lei 5.988/72, ou aos artigos 24 e 25, da Lei 8.672/93 porquanto estas normas referem apenas ao direito de arena e, no caso, a exploração da imagem dos autores ocorreu fora desse âmbito.

Também não conheço do recurso por divergência jurisprudencial, pela dessemelhança entre o v. acórdão recorrido e o paradigma. Enquanto no acórdão recorrido ficou expressamente reconhecido tratar-se de exploração com finalidade comercial, e daí a existência de prejuízo, no acórdão paradigma tratou-se de situação em que não houve interes-

se comercial predominante, conforme ali registrado. Essa diversidade de situações pode levar a conclusões diversas, como de fato aconteceu.

Isto posto, não conheço dos recursos.

VOTO — VOGAL

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Senhor Ministro Ruy Rosado de Aguiar, V. Exa. falou que estaria caracterizado, no caso, interesse comercial dos recorridos?

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): Não. Das empresas que divulgaram: no caso da Editora Abril e da CBF, ou seja, das recorrentes. Esse interesse consistia em exploração econômica — figurinhas.

MATÉRIA DE FATO

O DR. HUGO MOSCA (Advogado): Senhor Presidente, esse álbum, chamado “Os Heróis do Tri”, é distribuição gratuita, não havendo interesse comercial.

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): No acórdão constou expressamente que havia interesse comercial. Apesar de não terem vendido, de qualquer forma, o acórdão viu interesse das entidades.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): O acórdão viu interesse comercial?

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): Viu interesse comercial.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Isso é matéria de fato que não podemos desconsiderar.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): Senhores Ministros, diante desse pormenor, a respeito do qual foram prestados esclarecimentos, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, porque não vislumbro, nesta publicação, vínculo com o direito de arena. Trata-se, realmente, da exploração de imagem, agora matéria elevada ao patamar constitucional.

Acompanho o Sr. Ministro Relator, não conhecendo, também, do recurso da Editora Abril pelo mesmo motivo exposto por S. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Não conheço do recurso da Editora Abril, uma vez que despido do instrumento de procuração, na linha do entendimento deste Tribunal.

Quanto ao recurso da CBF, sem embargo da bela sustentação do ilustre Advogado, também acompanho o Ministro Relator, observando, em primeiro lugar, que não se trata de incidência da denominada “Lei Zico”, porque esta é de vigência recente. Em segundo lugar, tra-

ta-se, conforme salientou com a precisão de sempre o Ministro Relator, de direito à imagem e não de direito de arena. Em terceiro lugar, porque, segundo acentuou o Sr. Relator, as instâncias ordinárias assentaram o interesse econômico. Logo, de fato e não de direito.

Aduzo, finalmente, que neste Tribunal examinei, em nível de agravo, caso que envolvia outros participantes da “jornada do TRI”. Naquela oportunidade, não acolhi o recurso interposto, pelo mesmo fundamento ora exposto pelo Ministro Relator.

Com estas considerações, em face do entendimento exposto, acompanho S. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, acompanho o Voto do eminente Ministro Relator, com os acréscimos ora aduzidos por V. Exa. e pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.420-0 — SP — (94.0009355-1) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recte.: Confederação Brasileira de Futebol — CBF. Advogados: Hugo Mosca e outro. Recte.: Editora Abril S/A. Advogados: Luiz Carlos Paschoalique e outros. Recdos.: Clodoaldo Tavares

Santana e outros. Advogados: Laurindo Vaz e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Hugo Mosca, pelo 1º Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu de ambos os recursos (em 12.09.94 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 46.433-1 — ES

(Registro nº 94.0009445-0)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Estado do Espírito Santo*

Recorridos: *Divino Lorete e outro*

Advogados: *Drs. Edinaldo Loureiro Ferraz e Izael de Mello Rezende e outros*

EMENTA: REsp — Constitucional — Processual Civil — Lei federal — Lei estadual — O Recurso Especial cura da legislação federal infraconstitucional e promove a uniformização da respectiva jurisprudência. Não trata de lei estadual. Quando o Tribunal de Justiça, invocando lei federal, supre omissão da legislação estadual, integrando-a, gera norma inspirada em outra; por isso, é de natureza estadual. A inspiração não se confunde com a norma individual, conforme a nomenclatura de *Hans Kelsen*.

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, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros

Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 30 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso espe-

cial interposto pelo Estado do Espírito Santo contra r. acórdão unânime da E. Primeira Câmara Cível do Estado do Espírito Santo, cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

“Ação ordinária — Preterição e impossibilidade de acesso ao quadro de oficiais da administração (QOA) da PMES — Decisão da comissão de promoção baseada no decreto federal que alterou as normas de acesso, quando os autores já possuíam os requisitos exigidos por lei estadual — Recurso de ofício conhecido, negando-lhe provimento à unanimidade.

Por ocasião da publicação do Quadro de Acesso, conforme consta dos autos, os autores possuíam as condições legais, conforme Lei Estadual nº 2.580/71. A aplicação do Decreto Federal nº 88.777/83, contrariando as normas da Lei Estadual nº 2.580/71, afronta os princípios da hierarquia das Leis e autonomia dos Estados. A decisão da Comissão de Promoção à época, feriu direito líquido e certo dos autores, razão pela qual o Juízo de 1º Grau julgou procedente o pedido. Recurso conhecido, negando-lhe provimento, à unanimidade” (fls. 64).

Alega o Recorrente contrariedade ao art. 242 do Código de Processo Civil, na medida em que “não houve intimação do Procurador do Estado da r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de 1º grau, já que a

primeira intimação foi dirigida a quem não era mais Procurador, sem em consequência anulada, e a 2ª intimação foi feita exclusivamente para conhecimento da descida dos autos, em razão dessa anulação”.

Sustenta, ainda, negativa de vigência do Decreto Federal nº 88.777/83, ao argumento de que este “não seria aplicável ao Estado por força do princípio da hierarquia das leis e autonomia dos Estados”.

O recurso foi admitido por força de agravo de instrumento (fls. 156).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Procurador-Geral Adjunto do Estado do Espírito Santo designou o Dr. Ednaldo Loureira Ferraz para representar o Estado em substituição ao Dr. Cláudio Ernesto Souza Alves, fls. 179. Isso se deu aos dezesseis de junho de 1992. Consta da certidão de fls. 184 que o Dr. Ednaldo Loureira Ferraz e Isabel de Melo Resende receberam a intimação no dia dezenove de janeiro de 1993. O julgamento ocorreu aos seis de abril de 1993, fls. 190 a 191. Estes dados desmoram a tese de nulidade por falta de intimação.

O recorrente não teve cerceado o direito de defesa; ao contrário, os elementos dos autos não o socorrem. A matéria restante, também, não enseja conhecimento do recurso. O recurso especial não cura da legislação estadual; ainda que a autori-

dade do Estado invoque legislação federal, quando o faz, incorpora-a ao respectivo ordenamento. Não se trata, pois, de afrontar legislação federal infraconstitucional. Neste sentido, decisão por mim proferida em agravo de instrumento. O Juiz Estadual invocara norma federal aplicável subsidiariamente à legislação estadual. Estadual ela se torna.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 46.433-1 — ES —
(94.0009445-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Estado do Espírito Santo. Advogado: Edinaldo Loureiro Ferraz. Recdos.: Divino Lorete e outro. Advogados: Izael de Mello Rezende e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 30.08.94 — 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 47.103-6 — SP

(Registro nº 94.0011553-9)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Roque Hermínio D'Ávila*

Recorrida: *Thereza Kukuchi*

Advogados: *Drs. Darcy de Arruda Miranda e outros, e Fábio Ramos de Carvalho*

EMENTA: *Concubinato — Sociedade de fato — Homem casado.*

A sociedade de fato mantida com a concubina rege-se pelo Direito das Obrigações e não pelo de Família. Inexiste impedimento a que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra, de fato ou de direito, com terceiro. Não há cogitar de pretensa dupla meação.

A censurabilidade do adultério não haverá de conduzir a que se loquente, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica.

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, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 29 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro WALDEMAR ZVEITER, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação ajuizada por Thereza Kukuchi contra Roque Hermínio D'Ávola, com quem afirma ter convivido maritalmente por longo período. Pretende o reconhecimento de sociedade de fato, requerendo sua dissolução, assegurando-se-lhe os direitos dela advindos. Ação julgada improcedente.

O acórdão proveu a apelação para declarar a dissolução da sociedade concubinária, reconhecendo à autora o direito à partilha dos bens, ressalvada a meação da mulher com quem foi casado o réu. Este, inconformado, interpôs recurso especial.

Com fundamento no art. 105, III, letras a e c, da Constituição Fede-

ral, sustentou que contrariados os arts. 3º, 6º, 128, 165, 458, 459, parágrafo único, 460, 461, 547, 551, e 552, § 1º, do C.P.C., além de divergência jurisprudencial. Apontou irregularidades processuais, alegando impropriedade do pedido. Asseverou que o acórdão recorrido proferiu julgamento fora dos limites da lide, não expressas as razões de decidir. Sustentou a inviabilidade de reconhecimento de sociedade de fato, fundada no concubinato, tratando-se de homem casado. Afirmou haver dissídio jurisprudencial.

Recurso admitido, opinando o Ministério Público pelo não conhecimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Destituída de fundamento a alegação de que o julgamento seria nulo, em virtude de ter-se efetuado sem que precedesse revisão. O "visto" do Revisor foi lançado à fl. 159 e a certidão de fl. 210 não deixa dúvida de que os autos lhe foram conclusos. E houve intimação para o julgamento como se verifica de fl. 212.

Igualmente falta base à assertiva de que o acórdão careceria de fundamentação. O voto do Relator contém ampla motivação e a ela obviamente aderiram os demais integrantes do colegiado, que concordaram com suas conclusões.

Não houve, também, julgamento fora ou além do pedido. Pleiteou-se o reconhecimento da sociedade de fato, com a partilha dos bens adquiridos enquanto ela durou, ou seja, de janeiro de 1952 a março de 1988. O acórdão determinou que isso se fizesse, colocando como termo final o ano de 1985 e estabelecendo fossem entregues à autora cinqüenta por cento daqueles bens, ressalvada a meação da mulher com quem foi casado o réu. Inexiste, como se vê, o pretendido vício.

Também não ocorre a afirmada inexequibilidade da decisão. Nada impede que se transfira à autora parte ideal dos bens, se isso se fizer necessário.

Relativamente à colaboração dada pela autora, para formação do patrimônio, trata-se de matéria de fato, que não se expõe a reexame na instância especial. E este Tribunal, por outro lado, tem afirmado que a colaboração não precisa ser direta, podendo revestir-se da forma indicada no acórdão. Assim, desta Terceira Turma, o REsp 1.648, de que fui Relator (Revista do STJ 9/361) e o REsp 483, Relator designado o Ministro Nilson Naves (DJ 09.10.90). Da Egrégia Quarta Turma, os Recursos Especiais 38.657, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo (DJ 25.04.94) e 45.886, Relator o Ministro Torreão Braz (DJ 26.09.94).

Por fim, a questão pertinente a ser o concubino casado.

A jurisprudência resistiu, durante muito tempo, a admitir a sociedade de fato, com a conseqüente partilha, em tais circunstâncias. Men-

cione-se, a propósito, o julgamento proferido no RE 103.775 (RTJ 117/1.264). Neste Tribunal, entretanto, vem-se firmando outro entendimento, embora se possa apontar, também, pelo menos um julgado que manteve fidelidade à doutrina tradicional (RE 5.202, Relator Ministro Barros Monteiro).

A corrente contrária argumentava com a impossibilidade do que qualificava de dupla meação, adjetivada de exótica, e salientava que não seria possível mantivesse o homem, simultaneamente, duas sociedades.

Parece-me que essas razões, **data venia**, são destituídas de base sólida. Inadmissível que o homem, ou a mulher, participe, ao mesmo tempo, de duas sociedades fundadas no Direito de Família. Em outras palavras, de duas sociedades conjugais. Não é, entretanto, o que se verifica. A sociedade entre os concubinos rege-se pelo Direito das Obrigações. Assim como o homem casado poderá fazer parte de sociedade comercial ou civil, ser-lhe-á dado constituir uma sociedade de fato com qualquer pessoa. Não se coloca o problema da chamada “dupla meação”. O direito da concubina advém de sua participação na formação do patrimônio e não se classifica como meação. Dissolvida a sociedade de fato, fará jus à parcela com que houver concorrido para a constituição ou crescimento daquele.

Acena-se, ainda, com a impossibilidade de a Justiça reconhecer, ao adultério, efeitos jurídicos patrimo-

niais. Mais fraco, ainda, se me afigura esse argumento. Filia-se à mesma fundamentação, supostamente moralista, que, em outros tempos, impedia o reconhecimento de filho adúlterino e que tinha, como conseqüência prática, livrar o adúltero da obrigação de sustentar o filho. No caso em exame, o homem casado, além de praticar o adultério, ainda se locupletará com o trabalho da concubina. Por ter-se como criticável a prática — e maior dose de censurabilidade haverá de recair sobre sua própria conduta — terá acrescidos seus proventos. Esse locupletamento indevido é que o Direito não tolera.

A questão foi objeto de exame em julgado desta Terceira Turma, cujo Relator designado, Ministro Nilson Naves, mostrou, com propriedade, as distinções que se impunham entre as duas sociedades, conduzindo a sua compatibilidade (REsp 5.537, DJ 09/09/91). Também no REsp 13.875, DJ de 24/02/92, decidido pela Egrégia Quarta Turma. Do voto do Relator, Ministro Athos Carneiro, transcrevo trecho expressivo:

“Passando a examinar os argumentos do v. aresto, considero *equivocada* a assertiva de que não possa do concubinato adúlterino resultar uma sociedade de fato, por pesar sobre o patrimônio uma “meação necessária”, surgindo assim uma “dupla meação em detrimento da família legítima”. Realmente, se do trabalho e da

atividade de duas pessoas em conjunto, surge um patrimônio, ou resultam acréscimos ao patrimônio já preexistente de uma delas, é evidente que no plano do direito das obrigações e do direito das coisas resultou um condomínio sobre o patrimônio surgido, ou sobre a parcela acrescida, pouco importando se um dos partícipes na formação do patrimônio já é casado, e pouco importando se os partícipes mantêm ou não convivência **more uxorio**.

A meação da esposa legítima, se o partícipe varão é casado pelo regime da comunhão, não pareceu: irá concretizar-se sobre o quinhão de seu marido, mas jamais sobre o quinhão pertencente ao outro partícipe. Somente impropriamente fala-se em “meação” da concubina, mesmo porque o quinhão desta no patrimônio comum, ponderado o grau de sua participação, pode ser menor, igual ou mesmo superior à metade, do dito patrimônio.” — Lex — nº 38, p. 155.

Não houve violação da lei. E dissídio não se demonstrou. Quanto à matéria processual, as hipóteses não guardam similitude. No que diz com a questão de fundo, o acórdão trazido a confronto é do mesmo Tribunal que proferiu a decisão recorrida.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 47.103-6 — SP — (94.0011553-9) — Relator: O Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Roque Hermínio D’Avola. Advogados:

Darcy de Arruda Miranda e outros.
Recda.: Thereza Kukuchi. Advogado:
Fábio Ramos de Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade,
não conheceu do recurso especial
(em 29.11.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os
Srs. Ministros Waldemar Zveiter,
Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson
Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro WALDEMAR ZVEITER.

RECURSO ESPECIAL Nº 47.229-6 — SP

(Registro nº 94.0011853-8)

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

Recorrente: *OMEL S/A Indústria e Comércio*

Recorrido: *Estado de São Paulo (Fazenda Estadual)*

Advogados: *Drs. Wanderlei Ban Ribeiro, e José Celso Duarte Neves e outros*

EMENTA: *Processual — Advogado — Intimação — Erro na grafia do nome — Nulidade (CPC, art. 236, § 1º).*

— A intimação mediante publicação em jornais (CPC, art. 236) é modo inseguro e perigoso de comunicação processual. Urge cercá-lo de todas as garantias possíveis.

— As cautelas recomendadas pelo § 1º do art. 236 devem ser observadas, ao pé da letra.

— É nula a intimação, se na publicação o nome do advogado figurou com a primeira letra trocada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Mil-

ton Luiz Pereira e Demócrito Reinaldo. Ausentaram-se, justificadamente, os Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

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

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O MM. Juiz de primeiro grau não recebeu apelação interposta pela ora Recorrente.

A rejeição tomou como fundamento afirmada intempestividade do recurso: A Apelante teria recebido intimação da Sentença e deixado fluir, em silêncio, o prazo recursal.

Em agravo de instrumento, a recorrente sustentou o aproveitamento do recurso abortado. Afirmou que a intimação da Sentença é ineficaz, em relação a ele. Isto, porque seu nome foi grafado erradamente, na publicação que funcionou como ato de comunicação processual.

O Agravo foi desprovido. O V. Acórdão, embora reconhecendo existir irregularidade, emprestou-lhe pouco valor.

O Aresto enfrenta recurso especial, fomentado em afirmada ofensa ao art. 236, § 1º, do Código de Processo Civil.

Esta, a controvérsia.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): A publicação na imprensa constitui método extremamente imperfeito e perigoso de comunicação processual. Tanto, que todos os figurantes das atividades forenses — na medida em que disponham de capacidade para influir na produção legislativa — fogem dela.

Com efeito, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Estado, reservam-se o direito de receber pessoalmente as intimações.

A comunicação processual através da imprensa é reservada ao advogado liberal.

Este, a cada dia é obrigado a procurar seu nome, perdido como agulha no palheiro, entre milhares de publicações, espalhadas nas centenas de páginas dos Diários Oficiais.

Se o método é inseguro, urge cercá-lo de todas as garantias possíveis. Tanto mais, quando se leva em conta a circunstância de que a inobservância das cautelas prejudica, não apenas o advogado, mas a parte, sua constituinte.

Para que isto ocorra, é necessário que se tome ao pé da letra o preceito contido no § 1º do art. 236, nestes termos:

“É indispensável, sob pena de nulidade, que das publicações constem os nomes das partes e de seus advogados.”

Desnecessário registrar que ao se referir a “nome”, a Lei se refere ao nome correto. Nome erradamente grafado não é nome.

Se, na época em que se editou o CPC, a preocupação com o nome já existia, hoje ela cresce em importância.

É que, atualmente, o volume dos jornais e o número de publicações nele contidas torna impossível a leitura direta. A tarefa passou a ser

confiada a computadores, que lêem as páginas dos diários oficiais, nelas detectando o nome do causídico.

A leitura pelo computador traz alguma segurança.

No entanto, para que ela tenha eficácia, é necessário que os nomes estejam corretamente escritos.

Sabemos todos que, embora constitua precioso auxiliar da atividade humana, o computador carece de discernimento. Para ele, a troca de uma letra conduz a novo vocábulo, bem diferente daquele a ser procurado.

A troca é tanto mais importante, quando o erro ocorre na primeira letra do vocábulo. É que a seleção dos termos se faz na ordem seqüencial dos caracteres. Para o computador, o vocábulo Humberto nada tem a ver com a palavra Umberto. Se está programado para localizar “Humberto” e lançar o termo na relação da letra “H”, ele, simplesmente, ignorará a palavra defeituosa. Dirá, a final, que “Humberto” não foi intimado.

Na hipótese, o advogado da parte intimada chama-se Wanderlei. Na intimação malsinada, indicou-se como advogado da parte, alguém chamado Vanderlei.

Diz o acórdão, que a troca não gerou prejuízo, porque “o patrono do recorrente era perfeitamente identificável.” (fl. 32)

Semelhante assertiva, talvez fosse correta, há vários anos — quando ainda era possível o acompanhamento direto das publicações. Hoje, depois de o socorro ao computador

haver-se tornado essencial, a troca da primeira letra praticamente impossibilita a identificação do patrono.

Diante de erro bem menos comprometedor que este, a Segunda Turma deste Tribunal, conduzida pelo e. Ministro Américo Luz, declarou imprestável publicação que, referindo-se ao Advogado João Ferreira da Silva Júnior, intimou João Ferreira da Silva. Isto ocorreu no julgamento do REsp 4.052 (RSTJ 13/419).

Dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Ministro Relator, não podemos adaptar o nosso Código a essas questões de técnica que estão sendo usadas em computador.

A diferença de uma letra, no caso, WANDERLEY, com “W” ou “V”, não é justificativa para que o Advogado negue tratar-se dele.

O Código diz que a publicação tem que ser de tal modo que o sujeito saiba que foi ele o intimado.

Ressalvo o meu ponto de vista, mas acompanho V. Exa.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 47.229-6 — SP — (94.0011853-8) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Humberto Gomes de Barros. Recte.: OMEL S/A Indústria e Comércio. Advogado: Wanderlei Ban Ribeiro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: José Celso Duarte Neves e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 25.05.94 — 1ª Turma).

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

Ausentaram-se, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 47.450-7 — GO

(Registro nº 94.0012318-3)

Relator: *O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar*

Recorrentes: *Sebastião Manoel Duarte e outros*

Recorrido: *Banco do Brasil S/A*

Advogados: *Adilson Ramos e outros, e Afonso de Araújo Campos e outros*

EMENTA: Prazo. Preparo. Prorrogação. Feriado forense.

Tendo a parte efetuado o preparo do seu recurso no dia seguinte ao término do prazo, prorrogado pelo feriado do dia do funcionário público, observado na comarca, não se pode considerar intempestivo o ato apenas por não ter sido providenciada a juntada de certidão, provando a justa causa. Se o impedimento é provocado pelo próprio serviço da Justiça, não se pode exigir da parte, que já sofre com a falta de sua prestação, o dever de juntar certidões sobre o fechamento do foro, sob pena de deserção.

Art. 184, § 1º, inciso I, do CPC.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso pela alínea a e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR,
Presidente. Ministro RUY ROSADO
DE AGUIAR, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Sebastião Manoel Duarte e outros opuseram embargos à execução contra o Banco do Brasil S/A, julgados improcedentes.

Os embargantes apelaram, e a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, à unanimidade, não conheceu do recurso, sob a seguinte ementa:

“Apelação cível. Preparo a destempo. Deserção.

1 — Nos termos do art. 519 do Código de Processo Civil, o prazo para o preparo do recurso é de dez dias, contados da intimação da conta, salvo justo impedimento.

2 — Quando esse preparo é feito depois do prazo, e a parte nenhum impedimento demonstrou, decreta-se a deserção do recurso.

3 — Apelação não conhecida.”
(fl. 221)

Os apelantes ingressaram com embargos de declaração, alegando que o último dia do prazo (28.10) fora feriado forense, tendo sido por isso efetuado o preparo no dia seguinte (29.10).

Os embargos foram rejeitados, sob o fundamento de que a prova do fato impeditivo veio a destempo.

Com isso, Sebastião Manoel Duarte e outros interpuseram o presente recurso especial (art. 105, III, a e c, da CR).

Amparados no art. 184, parágrafo primeiro, inciso I, do CPC, sustentam que o acórdão hostilizado violou lei federal ao decidir pela intempestividade, eis que o último dia do prazo para preparo do apelo correspondeu a feriado forense, conforme a certidão de fl. 227, vencendo-se o referido prazo, portanto, no dia subsequente. Indica divergência jurisprudencial.

Nas contra-razões, o banco sustenta que o artigo de lei invocado não foi objeto de julgamento, enquanto que a divergência ficou indemonstrada.

Admitido o apelo especial, vieram os autos a esta eg. Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): A questão federal foi claramente proposta nos embargos de declaração, onde afirmado o fato do encerramento das atividades forenses no último dia do prazo previsto no art. 527, e conseqüente impossibilidade de nele ser efetuado o preparo, assim prorroga-

do para o dia seguinte. O v. acórdão, embora considerasse relevantes os argumentos, julgou tardia a justificação, rejeitando os embargos.

Tenho por ocorrente aí clara negativa ao disposto no artigo 184, parágrafo único, inciso I, do CPC: “Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que: I — for determinado o fechamento do fórum”. A certidão de fl. 227, visada pelo Diretor do Foro, assegura que no dia 28 de outubro não houve expediente judiciário da comarca, por ser feriado estadual.

Não me parece que a lei imponha à parte, surpreendida com o fechamento dos serviços forenses, o dever de, ao praticar o ato no dia seguinte, ainda juntar aos autos certidão explicativa dos motivos pelos quais entendeu prorrogado o seu prazo. O não funcionamento decorreu de ato da administração da Justiça que, ao mesmo tempo em que fecha suas portas, não pode mostrar-se tão exigente em relação aos seus usuários. Cumpra ao cartório, se tanto fosse necessário, desde logo certificar a falta da prestação do serviço público, assim explicando o motivo da prorrogação, e não atribuir ao cidadão, já prejudicado com o *feriado*, ainda mais o encargo de obter uma certidão e providenciar na sua juntada.

A justa causa que deve ser provada pela parte, impeditiva da prática do ato no prazo previsto, é aquela estranha à Justiça. Quando esta é a causadora do impedimento, não há como considerar intempestivo o ato praticado na forma do artigo 184, § 1º, inciso I, apenas porque o interessado não fez certificar nos autos o não funcionamento do próprio cartório.

Isto posto, conheço do recurso pela alínea a e lhe dou provimento, para afastar o juízo de deserção.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 47.450-7 — GO — (94.0012318-3) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recus.: Sebastião Manoel Duarte e outros. Advogados: Adilson Ramos e outros. Recdo.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Afonso de Araújo Campos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela alínea a e deu-lhe provimento (em 14.11.94 — 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 49.193-2 — SP

(Registro nº 94.0016222-7)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Laerci Lorencini Moraes e cônjuge*

Advogados: *Drs. Fátima Fernandes Catellani, e Gustavo L. C. Maryssael de Campos e outros*

EMENTA: Desapropriação indireta — Não indenização — Proibição de corte raso da vegetação — Prescrição — Ação real.

Se toda a propriedade dos recorridos é coberta por vegetação que foi proibida de ser cortada é irrelevante o fato de não ter havido apossamento administrativo, porquanto esvaziado o conteúdo econômico da propriedade.

Tratando-se de desapropriação indireta, ação real, a prescrição é de vinte anos.

Recurso improvido.

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, negar provimento ao recurso.

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

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

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Laerci Lorencini Moraes e outros ajuizaram ação de indenização por Desapropriação Indireta contra a Fazenda do Estado de São Paulo.

Esclarecem serem proprietários de imóvel rural, com área total de 24 alqueires, sendo que o Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais baixou Portaria proibindo o corte raso da vegetação na propriedade dos autores, por configurar esta, vegetação em estágio secundário e tardio de regeneração.

Sustentam o direito à indenização, uma vez que tiveram anulado o exercício do direito de propriedade.

Apreciando o feito o MM. Juiz de Direito da 11ª Vara da Fazenda Pública julgou os autores carecedores da ação, por ausência do interesse processual e ilegitimidade passiva **ad causam**, bem como reconheceu a prescrição do direito à indenização, julgando extinto o processo na forma dos artigos 267, VI, e 269, IV, do CPC (fls. 98/106).

Inconformados, os autores apelaram, tendo o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastado a prescrição, ao argumento de que a ação é real imobiliária (fls. 136/139).

Opostos embargos declaratórios, foram os mesmos rejeitados (fls. 162/165).

Às fls. 178/205, a Fazenda do Estado de São Paulo interpõe recurso especial, com apoio nas alíneas a e c do permissivo constitucional, onde aponta como violados os artigos 3º do CPC, 76, 160, inciso II, e 572, do CC, o Decreto-lei nº 20.910/32, o Decreto 50.813/61, a Lei nº 4.771/65 e a Legislação Federal Florestal e Ambiental, além de divergência jurisprudencial.

Sustentam, em síntese, que a presente ação não pode ser enquadrada como uma expropriatória indireta, já que inexistente apossamento administrativo por parte do Estado e muito menos esbulho ou ato ilícito.

Aduzem, a desnecessidade da realização de perícia, como determinado pelo v. aresto hostilizado, requerendo a extinção do feito em razão da inépcia da inicial.

Alegam, por fim, que a prescrição, no caso é quinquenal (Decreto-lei nº 20.910/32).

Oferecidas contra-razões (fls. 212/216), foi o recurso admitido (fls. 218/224), subindo os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Aponta a recorrente como violados vários dispositivos legais alguns deles versando sobre questões devidamente questionadas.

Conheço do recurso pela letra a.

O recurso, a meu ver, não merece provimento.

Sustenta a recorrente haver apenas limitação administrativa e se trata de ação ordinária de indenização e não de desapropriação indireta, regulada pela prescrição quinquenal e não vintenária, e sua ilegitimidade de parte.

No caso se trata de ação de desapropriação indireta e não de simples limitação administrativa e com esta denominação foi ajuizada (fls. 02) e o pedido é para ser a recorrente condenada a indenizar os autores pelo valor total do imóvel atingido (fls. 05). Se toda a propriedade dos recorridos é coberta de vegetação que foi proibida de ser cortada (doc. de fls. 11) é irrelevante o fato de não ter havido apossamento administrativo, porque ficou esvaziado

de conteúdo econômico e os autores proibidos de explorar, economicamente a sua propriedade. Esta Egrégia Turma, no Recurso Especial nº 28.239-SP, DJ de 22/11/93, Relator o eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, entendeu que:

“1 — A criação da reserva florestal “Parque Estadual da Serra do Mar”, não importou em apossamento administrativo. No entanto esvaziou o conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem.

2 — O tombamento da área impede a utilização do imóvel segundo sua natural destinação, pelo que impõe-se a indenização dos proprietários pelo desfalque sofrido em seu patrimônio.

3 — A ação de desapropriação indireta é de natureza real. Ela não se expõe à prescrição quinquenal. O titular do domínio agredido pela desapropriação indireta, enquanto não ocorrer usucapião tem ação para pleitear ressarcimento.”

Se se trata de ação de desapropriação direta, ação real a prescrição é de vinte anos. Neste sentido os Recursos Especiais nºs 30.674-SP, DJ de 22/11/93, Relator eminente Ministro Humberto Gomes de Barros; 7.051-PR, julgado no dia 28 de agosto de 1991; 3.656-SP, decisão de 06 de agosto de 1990 e 41.794-5-PR, DJ de 21/03/94; 7.188-SP, DJ de 30/08/93 e 25.475-PR, DJ de 16/11/92, dos quais fui Relator;

8.488-PR, DJ de 14/03/94, Relator o eminente Ministro Peçanha Martins; 30.674-SP, DJ de 22/11/93, Relator eminente Ministro Humberto Gomes de Barros e 7.553-SP, DJ de 18/10/93, Relator eminente Ministro Milton Luiz Pereira.

A presente ação, mesmo tendo sido ajuizada como ação de desapropriação indireta, poderia, perfeitamente, ser convertida em ação ordinária de indenização regulada pela prescrição quinquenal que, no caso concreto, não teria se consumado, porque ela só deve ser contada a partir da publicação da Portaria nº 03, de 12/03/90 que proibiu o desmatamento na propriedade dos autores (docs. de fls. 11 e 15) e a presente ação foi distribuída no dia 12/12/91.

Como se vê, não ocorreu a prescrição seja vintenária ou quinquenal.

Se foi um órgão do Estado que baixou o ato proibindo o desmatamento das terras dos recorridos (docs. de fls. 11 e 15), é claro que o recorrente é parte legítima para responder pelos danos decorrentes, deste seu ato e não a União que não praticou nenhum ato contra o direito dos autores.

Se a interdição da propriedade atingida foi total ou parcial e a extensão dos danos só pode ser apurada através de prova pericial e, por isso, é necessário que esta ação continue.

Nenhuma censura merece o venenando acórdão recorrido.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 49.193-2 — SP —
(94.0016222-7) — Relator: O Sr. Mi-
nistro Garcia Vieira. Recte.: Fazen-
da do Estado de São Paulo. Advoga-
da: Fátima Fernandes Catellani.
Recdos.: Laerci Lorencini Moraes e
cônjuge. Advogados: Gustavo L. C.
Maryssael de Campos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, negou provimento ao recurso
(em 08.06.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro DEMÓCRITO REINALDO.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.217-9 — DF (Registro nº 94.0018496-4)

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

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorridos: *RMC S/A Sociedade Corretora e outros*

Interessada: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Drs. Rosa Maria Motta Brochado e outros*

EMENTA: *Recurso especial. Ação declaratória de relação jurí-
dico-tributária, cumulada com pedido de depósito. É inadmissível,
no mesmo processo, pedidos de conteúdo declaratório e condena-
tório com pedido cautelar, para os quais não há possibilidade de
se adotar o mesmo rito.*

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Su-
perior Tribunal de Justiça, por una-
nimidade, conhecer do recurso e
dar-lhe provimento, na forma do re-
latório e notas taquigráficas cons-
tantes dos autos, que ficam fazendo

parte integrante do presente julga-
do. Participaram do julgamento os
Srs. Ministros Hélio Mosimann e
Peçanha Martins. Ausentes, justifi-
cadamente, os Srs. Ministros Amé-
rico Luz e Antônio de Pádua Ribe-
iro.

Brasília, 05 de outubro de 1994
(data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,
Presidente. Ministro JOSÉ DE JE-
SUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JE-
SUS FILHO: RMC S/A — Socieda-
de Corretora e outras, ajuizaram
ação declaratória de inexistência de
relação jurídico-tributária no que se
refere a taxa de fiscalização do mer-
cado de valores mobiliários, cumu-
lada com pedido de depósito em juízo
das quantias apuradas a título da
referida exação. O MM. Juiz **a**
quo reconsiderando despacho ante-
rior que autorizava os depósitos ju-
diciais de que trata o art. 151, II, do
CTN, condicionou a sua realização
a propositura de medida cautelar
incidental, notando ser impróprio o
procedimento que vinha sendo ob-
servado nos autos da ação principal.
Contra essa decisão as impetrantes
interpuseram agravo de instrumen-
to e mandado de segurança para
dar efeito suspensivo ao agravo a
fim de restabelecer a efetivação dos
depósitos judiciais que garante a
suspensão da exigibilidade do crédito
tributário, enquanto pendente a
decisão de mérito de que trata a
ação principal. A segurança veio a
ser concedida por unanimidade de
votos pelo Tribunal Regional Fede-
ral da 1ª Região em acórdão refleti-
do nesta ementa:

*“Processo Civil. Mandado de se-
gurança. Depósito de crédito tri-
butário. Faculdade do contribuin-
te.*

1. A jurisprudência da 2ª Seção
desta Corte vem se orientando no
sentido de que ao contribuinte é
facultado efetuar o depósito do
montante do crédito tributário,
para suspender sua exigibilidade,
quer em procedimento adminis-
trativo ou judicial e, inclusive,
em sede de mandado de seguran-
ça (art. 151, IV, CTN).

2. Segurança concedida.” (fls. 197)

Dessa decisão manifestou o Mi-
nistério Público Federal embargos
de declaração que foram rejeitados.
Daí o recurso especial do Ministério
Público Federal invocando a sua
qualidade de fiscal da lei, estribado
nas letras **a** e **c** da permissão cons-
titucional, alegando que o v. acór-
dão impugnado negou vigência ao
artigo 292, § 1º, do CPC, e divergiu
de julgados que indica. Foi o recur-
so inadmitido. Todavia, provi o agra-
vo para melhor exame da demanda.
Subindo os autos a esta Corte, aqui,
opinou a douta Subprocuradoria-Ge-
ral da República pelo improvimento
do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JE-
SUS FILHO (Relator): As empresas
recorridas, contrariando as normas
procedimentais, previstas no § 1º do
artigo 292 do CPC, aforaram contra
a União Federal, ação declaratória
de inexistência de relação jurídico-
tributária, cumulada com pedido de
depósito.

“A finalidade da ação declaratória é pôr termo à incerteza jurídica relativa a direitos e obrigações, já existentes.”

Sendo assim, é inadmissível no mesmo processo pedidos de conteúdo declaratório e condenatório com pedido cautelar, para os quais não há possibilidade de se adotar o mesmo rito, como sustenta o Ministério Público Federal, com suporte em decisões do antigo e sempre lembrado Tribunal Federal de Recursos, em julgados dos em. Ministros Pádua Ribeiro e Eduardo Ribeiro reproduzidos na RTFR nºs 148/43 e 152/30, assim ementados:

“É cabível cautelar em ação declaratória. Não cabe, porém, cumular pedido declaratório e pedido cautelar, no mesmo processo, por não ser adequado aos referidos pedidos o mesmo tipo de procedimento.”

“Liminar. Inadmissibilidade em processo de conhecimento. Impossibilidade, outrossim, de cumulação do processo cautelar com o de conhecimento cuja eficácia visa a resguardar.”

Pelo exposto, conheço do recurso por ambos os fundamentos da previsão constitucional e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido e em consequência denegar a segurança impetrada.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.217-9 — DF — (94.0018496-4) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Ministério Público Federal. Recdos.: RMC S/A Sociedade Corretora e outros. Advogados: Rosa Maria Motta Brochado e outros. Interes.: Fazenda Nacional.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.10.94 — 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 ESPECIAL Nº 50.538-0 — RS

(Registro nº 94.0019343-2)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Rodobens Administração e Promoções Ltda.*

Recorrida: *Grassi e Companhia Ltda.*

Advogados: *Drs. Roberto Lopes da Silva e outros, e Fabrício Schumacher Fermino e outros*

EMENTA: Processo Civil. Representação postulatória.

A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial por ambas as alíneas e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, José Dantas, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Jesus Costa Lima.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Bueno de Souza e Cid Flaquer Scarcezini.

Brasília, 10 de novembro de 1994 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Renovo o relatório que lancei nos autos, ao levar o feito a julgamento perante a Terceira Turma:

“Trata-se de recurso especial manifestado por Rodobens Admi-

nistração e Promoções Ltda., com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão da e. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, que não conheceu de recurso de apelação, por isso que subscrito por advogado sem procuração nos autos.

Nas razões recursais, alega-se negativa de vigência ao art. 13 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Contra-razões a fls. 283/285.

Processado e admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente”.

Votando, não conheci do recurso, a teor dos seguintes fundamentos:

“O v. acórdão recorrido decidiu na esteira de julgados deste Tribunal a propósito do **thema decidendum**, invocando, inclusive, o acórdão desta Turma no REsp nº 2.126. Com efeito, considera-se inexistente o recurso subscrito por advogado sem procuração nos autos, não se aplicando o art. 13 do CPC, que diz respeito tão-só ao suprimento de irregularidade verificada na representação da parte, regulada a capacidade pos-

tulatória pela norma do art. 37 do mesmo Código.

Conhecendo do recurso, pelo dissídio, nego-lhe provimento. É como voto, Senhor Presidente”.

O eminente Ministro Nilson Naves formulou pedido de vista, propondo na assentada seguinte que se afetasse o julgamento à Corte Especial, na forma regimental, por tratar-se de relevante questão comum às três Seções do Tribunal.

Acolhida a proposta, por votação, pedi dia.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A questão em torno da qual se controverte foi apreciada pela Segunda Seção, em sede de embargos de divergência, que acabou se fixando no entendimento de que aplicável o art. 13 do CPC no caso de defeito da representação postulatória, relativamente às instâncias ordinárias (E. Div. REsp nº 14.827-8-MG).

Peço vênia para ler o voto-*vista* proferido pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, que estampa precisamente a posição da corrente majoritária:

“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 REsp’s 6.445, 9.308 e 10.028, da eg. 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 abrangente 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 edição arremata, em suas “Primeiras Linhas” (Saraiva, 13ª ed., 1987, 1º vol., cap. XXXIV, nº 293):

‘Autores há, seguindo **Carnelutti**, 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 a capacidade processual; b) a representação voluntária, voluntariamente determinada pela parte, de natureza convencio-

nal; c) e a representação propriamente processual, a consistente na terceira espécie das representações acima aludidas, e em virtude da qual 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, res-

pondendo 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 processo 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 se 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 propositura 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 vênias 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

pletora de causas semelhantes e respectivos recursos, a cargo de 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 conduzindo, 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 reprovação 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, págs. 1/4:

'Processo Civil. Mandato. Suprimento. 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 Sr. 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 suprimento 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 AgRg's 37.800-RS, 37.804-RS e 40.794-TO."

Não sem antes deixar consignado que, ao proferir o meu voto, não atentei para este precedente, até por que não participei do julgamento, limitando-me a seguir a orientação que prevalecia na Turma, estou

firmemente convencido do acerto com que se houve a Segunda Seção.

Deveras, a interpretação sistemática induz o raciocínio no sentido de que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, o que se revela mais consentâneo com os princípios que informam o nosso processo civil.

Assim, conheço do recurso, por ambas as alíneas, e lhe dou provimento, para cassar o acórdão, determinando que se prossiga no julgamento da apelação, porquanto o instrumento de mandato já foi juntado aos autos (fls. 279/280).

É como voto, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: De acordo com o art. 13, se o juiz verifica a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, cabe-lhe marcar prazo para ser sanado o defeito. Já de acordo com o art. 37, o advogado não será admitido a procurar em juízo, sem o instrumento de mandato.

Acho que estamos caminhando para determinar que é aplicável à instância ordinária o art. 13. Apenas à instância ordinária! A solução não é ideal mas, a meu ver, é a que melhor se ajusta à função do processo (juízo de certeza, busca da verdade, enfim, justiça às partes). A literalidade do art. 13 não se refere

à representação que se faz por intermédio de advogado. A irregularidade sanável ali prevista tem a ver com a representação descrita nos arts. 8º a 12. Isto, porém, não nos impede de estabelecer sua aplicação a essa espécie de representação, e tal em nome de princípio superior ou adotando a seu respeito interpretação diversa da simplesmente literal.

O que nem sempre me pareceu razoável era a sua aplicação à instância especial. Aliás, já se encontra assentado nesta Corte, conforme a Súmula 115: "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos". Creio correta a adoção dos dois critérios. As instâncias ordinária e especial têm diferentes finalidades. Que seja dada oportunidade para sanar-se o defeito na instância cuja maior preocupação é com o direito da parte, vá lá!, o procedimento é justificável e merece ser sustentado, mas não se o justifica na instância cuja finalidade é a de garantir a supremacia das leis federais.

Mas penso eu que boa justificativa para o discrimen é a pragmática. Que obviamente não exclui outras. Não há sentido se faça no Superior Tribunal de Justiça conversão em diligência para sanção de defeitos. De um lado, isto seria um Deus nos acuda, uma vez que temos jurisdição em todo o território nacional. De outro lado, vamos e venhamos, mas essa não é uma das funções deste Tribunal.

Na 3ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, acompanhei votos pela aplicação do art. 13, por exemplo: “Processual Civil. Ação cautelar. Representação das partes. Carências. Se bem que a carência da representação dos autores na ação cautelar não se supra pela regular representação na ação principal, no caso, cumpre ensejar-se a sanção do vício, nos moldes do art. 13 do CPC.” (AC 121.418, Sr. Ministro José Dantas, DJ de 26.2.87).

Aqui no Superior, não apliquei o art. 13, quando relatei o REsp 5.392. Fiquei vencido, e para o acórdão o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro escreveu essa ementa: “Embargos à execução — Advogado — Mandato — Falta. Não apresentando procuração o subscritor dos embargos, e não usando da faculdade prevista no artigo 37 do CPC, deverá o juiz marcar prazo razoável para que seja a falta suprida. Aplicação do disposto no artigo 13 do CPC”. Mas a Turma tomou depois outra orientação, conforme essas ementas:

— “Processual Civil. Inexistência de instrumento de mandato. Art. 13 do CPC. Não se conhece de apelação em cujos autos não se encontra instrumento de mandato passado ao subscritor do recurso. Inexistência de violação ao art. 13 do CPC. Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido.” (REsp 27.775, Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ de 17.5.93)

— “Mandato — Falta — Recurso não conhecido. Jurisprudência

de ambas as Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido da inaplicabilidade do artigo 13 do CPC, em vista do que dispõe o artigo 37 do mesmo Código. Ressalva do ponto de vista pessoal do Relator.” (REsp 30.931, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 26.4.93)

— “Advogado. Postulação sem mandato. Acórdão que declarou nulo o processo de execução, por não ter o advogado instrumento de mandato. De acordo com a orientação da 2ª Seção do STJ, a esses casos não se aplica, de fato, o art. 13 do Cód. de Pr. Civil, mas, isto sim, o art. 37 do mesmo Código. Recurso conhecido pela alínea c mas improvido.” (REsp 32.272, Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 10.5.93)

E da 4ª Turma:

— “Apelação. Ausência de mandato. Não é de ser conhecida a apelação firmada por advogado desprovido de procuração nos autos. Inaplicável ao caso o art. 13 do CPC, que diz respeito tão-só ao suprimento de irregularidade havida na representação da parte. Precedentes. Recurso especial não conhecido.” (REsp 24.273, Sr. Ministro Barros Monteiro, DJ de 15.10.92).

Foi por ocasião do julgamento dos EREsp 14.827 que se deu pela aplicação do art. 13. Ficou então assentado no seio da 2ª Seção, segundo a ementa do acórdão, que

“Processual Civil. Instrumento de mandato. Inexistência.

I — Assentado na jurisprudência da Corte o entendimento no sentido de que, não apresentando o signatário do recurso de apelação o instrumento de mandato e não se valendo da faculdade prevista no art. 37 do CPC, deverá o Dr. Juiz marcar prazo razoável para que seja a falta suprida. Aplicação do disposto no art. 13, do mesmo diploma processual civil.

II — Embargos conhecidos e providos.” (Sr. Ministro Waldemar Zveiter, Relator para o acórdão, DJ de 9.5.94)

Na condição de Relator dos embargos fui voto vencido. Votei para que, em casos dessa ordem, fosse também considerado inexistente o recurso ordinário. Mas quero agora acompanhar o pensamento que ficou assentado lá na 2ª Seção.

Em conformidade, pois, com o decidido pela 2ª Seção nos EREsp 14.827, estou aderindo ao voto do Sr. Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, sobre este tema pus-me em divergência com o acórdão da Seção, porque sempre entendi que, até topograficamente, não seria possível tratar da mesma situação em dois dispositivos diferentes do Código de Processo Civil, arts. 13 e 37. Entendia, como faço até ho-

je, que o art. 13 diz respeito à representação da parte incapaz ou da pessoa jurídica, enquanto que o art. 37 regula exaustivamente a questão da representação postulacional. Fiquei vencido na Seção e não vejo por que, nesta última sessão em que estou atuando na Corte, me possa pôr em discordância com o voto do eminente Sr. Ministro Relator. De modo que vou acompanhá-lo com ressalva.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: — Nas instâncias ordinárias pode-se aplicar os artigos 13 e 37, porque versam sobre hipóteses diferentes.

No artigo 13, verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o Juiz suspenderá o prazo para que seja sanada a irregularidade. É evidente que, como Juiz, se faz isso sempre.

A hipótese do artigo 37 é outra. O advogado, para evitar decadência, a prescrição, para poder praticar atos urgentes, intervém no processo sem procuração, mas protesta pela sua juntada que terá de ser feita no prazo de 15 dias, sob pena de não serem convalidados os atos.

Ambos os dispositivos podem ser aplicados. Na instância especial, temos a Súmula nº 115, onde o recurso é inexistente.

Acompanho o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, tenho para mim que, tanto na Instância Ordinária, como na Especial, dever-se-ia aplicar o dispositivo do art. 13 do Código de Processo Civil. Mas, tendo em vista a existência de uma Súmula desta Corte que diz ser inexistente na Instância Especial o recurso interposto por advogado, sem procuração nos autos, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, também quero fazer uma ressalva. Sempre interpretei os arts. 13 e 37 do Código de Processo Civil de forma a entender que, no caso de irregularidade de representação da parte quanto ao seu advogado, o juiz deve marcar prazo para saná-la. Prazo este previsto no artigo antes mencionado — art. 37 do Código de Processo Civil. Creio que essa é a exegese que melhor se conforma com a finalidade do processo.

Quanto à Instância Especial esta Corte editou a Súmula nº 115, nestes termos:

“Na Instância Especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.”

Na hipótese, porém, segundo assinalou o Relator, a questão versa

sobre irregularidade de representação ocorrida nas Instâncias Ordinárias.

Assim, em tudo e por tudo, não posso deixar de acompanhar o Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.538-0 — RS — (94.0019343-2) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Rodobens Administração e Promoções Ltda. Advogados: Roberto Lopes da Silva e outros. Recda.: Grassi e Companhia Ltda. Advogados: Fabrício Schumacher Fermino e outros.

Decisão: Julgamento procedido na forma do item IV, do art. 16, RISTJ (em 10.11.94 — Corte Especial).

A Corte Especial, por unanimidade, conheceu do recurso especial, por ambas as alíneas e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Peçanha Martins, José Dantas, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e Jesus Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Bueno de Souza e Cid Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 51.968-3 — SP

(Registro nº 94.0023341-8)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Município de Conchal*

Recorrida: *Pirâmide Administração de Bens S/C Ltda.*

Advogados: *Drs. José Mário Pimentel de Assis Moura e outro, e João Correa*

EMENTA: *Processual Civil. Ação rescisória. Prazo para ingresso. Prorrogação ao primeiro dia útil seguinte ao término das férias forenses.*

Concluído o prazo para ingresso da ação rescisória durante as férias forenses, fica o mesmo prorrogado até o primeiro dia útil seguinte ao término daquele período.

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 Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

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

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

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: O Município de Conchal, ora recorrente, ingressou, no dia 22 de janeiro de 1993 (sexta-feira), com uma Ação Rescisória contra a recorrida, com o fito de desconstituir decisão transitada em julgado no dia 17 de janeiro de 1991 (quinta-feira).

O Eg. Tribunal a quo, atendendo preliminar levantada pela recorrida, extinguiu o processo com o exame de mérito à consideração de que ocorrera a decadência, já que a ação fora proposta após dois anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda, uma vez que o prazo decadencial para ingresso da ação rescisória teria curso no período de fé-

rias forenses, visto que o **decisum** a ser rescindido diz respeito a uma ação desapropriatória, cujo feito tem curso nas férias forenses, a teor do disposto no art. 174 do Código de Processo Civil.

Daí o recurso especial em exame, lançado com base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, por alegada ofensa aos arts. 173, 175 e 184, do Código de Processo Civil e ao § 1º, do art. 125, do Código Civil, bem como pela divergência com os julgados que indica.

Respondido tempestivamente, o recurso foi admitido na origem, chegando ao meu Gabinete no dia 22 de julho do corrente ano de 1994.

Dispensei a manifestação da doutra Subprocuradoria-Geral da República e indiquei o feito para julgamento no dia 23 de agosto.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): De início observo que não conheço do recurso pela alínea c porque o recorrente não atendeu ao comando contido no § 1º do artigo 255 do RISTJ. Com efeito, apresenta-se falha a comprovação da desinteligência dos julgados.

O recorrente não comprovou nem demonstrou o dissenso pretoriano, não tendo procedido a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, impossibilitando

a evidência da moldura fática norteadora das decisões que afirmou discrepantes.

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

Igualmente não conheço do recurso pela alegada ofensa ao artigo 175 do Código de Processo Civil e ao § 1º do art. 125 do Código Civil, pela ausência de prequestionamento.

Mas o conheço pelas cogitadas violações aos arts. 173 e 184 do Código de Processo Civil, pois previamente questionados.

O r. aresto objurgado entendeu que tendo a ação de desapropriação regular curso nas férias, o prazo decadencial para ingresso da ação rescisória, dirigida para desconstituir decisão prolatada naquele feito, extingue-se no curso das férias, em razão do pontificado no art. 174 do Código de Processo Civil.

É que, em razão de citado dispositivo, processam-se as férias e não se suspendem pela superveniência delas todas as causas que a lei federal determinar.

No caso, entendeu o v. acórdão recorrido que a ação desapropriatória tem curso durante as férias; destarte, a ação rescisória dela decorrente, igualmente é processada nesse período.

Ainda que assim não fosse, a colenda Corte local entendeu que não

havia nenhum obstáculo judicial para o ajuizamento da ação durante as férias forenses, tanto assim que a ação foi proposta no referido período, mesmo que após verificado o lapso do prazo de decadência.

O art. 173 do Código de Processo Civil edita que “durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais”, excetuando os atos que indica.

Dentre essas exceções não está expresso que deverá ser praticado o ato referente ao ingresso da ação rescisória.

O art. 174 da mesma Lei Adjetiva especifica os atos e as causas que são processados durante as férias, que não são suspensos pela superveniência delas.

É certo que, pelo último dispositivo mencionado, a ação de desapropriação tem regular curso naquele período. Nem por isso, contudo, sobre a ação rescisória dela decorrente incide a mesma exceção.

Não fora assim, o prazo para interposição de embargos de declaração lançados contra decisão tomada em recurso especial decorrente de desapropriatória, por exemplo, teria curso no período de férias forenses, o que, como sabido, não ocorre.

Não quero com isso afirmar que o prazo decadencial para ingressar-se com ação rescisória seja suspenso durante as férias, mas sim que o prazo para promoção desta ação fica prorrogado até o primeiro dia útil de seu vencimento, se o prazo

encerrar-se nas férias, a teor do editado pelo § 1º do art. 184 do Código de Processo Civil.

Embora ali esteja dito que “considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado”, deve-se considerar igualmente prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair nas férias.

É que a norma contida no cogitado § 1º do art. 184 do Código de Processo Civil deve ser interpretada tendo em conta o disciplinado pelo art. 173 do mesmo diploma segundo o qual “durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais”, salvo as exceções indicadas.

A propósito, decidiu a Egrégia Quarta Turma desta Corte, conduzida pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, no julgamento do REsp nº 11.834-PB, DJ de 30.3.94:

“Processual Civil. Cautelar. Prazo. CPC, arts. 806 e 808. Prazo decadencial. Superveniência de férias. Vencimento no primeiro dia útil. Dissídio jurisprudencial. Orientação doutrinária. Hermenêutica. Recurso provido.

I — Sem embargo de ser decadencial o prazo contemplado no art. 806, CPC, se o seu último dia cai em período de férias, a causa, não sendo das que nelas têm curso, poderá ser ajuizada até o primeiro dia útil subsequente.

II — Em se tratando de prazos, o intérprete, sempre que possível, deve orientar-se pela exegese mais liberal, atento às tendências do processo civil contemporâneo — calcado nos princípios da efetividade e da instrumentalidade — e à advertência da doutrina de que as sutilezas da lei nunca devem servir para impedir o exercício de um direito.”

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso para o fim de determinar ao Eg. Tribunal a quo que, superado o óbice da decadência cogitada, prossiga no julgamento da ação, como achar de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 51.968-3 — SP — (94.0023341-8) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Município de Conchal. Advogados: José Mário Pimentel de Assis Moura e outro. Recda.: Pirâmide Administração de Bens S/C Ltda. Advogado: João Correa. Sustentou oralmente o Dr. José Mário Pimentel de Assis Moura, pelo Recorrente.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Garcia Vieira, pediu vista o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Aguarda o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (em 05.09.94 — 1ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

VOTO DE VISTA

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pedi vistas por me assaltarem dúvidas sobre a questão jurídica, já que há divergência no âmbito desta Egrégia 1ª Turma. Penso, entretanto, depois de examinar os autos, ser a questão de fácil deslinde.

O recorrente (Município de Conchal) ajuizou, no dia 22 de janeiro de 1993, uma ação rescisória — contra a empresa recorrida — com o visto de desconstituir decisão transitada em julgado no dia 17 de janeiro de 1991 e proferida em ação *expropriatória*, que tem curso nas férias, segundo o Código de Processo (artigo 173, III) e a legislação de regência.

Pretende-se saber, portanto, se a parte (autora) estaria obrigada a aforar a *rescisória* até o dia 17 de janeiro (de 1993), data em que a sentença rescindenda transitou em julgado, e, por outro lado, ultrapassado esse prazo, se sobreveio a decadência.

Afasto, de logo, por me parecer evidentemente *irrelevante*, para o desate da questão, ter sido a decisão que se pretende rescindir, proferida em *ação expropriatória*. É que, a decisão transitou em julgado (em 17 de janeiro) e o processo *expropriatório finou-se*. Esse processo *corre nas férias*, mas ele já está en-

cerrado com provimento judicial irrecorrível. A *rescisória* não constitui ato e nem fase da expropriatória — é ação autônoma e que não tem curso nas férias.

O **punctum saliens**, aqui, consiste em definir-se se no mês de janeiro — período de férias coletivas ou *recesso forense* — era possível (e, de conseguinte, inteiramente necessário) a promoção da ação rescisória. Para chegarmos a uma conclusão, vejamos o que dispõe o Código de Processo Civil. A regra geral, consoante o disposto no artigo 172, é a de que, “os atos processuais realizar-se-ão em dias úteis, de seis (6) às dezoito (18) horas”. Como é óbvio, feriados forenses ou períodos de recesso forense não são *dias úteis*, para os efeitos da lei. Neles, não se podem realizar nem atos das partes, nem do juiz ou dos serventuários (artigos 158 a 171).

Por outro lado, preceitua o artigo 173: “durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais”, estabelecendo, todavia, exceções, que não se aplicam ao caso vertente.

O artigo 174 enumera, por sua vez, todas as causas e atos que se processam nas *férias*, incluindo, no inciso III, aquelas previstas em lei federal.

A ação rescisória, porém, não se inclui dentre as causas que têm curso em período de férias. Não é válido o argumento de que, na *expropriatória*, se praticam atos do processo no recesso forense. A ação de

desapropriação se exauriu, com a sentença definitiva. Aqui, se cuida de rescisória, para cujo ajuizamento havia impedimento legal, no mês de janeiro — que é de férias coletivas. Assim é que tem proclamado a jurisprudência:

“A demanda em que foi exarado o acórdão rescindendo, é independente da subsequente ação rescisória. Não se mesclam os respectivos prazos” (RTJESP, vol. 107, pág. 391).

Ademais, como escreveu **Theotônio Negrão**, “o prazo de dois anos para propor ação rescisória somente começa a correr a partir do primeiro dia *útil* seguinte ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão rescindendo (CPC, artigo 184, § 2º. Neste sentido: RTJESP, 107/390) Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 25ª Edição, nota 5 ao artigo 495, p. 364).

Não ocorrendo o prazo durante as férias (R. dos Tribs. vol. 638/137), seria rematada injustiça obrigar-se que a parte ajuizasse a ação rescisória em período de recesso forense, quando as Secretarias dos Tribunais abrandam o expediente e, as mais das vezes, alternam os dias para atendimento ao público.

Dou provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 51.968-3 — SP — (94.0023341-8) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Município de Conchal. Advogados: José Mário Pimentel de Assis Moura e outro. Recda.: Pirâmide Administração de Bens S/C Ltda. Advogado: João Correa.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 19.09.94 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.