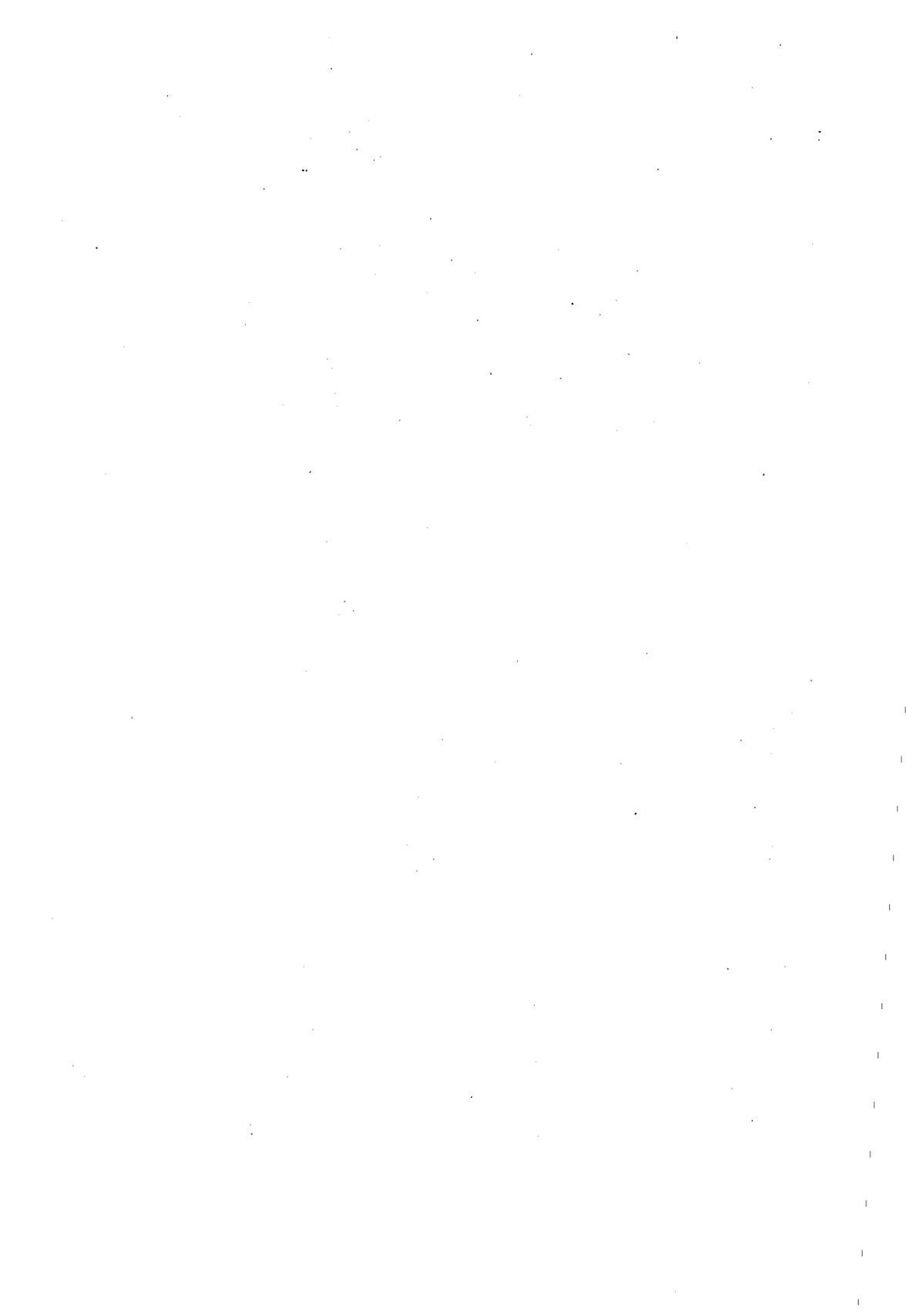


RECURSO ESPECIAL



RECURSO ESPECIAL Nº 19.688-0 — RS  
(Registro nº 92.0005407-2)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE*

Recorridos: *Haubrich e Cia Ltda. — Massa Falida e outros*

Advogados: *Drs. Mauro Rosito D'Avila e outros, e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*

**EMENTA:** *BRDE. Execução fiscal. Cédula de crédito industrial.*

— *A execução fiscal não é própria para a autarquia que age como banco reaver crédito oriundo de Cédula de Crédito Industrial.*

— *Há, na fase do recurso especial, impossibilidade de transformação da execução fiscal em ordinária.*

— *Recurso especial conhecido, mas não atendido.*

**Maioria.**

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, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Vencido o Sr. Ministro Waldemar Zveiter (art. 55 RJSTJ).

O Sr. Ministro Barros Monteiro retificou o voto proferido anteriormente para acompanhar o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Dias Trindade votou com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de embargos à execução fiscal proposta pelo *Ban-*

co *Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE* contra *Massa Falida e outros*.

A decisão de primeiro grau julgou improcedentes os embargos à execução.

A E. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, deu provimento à apelação, para anular o executivo fiscal, **ab initio ad fine**, invertendo o ônus da sucumbência, nos termos da seguinte ementa:

*“Executivo fiscal promovido pelo BRDE — Invalidade.*

Ao ente público que exercita atividade econômica reservada pela Constituição à iniciativa privada, é vedado valer-se das prerrogativas especiais que lhe confere a lei, inclusive o executivo fiscal, nos termos do par. 1º do art. 172 da CF. Aí se insere a intermediação financeira, atividade bancária *toto coelo* enquadrada naquela área.

Executivo fiscal anulado. Apelo provido.” (fl. 222)

Inconformada, a parte vencida interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 1º, da Lei 6.830/80, além de dissídio jurisprudencial, sustentando seu direito de inscrever seus créditos na dívida ativa e persegui-los via executivo fiscal, dada sua condição de autarquia (fls. 243 a 268); e pedin-

do, “alternativamente, ... mandar aproveitar os atos processuais até então praticados e que se adaptam ao ato do Código de Processo Civil Brasileiro.”

Pelo despacho de fls. 350 a 351 foi o recurso indeferido, subindo os autos a esta Corte em razão do provimento do agravo de instrumento.

## VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Versam os presentes autos sobre a possibilidade do *Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE*, não exercendo atividade própria de Autarquia, inscrever como dívida ativa e cobrar através da Lei de Execuções Fiscais, dívida resultante de contrato de mútuo.

O caso **sub judice** guarda inteira identidade com o REsp 3.166, no julgamento do qual assim me pronunciei:

“O aresto recorrido, tendo como suporte o RE 115.062, da lavra do eminente Ministro Célio Borja, entendeu ser inadmissível conceder tal privilégio ao BRDE em detrimento das entidades financeiras que atuam no setor privado, para a cobrança de seus créditos, pelo que acolheu a preliminar de nulidade da execução.

No presente caso, a atividade exercida pelo BRDE é daquelas próprias das sociedades de econo-

mia mista, não sendo possível beneficiar-se do privilégio que só é admitido para a autarquia.

Vem a talho o que sobre o tema escreveu o Prof. **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

“Quando o Estado atua diretamente no setor econômico, para cobrir setores não providos ou insuficientemente providos, haverá de fazê-lo sob o regime igual ao das empresas privadas, sem desfrutar de vantagem alguma (artigo 170, § 2º), pois, a não ser assim, estaria desapoando e desestimulando as empresas privadas, em contradição ao art. 170 **caput** e em contraposição aos objetos consagrados neste artigo e em seu § 1º (Estado e Ordem Econômica, RDB, abril-junho de 1982, Vol. 62, pág. 45).

Eis a ementa do RE 115.062, relatado pelo preclaro Ministro Célso Borja:

“Embargos à execução fiscal movida pelo BRDE pelo procedimento da Lei das Execuções Fiscais — ofensa ao art. 170 e §§ da Constituição (EC nº 1/69).

O Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE — empresa estatal que explora atividade econômica, não pode valer-se de mecanismo de execução de dívidas de que as empresas privadas se vêem excluídas, independente-

mente do fato de o Banco se afirmar autarquia.

A norma do § 2º do art. 170 da Constituição de 1967 (EC nº 1/69) contém garantia civil, por ela concedida a todas as pessoas físicas e jurídicas nacionais ou estrangeiras, que aos Estados não é lícito sequer modificar, muito menos, negar e desconhecer.

RE conhecido e provido.”

É oportuno reiterar que os princípios do art. 170, § 2º, da Carta Magna de 69, foram reproduzidos na Constituição de 88, no art. 173, § 1º.

Não padece dúvida o acerto da decisão, particularmente quando o intérprete máximo da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, já traçou tal diretriz.

Nessa mesma linha de entendimento e sem desprezar a circunstância de ser o recorrente uma autarquia, relatei o REsp nº 5.100, de acórdão assim ementado:

“*Execução. Autarquia. Contrato de mútuo.* Autarquia que atua de banco não dispõe da execução fiscal para haver crédito advindo de contrato de mútuo.

Recurso especial não atendido. Unânime.”

Postas as questões nestes termos, não vislumbro violação de lei federal.

Isto posto, conheço do recurso apenas pela discrepância, mas,

na linha do precedente desta Corte, lhe nego provimento.

Acrescento as minhas homenagens ao Eminentíssimo Professor **Galenno Lacerda**, e, no que tange a um pedido, inserido no memorial, de conversão da execução fiscal em execução comum — pedido reiterado do Tribunal —, dele não tomo conhecimento, por ser de trânsito bloqueado na via *angusta* do recurso especial”.

Há impossibilidade da transformação da execução fiscal em ordinária, na fase de recurso especial.

Ora, se o recurso não é conhecido pela alínea **a** do permissor constitucional, por não ocorrer ofensa à lei federal, mas conhecido pelo dissídio jurisprudencial, para lhe ser negado provimento, a Corte não poderá ir além para modificar o que fora estabelecido na decisão ordinária — impropriedade da execução fiscal.

É oportuno lembrar que, quando conhecido o recurso pela discrepância jurisprudencial, restam à Turma apenas duas alternativas: adotar a tese do acórdão recorrido ou a do paradigma; e não, adentrar no processo para modificar o procedimento, que não é objeto da tese do dissenso.

Acrescento, outrossim, que os pressupostos do recurso especial inseridos no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, são categóricos e rígidos, não podendo o julgador ultrapassar tais limites.

É oportuno ressaltar que o Ministro William Patterson, em caso se-

melhante, ao indeferir recurso extraordinário no REsp nº 5.100, interposto pelo BRDE, em que este solicitava alternativamente, caso o recurso não lograsse êxito, a transformação da execução em ordinária, assim proferiu decisão:

“... trata-se de questão estranha ao âmbito do exame da admissibilidade do recurso extraordinário, o qual deve ater-se exclusivamente à verificação da ocorrência ou não das hipóteses contidas no art. 102, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal”.

No caso concreto nem sequer lo-  
brigo ofensa de lei federal, mas do  
recurso conheço ante a divergência  
comprovada, todavia, pelas razões  
expostas lhe nego provimento.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, peço vênias a V. Exa. para, na esteira dos pronunciamentos anteriores desta Egrégia Turma, conhecer do recurso pela alínea **c** do permissivo e dar-lhe provimento, no sentido de determinar o aproveitamento dos atos praticados em atenção aos fins instrumentais do processo e também em face do princípio da fungibilidade do rito.

## VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, peço vênias

nia a V. Exa. para acompanhar o voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Barros Monteiro, fiel aos julgamentos que tenho proferido na Egrégia 3ª Turma.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.688-0 — RS — (92.0005407-2) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE. Advogados: Mauro Rosito D'Avila e outros. Recdos.: Haubrich e Cia. Ltda. — Massa Falida e outros. Advogados: Pedro Ferreira da Silva Filho e outro. Sustentou, oralmente, a Dra. Elisabete Casagrande Konarzewski, pelo Recorrente.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso, mas negando-lhe provimento, e dos Srs. Ministros Barros Monteiro e Waldemar Zveiter, dele conhecendo e dando-lhe provimento, foi sobrestado o julgamento, nos termos do art. 181, parágrafo 2º, do Regimento Interno (em 17.08.93 — 4ª Turma).

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Torreão Braz, Dias Trindade (Emenda Regimental nº 03/93) e Sálvio de Figueiredo.

O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter compôs o **quorum** da Turma para os fins do art. 55 do Regimento Interno.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, na linha do raciocínio que V. Exa. desenvolve em seu voto, conheço do recurso pela alínea c, mas lhe nego provimento.

Já mereceu a repulsa do STF, com respaldo no art. 170, § 2º, da Carta de 1969 (art. 173, § 2º da CF de 1988), a pretensão de autarquias que exploram atividade econômica em cobrar seus créditos por intermédio da execução fiscal.

Quanto ao aproveitamento dos atos já praticados, não tem cabimento. Primeiro, porque a nulidade contamina todo o processo — **ab initio ad finem**, como disse V. Exa. Segundo, porque a decisão no recurso especial deve limitar-se aos parâmetros traçados pela norma constitucional permissiva da sua admissibilidade.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.688-0 — RS — (92.0005407-2) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE. Advogados: Mauro Rosito D'Avila e outros. Recdos.: Haubrich e Companhia Ltda. — Massa Falida e outros. Advogada: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Srs. Ministros Relator e do Sr. Ministro Antô-

nio Torreão Braz, conhecendo do recurso, mas negando-lhe provimento, e dos Srs. Ministros Barros Monteiro e Waldemar Zveiter, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, fica sobrestado o julgamento para oportuna manifestação do Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93 (em 09.11.93 — 4ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

### VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: O empate se verificou na questão concernente à conversão ao rito do Código de Processo Civil a execução que o recorrente promoveu como se fiscal fora.

Esta questão não está posta na apelação e nem foi cogitada no acórdão recorrido, daí porque tenho por inadmissível o exame do tema em recurso especial, em face de eventual contrariedade a norma federal, por absoluta falta de prequestionamento.

Isto posto, voto no sentido de acompanhar o voto do relator.

### RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Na conformidade com a observação ora trazida pelo Ministro Dias Trindade, o tema relativo ao aproveitamento dos atos praticados não foi sequer ventilado no apelo especial.

Não bastasse, assim me pronunciei quando do julgamento do REsp nº 35.512-5/RS pela Eg. 2ª Seção: “Tanto na 3ª Turma como na 4ª Turma desta Corte já se pacificou o entendimento de que o BRDE, atuando como banco, não pode fazer uso da execução fiscal. Então, aplico no caso a Súmula nº 83-STJ. Não reconheço a existência do dissídio. Até porque seria duvidoso que, em se examinando o dissídio circunscrito a uma primeira tese, se pudesse conhecer do recurso especial — e, portanto, julgar a causa — com relação a uma outra questão completamente distinta. O apelo especial, uma vez conhecido pela alínea c do autorizativo constitucional, está adstrito à questão jurídica objeto de divergência e não outra qualquer”.

Por todas essas razões, retifico o meu voto, acompanhando o de V. Exa.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.688-0 — RS — (92.0005407-2) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE. Advogados: Mauro Rosito D’Avila e outros. Recdos.: Haubrich e Companhia Ltda. — Massa Falida e outros. Advogada: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Walde-

mar Zveiter (art. 55 RJSTJ) (em 15.12.93 — 4ª Turma).

O Sr. Ministro Barros Monteiro retificou o voto proferido anteriormente para acompanhar o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Dias Trindade votou com o Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 20.871-7 — SP

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Valdir dos Santos (réu preso)*

Advogado: *Dr. Merson Nor*

**EMENTA:** *Estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima. Não caracterização da continuidade delitiva.*

Hipótese de concurso material, embora os crimes de estupro (art. 213) e de atentado violento ao pudor (art. 214) tenham sido praticados contra a mesma vítima.

Convergência de votos quanto à conclusão, mas divergência quanto à fundamentação: a maioria optou pela tese de que não são crimes da mesma espécie; o relator, embora admitindo a possibilidade, em tese, da continuidade, entre os crimes em foco, por não serem de espécies diferentes, excluía a continuidade sempre que, nos delitos sexuais, se dê participação em um delito e autoria em outro, ou quando, por ausência de homogeneidade de condutas no modo de execução, a vítima fosse obrigada a suportar, além da conjunção carnal, práticas sexuais anormais ou repugnantes.

Recurso especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para

restabelecer a sentença de primeiro grau. Votou com o Relator o Ministro Edson Vidigal; acompanharam apenas na conclusão os Ministros Fláquer Scartezzini, José Dantas e Costa Lima.

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

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

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Valdir Santos foi condenado por roubo qualificado, estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material, todos cometidos contra a mesma vítima.

Durante o roubo, Valdir cooperou para que seu comparsa Jailson pudesse, mediante ameaças, manter conjunção carnal com a vítima. Em seguida, Valdir forçou a vítima a praticar com ele sexo oral.

Em grau de apelação, a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vencido o Des. Cunha Camargo, deu parcial provimento ao apelo da defesa, pelos votos dos Des. Carlos Bueno e Silva Leme, para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Nesse ponto, o acórdão ficou assim redigido:

“Entretanto, a pretensão recursal merece parcial acolhida, já que os crimes dos artigos 213 e 214 do Código Penal, inseridos no mesmo contexto fático e tendo por vítima uma única mulher, comportam o reconhecimento da continuidade delitiva, definida no art. 71 do mesmo diploma legal, conforme tese consagrada pela Egré-

gia Seção Criminal deste Tribunal (R.J.T.J.E.S.P., vols. 91/458 e 93/411), pese embora por maioria de votos.

“Estupro e atentado violento ao pudor têm motivos determinantes e caracteres comuns. São crimes contra os costumes e visam à satisfação do instinto sexual mediante violência, pouco importando que o segundo configure, no mais das vezes, extravasamento de mera perversão sexual. A rigor, o próprio estupro não deixa de representar uma forma de perversão sexual, um desvio do modo normal de satisfação genésica. Ao contrário da normalidade sexual em que existe adesão e interesse mútuo dos participantes do ato, caracteriza-se pela sujeição violenta de uma mulher ofendida, forçada à prática de um ato indesejado e repugnante. Tanto no estupro como no atentado violento ao pudor, o agente procura a satisfação anormal e violenta de seu instinto sexual” (R.T. 445/388).

Nestas condições, pois, mantida a pena do estupro, seis anos de reclusão, faz-se o aumento de um sexto, que resulta na condenação definitiva de sete anos de reclusão, quanto aos crimes sexuais.

Em síntese: rejeitada a preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo, para reduzir a sete anos os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, estes dois em continuidade delitiva (seis

anos para o estupro com acréscimo de um sexto pela continuidade), mantida no mais a r. sentença.” (Fls. 171/172).

Inconformado com essa conclusão, ingressou com recurso especial o Dr. Procurador-Geral de Justiça do Estado, pela letra c do permissivo constitucional, citando como divergentes acórdãos da 6ª Turma desta Corte (REsp 6.131) e do Supremo Tribunal Federal (Rv. Cr. 4.762 e outros).

Após transcrever o acórdão ora recorrido, salienta o ilustre recorrente:

“Assim decidindo, **data venia**, a douta Turma Julgadora dissentiu da consolidada orientação traçada pelo Excelso Pretório que repele o cabimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor que, embora se integrem no mesmo gênero, são de espécie diversa. Mesmo quando sejam perpetrados contra a mesma vítima, como na hipótese dos autos. Esse, também, o entendimento firmado por nossos melhores doutrinadores (**Nelson Hungria**, “Comentários ao Código Penal”, Forense, 1954, vol. VIII, p. 119; **Damásio E. de Jesus**, “Direito Penal”, Saraiva, 1985, 3ª vol., Parte Especial, p. 99; **Celso Delmanto**, “Código Penal Anotado”, Saraiva, 5ª ed., p. 290).” (Fls. 178).

Admitido o recurso, a douta Subprocuradoria-Geral da República,

em parecer do Dr. Edinaldo de Holanda, opina pelo provimento.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Preliminarmente, conheço do recurso, já que o dissídio está demonstrado com julgados que consideraram não serem crimes da mesma espécie o estupro e o atentado violento ao pudor, razão pela qual, ainda que praticados contra a mesma pessoa, não configurariam o denominado crime continuado.

Passo ao exame do mérito.

A caracterização do crime continuado, tanto antes como depois da reforma penal de 1984, pressupõe a homogeneidade substancial das várias condutas que compõem a série delitiva. Entre nós, aliás, essa é uma inafastável exigência legal que resulta do requisito “crimes da mesma espécie” inserido, entre outros, no art. 71 do Código Penal (anterior art. 51, § 2º).

Se quanto a isso não há dúvida, o mesmo não se poderá dizer quanto à conceituação do que seja “crimes da mesma espécie”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido extremamente rigorosa na aplicação desse requisito, conduzindo, na prática, embora nem sempre dizendo-o claramente, a identificar crimes da mesma espécie com crimes previstos no mesmo tipo penal. (No RECr 89.358,

admitiu-se expressamente essa identificação). Daí a exclusão da continuidade delitiva entre roubo e extorsão (HC 57.564, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 28/3/80, p. 1.773, ERE 96.701, Rel. Min. Moreira Alves, RT 600/438), entre furto e roubo (RE 99.630, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ 1º/6/84, p. 8.732; RE 99.467, Rel. Min. Néri da Silveira, RTJ 109/345) e entre estupro e atentado violento ao pudor (vários julgados citados no recurso).

A 6ª Turma deste Tribunal acompanhou essa jurisprudência, pelo voto de desempate, ficando vencidos os Ministros Vicente Cernicchiaro e Carlos Thibau (REsp 6.131).

Pensamos ser essa uma interpretação restritiva insustentável diante dos dispositivos do Código Penal em exame, já que, prevendo o art. 71, **caput**, a aplicação da pena mais grave quando os crimes sejam diversamente punidos (“aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas”...), é óbvio que o legislador penal brasileiro estendeu o crime continuado para condutas homogêneas, embora previstas, por diversificação de circunstâncias, em tipos incriminadores diversos. (Nesse sentido, consultem-se, **Mirabete, Manual**, 1, 5ª ed., p. 315; **Fragoso, Lições**. PG, 7ª ed., p. 368).

Assim, o fato de o estupro constar do art. 213 e o atentado violento ao pudor do art. 214, não constitui óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva.

Sob esse aspecto, como fez o acórdão recorrido, não identifico, no estupro e no atentado violento ao pudor, crimes de espécies diferentes, já que as condutas típicas respectivas são substancialmente homogêneas.

Segundo **Maurach**, de um ponto de vista objetivo, a conduta tida por continuada pressupõe que os atos praticados pelo autor sejam homogêneos, lesem o mesmo bem jurídico e guardem entre si uma certa relação de tempo, lugar e de aproveitamento de ocasiões essencialmente iguais. (**Derecho Penal**, II, p. 433).

Esse autor salienta, entretanto, que o nexo de continuidade pode ocorrer entre tentativa e consumação, autoria única e co-autoria, mas não entre autoria e participação, nem entre ação e omissão. (**Op. cit.**, p. 434).

Como se vê, na lição do grande penalista alemão, apesar da identidade de espécies delitivas, em tese, o modo de execução do crime pode afastar a continuidade, quando revele condutas seguidas mas não concretamente homogêneas.

O que foi dito até aqui põe à mostra um aspecto pouco explorado da continuidade delitiva: a sua dificuldade de conceituação e a conseqüente necessidade de exame do caso concreto para se saber se ocorre ou não uma verdadeira unidade jurídica nos vários delitos em série, para que recebam a qualificação de crime **continuado**, com as conseqüências penais daí derivadas.

**Nelson Hungria** parece ter entrevisto essa questão quando, no tópico referido no recurso, afirma:

“Se o agente, além da conjunção carnal, pratica outro ato de libidinagem não classificável entre os **praeludia coiti** (coito anal, **irrumatio in ore**, etc.), haverá concurso material de estupro e atentado violento ao pudor.” (Comentários, v. VII, 5ª ed., p. 118/119).

Como se vê, nessa passagem, o grande penalista não afirma que o atentado e o estupro não sejam crimes da mesma espécie. Pelo contrário, admite até que o primeiro seja absorvido pelo segundo, nos **praeludia coiti** (crime único). Mas fala em concurso material, embora limitando-se a uma afirmação, sem, contudo, dizer a razão.

Não estamos autorizados a interpretar a intenção do ilustre penalista, nessa passagem. Por isso acrescentamos, por nossa conta, àquela afirmação que, entre os dois extremos, isto é, o crime único (**praeludia coiti**) e o concurso material (pluralidade de crimes), deve haver um ponto intermediário, ou seja, o crime continuado.

Não temos dúvida, porém, em afirmar que há enorme dificuldade em admitir-se a continuidade delitiva entre estupro e certas formas extremadas de atentado violento ao pudor, de que são exemplos o sexo anal e o sexo oral, pela brusca mudança no modo de execução, pelo

maior sofrimento infligido à vítima e pela reorientação do dolo do agente para a prática de uma forma anormal de ato sexual, repugnante para a generalidade das pessoas.

Assim, as condutas, tal seja o quadro em que se desenvolveram, adquirirão aspectos diferenciados, relevantes, aptos a excluir a hipótese de continuidade delitiva.

Em resumo, não nos incluímos entre aqueles que proclamam a presença de obstáculo, na legislação brasileira, ao reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tão-só pela consideração de que tais crimes não seriam da mesma espécie. Tenho, para mim, que o acórdão bem revelou a homogeneidade existente, em tese, entre os delitos em exame, ambas espécies semelhantes de satisfação da libido.

Não obstante — e aqui desejo distanciar-me da linha do acórdão recorrido — o art. 71, *caput*, fala também na homogeneidade de tempo, lugar e modo de execução.

Admitamos, sem necessidade de maiores demonstrações, a presença, no caso, dos dois primeiros requisitos. Mas, o último, também estará presente?

Note-se que o recorrido, Valdir dos Santos, teve participação secundária no crime de estupro. Apenas ficou vigiando o namorado da vítima, enquanto o menor Jailson, por iniciativa própria e pelos próprios meios, praticava o estupro. No caso, Valdir não executou a conduta pre-

vista no tipo do art. 213; apenas contribuiu, de algum modo, para o crime de Jailson. E, por essa contribuição para o crime de outrem, foi condenado, como partícipe.

Consumado aquele primeiro delito, Valdir passou à ação e constran-geu a infeliz vítima, desta vez com novas ameaças, partidas dele próprio, a suportar a prática de sexo oral. Não há, pois, sequer seme-lhança no modo de execução dos crimes e nas condutas concretas deste acusado.

Diante dessas circunstâncias, con-sideradas provadas pela sentença e pelo acórdão, chego à conclusão de que, apesar de presentes os requisi-tos da homogeneidade de crimes, em tese, e de identidade de tempo e de lugar, as condutas do acusado foram diferentes no modo de execução, não havendo coincidência entre a mera participação em um crime e a auto-ria plena em outro, razão pela qual, por este detalhe, aplicando o direito à espécie, acolho o recurso do Minis-tério Público.

Em conclusão, conheço do recur-so, pela letra c, e dou-lhe provimen-to para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.871-7 — SP — Rela-tor: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Esta-

do de São Paulo. Recdo.: Valdir dos Santos (réu preso). Advogado: Mer-son Nor.

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, conhecendo e provendo o recurso, no que foi acompanhado pelo Ministro Edson Vidigal e, na conclusão, pelo Ministro Flaquer Scartezzini, pediu vista o Sr. Minis-tro José Dantas (em 01.06.92 — 5ª Turma).

Aguarda o Sr. Min. Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-nistro FLAQUER SCARTEZZINI.

#### VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DAN-TAS: Sr. Presidente, nas linhas das modestas considerações que acabo de tecer sobre a tese da continua-dade delitativa dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (voto que anexarei por xerocópia), peço vênua ao Sr. Ministro Assis Toledo, Relator, para discordar da funda-mentação básica de seu douto voto; pelo que, maior razão tenho para seguir-lhe a conclusão, de restabe-lecimento da condenação de primei-ro grau, por destacar uma outra ca-rência da indagada configuração do crime continuado, qual o requisito legal da unidade do modo de execu-ção, acatada por S. Exa. como cau-sa do provimento que deu ao recur-so.

Pelo exposto, também conheço do recurso e lhe dou provimento.

ANEXO

“RECURSO ESPECIAL  
Nº 17.687-0 — SP

VOTO

(VISTA)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, pedi vista destes autos, como o fiz do REsp 20.871, para melhor me situar sobre a controvérsia da continuidade delitiva do estupro e do atentado violento ao pudor, posto que ao propósito divergiram os votos de V. Exa. neste caso e do Sr. Min. Assis Toledo naqueloutro, ambos chamados na assentada de 1º deste mês de junho, tudo em face do tradicional tratamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Dispus-me, pois, ao exame dos precedentes-supremos, todos cingidos à preocupação de distinguir entre si os crimes da mesma espécie dos crimes da mesma natureza, que na terminologia penal brasileira, a primeira continua regulando o chamado crime continuado, e a segunda estabelecia a configuração da chamada reincidência específica, figura, esta última, já agora proscriita do Cód. Penal.

No tema dessa distinção conceitual, a justificar a persistência do Pretório Excelso em mantê-la, confesso que me convenceu a excelente fundamentação do voto do Sr. Ministro Moreira Alves, nos ERECr nº 96.701-RJ, Tribunal Pleno, 12/4/94, in RTJ 144/635. Em exaustiva pesquisa doutrinária, S. Exa. confrontou os mais célebres penalistas nacionais (Nelson Hungria, Costa e Silva,

Basileu Garcia, Manoel Pedro Pimentel, Magalhães Noronha, Frederico Marques, Damásio de Jesus, Anibal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso) e os estrangeiros (Antolisei, Manzini, Betiol, Delitala, Leone, Maggiore e De Marsico; assim como Maurach e Mayer), a partir dos respectivos diplomas do direito positivo pátrio. Acentuou o posicionamento acorde de que, em tese, crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas discordante na justificação do componente celular da continuidade, ora o definindo pela unidade do bem jurídico ofendido, ora pelos elementos objetivos e subjetivos, ora pela unidade da regra preceptiva ou ainda pela unidade do tipo fundamental. Daí concluir, no curso de uma dissertação por mais de dez páginas daquele número da RTJ, que, no caso de que se tratava, não havia conceber-se que roubo e extorsão são continuidade de uma mesma incriminação fragmentada em artigos diversos por motivos especiais do legislador.

À luz desse mesmo estudo, a idêntica conclusão chegou S. Exa., com apoio do Pretório, em ocasião posterior (RECr 100.788, DJ de 11/10/84), no tocante de aos crimes de tentativa de estupro e atentado violento ao pudor, consoante ementa deste teor:

“Concurso material de crimes. Atentado violento ao pudor (coito anal e fellatio ou irruminatio in ore) e tentativa de estupro.

Quando os atos libidinosos não são daqueles que precedem ao

coito normal (**praeludia coitus**), há concurso material de atentado violento ao pudor com tentativa de estupro, ainda que praticados contra a mesma vítima, e isso porque não são eles crimes da mesma espécie, requisito esse indispensável à configuração de crime continuado, que, por esse motivo, não ocorre.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Finalmente, *em caso absolutamente igual ao dos autos*, o Pretório Excelso voltou ao tema da continuidade, em julgamento do Tribunal Pleno, em 30/04/87, reafirmando-o, consoante ementa seguinte:

“Revisão criminal. Estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima.

— Competência desta Corte para julgar a revisão criminal, uma vez que o acórdão objeto dele é de sua lavra.

— O acórdão revisando se adstringiu a seguir a jurisprudência desta Corte que continua firme no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material.

— Inexistência, portanto, de contrariedade a texto expresso da lei penal.

Revisão improcedente.” — RvCr 4.762, votação unânime, Rel. Ministro Moreira Alves — in DJ de 19/06/87.

A partir de então, dos acórdãos que consultei — um único dos quais, mais antigo (28/11/83), até divergente, dado que admitiu a continuidade do estupro com o atentado contra uma mesma vítima (RE 100.562, Rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 108/888) —, todos os demais demonstram, numa longa e invariável relação de julgados as enraizadas razões da preceituação jurisprudencial asseverante do concurso material.

Na linha desses precedentes sucessivos, o recorrente aludiu a dois acórdãos deste Tribunal, da forma como a Eg. Sexta Turma filiou-se àquela orientação predominante no Supremo Tribunal Federal. De fato, à unanimidade de votos, proferiu-se o colacionado acórdão no REsp 4.042-SP, Rel. Min. Costa Leite, DJU de 10/12/90; e por maioria, vencidos os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, relator primitivo, e Carlos Thibau, manteve-se o entendimento anterior — REsp 6.131-SP, DJU de 29/4/91.

Deste último padrão destaca-se o voto vencido, do Sr. Min. Vicente Cernicchiaro, em coincidente posicionamento do voto do Sr. Min. Assis Toledo no citado recurso de que pedi vista, enquanto que em sentido contrário, destaca-se o voto do Sr. Min. William Patterson.

Impregnado da impressão de acerto que me ficou do aludido manuseio dos anais daquele exaustivo debate da matéria no Supremo Tribunal Federal, e “longe, muito longe” de pre-

tender responder por conta própria a excelência dos argumentos a favor da *continuidade* entre o *estupro* e o *atentado violento ao pudor*, desenvolvidos mesmo em votos vencidos naquela Suprema Corte, e seguidos neste Tribunal pelos dois brilhantes votos já citados, a meu modesto entender, a caracterização da ficção penal de que se cuida encontra-se em déficit para com o requisito primeiro que se lhe deve indagar — a espécie típica.

Na realidade, quer seja indagada pela unicidade dos objetos jurídicos (**Nelson Hungria**), pela unidade da regra preceptiva (**Frederico Marques**), ou pela unidade do bem jurídico (**Basileu Garcia**), a lembrar as proposições mais simples, penso que os crimes confrontados, apesar de agregados pela mesma natureza, distanciam-se pela inconciliável estrutura do tipo legal. A propósito, reporto-me ao voto condutor daquele segundo acórdão da Eg. Sexta Turma, lavra do Sr. Min. William Patterson, no seguinte tópico:

“Todavia, a distinção se faz pelo direcionamento dos desígnios, tão afastados uns dos outros, que conduziu o legislador a estabelecer a dualidade delituosa, e até mesmo prescrever penas diferentes. Para caracterizar seu propósito de distinguir as duas figuras e, assim, evitar confusões na hermenêutica, foi suficientemente claro ao excluir, no art. 214, a “conjunção carnal” do universo que compõe o “ato libidinoso”. A

lógica, nessa conduta, parece-me irrefutável. Na primeira há uma prática normal nas relações, enquanto no segundo prepondera o desejo de práticas não convencionais.”

Em suma, Senhor Presidente, porque fiel àquela respeitável jurisprudência do Pretório Excelso, fico em aderir ao voto de V. Exa.; pelo que, também conheço do recurso e lhe dou provimento.”

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.871-7 — SP — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Valdir dos Santos (réu preso). Advogado: Merson Nor.

Decisão: Reaberto o julgamento, após o voto do Sr. Min. José Dantas, que também, na conclusão, acompanhou o Sr. Min. Relator, pediu vista o Min. Costa Lima (em 10.06.92 — 5ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

#### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: Fazendo remissão ao voto que preferi nesta assentada no REsp nº 17.587/SP, que faço juntar, apenas na conclusão, voto de acordo com o eminente Ministro Relator.

ANEXO  
"RECURSO ESPECIAL  
Nº 17.587-0 — SP

(Registro nº 92.0001838-6)

Recorrente: *Ministério Público do  
Estado de São Paulo*

Recorrido: *Mário Rizzo (réu preso)*

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sem pretender lição alguma ministrar, vou tentar transmitir o que entendo resultar do exposto nestes autos e o que dispõem os artigos 213 e 214 do Código Penal, atento aos subsídios doutrinários e jurisprudenciais trazidos nos votos dos ilustres Ministros Flaquer Scartezini, José Dantas e Assis Toledo.

A lei fala em momentos distintos, em *crimes da mesma espécie* (art. 71) e em *crimes idênticos ou não* (art. 69).

Diz-se da mesma espécie, biologicamente, um conjunto de indivíduos muito semelhantes entre si e que várias espécies constituem um gênero. Assim, a *espécie* é a unidade biológica fundamental: a espécie animal, a vegetal, a mineral.

*Genérico*, segundo os dicionaristas, será o que tem o caráter de generalidade; existência de elementos comuns a certos indivíduos ou situações; *idêntico*, o que é igual, análogo, semelhante. Da mesma *natureza*, o que integra o mesmo universo.

Se me fosse dado transpor esses conceitos para o campo do Direito Penal, diria que *crimes da mesma espécie* são aqueles que possuem elementos comuns, mas ostentam

um aspecto que os fazem diferentes, isto é, possuem um elemento específico.

*Crimes idênticos*, então, consideram-se os previstos no mesmo dispositivo legal ou identificáveis como tal mediante requisitos que os iguala.

*Crimes da mesma natureza*, os que integram o mesmo universo. Por exemplo, os crimes contra a pessoa, os crimes contra os costumes.

De tal modo, embora inscritos no mesmo capítulo ("Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual"), no *estupro* o agente submete a mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, já no *atentado violento ao pudor*, ainda que os mesmos requisitos da grave ameaça ou violência estejam presentes, o constrangimento exercido pelo agente não se restringe a uma mulher, podendo ser também a um homem, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Daí que, mesmo possuindo elementos comuns, as *espécies* se diferenciam por características específicas, próprias de cada um: o *estupro*, vítima apenas será mulher e ato sexual normal; *atentado violento ao pudor*, vítima, mulher ou homem, e ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Os requisitos objetivos, ainda que tenham sido os mesmos — condição de tempo e lugar —, os modos como executados não podem ser tidos como continuação do primeiro.

Penso, com o maior respeito às opiniões em contrário, que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor não são da mesma espécie,

embora da mesma natureza, um não pode ser tido como continuação do outro.

Dessas descoloridas considerações, peço **venia** aos que se filiam a outra corrente doutrinária e jurisprudencial, ainda permaneço fiel aos julgados preponderantes do STF e da eg. Sexta Turma deste STJ, para aderir ao voto do Senhor Ministro Relator, conhecendo e dando provimento ao recurso.”

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 20.871-7 — SP — Relator: O Sr. Ministro Assis Toledo.

Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Valdir dos Santos (réu preso). Advogado: Merson Nor.

Decisão: Reaberto o julgamento a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau (em 17.06.92 — 5ª Turma).

Votou de acordo com o Min. Relator o Sr. Min. Edson Vidigal; acompanharam apenas na conclusão os Srs. Mins. Flaquer Scartezzini, José Dantas e Costa Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 21.665-9 — MS

(Registro nº 92.0010160-7)

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

Recorrente: *Gregória Mirta Belmonte*

Recorrido: *Estado do Mato Grosso do Sul*

Advogados: *Drs. Leonardo Nunes da Cunha e outro, e Sara Francisco Silva e outro*

**EMENTA:** **Funcionário público estadual. Abandono de cargo. Demissão. Reintegração. É de ser reintegrado no cargo do qual fora demitido por abandono, o funcionário, ausente o ânimo de abandonar. A autoridade julgadora não está adstrita às conclusões da Comissão de Inquérito, mas deve fundamentar a sua decisão com suporte nas provas colhidas por ela e não por motivos que não ficaram provados, comprometendo as garantias constitucionais.**

**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 maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins, este reformulando o seu voto anteriormente proferido, que não conheciam do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 18 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O MM. Juiz de 1º grau, assim expôs a demanda:

*“Gregória Mirta Belmonte, qualificada, requer a ação de reintegração em cargo público contra o Estado de Mato Grosso do Sul, alegando, em síntese, o seguinte: que, é servidora pública estadual, estável, ocupando cargo de professor, classe A, nível V, matrícula 08660-6-2, na Secretaria de*

Educação, tendo ingressado por concurso público em 1980, lotada na EEPEPSG “Cel. Felício”, em Jardim até 18 de dezembro de 1987, quando foi demitida por ato do Exmo. Governador, publicado no D.O. de 21.12.87, por abandono de cargo, com fundamento no art. 234, V, c.c. art. 238, VI, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 2/80; que, no entanto, o ato contrariou a conclusão da Comissão Processante, a qual entendeu inexistirem os elementos materiais e subjetivos da tipificação de abandono de cargo, não tendo, o Exmo. Sr. Governador, acatado tal conclusão, mas, ao mesmo tempo, não mostrou os fatos apurados que servissem de embasamento da decisão, realçando a natureza política do ato, com violação do parágrafo único do art. 275, da mesma lei complementar; que, face a tal ilegalidade, deve o ato ser declarado nulo e, como consequência, reintegrada ao seu cargo, com o ressarcimento dos vencimentos e vantagens referentes ao tempo em que, ilegalmente, esteve afastada, além das custas e demais cominações legais. Pede a citação, protesta pelas provas, tudo para que a final seja o pedido procedente. Dá à causa o valor de Cz\$ 10.000,00 e junta os documentos de fls. 04/22.” (fls. 60/61).

Veio então o MM. Juiz a julgar improcedente o pedido, condenando a autora nos consectários legais.

Inconformada, apelou. O Tribunal de Justiça local negou provimento ao apelo em acórdão, assim ementado:

*“Apelação cível — Ação de anulação de ato administrativo — Demissão que contraria as conclusões do processo administrativo — Possibilidade — Sentença mantida — Recurso improvido.*

A aplicação da pena ao servidor, pela autoridade competente, está adstrita aos ditames legais e não ao pronunciamento dos membros da comissão encarregada do processo administrativo.

Se as provas indicam, indubitavelmente, a falta cometida e se esta acarreta a pena de demissão, correta foi sua aplicação em relação à apelante.” (fls. 122).

Contra essa decisão, manifestou a vencida embargos de declaração que foram rejeitados.

Dáí o recurso especial da autora com suporte nas letras **a** e **c** da permissão constitucional, sob alegação de que o v. acórdão impugnado negara vigência aos artigos 2º, 128 e 460 do CPC, além de divergir de julgados que indica.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte. Aqui, dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É este o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A Comissão de Inquérito instaurada para apurar o abandono de cargo da recor-

rente conclui pela inexistência do ilícito administrativo que lhe fora imputado, acrescentando que não houvera ânimo de abandonar o cargo tanto que retornara a desempenhar suas funções. É sabido que a autoridade administrativa julgadora não está adstrita às conclusões do inquérito. Todavia, deve fundamentar a sua decisão com suporte nas provas colhidas por ela e não por outros motivos que não ficaram provados comprometendo as garantias constitucionais. Assim os fatos que serviram de suporte para o ato demissório não foram apurados no processo administrativo, e por via de consequência não permitiam a demissão que deve ser anulada por insubsistência de suas razões, com a reintegração da funcionária injustamente demitida. As circunstâncias fáticas do inquérito foram bem percebidas pelo Procurador de Justiça que atuou junto ao Tribunal, e merece ser destacado **verbis**:

“O Decreto de 18.12.87 que demitiu a apelante, se fundamentou no artigo 238, inciso VI e seu parágrafo 1º, da Lei Complementar nº 2/80, que trata do abandono de cargo.

Este Decreto foi fundamentado através de quatro considerandos, todos distanciados do indiciamento e das acusações feitas contra a apelante. Senão vejamos:

a) — Considerou, para efeito de demissão, o abandono do cargo, no período de 05.03.87 a 23.06.87;

b) — Considerou que no período questionado, a apelante se encontrava prestando serviços à Câmara Municipal de Jardim;

c) — Considerou que o fato de ter reassumido o cargo não impede o prosseguimento do processo administrativo;

d) — Considerou, por último, que o retorno da indiciada ao serviço não tem as conseqüências que lhe pretendeu em prestar a Comissão Processante, para efeito de descaracterizar o abandono de cargo.

Das quatro motivações acima, somente as duas primeiras nos interessam, para levar à nulidade do ato, delas decorrente.

Ocorre que, nenhuma delas, seja com relação ao período considerado como de abandono de cargo (05 de março a 23 de junho de 1987) ou com relação ao fato de estar prestando serviços à Câmara Municipal, se constituíram como elementos de indiciamento da apelante, que lhe propiciasse a oportunidade de defesa.

Tais fatos surgiram durante a tramitação morosa do processo instaurado contra a apelante.

Entretanto, mesmo que houvesse acusação formalizada, com oportunidade para defesa, com relação às faltas no período mencionado no Ato de Demissão, estas estariam devidamente justificadas, consoante concluiu a Comissão Processante. Tudo se deveu à

atitude da Agente Regional de Ensino, segundo ficou provado, em obstaculizar a assunção do cargo, por parte da apelante. Para tanto, chegou até a desobedecer ordem, via TELEX, do Secretário de Educação, que lhe determinava a lotação da professora GREGÓRIA, “sob pena de responsabilidade” (fls. 131-Proc. Adm., apenso).

No que tange, ainda, ao exercício de cargo na Câmara Municipal de Jardim, como motivação para a demissão, também é despidada de qualquer fundamento. Basta verificar que tal motivação se apóia nos documentos de fls. 158/160 e foram produzidos pela suspeita Agente Regional de Ensino de Jardim, em data de 05.08.87. Além do mais, os documentos juntados pela referida Agente, não indicam o horário de trabalho da apelante na Câmara Municipal. Entretanto, como comprovam a presença da apelante na Sala das Sessões da Câmara, há de se concluir que se trata de horário noturno, pois é sabido que os Legislativos Municipais, ordinariamente, se reúnem neste horário. Não levam, pois, os referidos documentos a qualquer certeza da ocorrência de abandono de cargo, com força de conduzir a uma demissão.

Demais, além do fato de ter o ato atacado se fundamentado em motivações não constantes do libelo acusatório, tem-se ainda, que o mesmo se escorou no artigo 238,

inciso VI, da Lei nº 2, de 18.01.80, quando, na verdade, a apelante estava sendo acusada por infração dos artigos 227, incisos I, II e IV e 228, inciso XIII, da mesma lei complementar.

Como se vê, no termo de indicição (fls. 167/168 — Proc. Adm., apenso), não consta:

a) — o período em que OCORRERAM as faltas, pelo que se conclui ser o mesmo dos expedientes que lhe deram origem (Autos nºs 13/02102/87 e 13/03183, que se referem a um período de novembro/86 a fevereiro/87);

b) — o artigo pertinente a “abandono de cargo”, mas sim o de falta aos deveres funcionais (art. 227, I, II e IV) e falta ao trabalho, sem causa justificada (art. 228, XIII).

Há de se concluir, pois, que o ato impugnado, invocou fatos novos, estranhos ao objeto do processo e dos quais, a indiciada não se defendeu.” (fls. 101/103)

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido na forma do pedido e condenar o sucumbente nas custas e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação, tudo corrigido monetariamente.

É o meu voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, prestei toda atenção ao voto do eminente Ministro Relator e realmente confesso que durante a leitura cheguei a ter dúvida sobre a admissibilidade do recurso; mas em face das colocações, com base em normas do Código de Processo Civil, acompanho S. Exa.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.665-9 — MS — (92.0010160-7) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Gregória Mirta Belmonte. Advogados: Leonardo Nunes da Cunha e outro. Recdo.: Estado do Mato Grosso do Sul. Advogados: Sara Francisco Silva e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso e dado-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz, pediu vista o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (em 04.04.94 — 2ª Turma).

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

## VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O único fundamento do recurso especial, apoiado

nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, é o de que o acórdão recorrido decidiu **extra petita**. Nesse sentido, alega a recorrente ofensa aos arts. 2º, 128 e 460 do C.P.C. e dissídio com o decidido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso (fls. 145). Argumenta, a propósito, que a ação foi movida objetivando a declaração de nulidade do ato demissório “por falta de motivação destinada a justificar a rejeição do parecer da Comissão processante”, tendo o resto malsinado examinado a controvérsia apenas sob o prisma da “nulidade do ato por ter sido contrário às conclusões da Comissão Processante e da Junta de Inquérito Administrativo”, para concluir que “agiu com acerto o nobre juiz da causa quando asseverou a fls. 66 que a autoridade não está obrigada, segundo a lei, a decidir tal qual concluiu o relatório.

Nesse contexto, afigura-se-me que o voto do ilustre Relator, nos termos em que foi proferido, decidindo o próprio mérito da causa, não se ateve aos limites das questões postas no recurso especial. Com efeito, a reconhecer a ocorrência de decisão **extra petita**, a consequência é a nulidade do aresto recorrido, como pleiteado pela própria recorrente (fls. 147). É bem verdade que, ao concluir a petição recursal, a recorrente vai além: pleiteia que, superada a preliminar atinente à ocorrência de decisão fora do pedido, se reforme o julgado, a fim de julgar-se procedente a ação. Todavia, não suscitou, no recurso especial, ne-

nhuma questão que permita a esta Turma adentrar no mérito da causa.

Sob esse panorama, adstrita a matéria ao exame da ocorrência, ou não, de decisão **extra petita**, não diviso a alegada ofensa aos textos legais invocados, nem o pretendido dissenso, que não foi demonstrado com observância das exigências substanciadas no art. 255 e parágrafos do Regimento Interno desta Corte, isto é, com a menção das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Com efeito, bem ou mal, decidindo o mérito da causa, o acórdão recorrido ateve-se aos limites do pedido, que se adstringe à (fls. 3) “declaração de insubsistência do ato governamental que demitiu a autora do serviço público estadual, determinando-se a sua reintegração no cargo de professor, classe A, Nível V, da Secretaria de Educação do Estado, com ressarcimento de todos os vencimentos e vantagens referentes ao tempo de afastamento e pagamento das custas, despesas, honorários de advogado e demais cominações legais.”

Esclareça-se que a sentença, após resumir com fidelidade a **causa petendi**, apreciou amplamente a controvérsia para concluir pela improcedência da ação (leia-se a fls. 62-67). Dentro dos mesmos limites, ateve-se o acórdão recorrido, para confirmar a sentença (fls. 116-122), inclusive o proferido nos declaratórios (fls. 135-137).

Dentro desse quadro, sem apreciar o acerto, ou não, da decisão me-

ritória, estou convicto de que, ainda que possa ter decidido de forma incorreta, não julgou **extra petita**, de maneira a ofender os dispositivos colacionados na petição recursal.

Isto posto, peço vênia ao ilustre Relator e aos eminentes Ministros que o acompanharam, para não conhecer do recurso.

### RETIFICAÇÃO DE VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, não podemos examinar o mérito sem antes fazermos juízo de admissibilidade. Essa foi sempre a minha posição — até havia certa discordância na terminologia adotada de não conhecer porque entendo que deveremos sempre fazer dois julgamentos no recurso especial: primeiro, o da admissibilidade, e o segundo, se possível, o do mérito. E se, realmente, a matéria se restringiu apenas àqueles artigos indicados, entendo que não poderíamos chegar à segunda parte, ou seja, ao segundo julgamento, sob pena de também termos de fazer isso quando se cogite, por exemplo, da interposição de recursos errados. Tenho decidido pelo reconhecimento de er-

ro grosseiro em alguns casos, sem me ater à circunstância do mérito da causa.

Para manter essa linha de coerência, peço vênia ao eminente Ministro Relator para me manter no julgamento preliminar, reformulando o voto para acompanhar V. Exa.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.665-9 — MS — (92.0010160-7) — Relator: O Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Gregória Mirta Belmonte. Advogados: Leonardo Nunes da Cunha e outro. Recdo.: Estado do Mato Grosso do Sul. Advogados: Sara Francisco Silva e outro.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Peçanha Martins, este reformulando seu voto anteriormente proferido, que não conheciam do recurso (em 18.04.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 24.258-O — RJ

(Registro nº 92.0016758-6)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Guanatur Turismo e Transportes Ltda.*

Recorrido: *Condomínio do Edifício Martília*

Advogados: *Drs. Ricardo Fontes Perin e outros, e Antônio José Fernandes Costa Neto*

**EMENTA:** *Processo civil. Carência da ação. Impossibilidade jurídica. Apreciação de ofício. CPC, arts. 267, § 3º, 463, 512 e 515. Necessidade de prequestionamento na instância extraordinária.*

**I —** O tribunal da apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação.

**II —** Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão definitiva.

ACÓRDÃO

EXPOSIÇÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Brasília, 3 de maio de 1994 (data do julgamento).

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

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Proposta ação renovatória de locação de vitrine destinada “à exposição de propaganda dos negócios da locatária”, a sentença, após relatar que a locação fora “submetida voluntariamente pelas partes ao Decreto 24.150” e que “o Condomínio réu insurgiu-se tão-somente quanto ao valor oferecido”, julgou procedente o pedido “para decretar a renovação da locação da inicial por um novo período quinquenal, estabelecendo como aluguel para o novo período renovando o do laudo do perito do Juízo, num mon-

tante de NCz\$ 225,08 (duzentos e vinte e cinco cruzados novos e oito centavos)”.

Em sede de embargos declaratórios restou esclarecido que o reajuste do locativo estabelecido far-se-ia semestralmente.

A locatária-autora, inconformada com o valor do aluguel e com a periodicidade do seu reajuste interpôs apelação.

O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, entendendo haver “evidente impossibilidade jurídica de se submeter ao regime do Dec. 24.150 a locação de uma vitrine destinada à veiculação da propaganda da autora”, houve por bem extinguir o processo sem julgamento do mérito, lançando acórdão assim ementado:

“Ação renovatória tendo por objeto uma vitrine onde se veicula propaganda dos negócios da autora. Carência. A locação de uma vitrine não se submete ao regime do Dec. 24.150, já que este pressupõe a proteção ao fundo de comércio em imóvel destinado a uso comercial ou industrial. Embora tal questão não tenha sido ventilada nos autos e a sentença não a tenha considerado, não se pode aceitar que as partes e o próprio julgador queiram dar à locação um significado legal absolutamente impossível. Carência decretada”.

Rejeitados declaratórios oferecidos, a apelante manifestou recurso

especial alegando violados os arts. 2º, 128, 267, VI e § 3º, 460, 467, 473, 474, 505, 515, **caput** e § 1º, CPC. Sustenta que a permissão contida no § 3º do art. 267 do diploma processual “não vai ao ponto de autorizar o reexame de matéria trãnsita em julgado, nem de atropelar o princípio dispositivo, que veda o julgamento **ultra petita** e a **reformatio in pejus**”. Enfatiza a circunstância de que foi ao tribunal, como única apelante, “apenas para discutir o valor e periodicidade do aluguel referente à locação já renovada... e de lá saiu sem contrato de locação algum!”.

Sem contra-razões, foi o apelo admitido na origem.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Ao proferir o seu voto como relator, assinalou o em. Juiz **Nilson de Castro Dião**, arrimando-se em lição doutrinária a respeito do fundo de comércio.

“A apelação devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, que, no caso, é o valor do aluguel fixado na sentença.

E nessas condições, não é possível desconhecer que existe na hipótese dos autos uma evidente impossibilidade jurídica de se submeter ao regime do Dec. 24.150 a locação de uma vitrine destinada à veiculação da propaganda da autora.

Custa a crer que tal assunto não tenha sido ventilado no curso do processo, como se as partes pudessem, a seu talante, submeter qualquer relação jurídica ao regime legal de um diploma que não cogita da hipótese que dela se pretende.

O Dec. 24.150 é destinado a regular a renovação dos contratos de arrendamento de prédio, urbano ou rústico, destinado pelo locatário a uso comercial ou industrial, conforme o disposto em seu art. 1º.

Ora, a locação de uma vitrine não se enquadra em tais objetivos. Não há uso comercial ou industrial, inexistindo, conseqüentemente, o fundo de comércio que a lei visa proteger.

Ora, a destinação legal é matéria de ordem pública. Não podem as partes pretender incluir em seus objetivos, uma relação jurídica que não tem a finalidade legal prevista.”

Como se nota, a questão que se põe a exame busca definir se, uma vez julgada procedente a pretensão renovatória em primeiro grau, manifestada apelação unicamente pela autora, para impugnar o valor do aluguel e a periodicidade do reajuste fixado, seria ou não possível ao segundo grau, de ofício, dar pela carência, extinguindo o processo por impossibilidade jurídica do pedido.

Assim exposta a questão tenho que decidi com acerto o eg. Tribunal do Rio de Janeiro.

Com efeito, se se cuidasse de matéria de mérito, lícito não lhe seria apreciar a matéria *ex officio*, à míngua de suscitação do tema. Assim, *verbi gratia*, se o requisito faltante fosse um dos elencados no art. 2º do Decreto 24.150/34, os quais, segundo a doutrina majoritária (**Pontes, Frederico Marques, Celso Barbi, Humberto Theodoro Jr. e Ernane Fidelis**, dentre outros; em sentido contrário, **Buzaid**), diriam respeito ao mérito. Em se tratando de condições da ação, no entanto, tem aplicação a norma do art. 267, § 3º, 1ª parte, segundo a qual

“§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs IV, V e VI; todavia, o réu que não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”.

Poder-se-ia dizer que o mérito já fora decidido na sentença, transitado em julgado em face da ausência de impugnação recursal dos interessados (CPC, art. 515, *caput*). O raciocínio, no entanto, não estaria correto, considerando a exceção contemplada no referido art. 267, calcada na prevalência do interesse público a nortear o processo como instrumento da jurisdição. Bastaria, para demonstrar o equívoco de tal construção, exemplificar-se com o acolhimento de um divórcio (quando era

vedado em nosso direito), de comum interesse delas, recorrendo uma das partes, apenas no tocante aos ônus da sucumbência.

O certo é que, da mesma forma como no primeiro grau, até a sentença “final” (CPC, art. 463), o juiz pode de ofício conhecer da falta de um ou mais dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, o mesmo se dá no segundo grau, até o julgamento da apelação ou eventuais infringentes.

Vale a pena, a respeito, trazer à colação o ensino de **Moniz Aragão**, em seus “Comentários”, pela Forense, ao art. 267, § 3º, **verbis** (6ª ed., nº 541):

“À primeira vista, ter-se-ia a idéia de que a sentença é apenas a do primeiro grau de jurisdição, pois é chamado acórdão o pronunciamento dos tribunais (art. 163), e com isso lhes ficaria excluída a apreciação, de ofício, nos julgamentos em grau de recurso e mesmo em casos de sua competência originária. Tal não é, porém, a realidade.

Em primeiro lugar, a denominação não retira ao julgamento dos tribunais as características, que lhe são inatas, de sentença ou decisões, mesmo de despachos. Em segundo lugar, “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso” (art. 512), do que resulta que, para os fins e efeitos do disposto nesse parágrafo, sentença de mérito é a que o definir, com caráter final, aplicando-se,

portanto, o preceito do texto, também aos tribunais superiores, julgando originariamente ou em grau de recurso.

Disso resulta que assim o juiz como o tribunal poderão apreciar a matéria dos três incisos, se a encontrarem demonstrada nos autos, mesmo que as partes não a hajam suscitado.

Há, porém, limite a essa possibilidade, que resulta da natureza do recurso: somente os que são considerados ordinários, contendo devolução integral, poderão ensejá-la. O recurso extraordinário, que subordina a atuação do Supremo Tribunal Federal aos pressupostos constitucionais de sua admissibilidade, nem sempre ensejará essa apreciação, sendo necessário fazer distinção entre a fase do conhecimento e a do julgamento, propriamente dito, sem o que não se poderia chegar a bom resultado”.

Nessa mesma direção, colhe-se da ACO<sup>r</sup> 268, STF, relatada pelo Ministro **Alfredo Buzaid** (RTJ 101/901):

“... Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão definitiva. A preclusão é sanção imposta à parte, porque consiste na perda de uma faculdade processual; mas não se aplica ao juiz, qualquer que seja o grau de jurisdic-

ção ordinária. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada”.

Em idêntico sentido, do mesmo Relator, RTJ 105/1.038 (AgRg 89.518-MG).

É de assinalar-se, por fim, o disposto no art. 1.036 do Código Civil.

Em face do exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.258-0 — RJ — (92.0016758-6) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Guanatur Turismo e Transportes Ltda. Advogados: Ricardo Fontes Perin e outros. Recdo.: Condomínio do Edifício Marília. Advogado: Antônio José Fernandes Costa Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 03.05.94 — 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 26.531-2 — SP

(Registro nº 92.0021287-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Horácio dos Santos Rodrigues*

Advogado: *Sidnei Fortuna*

Recorrida: *Maria de Lourdes Serrano Furlan*

Advogado: *Manoel Barreiro Rodrigues*

**EMENTA:** *Civil e processual civil — Ação de despejo — Beneficiário da justiça gratuita — Custas — Isenção — Lei 1.060/50.*

— A justiça gratuita tem disciplina em legislação específica e assento constitucional, podendo ser deferida em toda e qualquer ação, sem distinção, desde que reconhecida sua necessidade, na forma da lei.

— O beneficiado com a justiça gratuita e vencido em ação de despejo com purgação da mora, está isento de custas e honorários advocatícios enquanto perdurar sua condição de carente.

— Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

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

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

## RELATÓRIO

O SR. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI: Horácio dos Santos Rodrigues interpõe recurso especial (art. 105, III, a e c, Constituição Federal) ao v. acórdão de fls. 28/31, da Quinta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que, mantendo o r. despacho de fls. 12, entendeu que a Lei de Assistência Judiciária não se aplica às ações de despejo por falta de pagamento com pedido de purgação de mora, negando-lhe, desta forma, a isenção de custas e honorários advocatícios dispendidos pelo recorrido.

Alega o recorrente, que o v. acórdão impugnado contrariou os artigos 3º, 11 e 12 da Lei 1.060/50 e artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, bem como divergiu de ju-

risprudência de outros tribunais, inclusive da Suprema Corte (fls. 35/51).

O recurso restou admitido (fls. 54/55).

A Subprocuradoria Geral da República, às fls. 60/62, opina pelo provimento do recurso para isentar o recorrente do ônus que lhe foi imposto pelo acórdão recorrido, enquanto perdurar a sua condição de pobreza.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, preliminarmente, não conheço da alegada contrariedade ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal. É que no recurso especial, só se aprecia matéria de índole infraconstitucional.

No mérito, entendeu o v. acórdão recorrido que o art. 36, da Lei 6.649/79, norma superveniente à Lei 1.060/50, impôs ao locatário, quando pretendesse a mora, de pagar tudo o que a Lei Inquilinária relacionou, inclusive custas e honorários advocatícios, ainda que beneficiário da justiça gratuita.

Segundo entendo, não há qualquer contradição entre a Lei 1.060/50 que defere a justiça gratuita genericamente a todo aquele que não pode estar em juízo, senão com sacrifício da própria subsistência e de sua família, com a disposição da Lei do Inquilina-

to, quando esta afirma que a purgação de mora imposta no pagamento inclusive das custas e honorários advocatícios. É que a referida disposição da Lei do Inquilinato somente se aplica àqueles que não estão amparados pela precitada Lei 1.060/50.

A justiça gratuita, a exemplo do instituto da assistência judiciária, tem disciplina em legislação específica e assento constitucional, podendo ser deferida em toda e qualquer ação, sem qualquer distinção, desde que reconhecida sua necessidade, na forma da Lei.

Todavia, o benefício da gratuidade não engendra isenção definitiva e absoluta, ao vencido, de custas e honorários. Ao contrário, desobriga do pagamento enquanto persistir o estado de carência, durante o qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito até a fluência de cinco anos, contado da decisão.

Inocorrendo alteração da situação de necessidade, ficará extinta a obrigação, a teor dos artigos 11, § 2º e 12, da Lei 1.060/50.

Este, o entendimento da Corte conforme se pode verificar pela ementa abaixo transcrita:

*“Civil e processual civil — Ação de despejo — Parte vencida beneficiária da justiça gratuita — Pagamento dos honorários advocatícios — Isenção — Art. 3º, V, da Lei 1.060/50.*

I — O benefício da justiça gratuita não constitui na isenção abso-

luta das custas e dos honorários advocatícios, mas sim, na desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica do necessitando, propiciador da concessão deste privilégio.

II — Portanto, a parte vencida, gozando da assistência judiciária, será isenta do pagamento da verba honorária, se ou quando persistir aquela situação de pobreza.

III — Recurso conhecido e provido.”

(REsp 5.235; Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 17.12.90, 3ª Turma)

Desta forma, o recorrente, beneficiado com a justiça gratuita e vencido na ação de despejo com purgação da mora, deve ser isento das custas e honorários advocatícios enquanto perdurar sua condição de carência.

Com estas considerações, dou provimento ao recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.531-2 — SP — (92.0021287-5) — Relator: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Horácio dos Santos Rodrigues. Advogado: Sidnei Fortuna. Recda.: Maria de Loudes Serrano Furlan. Advogado: Marçal Barreiro Rodrigues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do

Ministro Relator (em 24.08.94 — 5ª Turma). gal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Votaram com o Relator os Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 26.926-3 — RS

(Registro nº 92.223940-0)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Baquari Comércio de Combustíveis Ltda.*

Recorrida: *Petrobrás Distribuidora S/A*

Interessados: *Marly Medeiros Alves, Manoel Adão Santana e Newton Buriti Alves*

Advogados: *Drs. Hamilton da Silva Santos e outro, e Miriam Moraes Feijó e outros*

**EMENTA:** *Ação rescisória. Despesas e honorários de advogado. Julgada procedente a ação, cabe condenar-se o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Cód. de Pr. Civil, art. 20. Recurso especial conhecido e provido.*

ACÓRDÃO

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

Brasília, 22 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,  
Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação rescisória, julgada procedente por acórdão assim ementado: “Merece desconstituída a ação quando inexistente o ato intimatório da penhora, a oportunizar a interposição dos embargos, por realizado em pessoa distin-

ta do representante da executada. Ação procedente". Ao final, o acórdão determinou fosse restituído o depósito ao autor, "descabendo a imposição de verba honorária". Daí o recurso especial, pleiteando o autor, a teor do art. 20 do Cód. do Pr. Civil, seja a ré condenada a lhe pagar as custas e os honorários advocatícios, "estes à razão de 20% sobre o valor da causa".

Admitido o recurso, o Subprocurador-Geral José Antônio Leal Chaves, nesta Corte, emitiu este parecer:

"5. O princípio da sucumbência incide e é aplicável na ação rescisória, merecendo o reclamo da ir-resignada, conhecimento e acolhimento.

6. Na espécie, houve uma parte vencedora, a recorrente, e uma parte vencida, a recorrida, objetivamente derrotada, o quanto basta à sua condenação em honorários.

7. A circunstância de não haver na ação rescisória condenação, em face de sua natureza constitutiva negativa, não inibe a incidência e a aplicabilidade do princípio da sucumbência, pois para casos que tais existe previsão expressa no § 4º do art. 20 do Estatuto Processual Civil.

8. Esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no pertinente, tem assentado o seguinte:

*'Civil. Processual. Honorários de advogado. Ausência de condenação.*

Nas causas em que não há condenação, a apreciação do juiz para a determinação dos honorários de advogado não afasta a possibilidade de que os mesmos sejam arbitrados em percentual sobre o valor da causa (art. 20, § 4º do Código de Processo Civil). (REsp nº 5.704-MG-DD. Relator: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade — in D.J. de 10.06.91, p. 7.846).

9. Isto posto, o parecer é no sentido do conhecimento e provimento do recurso, para o fim de ser condenada a recorrida ao ressarcimento das custas adiantadas pela recorrente e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, monetariamente corrigidos, conforme a Súmula nº 14 desse Egrégio Superior Tribunal de Justiça."

Conclusos em 25.2.94, conforme fl. 155.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Onde houver vencido e vencedor, caberá àquele pagar a este as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. De tanto se depreende do art. 20 do Cód. de Pr. Civil, inexistindo motivo que impeça a sua aplicação na ação res-

cisória. Aliás, nestes autos nem o acórdão recorrido o declinou. De acordo com os romanos: **victus victori expensas condenatur** (confira-se a RTJ — 99/1.172). Do Superior Tribunal de Justiça, determinando a condenação em custas e honorários, em ação rescisória, dentre outros: RSTJ's 8/21, 9/19 e 9/32.

Em conformidade com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que acolho, conheço do recurso e lhe dou provimento, mas fixo os honorários em dez por cento (10%).

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.926-3 — RS — (92.0022394-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Nilson Naves. Recte.: Baquari Comércio de Combustíveis Ltda. Advogados: Hamilton da Silva Santos e outro. Recda.: Petrobrás Distribuidora S/A. Advogados: Miriam Moraes Feijó e outros. Interes.: Marly Medeiros Alves, Manoel Adão Santana e Newton Buriti Alves.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 22.03.94 — 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 30.615-6 — SP

(Registro nº 92.0032841-5)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Luiz Augusto Morato Landi*

Advogados: *Salvador Ceglia Neto e outros*

Recorrida: *Clara Maria Bernardo Karnaiques*

Advogados: *Eugenio Carlos Barboza e outros*

**EMENTA:** *Civil. Processual. Locação. Justiça gratuita negada. Recurso especial.*

**1. O Recurso Especial não se presta à apreciação de matéria que não tenha sido objeto de exame na instância originária.**

**2. Recurso 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 Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Flaquer Scartezzini.

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

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Contra decisão que, no curso da ação revisional de aluguel, indeferiu o benefício da Justiça Gratuita, agravou de instrumento a Autora, com êxito no Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo que, reconhecendo a impossibilidade de a autora custear as despesas processuais, lhe concedeu o favor legal, ao fundamento de que possível o seu requerimento a qualquer tempo — Lei 1.060/50, Art. 6º.

Manifestou o locatário, Recurso Especial fundado na Constituição, Art. 105, III, a, alegando ofensa à Constituição, Art. 5º, LV e ao CPC, Art. 526, porque não teria sido intimado para apresentar suas contrarrazões de agravado, após ter sido

intimado para que indicasse peças para traslado no prazo legal.

O recurso foi admitido pelo Presidente do Tribunal de origem, que reputou conveniente o exame de matéria pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contra-razões às fls. 62/69.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, a invocada contrariedade ao texto constitucional não pode ser apreciada nos limites do apelo especial, cuja competência é restrita ao ordenamento infraconstitucional. Dela não conheço.

O inconformismo do recorrente se prende na ausência de intimação para responder ou contraminutar o agravo de instrumento interposto pela autora. Em tese, lhe assistiria razão, nos termos do que expressa o CPC, Art. 526, pois é de se anular o julgamento, se não for dada ao recorrido oportunidade para responder ao agravo. Porém, as particularidades do caso, afastam a pretendida ofensa à lei, eis que o tema não foi, em nenhum momento, questionado, porque disso não cuidou o recorrente, que não apresentou embargos declaratórios que possibilitariam a discussão da matéria pelo Tribunal estadual.

Como cediço, o Recurso Especial não se presta à apreciação de matéria que não tenha sido objeto de

exame na instância originária. Ora, se a questão só veio a ser provocada no apelo extremo, não se pode considerar violada a lei, vez que não se deu nenhum pronunciamento a respeito.

Esse o entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro, no REsp 3.409-AL, que, por pertinente transcrevo ementa e voto:

*“Recurso especial — Prequestionamento.*

Mesmo as nulidades absolutas não poderão ser examinadas no especial se a matéria pertinente não foi, de qualquer modo, cogitada pelo acórdão recorrido, exce- tuando-se apenas aquelas que decorram do próprio julgamento.”

“Os temas suscitados no especial não foram, de qualquer modo, mencionados no acórdão. Falta, pois, o requisito do prequestionamento. Não há como dizer-se que determinada decisão contrariou a lei, se a matéria por ela regulada não foi objeto de cogitação. Isso se aplica mesmo às nulidades ab- solutas. A índole do recurso não se compadece com o exame de questões não tratadas pelo julga- do recorrido. Excepciona-se, ape- nas, a nulidade ocorrida no pró- prio julgamento como, por exem- plo, a falta de fundamentação.

A propósito de incompetência ab- soluta, já decidiu esta Turma pe- la indispensabilidade do preques- tionamento, ao apreciar o Agra- vo Regimental no Agravo de Ins-

trumento 1.254 (DJ de 23/4/90), em que citado precedente do Su- premo Tribunal Federal no RE 94.601 (RTJ 102/775).

Não conheço do recurso.”

Questão análoga a dos autos foi apreciada pela 3ª Turma no REsp 9.995-SP, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, em que, também, se alegava ofensa ao CPC, Art. 526 e, assim ementado:

*“Processual civil — Agravo de instrumento — Matéria não pre- questionada — Arts. 524 e 526, do CPC.*

I — Inexistente ofensa aos dispo- sitivos apontados, uma vez que não foram eles sequer objeto de exame no acórdão recorrido e nem suprida a omissão através dos embargos declaratórios.

Incidência das súmulas n<sup>as</sup> 282 e 356, do pretório excelso.

II — Recurso não conhecido.”

Assim, não conheço o recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp n<sup>o</sup> 30.615-6 — SP — (92.0032841-5) — Relator: O Sr. Mi- nistro Edson Vidigal. Recte.: Luiz Augusto Morato Landi. Advogados: Salvador Ceglia Neto e outros. Rec- da.: Clara Maria Bernardo Karnai- kes. Advogados: Eugenio Carlos Barboza e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 15.12.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Jesus Costa Lima, José Dan-

tas e Assis Toledo. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Min. Flaquer Scartezini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 30.693-4 — SP

(Registro nº 92.0033104-1)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo e outros*

Recorridos: *Décio Bizotto e outros*

Advogado: *Dr. Ubirajara Silveira*

**EMENTA:** *Administrativo e processual. Vantagem funcional. Lei Paulista. Gratificação de nível universitário. Adicionais por tempo de serviço.*

— **Prescrição. Improcedência da argüição, quanto ao recálculo da incorporação da gratificação de nível universitário, consoante os termos da Súmula 85-STJ.**

— **Julgamento extra petita. Sua configuração, no caso, desde a ausência do pedido alternativo quanto à pretendida cumulatividade dos adicionais por tempo de serviço.**

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 parcialmente do recurso e nesta parte o prover, para restabelecer a

sentença, nos termos do voto do Min. Relator. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Flaquer Scartezini, Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima.

Brasília, 18 de agosto de 1993 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Policiais militares paulistas pleitearam a cumulatividade dos quinquênios de adicional por tempo de serviço, a despeito da vedação desse recálculo, estabelecida pelo art. 92, § 3º, da EC 57/87 e pela LC 180/78; num segundo pedido, pleitearam a restauração da chamada gratificação de nível universitário ou, sucessivamente, a correção do cálculo de sua incorporação aos vencimentos, como determinada a partir da referida lei complementar estadual.

A sentença julgou improcedente o primeiro pedido, e prescrita a ação quanto ao segundo; decisão essa que findou totalmente reformada pelo Tribunal de Justiça, em grau de embargos infringentes: quanto à prescrição, porque não houvera pronunciamento administrativo específico e formal sobre a pretensão, restando assim inatingido o chamado fundo de direito; e quanto à procedência de ambos os pedidos, porque, embora incabível a restauração da gratificação de nível universitário, procederia, porém, a alternativa de reparar o cálculo da sua incorporação aos vencimentos pelo critério estabelecido no art. 64, III, a da citada LC 180/78; a par disso, julgou-se parcialmente procedente a ação quanto aos quinquênios, senão para deferi-los com o chamado efeito cascata, mas para que incida a recíproca influência das vantagens incorporadas aos vencimentos — fls. 1.798/1.803.

Seguiu-se o presente recurso especial, invocativo do dissídio jurisprudencial sobre ambas as questões, e de violação aos seguintes dispositivos legais: a) art. 1º do Decreto 20.910/32, dado que a ação foi proposta muito depois dos cinco anos contados da determinação legal de incorporação daquela gratificação, assim prescrito o próprio fundo de direito a reavê-la ou a reparar-lhe a forma de incorporação aos vencimentos; b) ao art. 460 do CPC, desde que decidida **extra petita** a forma de cálculo dos quinquênios com influência recíproca da chamada sexta-parte, favorecimento esse que não fora pedido, senão que o foi a cumulatividade dos adicionais em cascata; além disso, pediu-se, *en passant*, a nulidade do acórdão, pois que, quanto à questionada gratificação de nível universitário, uma vez recusada a prejudicial de prescrição, seria de devolver-se à origem o conhecimento da matéria — fls. 1.805/839.

Contra-razões a fls. 1.865, e despacho de admissão a fls. 1.874.

Nesta instância, em parecer do Subprocurador-Geral **Edinaldo de Holanda**, o Ministério Público Federal, ofereceu o seguinte parecer:

“Deriva o atual recurso da pretensão deduzida pela Fazenda do Estado de São Paulo de haver reforma de acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do citado Estado, que reconheceu como procedente o direito de Policiais Militares a recálculo de vencimentos,

pelo fato de gratificação de nível universitário, que reivindicam, bem como correção de adicionais por quinquênio.

2. A discussão gravita em função de duas questões básicas: direito a critério de cálculo de vencimentos e direito à gratificação absorvida por reclassificação posterior.

3. É consenso pretoriano e doutrinário a inexistência de direito adquirido, pelo servidor, a critério de cálculo de vencimentos. Falta, na expressão de **Gabba**, a natureza patrimonial desse pretensão direito, para que o mesmo se configure como adquirido.

4. Outrossim, se a pretensão resulta do direito à gratificação, que foi absorvida pelo art. 6º da Lei Complementar estadual nº 218, de 02.07.79, tem-se a obtemperar a irremediável prescrição. Evidencia-se que pelo princípio da **actio nata**, o direito à dedução judicial tem início a partir da violação do direito material, no caso, quando a Fazenda Pública deixou de pagar a referida gratificação.

5. A lesão do direito substantivo, do qual nasce o direito subjetivo público da ação, é que demarca o início do prazo prescricional, para tanto não sendo necessária a aprovação administrativa da Fazenda Pública, como entendeu o v. acórdão. O momento da lesão do direito material é

que propicia o nascimento do direito de ação, nos termos da clássica Teoria da Ação, segundo **Mu-ther** e **Windscheid**.

6. Quanto à correção dos quinquênios, por acúmulo incidente, a pretensão é desmerecida, por falta de amparo legal, inexistindo norma estadual naquele sentido.” — fls. 1.879/80.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, no tocante à matéria de prescrição relativa à gratificação de nível universitário, deferida não sob forma de sua reabilitação, mas sob a forma do pedido alternativo de recálculo da incorporação aos vencimentos, operada pela LC 180/78, penso que o fato de tratar-se de determinação legal operante há mais de cinco anos antes da propositura da ação, na verdade, não resultou na prescrição do fundo de direito, consistente do recálculo das prestações, estas, sim, prescritíveis mês a mês do vencimento a que se incorporam.

A propósito do tema, relembrem-se as Súmulas 443-STF e 163-TFR e confirmam-se os coincidentes termos da Súmula 85, recentemente aprovada pela Corte Especial deste Tribunal, **verbis**

“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.” — Seção de 18/06/93.

Anote-se, ademais, que esse verbete sumular referenciou-se por sete acórdãos de Turmas, três dos quais trataram exatamente do recálculo de que ora se cuida, então irrogada pelo Estado a prescrição a contar, justamente, da LC 180/78 (REsp 2.140-SP, 11.873-SP e 29.448-SP).

Desse modo, no ponto, dou por incensurável o acórdão, o qual, se reparo merecesse, certamente que seria porque, ao afastar a prescrição, de logo julgou o mérito, com supressão da instância; mas, quanto a isso, o recorrente não foi além da singela anotação do fato, sem atacá-lo a modo dos permissivos do recurso especial.

Resta ver o segundo questionamento recursal — o julgamento **extra petita** daquele recálculo dos adicionais com incidência recíproca da chamada sexta-parte.

Consultando-se a inicial, vê-se que, na verdade, o favorecimento de que se trata consistiu do pedido único da cumulatividade dos quinquênios, segundo a defendida regra da seqüência de sua incorporação definitiva aos vencimentos — fls. 30/31 — vol. 1.

Logo, quando o acórdão recusou a discutida cumulatividade, denominando-a de ilegal “efeito cascata” (fls. 1.801), deveras, não poderia compensar o indeferimento por outro favorecimento menor — “a incidência da recíproca influência das vantagens funcionais incorporadas”. Por mais que esse tipo de favorecimento do cálculo dos adicionais tivesse forro na jurisprudência uniformizada pelo Tribunal, como ali se disse a cotejo do incidente na AC 47.025-1 (fls. 1.800), decerto que não cabia concedê-lo aos autores, cuja inicial não aventou qualquer pedido alternativo da perseguida cumulatividade.

De conseguinte, a meu ver, tem sobrada razão o recorrente, sobre argüir ofensa do acórdão ao preceituado no art. 460 do CPC, segundo o qual “é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Em suma, o recurso não merece conhecimento em tudo que diga da questionada gratificação de nível universitário, inclusive a prescrição; mas o merece e procede quanto ao argüido julgamento **ultra petita** do examinado recálculo dos adicionais por tempo de serviço.

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso, e nessa parte o provejo, para restabelecer a sentença de primeiro grau, no particular dos “quinquênios”.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.693-4 — SP —  
(92.0033104-1) — Relator: O Sr. Mi-  
nistro José Dantas. Recte.: Fazenda  
do Estado de São Paulo. Advogados:  
Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo e  
outros. Recdos.: Décio Bizotto e ou-  
tros. Advogado: Ubirajara Silveira.

Decisão: A Turma, por unanimi-  
dade, conheceu parcialmente do re-

curso e nesta parte o proveu, para  
restabelecer a sentença, nos termos  
do voto do Min. Relator (em 18.08.93  
— 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs.  
Mins. Flaquer Scartezzini, Assis To-  
ledo, Edson Vidigal e Jesus Costa  
Lima.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-  
nistro JESUS COSTA LIMA.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 31.435-9 — SP

(Registro nº 93.0001166-9)

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

Recorrente: *Joel Florentino Pereira*

Recorrida: *Esquadro Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

Advogados: *Ricardo Bury e outro, e Carlos Bevilacqua e outro*

**EMENTA: Promessa de compra e venda. Ação de consignação. Alienação do bem a terceiro. Direito à execução do contrato.**

**É irrelevante para a ação de consignação em pagamento do preço de imóvel objeto de promessa de compra e venda o fato desse bem ter sido alienado a terceiro. O promissário-comprador tem o direito de executar o contrato, cumprindo com a sua prestação. Se impossibilitada a contraprestação, por culpa do devedor, terá ele direito ao equivalente, com perdas e danos. Portanto, não constitui fato novo, relevante para a decretação da carência da ação de consignação, a posterior venda do bem antes prometido vender ao autor da consignatória.**

**Apelo conhecido e provido.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-  
tes autos, acordam os Ministros da

Quarta Turma do Superior Tribunal  
de Justiça, na conformidade dos vo-  
tos e das notas taquigráficas a se-

guir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, em 07 de junho de 1994 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR: Joel Florentino Pereira promoveu ação de consignação em pagamento contra Nova Casa Imóveis e Esquadro — Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda., em cumprimento ao contrato de promessa de compra e venda de um lote urbano, cujas prestações as rés recusavam-se a receber, invocando cláusula contratual que permitia a desistência.

O magistrado julgou procedente a ação, o que ensejou apelo da Esquadro — Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda., a qual pediu a modificação da sentença, pois agira de acordo com a lei e o contrato.

A eg. 12ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao apelo e julgou o autor carecedor da ação, levando em consideração o fato de que, posteriormente ao ajuizamento da ação

(art. 462 do CPC), o terreno objeto do contrato fora alienado a terceiro, conforme documentação juntada aos autos em audiência (fls. 88 e seguintes).

O autor recorreu, com base no art. 105, III, a, da CF, alegando violação aos artigos 512 CPC, que concedeu à ré-apelante mais do que pedia, e ao artigo 462 CPC, por levar em consideração prova produzida nos autos ainda antes da sentença, para concluir pela perda de seu interesse legítimo no adimplemento.

Admitido na origem, os autos vieram.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Relator): O promissário comprador de um lote urbano tem o legítimo interesse em ver cumprido o contrato, assim como avençado, tratando de realizar as suas prestações e, a partir desta posição, poder exigir do promitente-vendedor, através da ação de adimplemento, o exato cumprimento da contraprestação a que este está obrigado, ou, se por alguma razão esta prestação *in natura* ficar impossibilitada por culpa do devedor, obter o recebimento do equivalente, e mais perdas e danos. Estamos apenas no âmbito da execução. Diferente é a situação daquele que, não tendo mais interesse na execução do contrato, opta pela sua extinção, liberando-se da sua prestação

e por isso mesmo não podendo mais exigir a contraprestação, restituindo-se as partes à situação anterior. Os efeitos de uma ou outra solução são consideráveis, seja porque existe, na pretensão ao adimplemento, o pagamento do preço, seja porque fica a parte cumpridora do contrato com direito ao equivalente, que geralmente corresponde à melhor satisfação do credor.

Por isso, penso inexistir qualquer reflexo sobre a ação de consignação proposta pelo promissário-comprador, para depósito e quitação do preço, o fato de a promitente-vendedora ter efetuado a alienação do bem objeto do contrato a terceira pessoa.

O artigo 462 do CPC autoriza o juiz a tomar em consideração fato superveniente à propositura da causa quando ele é relevante, por constituir, modificar ou extinguir o direito, influenciando no julgamento. O uso do permissivo para reconhecer a extinção do direito quando o fato novo não influi no julgamento, penso que constitui, no plano processual, violação à regra.

Esclareço que o primeiro fundamento invocado pelo recorrente, quanto ao artigo 512 do CPC, não tem nenhuma procedência. Ocorre que a ora recorrida havia proposto, de sua vez, ação de consignação contra o recorrente, para devolução das prestações já recebidas. Apesar de estarem reunidos os autos, as ações foram julgadas separadamente. A promitente-vendedora não se apercebeu disso e, na apelação que interpôs na sentença que deu pela procedência da consignatória do promissário-comprador, pediu ao Tribunal,

além da modificação do conteúdo da sentença, o retorno dos autos à origem, para o julgamento da sua ação. Julgando como o fez, a eg. Câmara manteve-se dentro do que fora objeto do recurso, pois não fora pretensão da apelante apenas o retorno dos autos para julgamento da outra ação mas sim obter, em primeiro lugar, uma sentença favorável. Reconhecendo a carência, de ofício, usou a eg. Câmara dos poderes que a lei lhe confere.

Isto posto, voto pelo conhecimento em parte do REsp por ofensa ao art. 462 do CPC, e lhe dou parcial provimento, para o fim de afastar a carência da ação e oportunizar à egrégia Câmara a continuidade do julgamento da apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.435-9 — SP — (93.0001166-9) — Relator: O Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Recorre.: Joel Florentino Pereira. Advogados: Ricardo Bury e outro. Recdo.: Esquadro Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda. Advogados: Carlos Bevilacqua e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.06.94 — 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 31.665-4 — SP

(Registro nº 93.0002083-8)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Flávio Antônio Dias*

Recorrida: *Giselda Maria Guimarães Mattos*

Advogados: *Drs. Homero Sarti e outros, e Clóvis de Gouvea Franco e outros*

**EMENTA: Ato processual. Intimação da expedição de ofícios. Falta. Nulidade. Nulo é o processo, se a parte não é intimada para realizar o ato, cuja realização requerera e lhe foi deferida. Recurso especial conhecido 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, em 15 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Adoto o da sentença, relativamente à descrição do pedido do autor:

“Flávio Antônio Dias ajuizou a presente ação declaratória de existência de sociedade de fato, cumulada com dissolução e partilha do patrimônio comum contra Giselda Maria Guimarães Matos, ou Giselda Maria Mon Serrath, sustentando ter vivido em concubinato com a requerida por mais de treze anos, no período compreendido entre 1969 a 1983.

Desde o princípio, tratou os filhos da requerida, como se seus filhos fossem, por todo o tempo caracterizado o concubinato, porquanto visíveis os requisitos de: a) vida estável em comum, sob o mesmo teto; b) exclusividade de relações íntimas; c) notoriedade; d) comunhão de vida caracterizada pelo *more uxorio*; e) imitação de casamento legítimo.

Que ambos exerciam atividades profissionais fora do lar. O

suplicante trabalhava como engenheiro e a requerida como funcionária pública, lotada na Secretaria da Educação.

Deste esforço comum e solidário, cada um contribuindo de acordo com seus ganhos, adquiriram, na constância da sociedade, bens de valor considerável, constante do patrimônio descrito na inicial.

Posto que se desentenderam quanto à convivência a partir de meados de 1983, deliberaram partilhar os bens.

Tdavia, um imóvel em Campos do Jordão, melhor descrito na inicial, adquirido em nome da requerida, porém, com participação sua, fruto de parte de uma herança, deveria ser transferido para o requerente oportunamente, porque pendente de financiamento desde a aquisição, estabeleceu-se que a requerida outorgaria procuração a terceira pessoa, Sr. Carlos Alberto Roxo, amigo comum, que em momento oportuno, faria a competente transferência.

Quanto aos demais bens, por já estar em nome de cada um, nenhum problema a ser enfrentado, assim como os bens móveis foram partilhados sem problemas.

Assim, visando assegurar a concretização do avençado quanto ao imóvel de Campos do Jordão, elaborou procuração manuscrita, depois ratificada por procuração datilografada, confirmada por documento público, e certo de que tudo

estava resolvido, continuou fazendo os pagamentos, embora em nome da requerida, e na posse tranqüila, onde passa todos os fins de semana e férias, foi surpreendido em agosto de 1986, com notificação extrajudicial de que a procuração outorgada fora cancelada.

Em contato com a requerida, esta confirmou a revogação, sem declinar o motivo, acreditando estar ligado ao fato de ter contraído núpcias no mês anterior.

Tendo em vista a impossibilidade de cumprimento do acordo amigável anteriormente celebrado, por culpa exclusiva da requerida, pretende ver reconhecida a existência da sociedade de fato, sua extinção e conseqüente partilha.”

Foi o pedido julgado improcedente. A sentença reconheceu o concubinato, mas não a participação do autor na formação do patrimônio comum. Em grau de apelação, o acórdão, em preliminar, rejeitou a arguição de nulidade da sentença “por cerceamento do direito de produzir provas”, e, no mérito, confirmou-a, negando, assim, provimento à apelação.

Daí o recurso especial, alegando, em suma, o recorrente

“... que o aresto, além de divergir de decisões de outros Tribunais, contrariou os seguintes dispositivos do Código de Processo

Civil: o artigo 405, § 4º, ao indeferir a oitiva da testemunha Gilberto Mont Serrath, pelo fato de ser filho da recorrida, depoimento importante e que poderia ser colhido independentemente de compromisso; os artigos 234, 235, 236, 247 e 248, ao ter considerado encerrada a instrução da causa regularmente, sem que antes tivesse sido intimado a retirar e entregar os ofícios requeridos desde o nascedouro do feito; os artigos 348, 349, 350, II e III e 334, desconsiderando a sua participação na aquisição do patrimônio comum, que a própria parte contrária confessou.

3. Na espécie, entendo presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso pela alínea a do permissivo constitucional, uma vez que as questões processuais suscitadas devem ser submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a quem a nova ordem constitucional reserva com exclusividade a missão de velar pela uniformidade de interpretação da legislação federal infraconstitucional.

A matéria foi bem exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, assim, o requisito do prequestionamento, não incidindo os demais vetos regimentais ou sumulares.

4. No que tange à alegada divergência jurisprudencial, não foi realizada a demonstração analí-

tica do dissídio, na forma exigida pelo artigo 255, § 2º do Regimento Interno da nova Corte Superior.

5. Em tais condições, dou seguimento ao recurso pela alínea a.

Admitido desta forma o recurso, subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça, onde foi ouvida a Subprocuradoria-Geral da República, que emitiu parecer contrário ao conhecimento, segundo esta ementa:

“Sociedade de fato entre concubinos. Constitui matéria de fato o exame da comunhão do patrimônio durante a convivência **more uxorio**. Inexistência de cerceamento de defesa pela não entrega de ofício aos destinatários, bem como no indeferimento de perícia desnecessária e de inquirição de testemunha impedida. Livre convicção do juiz da apreciação na prova. Dissídio jurisprudencial não comprovado. REsp que não se conhece.”

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Acho que o recorrente tem razão, quanto a uma das questões processuais suscitadas. É a pertinente à expedição dos ofícios. Relativamente às duas outras ques-

tões (oitiva da testemunha Gilberto e realização da perícia), não lhe cabe razão. Veja-se o acórdão recorrido, ao versar as três questões, no que se refere ao alegado “cerceamento do direito de produzir provas”, **litteris**:

“2. Negam provimento ao agravo retido de fls. 547/552. Os ofícios solicitados foram expedidos (fls. 516 v. e 536), mas não retirados pelo autor, encarregado de sua entrega aos destinatários, pelo que não pode ele invocar a própria incúria. O indeferimento da oitiva de testemunha impedida foi bem decretado, com base no art. 405 parágrafo 2º, I, do Código de Processo Civil. Outrossim, a perícia somente seria viável na hipótese de ser acolhido o pedido do autor. ‘Pode o juiz diferir a realização da prova para a execução, se convencido de que ela só se tornará necessária na hipótese de procedência da ação’ (**Theotônio Negrão**, Código de Processo Civil, 21ª Edição, nota 3ª ao art. 130).”

No que tange à oitiva da testemunha e à realização da perícia, subscrevo os fundamentos acima. Divirjo, porém, do acórdão, no que se refere aos ofícios solicitados e expedidos.

Em 24.8.90 peticionou o autor desta forma:

“Flávio Antonio Dias, por sua advogada, nos autos da ação declaratória, de rito ordinário, que

perante esse D. Juízo, promove em face de Giselda Maria Guimarães Mattos, vem, respeitosamente, requerer se digne V. Exa. de reconsiderar a parte final do r. despacho de fls. 501 que indeferiu ofício aos empregadores da ré, no período de 1970 a 1984, de vez que consoante já decidido no Agravo de Instrumento nº 105.585-1, o acórdão exarado pela E. 6ª Câmara do Tribunal de Justiça, já se manifestou pela autorização da expedição dos ofícios anteriormente requeridos pelo autor, entendo que:...”

Em seguida, despachou o Dr. Juiz:

“Proc. 587/89

Ante o que consta da petição de fls. 505 e considerando o teor do Ven. Acórdão de fls. 65/67 dos autos do Agravo de Instrumento em apenso, reconsidero o r. despacho de fls. 502, para autorizar a expedição do ofício ali indeferido.

Int.

SP. 04/09/1990.”

Foi expedido ofício à Delegacia da Receita e obtida resposta.

Em 19.12.90 declarou-se que a instrução do processo estava encerrada. Mas o autor voltou a peticionar, **verbis**:

“O autor requereu e teve deferido seu pleito de expedição de ofícios aos empregadores da ré

(fls. 513), entretanto, esses ofícios ainda não foram elaborados pelo Cartório, a despeito de ter o autor fornecido diretamente ao Cartório os endereços atualizados dos empregadores da ré.

Diante disso, não estando esgotadas todas as provas requeridas pelo autor, tanto oral, como documental (fls. 93 e 370), não há como encerrar a instrução processual, sob pena de cercear o direito do autor.

Desse modo, requer se digne V. Exa. de reconsiderar o r. despacho de fls. 519, para o fim de determinar a imediata expedição dos ofícios requeridos e deferidos (fls. 513), bem como seja aprazada nova audiência para a inquirição da testemunha arrolada pelo autor — Sr. Gilberto Mont Serrath.

Se, por hipótese, V. Exa. decidindo este pleito de reconsideração houver por bem de indeferilo, então pede o autor, expressamente, seja a presente admitida como...”

Despachou o Dr. Juiz:

“Proc. 587/90.

I) Intime-se a testemunha arrolada como requerido pelo autor a folhas 528.

II) Considerando-se os elementos fornecidos às folhas 531/532, expeçam-se os ofícios como determinado a folhas 513.

S.P. 27.02.1991.”

Certificou o escrivão, logo abaixo do despacho judicial:

“Certifico que em cumprimento ao R. despacho supra, expedi carta de intimação p/ testemunha bem como ofícios (4) aos empregados da ré.

São Paulo, 12 de março de 1991.”

Mas no dia 1.4, quando da audiência de conciliação, instrução e julgamento (ato a que a testemunha Gilberto não compareceu), o processo teve a sua instrução encerrada, “facultando às partes debaterem a causa”.

Ante tal contexto, creio que o autor tem razão ao sustentar que havia de ser intimado da expedição dos ofícios. Alega o seguinte, na petição de interposição do especial:

“Não atentou Sua Excelência para a circunstância de que, muito embora insistentemente requeridos (fls. 492, 508, 512, 520/522 e 531), os ofícios, endereçados aos empregadores da ré ao tempo da relação concubinária, haviam sido expedidos apenas alguns dias antes da aludida audiência e, mais sério, haviam permanecido singelamente grampeados à contracapa do 2º volume dos autos, com um ‘lembrete’: ‘ofícios p/ serem Retirados pela parte’.

Não houve qualquer intimação ao autor, dando conta de que os ofícios haviam sido expedidos e

poderiam ser por ele retirados. Desse fato, o autor só teve conhecimento ao compulsar os autos durante a audiência de 1º de abril de 1991, quando Sua Excelência houve por bem declarar encerrada a instrução.

Irresignado com o precipitado encerramento da instrução, o autor, ora recorrente, interpôs (fls. 547/552) agravo retido (§ 1º, do art. 522, e § 2º, do art. 527, ambos do CPC), possibilitando ao MM. Juízo reformar o despacho, em retratação, o que, todavia, inocorreu.”

.....

“b) ter Sua Excelência encerrado a instrução da causa sem que, antes, tivesse mandado intimar o autor a retirar e entregar os ofícios, reiteradamente requeridos desde o distante nascedouro da causa; tais ofícios, a despeito de expedidos, às vésperas da audiência em que sobreveio despacho encerrando a instrução, ficaram simplesmente grampeados à contracapa do 2º volume dos autos, com um singelo ‘lembrete’: ‘ofícios p/ serem retirados pela parte’, fato que contraria os mais elementares princípios processuais, notadamente os constantes dos arts. 234, 235 e 236, combinados com os arts. 247 e 248 do

Código de Processo Civil, cuja ofensa, como retro apontado, é um dos fundamentos do presente apelo, sem se desconsiderar que a omissão redundou em flagrante cerceamento dos direitos do autor;”

Por falta da intimação, em caso em que, a meu ver, era necessária, é que tenho por ofendidos os textos de lei que dela cuidam. Por isso, conheço do recurso e lhe dou provimento, para anular o processo a partir e inclusive da sentença.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.665-4 — SP — (93.0002083-8) — Relator: O Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: Flávio Antônio Dias. Advogados: Homero Sarti e outros. Recda.: Giselda Maria Guimarães Mattos. Advogados: Clovis de Gouvea Franco e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 15.03.94 — 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.

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Fabiano Mendonça da Silva*

Recorrido: *Adherbal Castilho Coelho*

Advogados: *João Delfino e José Mardem da Silva*

**EMENTA:** *Processual. Questão incidental. Recurso cabível. Erro grosseiro.*

**I — Ajuizado executivo contra diversos devedores, no curso da ação, o autor pede a exclusão de um dos coobrigados, prosseguindo o processo contra os demais. Decisão emanada do juiz com caráter de interlocutória, pois que não pôs fim ao processo. (CPC, art. 162, § 1º).**

**II — Recurso cabível contra tal decisão é o agravo de instrumento. (CPC, art. 162, § 2º).**

**III — Recurso de que se não conhece.**

## 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 Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Brasília, 11 de outubro de 1993  
(data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,  
Presidente. Ministro CLÁUDIO  
SANTOS, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Trata-se de recurso especial com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c da Constituição Federal, onde se alega negativa de vigência aos arts. 162, parágrafos 1º e 2º, 513 e 522, do Código de Processo Civil.

Cuida a espécie de apelação interposta de decisão que homologou desistência da execução em relação ao agravante, ora recorrente, prosseguindo-se o processo contra os demais executados, sem, contudo, ocorrer a alegada condenação em honorários. Face ao princípio da fungibilidade tal recurso foi recebido pelo juízo monocrático como agravo de instrumento.

O v. acórdão recorrido afastou o princípio da fungibilidade ao consi-

derar como erro grosseiro a interposição de apelação, quando o recurso adequado seria o de agravo de instrumento, já que o MM. juiz decidiu questão incidente.

Sustenta o recorrente que o fato de a extinção do feito ter ocorrido apenas em relação a um dos executados, não retira do ato judicial a característica de sentença.

O recurso foi admitido.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Ajuizou-se ação executiva contra devedores coobrigados e solidários em emissão de título extrajudicial.

No curso do executivo forçado, o autor solicitou ao juízo a exclusão de um dos coobrigados, prosseguindo-se a execução contra os demais.

O Juízo Singular deferiu o pedido, excluindo referido devedor da lide, através de decisão interlocutória.

Contra tal, o excluído manejou recurso de apelação, nos termos do artigo 513 do CPC.

Em segunda instância, o Tribunal entendeu ter o recorrente cometido erro grosseiro, porquanto o recurso cabível seria o Agravo de Instrumento.

Reside aí, o inconformismo do apelo extremo.

A alegação de ofensa ao artigo 162, CPC, não resiste à mais perfunctória análise, pois que, o próprio comando articular já dispõe so-

bre a existência de obstáculo à pretensão recursal.

É, realmente, decisão interlocutória, passível, portanto, de incidir o comando inscrito no parágrafo segundo do artigo citado — Agravo de Instrumento.

Onde pois, a ofensa a tal artigo?

Aos artigos 513 e 522 do CPC, alegados também de violados, parece a esta relatoria confuso o recorrente, pois que o primeiro normatiza a Apelação Civil e o segundo o Agravo de Instrumento, e como a r. decisão entendeu erro grosseiro a interposição de recurso da apelação onde dever-se-ia interpor o agravo de instrumento, nada mais fez que dar azo aos comandos daqueles articulados.

Se a decisão não pôs termo ao processo, cabe agravo.

Correta, pois, a decisão **a quo**, não merecendo qualquer reparo, pelo que a confirmo.

O dissídio não está demonstrado.

Inexistente ofensa aos dispositivos apontados, não conheço do recurso.

É como voto.

### VOTO

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, tratando-se, como se trata, de recurso interposto com base apenas no permissivo da alínea a, dele tenho dificuldade para conhecer. Não podendo conhecer, acompanho o voto do Sr. Relator, de molde a confirmar o acórdão recorrido.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Também acompanho o eminente Ministro Relator, com as mesmas observações do Sr. Ministro Nilson Naves.

Na realidade, a matéria é controvertida, havendo respeitável corrente doutrinária entendendo que, da exclusão de litisconsorte, cabível a apelação. O Tribunal terá sido, por conseguinte, extremamente rigoroso ao classificar o erro como grosseiro. Entretanto, nos termos em que colocado o especial, inviável o seu conhecimento.

## VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, também estou de acordo com o Eminen-

te Ministro Relator, com as observações feitas por V. Exa. e pelo Senhor Ministro Nilson Naves.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.270-8 — MG — (93.0004094-4) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Fabiano Mendonça da Silva. Advogado: João Delfino. Recdo.: Adherbal Castilho Coelho. Advogado: José Mardem da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 11.10.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 33.329-9 — DF

(Registro nº 93.0007810-0)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Banco Central do Brasil*

Advogados: *José Carlos Zanforlin e outros*

Recorrido: *Banco Ipiranga de Investimentos S/A*

Advogados: *Antonio Carlos de Almeida Castro e outros*

Recorrida: *Companhia Brasileira de Administração e Participação S/A*  
— COBRASAP

Advogados: *Honório Pereira Severo e outros*

**EMENTA:** *Recurso especial. Banco. Intervenção do Banco Central. Ação de indenização. Danos eventualmente causados. Prequestionamento. Matéria fática. Fundamentos do acórdão. Requisitos à admissibilidade do recurso extremo em matéria infraconstitucional. Prescrição. Decreto nº 20.910/32. Contagem do prazo. Marco inicial.*

Certo que inadmissível o recurso especial quando não prequestionado no acórdão recorrido o dispositivo de lei federal dito violado. O caso concreto, porém, revela a presença do prequestionamento do tema principal — a prescrição — agitado desde a peça contestatória e objeto da decisão impugnada.

Dispensa-se reexame de provas, afastando o óbice da Súmula nº 07, deste Superior Tribunal, se basta, nesta fase processual, firmar posição sobre a tese em debate.

Abrangendo o recurso ambos os fundamentos da decisão recorrida, reunidas estão, também neste aspecto, as condições de admissibilidade do especial.

Pleiteando-se indenização de prejuízos e não a anulação dos atos que lhes deram causa, conta-se o prazo da prescrição quinquenal a partir da cessação da liquidação e não desde quando iniciado o processo de intervenção.

## 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 01 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A Companhia Brasileira de Administração e Participação S/A — COBRASAP — e o Banco Ipiranga de Investimentos S/A ingressaram com ação de procedimento comum ordinário, objetivando receber indenização decorrente da redução do patrimônio líquido, causada pela intervenção do Banco Central do Brasil.

O Banco Central, oferecendo contestação, e entre outras alegações, arguiu a prescrição quinquenal, aduzindo que a intervenção no Grupo

Financeiro Ipiranga observou as determinações do artigo 15, inciso I, da Lei nº 6.024/74.

Acolhendo a preliminar de prescrição, a sentença de primeiro grau julgou extinto o processo. Considerou, para tanto, que os atos apontados como ilícitos ocorreram: o impedimento pelo réu de alienar 1/3 das ações da 1ª autora no ano de 1974; a (posterior) “intervenção branca”, de maio de 1974 a março de 1975; a liquidação extrajudicial do Grupo Financeiro pela publicação no Diário Oficial da União de 25 de março de 1976. Assim, argumentou a sentença, se os prejuízos tiveram como causa a ilegalidade desses atos, desde então (1974 a 1976) nasceu o direito de ação para invalidá-los. Como a ação só foi proposta em 1990, a prescrição já estava consumada. Analisando também o tema quanto ao mérito do pedido, concluiu o nobre magistrado que se o acionista majoritário e controlador do Grupo, irrevogável e irretratavelmente, aprovou todos os atos praticados pelo réu, em compromisso assinado, não seria devida a indenização pelos prejuízos causados.

Ambas as autoras apelaram da decisão e o Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu parcial provimento às apelações, para afastar a prejudicial de prescrição da ação, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para exame do mérito da demanda. Essa última parte registrou voto vencido.

Contra o acórdão, veio então o recurso especial interposto pelo Banco Central do Brasil.

Leio, para melhor compreensão da controvérsia, trechos do despacho que admitiu o recurso:

“Trata-se de recurso especial, interposto com base no art. 105, III, letra a, da Constituição da República, contra acórdão da Egrégia Terceira Turma deste Tribunal, cujos fundamentos acham-se concentrados na seguinte ementa (f. 1.538), *verbis*:

“*Processual civil. Ação de indenização. Prescrição.*”

— Encontra-se a empresa sob regime de liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central do Brasil, o prazo de prescrição da ação para postular indenização por eventuais danos deve correr a partir da cessação da liquidação.

— Decretada a prescrição da ação, não deve o Juiz apreciar a matéria de mérito que consubstancia a relação de direito material em discussão.

— Sendo extinto o processo, com fundamento em um dos incisos II a V do art. 269, do CPC, a devolução do conhecimento ao Tribunal, em razão da apelação (CPC, art. 515), se restringe a essas questões, como consagrado pela jurisprudência **apud Theotônio Negrão**, CPC e Legislação Processual em Vigor, pág. 175).

— Afastada a preliminar de prescrição da ação, interpõe-se o retorno dos autos ao Juízo de Primeiro Grau para o exame da questão de direito material, objeto da lide, de forma a evitar a supressão de grau de jurisdição.

— Transcorrendo prazo superior a cinco anos entre a data de ocorrência dos atos lesivos ao patrimônio de uma das apelantes e a data do ajuizamento da ação, operou-se a prescrição, que não se interrompe por força de citação efetuada em processo extinto, por desistência da parte autora.

— Apelação parcialmente provida, para afastar a prescrição e ordenar a baixa dos autos ao juízo de origem, para exame da **res judicio deducta**.”

Indica a autarquia-recorrente lesão ao art. 1º do Decreto nº 20.910/32, argumentando (f. 1.546):

“8. Com efeito, ao estabelecer a Terceira Turma do TRF da 1ª Região que, no caso de que se cuida, o termo inicial da prescrição começa a correr após a cessação do regime especial a que se achava submetido o Banco Ipiranga, operou o Acórdão indevida inversão no dispositivo legal em tela. Mais, tornou letra morta a determinação legislativa de que as ações e direitos contra as pessoas lá enumeradas prescrevem em 5 anos, contados do ato ou fato do qual se origina a lesão do direito.

9. Ora, se os Recorridos já na inicial qualificavam o ato decretató-

rio do regime especial de ilegal e praticado com desvio de finalidade e abuso de poder, é porque, em sua visão, essa característica já se fazia presente desde os idos de 1974, época em que foi baixado. Não havia a menor necessidade de esperar o “desaparecimento” do seu patrimônio para argüir a validade da decretação no âmbito do judiciário. Pelo princípio da **actio nata**, desde então (pela ótica dos Recorridos) teria havido lesão a direito, e *desde então começou a correr o prazo prescricional...*”

O despacho retrotranscrito ensejou interposição de embargos de declaração, por parte do *Banco Ipiranga de Investimentos S/A* (fls. 1.629/1.632), rechaçados pelo despacho de fls. 1.634, por manifestamente incabíveis e inoportunos.

Devidamente processado na origem, vieram os autos a esta superior instância, acompanhados das contra-razões apresentadas pelo *Banco Ipiranga de Investimentos S/A* (fls. 1.555/1.617) e pela *Companhia Brasileira de Administração e Participação S.A. — COBRASAP* (fls. 1.619/1.624). O primeiro recorrido, além de apreciar o mérito, aponta três motivos que estariam a impedir o conhecimento do recurso, a saber: falta de prequestionamento, controvérsia fática (Súmula nº 07 deste S.T.J.) e irresignação apenas em relação a um fundamento (Súmula nº 283, do S.T.F.).

Já o segundo recorrido subscreve e ratifica o anterior.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se, às fls. 1.642/1.646, opinando pelo improviamento do recurso.

Recebi memoriais apresentados pelo Banco Ipiranga S.A.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: De todo o debate, quatro são as questões principais a decidir, como passo a destacar:

1. Inicialmente, o prequestionamento. Dizem as recorridas que a negativa de vigência ao artigo 1º, do Decreto nº 2.910/32, não foi ventilada nem enfrentada no acórdão, que das disposições ali contidas não teria cogitado.

Não é essa, entretanto, a conclusão a que chega através da análise dos autos. As contra-razões apresentadas pelo Banco Ipiranga, inclusive, reconhecem haver o acórdão se colocado no sentido de que o fato gerador do direito à indenização foi a não restituição ao Banco, dos bens de propriedade deste. Por isso, considerou esse momento demarcatório do prazo, sem ajustar ao artigo 1º do referido Decreto. Ora, se a decisão cuidou do marco inicial do prazo se a preliminar levantada e analisada dizia respeito ao Decreto nº 20.910, o prazo só pode ser aquele ali previsto, o quinquenal, para saber se ocorreu ou não a prescrição. Aliás, a sentença, para dar por

consumada a prescrição quinquenal, “já que o réu é uma autarquia”, fez expressa menção ao Decreto nº 20.910/32 e ao Decreto-Lei nº 4.597/42 (fls. 1.413, 4º Vol.). Aquele dispendo sobre a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública e este estendendo o princípio às autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais. Da mesma forma, o voto condutor do acórdão, antes de justificar a posição a ser adotada, assinalou textualmente: “... o ilustre Juiz Federal a **quo** acolheu a preliminar de prescrição da ação, em razão do decurso do prazo quinquenal entre os fatos causadores do dano e o ajuizamento da demanda, invocando, para tanto, a norma do art. 1º do Decreto nº 20.910/32” (fls. 1.520, 5º Vol.).

Não se nega o incabimento do recurso especial quando não prequestionado no acórdão recorrido o dispositivo de lei federal dito violado. A jurisprudência da Corte, e particularmente desta Turma, é uníssona. Nem se discute, conforme os vários acórdãos indicados. Acontece que o dispositivo foi suficientemente prequestionado, como se demonstrou, prescindindo, inclusive, dos embargos declaratórios.

2. Reexame de provas. Não vejo necessidade alguma do reexame de provas a obstaculizar o conhecimento deste recurso extremo, pela circunstância de o recorrente raciocinar em termos de ação anulatória, quando a postulação é de natureza indenizatória. Trata-se de firmar posição sobre a tese, isto é, se teria ou não

se configurado a prescrição levando em conta o pedido formulado. Para isso, não se exige a incursão em matéria fática, não incidindo, a meu ver, a vedação da Súmula nº 07, deste Superior Tribunal. Depois, ao ingressar no mérito, então sim, a análise do conjunto probatório pode contribuir para a solução do litígio.

3. A Súmula nº 283, do Colendo Supremo Tribunal Federal, embora aplicável ao recurso especial, não tem também pertinência à hipótese, com a amplitude pretendida pelos recorridos. O tema central é a prescrição (objeto do item 1 — prequestionamento), e os fundamentos se completam. Porém, o que não se pode afirmar é que o recorrente se conformou com o outro fundamento, com a interpretação dada ao artigo 168 do Código Civil. Bem ao contrário. Depois de transcrever o dispositivo e tópicos do voto do relator, o recurso, de maneira bem clara, indaga, quanto à aplicação do artigo 168, IV, do Código Civil, a qual dessas figuras devem ser equiparados o interventor ou liquidante (credor pignoratício, mandatário e, em geral, pessoas que lhes são equiparadas)? E responde: a nenhuma delas, pois a matéria aí é de direito privado, enquanto o tema tratado envolve interesse público (Decreto 20.910). Portanto, abrangendo o recurso o segundo fundamento, como igualmente o primeiro, não há o óbice da Súmula nº 283, do S.T.F.

4. Na parte principal, não demonstrada ofensa ou contrariedade a lei federal, o especial não tem condições de prosperar.

A violação consistiria na parte final do art. 1º, do Decreto 20.910, assim redigido:

“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 origina.*”

Deve o dispositivo ser interpretado no seu verdadeiro sentido; não gramaticalmente, indistintamente para toda e qualquer situação.

Tendo presente que se pleiteia, na verdade, a indenização dos prejuízos e não a anulação dos atos que lhes deram causa, correto o entendimento do acórdão impugnado: — “Encontrando-se a empresa sob o regime de liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central do Brasil, o prazo de prescrição da *ação para postular indenização por eventuais danos deve correr a partir da cessação da liquidação*”.

Sim, porque o Banco apelante esteve em liquidação, pelo Banco Central, até o ano de 1988, sem dispor do controle e da administração dos seus bens, impossibilitado, portanto, de verificar até a existência e a extensão dos prejuízos por ventura sofridos. Os recorridos estavam afastados da gestão dos negócios, que ficaram sob a responsabilidade dos liquidantes. Contar o prazo prescricional desde os atos iniciais

da intervenção ou da liquidação, seria praticamente afastar a possibilidade de ingresso com ação indenizatória. Bastaria sempre retardar o processo liquidatário.

Antiga manifestação do Colendo Superior Tribunal, lembrada nas contra-razões, já proclamava... “tratando-se de ato culposo, cujos efeitos só mais tarde se verificaram, o prazo de prescrição começa a correr da data em que surgiram as suas conseqüências”... .. “O defeito, do qual decorreu o pedido de indenização, só se tornou, portanto, certo, em data que está compreendida dentro, e não fora, do lapso prescricional” (RT 166/813).

O princípio é o mesmo.

Da mesma forma, este Superior Tribunal assentou:

“É preciso que o direito já tenha sido adquirido, como também que o seu titular já tenha inequívoco conhecimento da sua violação, para que se possa cogitar da ocorrência da prescrição ou do início da fluência do prazo prescricional” (REsp nº 16.970-RN, Min. Cesar Rocha, D.J. de 15.03.93).

Sendo assim, iniciada a contagem em 1988, a propositura da ação em 1990 respeitou o prazo da prescrição previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, o que dispensa outras considerações, quer sobre causas interruptivas, quer em torno da legitimidade das partes.

Neste ensejo, discutem-se apenas os fundamentos do recurso do Banco Central.

Em conseqüência e por tudo isso, não havendo violação ao dispositivo de lei federal invocado, meu voto não conhece do recurso, interposto que foi com suporte tão-somente na alínea a, do permissivo constitucional.

## VOTO

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, como enfatizou o eminente Relator, o recurso se cingiu a apontar viciado o acórdão por malferir o art. 1º do Decreto 20.910. E são levantadas preliminares dentre as quais a de falta de prequestionamento. O eminente Relator referiu, inclusive, julgado da minha lavra em que enfatizei não haver sido indicado o dispositivo legal. Quero assinalar que, não obstante este acórdão assim tenha sido resumido, é óbvio que não podemos levá-lo rigorosamente ao pé da letra para significar o afastamento do exame de matérias que tenham sido amplamente discutidas na lide, e esse é o caso dos autos.

Pelo que ouvi, inclusive, das palavras dos eminentes advogados, da tribuna, de há muito se discute a questão da prescrição quinquenal, regulada por esse decreto, e mais ainda, ao que me recorde, na Primeira Instância foi reconhecida essa prescrição e o Tribunal a afastou e é contra esse afastamento que se insurge a requerente.

Quanto às demais preliminares acompanho o Relator e penso que não valem maior consideração, ainda que entenda que, no caso, é de se aplicar o art. 168, IV, do CCB por se tratar de causa que suspende a prescrição. Isso porque não se poderia conceber que durante uma intervenção o interventor, que retira do dono do negócio a sua gestão, pudesse ficar a salvo dos seus próprios atos em detrimento desses bens de que tinha a guarda.

E mais ainda, também não se poderia admitir que se pudesse reclamar por danos quando esses danos ainda não seriam sequer conhecidos, vale dizer, desde a intervenção, como o Banco Central quer.

Evidente que o marco inicial da contagem desta prescrição há de ser o momento em que cessou a intervenção. E ouvi dizer, também na tribuna, que isso se deveu a acordo, no qual se ressaltou o direito das partes de pleitear as indenizações por perdas e danos.

Senhor Presidente, acompanho inteiramente o voto do eminente Ministro Relator.

#### VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acompanho o voto do Eminente Ministro-Relator, com as considerações feitas pelo Eminente Ministro Peçanha Martins.

#### VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: A questão real-

mente foi muito bem situada pelos Eminentes Advogados que aqui produziram brilhantes sustentações orais, tanto quanto pela Subprocuradoria-Geral da República, pelo Eminente Ministro Relator e pelos Ilustres Ministros que a seguir votaram.

De fato, as questões preliminares não apresentam relevância, e, por isso, não merecem acolhimento: quanto à relativa ao prequestionamento, o Ilustre Ministro Relator demonstrou que a matéria foi apreciada, inclusive, no próprio acórdão é feita referência expressa ao art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910, de 1932. Tudo, na verdade, está centrado na discussão sobre a aplicação desse preceito legal. As preliminares atinentes ao reexame de provas e à aplicação da Súmula nº 283 também foram muito bem colocadas e as questões pertinentes afastadas pelo Ilustre Ministro Relator.

No que toca à questão concernente a existência de ofensa, ou não, ao art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/32, creio que o que está em jogo, na verdade, em última análise, é o antigo princípio da **actio nata**. O dispositivo diz que a prescrição há de ser contada do ato ou fato do qual se origina. No caso, ficou bem esclarecido que não se trata de ação anulatória, mas de ação indenizatória. Há regra conhecida, segundo a qual não corre a prescrição contra aqueles que se achavam por motivo legal impedidos de exercitar ação. Ora, no caso, por força de disposição legal expressa, integrante da Lei das

Intervenções, procede-se à nomeação de administradores, afastando-se, pois, os titulares da empresa. Se assim ocorreu, não podiam eles exercer qualquer direito de ação. Aplicável o princípio **contra non valentem agere non currit praescriptio**, quer dizer, não é possível correr prescrição contra quem não tem condições de agir.

Assim, tendo em conta essas breves considerações e adotando o voto do Ilustre Ministro Relator, porquanto a suspensão da intervenção se deu em 1988 e a ação foi proposta em 1990, a conclusão a que chego é a de que não transcorreu prazo quinquenal prescricional.

Isto posto, em conclusão, não conheço do recurso.

#### ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Nessa altura meu voto não influirá e também V. Exas. sabem meu posicionamento contra essas intervenções extrajudiciais do Banco Central em diversas empresas. Na Primeira Seção, tenho me insurgido contra as mesmas. Para mim, são atos de violência jurídica.

O memorial que me foi oferecido diz que em 30 de agosto de 1988, em acordo com o mais amplo espectro, o Banco Central fez cessar a liquidação extrajudicial do Banco Ipiranga de Investimentos.

Agora o ilustre Advogado em nome da Companhia Brasileira de Ad-

ministração e Participação, sustenta o mesmo fundamento do Banco. Estou em dúvida se esse acordo é tão amplo assim, se atingiu todas as empresas, se só o Banco Ipiranga e se esse acordo cuida deste problema da prescrição. Pediria só que me desse essa orientação porque citaram também uma ementa de um acórdão de que fui relator: (lê)

“Prescrição da ação .....  
..... a pretensão.”

Julgado meu de 1992, na Turma.

Para que eu possa continuar sendo coerente, V. Exa. sugeriu três momentos. Não quero discuti-los porque a matéria já está vencida, gostaria somente de me convencer, Ministro Hélio Mosimann, esse acordo abrangeu todas as empresas ou só o Banco Ipiranga?

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Ministro José de Jesus Filho, ouço, primeiramente, o Dr. Honório.

O SR. DR. HONÓRIO PEREIRA SEVERO (Advogado): Sr. Presidente, respondendo à pergunta do Eminentíssimo Ministro, o acordo envolveu o Banco Ipiranga, exclusivamente, que era o único que remanesceu. O acórdão recorrido reconheceu prescrita a ação da Cobrasap que era controladora e a do Banco que era o Controlado, pois eram ações cumulativas. A ação do Banco considerou não prescrita porque levantada a legislação em 30.08.88 e a proposta ação em abril de 1990. Não fazia dois anos.

Mas o acórdão versava o seguinte: considerou prescrita a ação da Cobrasap porque ela teve a sua liquidação extrajudicial levantada em 1980. Agora ressalvou, — e é a ressalva que justifica a permanência da Cobrasap no processo — que a declaração de que não houve prescrição da ação aproveita outra apelante, a Companhia Brasileira de Administração, apenas no que pertine à sua participação no capital do Banco Ipiranga de Investimentos.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Estamos dialogando sobre matéria de fato. A Cobrasap em 1980 já estava liquidada.

O SR. DR. HONÓRIO PEREIRA SEVERO (Advogado): Foi isso que o Tribunal julgou, o acórdão considerado prescrita.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: V. Exa. em seu memorial sustenta também como recorrida essa posição.

O SR. DR. HONÓRIO PEREIRA SEVERO (Advogado): Perdoe-me, Sr. Ministro, se esse foi o entendimento, talvez tenha me expressado mal. Estamos sustentando, apenas, a posição do BI.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Mas o il. Advogado diz: “o memorial da segunda recorrida, Companhia Brasileira de Administração e Participação”. Isso me causou preocupação. O Sr. diz “só remanesce o Banco Ipiranga”. Se só remanesce o Banco Ipiranga as outras já foram liquidadas, a partir de quando nasceu a pretensão.

O SR. DR. HONÓRIO PEREIRA SEVERO (Advogado): Encerrada a liquidação, salvo naquelas que tinham sido absorvidas no Banco Ipiranga, coisa que o acórdão também ressalvou.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Mas qual é a participação da Companhia Brasileira de Administração no Banco Ipiranga?

O SR. DR. HONÓRIO PEREIRA SEVERO (Advogado): Ela tem uma participação acionária no Banco Ipiranga. Por isso que foi admitida a participação da Cobrasap no recurso, como recorrida, na medida em que o acórdão expressamente fez ressalva dos direitos que decorriam como acionista do Banco Ipiranga. Se a ação do Banco Ipiranga de Investimentos não está prescrita, o reconhecimento da não prescrição favorece em parte o Grupo, porque o acordo foi feito com a Cobrasap, não com o Banco Ipiranga, em 1980.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Mas, no momento em que o Banco Ipiranga se faz representar por seus advogados, uma vez satisfeita sua pretensão, também estará satisfeita a da Cobrasap. Não sei como estão encaixando a Cobrasap nesta indenização que vai refletir no patrimônio público amanhã.

O SR. DR. HONÓRIO PEREIRA SEVERO (Advogado): Não reflete, Excelência, pois está prescrita a ação da Cobrasap, não do Banco Ipiranga.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Presidente): A matéria está posta e qualquer fato

complementar o Ilustre Relator poderá esclarecê-lo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Como disse V. Exa., o acordo é amplo, de amplo espectro e o Banco Central fez cessar — não sei se por interesse do próprio Banco — essa liquidação extrajudicial do Banco Ipiranga. A partir desse momento é que surgiu a oportunidade de seus então diretores, se reintegrados no cargo, terem legitimidade para vir a juízo sustentar a pretensão do Banco e requerer essa indenização.

Por essa razão, proposta a ação em 1980, não decorridos cinco anos, não tenho dúvidas em acompanhar o Relator, porquanto as outras preliminares foram muito bem expostas e afastadas — como afastamos em nossos julgamentos — de pleno acordo com a nossa jurisprudência.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.329-9 — DF — (93.0007810-0) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Ban-

co Central do Brasil. Advogados: José Carlos Zanforlin e outros. Recdo.: Banco Ipiranga de Investimentos S/A. Advogados: Antonio Carlos de Almeida Castro e outros. Recda.: Companhia Brasileira de Administração e Participação S/A — COBRASAP. Advogados: Honório Pereira Severo e outros. Sustentaram, oralmente, os Drs. Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, pelo recorrente, Mauro Fichtner Pereira, pelo Banco Ipiranga de Investimentos S/A, Honório Pereira Severo, pela Cia. Brasileira de Administração e Participação S/A — COBRASAP e Eduardo Weaver de Vasconcello Barros, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 01.06.94 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins; Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

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

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 33.421-8 — SP

(Registro nº 93.0008024-5)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Município de São Bernardo do Campo*

Recorrida: *Rozsika Thot*

Advogados: *Maria Elizabet Mercaldo Coelho e outros*

**EMENTA:** *Administrativo. Desapropriação. Liquidação de sentença. Correção monetária. Princípio da justa indenização. Aplicação do IPC/IBGE até fevereiro de 1991 e do INPC/IBGE a partir de março de 1991. Inteligência do artigo 4º da Lei nº 8.177/91. Uso da TR. Impossibilidade. ADIn nº 493-0/STF.*

Em sede de desapropriação, vige o princípio da justa indenização (artigo 182, § 3º da C.F.), que informa e perpassa toda a legislação aplicável à espécie, ao tempo em que impõe à Administração, e principalmente ao julgador, zelar pela efetiva reparação do decréscimo patrimonial sofrido pelo expropriado.

Por isso, resulta compulsória a aplicação de índices de correção monetária cuja variação retrate fielmente a corrosão do poder de compra da moeda, no período examinado.

O IBGE é o indexador que melhor espelha o desgaste inflacionário ocorrido entre janeiro de 1989 e fevereiro de 1991.

A Taxa Referencial — TR não é índice de correção monetária, conforme assentado pelo colendo STF na ADIn nº 493-0, tornando-se inaplicável nos cálculos de atualização do quantum indenitário.

A Lei nº 8.177/91 extinguiu os índices oficiais até então utilizados, mantendo, porém, a divulgação do INPC pelo IBGE, fundação integrante da Administração Indireta Federal (artigo 37, caput da C.F.), que deverá ser aplicado nas contas de atualização monetária a partir de março de 1991.

**Inteligência do artigo 4º da Lei nº 8.177/91.**

**Recurso improvido, à unanimidade.**

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar As-

for Rocha e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Custas, como de lei.

Brasília, 01 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de recurso es-

pecial em ação expropriatória, onde se discute a aplicação do IPC referente a janeiro de 1989, março e abril de 1990 e fevereiro de 1991, no cálculo de atualização monetária do débito indenizatório.

Controverte-se, ademais, acerca da possibilidade de se empregar a Taxa Referencial — TR como índice de atualização das verbas indenizatórias, nos cálculos relativos aos meses posteriores a fevereiro de 1991, posto que a Lei nº 8.177/91 extinguiu o IPC/IBGE, indexador até então utilizado para corrigir monetariamente o **quantum debeatur**.

O acórdão vergastado determinou a atualização pelo INPC/IBGE, a partir de março de 1991.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Quanto à primeira questão, insurge-se o vencido contra aresto no qual determinou-se a atualização da verba indenizatória, em processo de desapropriação, computando-se os percentuais pertinentes ao IPC apurado nos meses de janeiro de 1989, março e abril de 1990 e fevereiro de 1991.

Alega violação a vários diplomas legais que, em seqüência, imprimiram mudanças nos indexadores da economia.

A exemplo, aduz que, a partir do advento da Lei nº 8.177/91, instituidora da Taxa Referencial — TR,

apenas este índice poderia ser utilizado como fator de correção monetária.

Esta Corte, porém, em iterativas decisões, firmou escólio segundo o qual, em sede de desapropriação, vige o princípio constitucional da justa indenização, dele emanando consequências práticas altamente relevantes.

É de curial sabença que todos os planos econômicos engendrados na História recente deste País redundaram em retumbantes insucessos, provocando sempre incessante e descontrolado crescimento das taxas inflacionárias.

Dentre os muitos instrumentos de política econômica empregados na tentativa de debelar a escalada da inflação, ganharam especial destaque os reiterados expurgos realizados na apuração das taxas, numa evidente tentativa de controle artificial desta nefasta anomalia monetária.

A inflação, contudo, prosseguiu crescendo, e sempre em percentuais superiores aos medidos pelos índices divulgados pelo Governo Federal.

Em alguns casos, a diferença é avultante e ultrapassa a casa dos 200% (duzentos por cento).

À guisa de exemplo, em fevereiro de 1991, enquanto a TR aferiu uma desvalorização monetária de 7% (sete por cento), o IPC acusou uma variação de 21,87% (vinte e um inteiros e oitenta e sete centésimos por cento) no custo de vida.

O emprego da TR, *in casu*, equivaleria à frontal imolação do princípio da justa indenização. A perda patrimonial imposta ao particular seria flagrante e tornaria letra morta o preceito contido no artigo 182, § 3º da Carta Política. De outro modo, estar-se-ia convalidando o enriquecimento sem causa por parte do poder expropriante, em ato semelhante ao confisco.

Este o entendimento assente neste Sodalício, do qual trago à colação, para ilustrar, o acórdão assim emendado:

*“Processual civil. Liquidação de sentença. Correção monetária. Variação do IPC. Legalidade. Princípio da justa indenização.*

I — É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é correta a inclusão dos índices correspondentes às inflações ocorridas nos meses de fevereiro de 1989, março, abril, maio, junho e julho de 1990, bem como o referente ao mês de fevereiro de 1991, na atualização de débito decorrente de ação expropriatória, tendo em vista o princípio da justa indenização, insculpido na Carta Magna.

II — Recurso não conhecido” (REsp nº 34.677-SP, rel. Min. José de Jesus, DJ de 28.6.93, pág. 12.884).

Passo, agora, ao exame da segunda hipótese versada nos autos, atinente à definição do índice legal a

ser utilizado para corrigir os débitos nos meses subsequentes a fevereiro de 1991.

Com o advento da Lei nº 8.177/91, responsável pela criação da controvertida TR, foram extintos o BTN “fiscal”, o Maior Valor de Referência — MVR, o IPC/IBGE e outros que serviam de critério de atualização da moeda.

Atorreada com a súbita eliminação dos indexadores universalmente nas relações econômicas e jurídicas, e partindo da premissa de que os débitos judiciais não podem prescindir da incidência da correção monetária, a teor do mandamento da Lei nº 6.899/81, a jurisprudência dos tribunais passou a adotar a TR como índice atualizador do poder de compra dos valores expressos monetariamente.

Contudo, esta orientação distoa da posição adotada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, especificamente no que concerne ao consignado na ADIn nº 493-0, onde se assentou que “a Taxa Referencial — TR não é índice de correção monetária, eis que, refletindo variações do custo primário dos depósitos a prazo fixo, não afere a variação do poder aquisitivo da moeda”.

Contudo, a correção monetária, num país de economia inflacionária constitui inarredável princípio, a fim de resguardar o mais possível o valor da moeda, corroído, no tempo. Os débitos judiciais devem ser preservados da perda do poder aquisitivo, mediante o reajuste de sua ex-

pressão nominal, a fim de que a sua expressão real seja mantida, na medida do possível. A lei que instituiu a correção é, sem nenhuma dúvida, de ordem pública e se aplica às relações jurídicas de todas as espécies (REsp nº 43.046-1), e com maior razão no pertinente à indenização decorrente de desapropriação, que, por força de preceito constitucional, deve ser prévia e justa (artigos 182, § 3º e 184, da CF).

Assim é que, no julgamento do REsp nº 43.046-1, de minha relatoria, ficou definitivamente assentado que “o reajuste monetário visa exclusivamente a manter, no tempo, o valor real da dívida, mediante a alteração de sua expressão nominal. Não gera acréscimo ao valor, nem traduz sanção punitiva. Decorre do simples transcurso temporal, sob regime de desvalorização da moeda. A correção monetária consulta ao interesse do próprio Estado-Juiz, a fim de que suas sentenças produzam, tanto quanto viável — o maior grau de satisfação do direito cuja tutela se lhe requer”.

Ora, indenizar a perda de imóvel sem corrigir-lhe a quantificação, não é indenizar com justiça, consoante mandamento constitucional; é fazê-lo com evidente incompletude, pela metade, apenas, ou, até, dependente do decurso do tempo, em percentual inferior, ou não fazê-lo, até. Empobrece-se o expropriado e enriquece-se, indevidamente, o expropriante.

Por outro lado, não há dúvida de que concluir-se pela simples inapli-

cação da TR seria medida injusta e atentatória aos termos da Lei Maior.

A questão nodal, pois, consiste em encontrar-se, na legislação, um fator de “indexação” diverso da TR, já que esta não se presta ao escopo colimado.

Esclareça-se, desde logo, que o STF, na ADIn nº 493-0-DF, declarou inconstitucionais somente os artigos 18, **caput**, §§ 1º e 4º, 20, 21 e parágrafo único, 23 e parágrafos e 24 e parágrafos da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, todos pertinentes à correção de saldos devedores e de prestações de contratos celebrados com interveniência de entidades integrantes do Sistema Financeiro de Habitação e do Saneamento (SFH e SFS). Restaram, pois, incólumes, os demais preceitos da questionada Lei.

Nesse passo, atente-se para o que estabelece o artigo 4º da Lei 8.177, citada:

“Artigo 4º — A partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta Lei, a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística deixará de calcular o índice de reajuste de valores fiscais — IRVF e o Índice da Cesta Básica — ICB, mantido o cálculo do Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC”.

Como se observa, a Lei nº 8.177, malgrado extinguir (em seu artigo 3º), o BTN Fiscal, o Bônus do Tesou-

ro Nacional — BTN, o Maior Valor de Referência — MVR e outros que serviam de critérios de atualização, manteve, de forma expressa, o “Índice” Nacional de Preços ao Consumidor — INPC, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, como fator de correção monetária. Trata-se, pois, de “Índice” de correção instituído por legislação preexistente e referendado pela Lei nº 8.177/91, em plena vigência e com atualização publicada, pelo IBGE, periodicamente, na imprensa oficial, pelo IBGE, Fundação mantida pelo Poder Público e, portanto, integrante da Administração Indireta Federal (artigo 37, caput, da C.F.).

Bem por isso, entendo correta a orientação perfilhada pelo aresto guerreado.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, para ratificar a atualização do débito expropriatô-

rio pelo IPC, até fevereiro de 1991, é, desde então, pelo INPC do IBGE.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.421-8 — SP — (93.0008024-5) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Município de São Bernardo do Campo. Advogados: Maria Elizabet Mercaldo Coelho e outros. Recda.: Rozsika Thot.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 01.06.94 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 33.883-2 — MG

(Registro nº 93.0009704-0)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Relator Designado: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Construtora A.P.I. Ltda.*

Recorrida: *S.B.E. — Sociedade Brasileira de Eletrificação*

Advogados: *Drs. João Batista Antunes de Carvalho e José Carlos Lopes Motta e outros*

**EMENTA: Contrato. Subempreitada. Lucro usurário.**

A só circunstância de o lucro exceder um quinto do valor do contrato não o torna usurário. Para que assim se caracterize, é mister que haja abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte.

**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 constantes dos autos, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Nilson Naves, não conhecer do recurso especial. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Brasília, 30 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator Designado.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Reproduzo a parte expositiva do parecer firmado pelo douto Subprocurador, Dr. Nelson Parucker, a retratar com fidelidade a causa em debate:

“Cuida-se de ação ordinária proposta pela ora Recorrente, a fim de não ser compelida a conti-

nuar na execução de certo contrato de subempreitada que firmara, pedindo, também, ressarcimento dos prejuízos que já sofreu no cumprimento dele e de lucros cessantes, tudo de acordo com a inicial de fls. 2/8.

2. A Acionada apresentou a contestação de fls. 78/83 e a reconvenção de fls. 167/168, pleiteando da autora nesta última, o valor correspondente ao excesso de adiantamentos a ela feitos e a importância decorrente das penalidades pela rescisão contratual

3. À r. sentença de fls. 845/855 decretou a procedência parcial do **petitum** da Suplicante, para propiciar-lhe a ruptura do aludido pacto e determinou o pagamento dos serviços por ela executados e ainda não medidos, no mesmo passo em que julgou improcedente a reconvenção.

4. Seguiram-se os embargos declaratórios da Ré, de fls. 856/858, não conhecidos pela r. decisão monocrática de fls. 859.

5. Apelaram ambas as partes. A Demandante, às fls. 860/862, postulando perdas e danos e a indenização pelo uso das suas ins-

talações, no canteiro de obras e pelo material por ela deixado no acampamento, além de modificação na base de cálculo da verba honorária. A Requerida, às fls. 869/905, pedindo a inversão do Ven. Julgado, para que resulte malgrado o pleito da interessada.

6. A Terceira Câmara Civil do Eg. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, à unanimidade, deu provimento parcial a ambas as irresignações (*sic*), para fixar os honorários devidos pela Ré em percentual sobre a condenação, em lugar de incidir sobre o valor da causa, como constava da r. decisão monocrática e isentando a Autora de tal rubrica em favor da Ré (fls. 895/905).

7. Daí, os embargos de declaração da Suplicante, de fls. 907/909, que o mesmo Eg. Órgão Julgador, ainda por votação uniforme, rejeitou (fls. 911/913).

8. Por isso, o presente recurso especial da Requerente, de fls. 915/918, com base apenas no permissivo da alínea a, ao fundamento de o Ven. Acórdão hostilizado haver violado a Lei nº 1.521/51, art. 4º, letra b e o Código Civil, arts. 1.056 e 1.059". (fls. 938/940).

O recurso inicialmente não admitido veio a esta Corte por força do provimento de agravo, em decisão deste relator.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): A sentença julgou parcialmente procedente a ação ajuizada pela ora recorrente contra a recorrida, a decretar a rescisão de contrato de subempreitada, firmada pelas partes, com a condenação da ré no pagamento dos serviços realizados e não medidos, desacolhendo pedido de indenização em perdas e danos e lucros cessantes.

No fundamental, consoante explícito no relatório, o acórdão confirmou a sentença.

As razões pelas quais a autora decaiu de parte do pedido estão no trecho da sentença, deste teor:

"Em conclusão, o pedido de rescisão do contrato de subempreitada merece ser provido, não porém, o de perdas e danos, salvo quanto a serviços não medidos.

A autora não foi forçada a contratar e contratou mediante preços por ela mesma oferecidos.

Se não teve condições de cumprir o contrato, não foi por culpa da ré, mas por fatores imprevisíveis para ambas e em razão dos preços que ela mesma ofereceu.

Ao aceitar tais preços, a ré não se tornou responsável pela inexecução do contrato, ou melhor, pela possibilidade de inexecução do contrato que, apesar dos preços baixos oferecidos pela autora, dariam condições de execução do

contrato, não fosse a explosão dos índices inflacionários que não pode ser atribuída à ré.

À ré seria facultado modificar as condições do contrato para evitar a rescisão dele, mas não era obrigada a fazê-lo e, negando-se a isso, nenhum ilícito cometeu.

Como a rescisão do contrato foi pedida pela autora em seu proveito e não havendo culpa por parte da ré, nenhuma indenização tem ela direito de pleitear contra esta, salvo quanto a serviços executados e ainda não pagos, pelo uso das instalações de canteiro de obras levantadas pela autora e pelos materiais que a autora deixou no acampamento e que a ré tenha usado ou consumido". (Fl. 582).

No acórdão encontra-se, no voto do relator, o seguinte:

"A sentença de forma bastante clara acentuou que não houve culpa da ré na rescisão do contrato, razão do indeferimento das perdas e danos, no que andou bem" (Fl. 898).

E, adiante:

"Sabe-se que as perdas e danos se devem quando age a parte com culpa, descumprindo a avença, o que não foi o caso dos autos, pois o fato de a ré subempreitar à autora o contrato que firmara com a CESP em condições altamente vantajosas não ofende a

lei, porque realizado entre partes capazes envolvendo objeto lícito e nos termos permitidos" (fl. 898).

A sentença, entretanto, deixara claro:

"Por último, para que algum contratante possa rescindir um contrato por onerosidade excessiva, é necessário que a outra parte tenha auferido extrema vantagem com o contrato.

Sob esse aspecto, o exame dos autos demonstra que o contrato da subempreitada foi extremamente favorável à ré, que, em razão das obras subempreitadas, retinha para si uma margem de lucros de 86% sobre o valor subempreitado (v. fls. 259).

Não são aceitáveis as justificativas dadas pela ré para manutenção de tão elevada taxa de lucros. Se, em maio de 1988, a ré mantinha na obra apenas vinte e duas pessoas, para tocar os serviços cuja execução reservara para si, correspondentes a 22% do valor dela e para fiscalização dos serviços subempreitados à autora (v. relação de fls. 280/282), não convencem os esclarecimentos que seu representante legal prestou em seu depoimento pessoal, principalmente porque não fez ela demonstração específica de seus gastos com esse pessoal e com a fiscalização e assessoria que teria dispensado à autora.

Mesmo que se entenda que, para resolução por onerosidade excessiva, seja irrelevante o fato de que, pela letra do contrato, a ré auferisse lucro patrimonial que excedesse o quinto de valor corrente ou justo (v. Lei nº 1.521/51, art. 4º, b) porque a extrema vantagem de um contratante deve ser causada pelo mesmo fato que tornou a prestação extremamente dificultosa para o outro, não se deve deixar de ter em conta que o contrato de subempreitada é um contrato derivado do de empreitada e dele dependente.

O douto **Orlando Gomes** ensina:

“Sob a denominação mais conhecida de subcontrato, há contratos derivados de outros, dos quais se conservam dependentes”

.....  
“..., mas o subcontrato há de ter, total ou parcialmente, o mesmo conteúdo do contrato básico”.

.....  
“Os direitos adquiridos pelo terceiro descendem dos direitos do subcontratante, não podem ultrapassá-los, na extensão e duração.” (In Contrato, pág. 157, Forense, 10ª ed., 1984).

Se é patente, diante da carta de fls. 123, que a ré, subcontratante, teria perfeitas condições de rescindir o contrato de empreitada por

flagrante e excessiva onerosidade, tanto que ela, não obtendo resposta para sua carta de 1º.05.88 (fls. 123), propôs a redução do ritmo das obras (v. fls. 45/46), com suspensão de compras de materiais e redução de recursos de pessoal e equipamento, “objetivando não gerar qualquer perda adicional”, igual direito não se poderá negar ao subcontratante, diante da dependência do contrato de subempreitada em relação ao de empreitada e diante do fato que, inegavelmente, a execução do contrato se afigurava mais penosa para a autora que para a ré.

É incontestável a afirmação de que o contrato era de execução mais penosa para a ré, digo, para a autora que para a ré porque esta tinha uma margem de lucro que lhe permitia certa folga diante da defasagem inflacionária ocorrida durante o prazo de sessenta dias que a CESP desfrutava para pagamento (uma margem de lucro de 86% para suportar prejuízos financeiros que oscilavam entre 40 e 50%, conforme a carta de fls. 123); porque à ré cabia execução de parte menos valiosa do contrato, empregando menos pessoal, cuja dispensa ou remanejamento em razão da desaceleração das obras, decerto, teria um custo para ela.

Não é justo nem equânime que se mantenha uma subempreiteira, de menor porte e mais onerada no cumprimento do contrato de subempreitada, sujeita ao cumprimento dele, enquanto é fácil reconhecer que a empreiteira, de maior porte e em

situação mais folgada, teria condições de rescindir a empreitada por excessiva onerosidade de sua execução, tanto que, para sua execução conseguiu a empreiteira melhores condições (v. depoimento de fls. 766).

Nesse passo, vale ressaltar que as teorias de que resultou a aplicação da cláusula **rebus sic stantibus** informam-se no princípio da equidade, não sendo justo que a dona da obra auferisse extrema vantagem, suportável pela empreiteira em razão de elevada margem de lucro no contrato de subempreitada e de seu avantajado porte empresarial, embora tivesse ela condições de rescindir o contrato, que preferia honrar com o sacrifício da subempreiteira". (Fls. 850/852).

A esse respeito, o órgão de segundo grau, no julgamento dos embargos declaratórios, justificou:

"O acórdão não é contraditório por não condenar a ré nas perdas e danos, pois o contrato foi "... realizado entre partes capazes envolvendo objeto lícito e nos termos permitidos", (fls. 898-TA), estando, por isso, a conclusão em harmonia com a fundamentação.

O acórdão não foi omisso em relação à lei de usura, porque não era o caso de aplicá-la em face do que já se disse de o contrato ter amparo legal". (Fl. 912).

A douta Subprocuradoria Geral da República não está de acordo com essa posição e opina:

"10. De fato, tem razão, em parte, **permissa venia**, a ora Recorrente, no particular. Deveras, embora invocando, como afrontado, dispositivo da antiga lei de crimes contra a economia popular, cominando a infração de proveito, em contratos, excedente a um quinto da prestação correspondente, segundo revelado expressamente pelo Ven. Aresto atacado, de sorte a se caracterizar, na espécie, sem deixar resto, a configuração da culpa, a ponto de justificarem-se a aplicação das suscitadas normas da lei civil material, relativas às perdas e danos. Assim, de alguma maneira estranhável a afirmação, contida no Ven. Julgado que se guerrea, sobre a suposta inexistência de responsabilidade da Acionada pelos motivos que impediram a autora de cumprir o pactuado e que eles não teriam derivado de qualquer culpa da Demandada. Pelo menos, isto se mostra nitidamente contraditório, de vez que a Ven. Decisão recorrida tanto afirma uma coisa, quanto a outra, oposta. Destarte, se uma foi reconhecida, a segunda, automática e necessariamente, estaria excluída.

11. Nestas condições, **concessa venia**, merece prosperar, em parte, a insurgência de que se trata, a fim de que a reparação se efetue nos termos devidos". (Fl. 941).

A questão consiste em saber se vigente está a Lei nº 1.521, de 26 de

dezembro de 1951, que altera dispositivos legais sobre crimes contra a economia popular e cujo art. 4º, letra b, dispõe:

“Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

.....

b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da presente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto de valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida”.

.....

A norma não é simplesmente penal, porque o § 3º do mesmo artigo prescreve:

“A estipulação de juros ou lucros usurários será nula devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia paga em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido”.

Quanto à vigência da lei, não encontrei nenhum ordenamento que a revogasse. É certo que a Constituição de 1988 privilegia a livre iniciativa e, por certo, a liberdade de contratar, aquele como princípio basilar da ordem econômica. Não menos certo é o § 4º do art. 173 da Lei Fundamental que proclama:

“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

Logo, o estatuto superior não afasta diploma legal a reger sanções aos lucros arbitrários, recepcionado, sem problemas, pela nova ordem constitucional.

Diante do exposto, tendo a recorrida praticado ato antijurídico, capitulado como crime, deve ressarcir a recorrente por perdas e danos de conformidade com o que dispõe a lei.

Meu voto, pois, é, em consonância com o parecer do **parquet**, para conhecer do recurso, em parte, e dar-lhe provimento.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.883-2 — MG — (93.0009704-0) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Construtora A.P.I. Ltda. Advogado: João Batista Antunes de Carvalho. Recdo.: S.B.E. — Sociedade Brasileira de Eletrificação. Advogados: José Carlos Lopes Motta e outros.

Decisão: Após o voto do Relator conhecendo e provendo parcialmente o recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Costa Leite. Aguardam os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter (em 14.12.93 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

## VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Rememorando a espécie, leio o relatório lançado pelo eminente Ministro Cláudio Santos e o inteiro teor do voto que proferiu: (lê)

Com a devida vênia, permito-me dissentir do voto do eminente Relator, entendendo ininvocável à espécie a Lei nº 1.521, de 1951, cuja disposição constante do § 3º de seu art. 4º deve necessariamente ser interpretada conjugadamente com a norma inserta na alínea b do mesmo artigo. A só circunstância de o lucro exceder um quinto do valor do contrato não o torna usurário. É mister que haja abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte. E tal abuso, em face das circunstâncias fáticas realçadas pelas instâncias ordinárias, não restou caracterizado. Antes, ressaltou-se que a autora tinha pleno conhecimento das condições do contrato, que se tornou gravoso para ela, depois, em decorrência dos problemas de não atualização nas mesmas condições do índice inflacionário, como se colhe do acórdão recorrido, que, em passo seguinte, acentua:

“As dificuldades não eram exclusivamente suas mas também da ré, que não atuou para que ocorressem.

Ao contrário, procurou obter alteração junto à CESP com a qual a obra fora contratada, sem sucesso.”

Por fim, considerando que as instâncias ordinárias timbraram em remarcar que a ré não agiu com culpa, o que refoge à apreciação deste Tribunal, segundo os termos da Súmula nº 7, por envolver reexame da prova, não há cogitar de perdas e danos, com base na lei civil, como sugere o parecer do MPF.

Assim sendo, rogando novamente vênia ao eminente Relator, não conheço do recurso. É o meu voto, Senhor Presidente.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.883-2 — MG — (93.0009704) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Construtora A.P.I. Ltda. Advogado: João Batista Antunes de Carvalho. Recdo.: S.B.E. — Sociedade Brasileira de Eletrificação. Advogados: José Carlos Lopes Motta e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Costa Leite, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguardam os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter (em 01.03.94 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

## VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Serve de pano de fundo o contrato de subempreitada, no qual a

ré contratou com a autora parte da execução da obra de que se encarregara. Invocando a cláusula contratual **rebus sic stantibus**, pleiteou a autora fosse reconhecido o seu direito “de não continuar executando o contrato potestativo e leonino”, bem como pleiteou amplo ressarcimento dos prejuízos que lhe foram acarretados. Está em discussão neste momento a questão relativa a perdas e danos, pleiteada desta forma, segundo a conclusão da recorrente: “... indenizar a parte inocente, plenamente, pelas perdas e danos sofridos, inclusive os lucros cessantes, reclamados na inicial e indeferidos pela r. sentença e pelo r. acórdão recorrido”. É de se esclarecer que o pedido inicial foi acolhido em parte tanto pela sentença quanto pelo acórdão, “para decretar a rescisão do contrato de subempreitada, referido na inicial, condenando a ré a pagar à autora apenas a quantia correspondente aos valores de serviços por ela executados, mas não medidos, no montante de NCz\$ 33.596,15, com os acréscimos acima referidos,...”, conforme fl. 855. Em relação ao item das perdas e danos, a recorrente vem invocando o art. 4º, letra **b** da Lei nº 1.521/51 e, em consequência, os arts. 1.056 e 1.059 do Cód. Civil, **verbis**:

“A própria r. sentença, às fls. 851, endossada pelo r. acórdão recorrido, demonstra, de forma clara, que a posição contratual da recorrida violava a Lei de Usura, ou seja, a Lei nº 1.521/51, art. 4º,

**b**, pois sua ‘tão elevada taxa de lucro excede o quinto do valor corrente ou justo’.”

.....  
“Diante disso, ao negar deferimento aos lucros cessantes, houve violação consequencial, também, dos arts. 1.056 e 1.059, do Código Civil, que obrigam a parte, a quem se debita dolo ou culpa pela rescisão contratual...”

Quanto ao lucro, ou à alta vantagem, a favor da ré, disseram a sentença e o acórdão, respectivamente:

“É incontestável a afirmação de que o contrato era de execução mais penosa para a autora que para a ré porque esta tinha uma margem de lucro que lhe permitia certa folga diante da defasagem inflacionária ocorrida durante o prazo de sessenta dias que a CESP desfrutava para pagamento (uma margem de lucro de 86% para suportar prejuízos financeiros que oscilavam entre 40 e 50%, conforme a carta de fls. 123); porque à ré cabia execução de parte menos valiosa do contrato, empregando menos pessoal, cuja dispensa ou remanejamento em razão da desaceleração das obras, decerto, teria um custo para ela.

Não é justo nem equânime que se mantenha uma subempreiteira, de menor porte e mais onerada no cumprimento do contrato de subempreitada, sujeita ao cumprimento dele...”

“Sabe-se que as perdas e danos se devem quando age a parte com culpa, descumprindo a avença, o que não foi o caso dos autos, pois o fato de a ré subempreitar à autora o contrato que firmara com a CESP em condições altamente vantajosas não ofende a lei, porque realizado entre partes capazes envolvendo objeto lícito e nos termos permitidos.”

Sim, não ofende a lei, como disse o acórdão, mas e se houve o caráter usurário? Aqui tudo indica que houve, segundo a releitura da sentença, à vista da perícia de fls. 253/263. Então, teria ocorrido a ofensa, verificada, conforme o voto do Sr. Relator, em torno da Lei nº 1.521. Diz S. Exa. louvando-se no parecer da Subprocuradoria-Geral da República (Iê).

Vou pedir licença ao Sr. Ministro Costa Leite para acompanhar o Sr. Ministro Cláudio Santos, com um acréscimo: que as perdas e danos sejam apurados em liquidação por artigos.

#### VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Srs. Ministros, vou pedir

vênia para acompanhar o Sr. Ministro Costa Leite. Já me havia manifestado, em outra ocasião, que o instituto da lesão — que é o de que aqui se cogita — exige, nos termos em que acolhido em nosso direito, os requisitos apontados no voto de S. Exa., que não foram mencionados como presentes no caso em exame.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.883-2 — MG — (93.0009704-0) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Construtora A.P.I. Ltda. Advogado: João Batista Antunes de Carvalho. Recdo.: S.B.E. — Sociedade Brasileira de Eletrificação. Advogados: José Carlos Lopes Motta e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Nilson Naves, não conheceu do recurso especial. Lavrará acórdão o Sr. Ministro Costa Leite (em 30.05.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 33.998-8 — SP

(Registro nº 93.0009928-0)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Daniel Pereira da Silva*

Advogado: *Nassim Mahamud*

**EMENTA: Penal. Processual. Interrogatório de menor. Ausência de curador. Nulidade. Recurso especial.**

**1. Anula-se o processo, a partir do interrogatório, se o ato judicial ocorreu sem que o Réu tivesse assistência de curador ou de advogado constituído.**

**2. Recurso conhecido mas improvido.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas, Fláquer Scartezzini e Assis Toledo.

Brasília, 01 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Caminhavam lado a lado pelas ruas de Vicente de Carvalho — Guarujá-SP, levando duas barras prensadas de maconha, escondidas dentro de um saco plástico, Daniel Pereira da Silva, 18 (dezoito) anos, e outro comparsa, quando foram abordados e presos por policiais militares, em patrulhamento de rotina no local.

Denunciados, Daniel foi condenado a (6) seis anos de reclusão, em regime fechado, por tráfico de entorpecentes — Lei 6.368/76, Art. 12. Em seu favor, impetrou-se **habeas corpus**, no qual se alegou estar sofrendo constrangimento ilegal, porque nula a sentença, em face da ausência de curador ou defensor dativo no interrogatório judicial, eis que o réu é menor de 21 (vinte e um) anos.

Informações da autoridade impetrada — Juiz da 1ª Vara Distrital de Vicente de Carvalho — no sentido de que

“o réu teve defensor constituído, ausente ao ato, no entanto, o qual não questionou a validade do interrogatório em defesa prévia (doc. anexo); manifestação subsequente (doc. anexo) e em debates orais (doc. anexo). Aliás, trata-se do mesmo patrono do paciente.

Além disso, o paciente esteve presente à audiência de instrução, debates e julgamento e não manifestou, bem como seu defensor, interesse em ser reinterrogado.” (fl. 16)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu a ordem para nulificar o processo a partir do interrogatório do paciente.

Interpôs o Ministério Público Recurso Especial, sob alegação de negativa de vigência do CPC, Art. 563 e divergência jurisprudencial, apontando como paradigmas, julgados do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta, em resumo, que o interrogatório do réu menor de 21 (vinte e um) anos, desassistido de curador ou defensor dativo, só será declarado nulo se do mesmo resultar efetivo prejuízo para a defesa.

Admitido o recurso no Tribunal de origem, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal quer que se dê provimento, porque “a falta do curador ao interrogatório não acarretou prejuízo algum ao recorrido e não influenciou na apuração da verdade real, posto que não houve confissão ou mesmo nenhuma declaração que pudesse prejudicar a defesa.” (fl. 70)

Relatei.

### VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, o Acórdão recorrido concedeu a ordem, para anular o processo a partir do interrogatório, considerando nulidade absoluta o réu — menor de 21 (vinte e um) anos — ter sido interrogado, em juízo, sem que se lhe fosse nomeado curador.

Registro que, não obstante a simpatia pela tese do recorrente, no

sentido de que a ausência do curador ao ato judicial do interrogatório, por si só, não implica nulidade, mormente se há demonstração inequívoca da ausência de prejuízo à defesa e, estar o réu assistido por advogado durante todo o curso do processo, este, também não esteve presente ao interrogatório, consoante se vê às fls. 16: “o réu teve defensor constituído, ausente ao ato, no entanto...”.

Portanto, não suprida a falta de curador pela assistência do defensor constituído, nulo é o processo. Nesse sentido, decidiu a 6ª Turma desta Corte, no REsp 1.895-SP, relatado pelo Ministro Costa Leite, DJ, 17.12.90:

*“Processo Penal. Nulidade. Curador.*

A nulidade decorrente da falta de designação de curador ao interrogatório judicial do réu menor de 21 anos, não assistido por defensor, e de natureza absoluta, devendo ser pronunciada independentemente de caracterização do prejuízo a defesa.

Recurso conhecido, pela letra c, do permissivo constitucional, e improvido.”

Assim, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É o voto.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.998-8 — SP — (93.0009928-0) — Relator: O Sr. Ministro Edson Vidigal. Recte.: Ministério Público do Estado de São Pau-

lo. Recdo.: Daniel Pereira da Silva.  
Advogado: Nassim Mahamud.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento (em 01.12.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Assis Tbledo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 34.714-6 — SP

(Registro nº 93.0012109-0)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Isabel Alicia Otaegui Garcia Antunes*

Recorrido: *Abigaryr Siqueira Garcia Antunes*

Advogados: *Drs. Luiz Augusto Filho e outros, e Almicar Batista Mamprim e outro*

**EMENTA:** *Inventário. Usufruto vidual. Regime de comunhão parcial. Viúva meeira nos aqüestos.*

Reconhecia a comunhão dos aqüestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime diverso do da comunhão universal de bens, direito ao usufruto vidual previsto no art. 1.611, § 1º, do Código Civil. Precedente do STF.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Nos autos de inventário dos bens deixados por José Cláudio Garcia Antunes, a viúva — Isa-

bel Alicia Otaegui Garcia Antunes — meeira nos aqüestos, interpôs o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que lhe indeferiu o reconhecimento do usufruto vidual. O Tribunal de Justiça de São Paulo negou-lhe provimento sob a ementa seguinte:

“Sucessão. Inventário. Usufruto vidual. Viúva que, embora casada sob regime de comunhão parcial, é meeira nos aqüestos. Direito inexistente. Interpretação do art. 1.611, § 1º, do CC. Reconhecida a comunhão dos aqüestos, não tem a viúva meeira, ainda que casada sob regime de separação de bens, direito ao usufruto vidual, previsto no art. 1.611, § 1º, do Código Civil” (fls. 32).

Daí o recurso especial manejado pela mesma viúva com fulcro na alínea a do permissor constitucional, apontando negativa de vigência do art. 1.611 do CC. Sustentou a recorrente que, não sendo o regime de casamento o da comunhão universal de bens e não possuindo o casal filhos, haveria de ser-lhe concedido o usufruto de metade dos bens pertencentes ao **de cujus**. Aduziu, mais, que ao menos lhe caberia ter sido deferido o benefício constante do parágrafo 2º do citado preceito legal, ou seja, o direito real de habitação em imóvel por ela destinado à sua residência, localizado no município de Bertoga-SP.

Sem contra-razões, o apelo extremo foi admitido na origem.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Bem acentuou o Acórdão recorrido a propósito do denominado usufruto vidual que se cuida de instituto preordenado a tutelar a necessidade econômica do cônjuge viúvo, que, na experiência de casamento celebrado sob regime diverso do da comunhão universal de bens, não participaria nem usufruiria, em princípio, do patrimônio exclusivo do consorte (fls. 32). Segundo magistério de **Orlando Gomes**, o objetivo é “evitar que a sobrevivência de ascendentes sacrifique inteiramente as condições materiais de existência de quem enviuvou” (Sucessões, pág. 69, 6ª ed.).

Não se justifica realmente a proteção legal a quem, embora casado, como no caso, sob o regime da comunhão parcial, em decorrência do fato jurídico da comunhão dos aqüestos, fique em situação prática de desnecessidade. É o que também registra, com razão, o V. Acórdão, o qual a propósito evoca precedente da Suprema Corte havido em hipótese similar à presente (RTJ 110/808-812). Do voto do eminente Relator, Ministro Rafael Mayer, extraio este excerto pertinente à espécie:

“Ora, o dispositivo em questão tem o inequívoco sentido de amparo à mulher que fica desprovido dos bens que pertenciam ao marido, em consequência do regime matrimonial dos bens.

Se, no entanto, a viúva, pelo reconhecimento de sua participação na metade dos aqüestos, já tem uma situação correspondente à que lograria se o regime fosse o da comunhão universal, não há razão alguma de se lhe atribuir, ademais, o usufruto em parte dos bens que excedem dessa metade. O usufruto é compensação pelo que não teria recebido” (pág. 811).

Não há, como se nota, negativa de vigência do art. 1.611, § 1º, do Código Civil, em face da interpretação teleológica que se lhe deve atribuir.

2. Tocante ao direito real de habitação invocado com amparo no § 2º do mesmo dispositivo legal, o julgado recorrido, sem descer a maiores detalhes, baseou-se tão-só na existência de dois imóveis residenciais a serem inventariados, para daí arrear a pretensão. As circunstâncias fáticas carreadas pela recorrente à derradeira hora, em seu apelo extremo, no sentido de que o único imóvel que se presta à residência para ela é o situado no município de Bertoga, não podem ser levadas em

consideração, porquanto impõem o reexame de matéria probatória em via inábil, conforme resulta claro do verbete sumular nº 07 desta Corte.

3. Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.714-6 — SP — (93.0012109-0) — Relator: O Sr. Ministro Barres Monteiro. Recte.: Isabel Alícia Otaegui Garcia Antunes. Advogados: Luiz Augusto Filho e outros. Recdo.: Abigaryr Siqueira Garcia Antunes. Advogados: Almi-car Batista Mamprim e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 25.04.94 — 4ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 35.132-0 — RS

(Registro nº 93.0013589-9)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Elpidio Driemeyer*

Advogados: *Izaias Batista de Araujo e outros, e Angelo Arruda e outros*

**EMENTA:** *Civil/Processual. Cédula de crédito rural. Desvio de finalidade.*

**Não é nula, por desvio de finalidade, cédula de crédito rural firmada em renovação de crédito da mesma natureza.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, 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: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c, Constituição Federal onde se alega violação aos arts. 102, 103, 104 e 999 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial.

O v. acórdão hostilizado, proferido pela Primeira Câmara Cível do Eg. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, recebeu a seguinte ementa:

*“Embargos à execução. Nota de Crédito rural.*

Sendo, os financiamentos, consubstanciados em notas de crédito rural, desviadas da finalidade legal e contratual de custeio de lavouras de milho, para liquidação de financiamentos rurais anteriores, desobedecem requisito essencial dos títulos em execução, descaracterizando-os como títulos de crédito rural.

Como consequência, inviabilizando a execução. Aplicação dos arts. 2º, 9º, 14, IV e 60, do D.L. nº 167/67 e art. 618, I, do CPC.

Primeira apelação provida e segunda prejudicada.” (fls. 135)

O recurso foi admitido.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O recurso tem apoio em dissídio com julgado desta Turma, no REsp nº 21.639-8/RS, relator o em. Min. Dias Trindade, a conter esta ementa:

*“Civil/processual. Renovação de contrato de crédito rural. Desvio de finalidade. Litigância de má-fé.*

1. Não importa em nulidade, por desvio de finalidade, a renovação de crédito rural, ainda que para novar dívida anterior com a mesma finalidade de comercialização bovina.

2. Não cabe aplicar pena indenizatória, por litigância de má-fé, quando não há iniciativa da parte, supostamente prejudicada. (fl. 155)

Comprovado, pois o dissenso a justificar o conhecimento do apelo excepcional.

Sustenta o recorrente, dentre outros argumentos, não se encontrar no estatuto legal regulador dos títulos de crédito rural, o que é certo, nenhum dispositivo a inquirir de nulidade o mútuo em execução e mais acrescentar que a finalidade da lei foi alcançada, porquanto, o empréstimo anterior, quitado, também era destinado ao setor rural.

Do voto do Min. Dias Trindade, colho este trecho:

“Mas, ao assim fazer, ou seja, por ter como desviado da finalidade rural o crédito renovado, o acórdão, em todos os seus termos, negou vigência ao art. 899 do Código Civil, que admite a novação, de sorte a substituir dívida por outra, certo que se trata de dívida nova destinada à mesma finalidade da anterior, finalidade es-

sa que subsiste, seja porque da nova cédula consta que o empréstimo tem a mesma finalidade da dívida novada — comercialização bovina, seja porque a circunstância de se destinar ao pagamento da primeira não desnatura a finalidade desta, senão representa efetiva prorrogação do empréstimo, agora representado por outro título com a mesma causa.” (fl. 158)

Diante do exposto, e tendo em vista o precedente desta Turma, conheço e dou provimento ao recurso para manter a execução devolvendo-se os autos ao Tribunal para a apreciação da apelação do Banco credor.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.132-0 — RS — (93.0013589-9) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Izaias Batista de Araujo e outros. Recdo.: Elpidio Driemeyer. Advogados: Angelo Arruda e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 28.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Costa Leite, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Nova.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrentes: *Pronto Socorro de Fraturas e Acidentes S.A. e outro*

Recorridos: *João Alberto Lorangeira e outro*

Advogados: *Drs. José Ery Camargo e Jussara Silveira de Menezes e outro*

**EMENTA:** *Comercial. Sociedade por quotas de responsabilidade. Transformação em sociedade anônima por vontade do sócio majoritário. Retirada dos sócios dissidentes.*

— Dissolução parcial, com pagamento dos haveres tal como se de dissolução total tratasse, em face das peculiaridades do caso concreto.

— Decisão que não implicou ofensa aos artigos 20 do Código Civil, 291 e 302 do Código Comercial, e 668 do CPC de 1939.

— Ausência de dissídio jurisprudencial.

— Recurso não conhecido.

## 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 Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 14 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: João Alberto Lorangeira e outro ajuizaram ação de cobrança de reembolso contra Pronto Socorro de Fraturas e Acidentes S.A. e Eugênio Streliaev objetivando receber os seus haveres, vez que, na qualidade de sócios minoritários, não concordaram com a transformação do tipo jurídico da empresa ora demandada, que passou de sociedade limitada para sociedade anônima, razão pela qual dela se retiraram.

O juiz de inferior instância acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por Eugênio Stre-

liaev e, no mérito, julgou procedente a ação.

A E. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgando os apelos dos demandantes, deu parcial provimento ao recurso dos autores e julgou prejudicado o adesivo da ré, em acórdão cuja ementa se transcreve (fls. 119):

“*Sociedade*. Transformação do tipo jurídico. A discordância dos sócios minoritários de sociedade por quotas de responsabilidade limitada em transformá-la em sociedade anônima, por vontade do sócio majoritário único, autoriza a retirada daqueles, com pagamento dos haveres tal como se de dissolução total tratasse.

*Legitimidade passiva* também tem o sócio majoritário, que é o remanescente, para a ação de cobrança dos haveres dos retirantes, máxime quando a alteração do tipo jurídico ainda não mereceu registro na Junta Comercial.”

Dessa decisão, manifestam os réus recurso especial, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, alegando, além de dissídio pretoriano, violação ao artigo 20 do Código Civil, aos artigos 291 e 302 do Código Comercial e ao art. 668 do CPC de 1939, ainda em vigor por força do art. 1.218, V, do atual Código de Processo Civil.

Inadmitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte em razão do provimento do agravo de instrumento interposto.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): A ementa do r. acórdão recorrido retrata bem a espécie sob julgamento.

João Alberto Larangeira e Mário José Birnfeld do Canto, sócios minoritários da firma Pronto Socorro de Fraturas e Acidentes Ltda., não concordaram com a transformação do tipo jurídico da sociedade, dela se retiraram e aforaram ação ordinária de cobrança de reembolso contra Pronto Socorro de Fraturas e Acidentes S.A. e Eugênio Streliaev, sócio majoritário.

O **decisum** impugnado acolheu em parte a apelação dos autores para reconhecer a legitimidade passiva do sócio majoritário e determinar que o pagamento dos haveres dos sócios retirantes se fizesse em sua integralidade e de uma só vez.

Não enxergo, no mencionado aresto, contrariedade às disposições legais a que aludem os recorrentes.

Os arts. 291 e 302 do Código Comercial são impertinentes, dado que o primeiro cuida das normas que regulam a associação mercantil e o segundo estabelece o que deve conter a escritura de constituição de sociedade comercial.

No atinente ao art. 20 do Código Civil, consoante o qual as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros, não houve afirmação em contrário, pois o voto condutor justificou, sem arranhão a qualquer comando legal, a legítimi-

dade passiva do sócio majoritário, **verbis** (fls. 122/123):

“Precisamente fincado na circunstância é que o sócio remanescente se justifica para não efetuar a apuração dos haveres dos retirantes e, pois, para não atender ao respectivo pagamento.

Ora, se assim é, não há falar-se em regramento do recesso segundo as normas da Lei das Sociedades Anônimas, posto que tal não é a natureza da que fazem parte os Autores e Eugênio Strelaiev. São eles integrantes, ainda, da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pois jamais anuíram na transformação, a despeito das equivocadas referências da inicial e das cartas que antes haviam endereçado ao sócio remanescente.

Em sendo assim, invidiosa a legitimidade passiva de Eugênio Strelaiev, como único remanescente da sociedade em transformação, gestor das providências para sua regularização e gerente das atividades da empresa. Neste passo, a rigor, a sociedade e a pessoa física de tal sócio se confundem, posto que se tornou senhor absoluto de suas ações (atos). Até seria difícil conceber que uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada fosse constituída de único sócio, com o que a só retirada dos demais importaria na dissolução do ente jurídico. Assinala-se, contudo, que o admissível é a continuidade da empre-

sa, enquanto estabelecimento, na exploração de suas atividades, o que a jurisprudência tem aprovado. Nas sociedades anônimas o fenômeno é previsto, contanto que observados certos requisitos, o que, à evidência, não é o caso dos autos.”

Por fim, diante das peculiaridades do caso, não há como conjecturar que o modo pelo qual as instâncias ordinárias mandaram apurar os haveres esteja em atrito com o art. 668 do CPC de 1939, a ver pelo que deixou registrado o relator (fls. 123):

“No que toca à apuração dos haveres, correta a fundamentação da sentença ao determinar a efetuação de balanço especial, com ampla apuração dos valores físicos e contábeis da sociedade, com a pertinente perícia, como se de dissolução total se tratasse e justamente pelas peculiaridades da espécie, em que desponta a circunstância de serem três os componentes da sociedade, dois dos quais são os retirantes. Que se retiraram inconformados com a imposição do sócio majoritário a respeito do novo tipo jurídico da sociedade. Não é justo que o causador do dissenso colha sozinha os frutos produzidos pela sociedade.”

De outra parte, inexistente comprovação de dissídio pretoriano.

Leia-se, a propósito, o que escreveu o ilustre 1º Vice-Presidente do E. Tribunal a **quo** no despacho que negou seguimento ao recurso especial (fls. 179):

“Melhor sorte não assiste aos recorrentes no que se refere ao dissídio jurisprudencial, porque os julgados trazidos não se prestam para o cotejo.

Com efeito, o RE 89.744 não serve para o confronto, porque em recurso extraordinário não conhecido não foi decidido o mérito da causa.

A apelação nº 118.702-2, por não publicada em repositório de jurisprudência autorizado, não serve como paradigma.

Por final, a Apelação Cível 585.021.264 também não se presta para caracterizar o dissídio jurisprudencial, por ser decisão deste mesmo Tribunal.”

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.285-1 — RS — (93.0014155-4) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Recdes.: Pronto Socorro de Fraturas e Acidentes S/A e outro. Advogado: José Ery Camargo. Recdos.: João Alberto Laranjeira e outro. Advogados: Jussara Silveira de Menezes e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 14.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 36.251-2 — SP

(Registro nº 93.0017654-4)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Frutimex Importadora e Exportadora de Frutas Ltda.*

Advogados: *Drs. Renata Machado de Assis Forelli Nicolau e outros, e Dorival Pereira dos Santos e outros*

**EMENTA:** *Processual Civil — Ação rescisória — Violação à literal disposição de lei — Divergência — Crédito — Importação — Maçãs.*

**A divergência, no âmbito apenas se um Tribunal, não impede a rescisória de acórdão que esposa entendimento contrário àquele pacificado no Excelso Pretório, desde à época da decisão rescindenda.**

**Recurso provido.**

## ACÓRDÃO

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

Brasília, 10 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: A Fazenda do Estado de São Paulo ajuizou ação rescisória contra Frutimex Importadora e Exportadora de Frutas Ltda., visando desconstituir acórdão que concedeu segurança, reconhecendo à Ré o direito ao crédito de 80% relativamente ao imposto incidente sobre a maçã por ela importada.

Sustentou que o v. acórdão rescindendo violou diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 23, § 6º e 153, § 21 da CF; art. 1º, § único, III e art. 8º da Lei Complementar nº 24/75; e art. 111 do CTN.

Apreciando o feito, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

julgou a autora carecedora da ação, ao argumento de que ao tempo da prolação do v. acórdão rescindendo lavrava divergência nos Tribunais a respeito da matéria (fls. 153/158).

Opostos embargos de divergência, foram os mesmos rejeitados (fls. 175/177).

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o presente recurso especial, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, sob alegação de violação ao art. 485, inciso V do CPC e art. 111 do CTN, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que o v. aresto hostilizado concedeu o crédito presumido ao importador de maçã do exterior, quando o Convênio ICM 3/80 outorgou esse crédito apenas ao produtor nacional.

Aduz a inaplicabilidade, à espécie, do enunciado da Súmula nº 343 do C. STF uma vez que a jurisprudência da Suprema Corte sempre foi uniforme e em sentido oposto ao esposado no v. acórdão rescindendo (fls. 197/203).

Indeferido o processamento do recurso (fls. 209/210), subiram os autos a este C. Tribunal, face ao provimento de agravo de instrumento, em apenso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta a recorrente vários dispositivos legais, versando

sobre questões devidamente prequestionadas. Conheço do recurso pela letra a.

O recurso é admissível e deve ser provido.

A presente rescisória foi ajuizada com base no artigo 485, inciso V, por violação a literal disposição de lei, e o venerando aresto recorrido (fls. 153/158), que julgou o autor carcedor da ação sob o fundamento de que, ao tempo do acórdão rescindendo (01/07/83), havia divergência nos Tribunais a respeito da matéria. Uma entendendo que o crédito presumido de ICM, de 80% (oitenta por cento), outorgado pelo Convênio 03/80, só se aplicava ao produtor de maçãs e outros que ele era também estendido ao similar estrangeiro importado de país signatário do GATT, da ALADI e da ALALC, a exemplo do que decidiu o venerando aresto rescindendo (fls. 90/91). Para a recorrida a controvérsia se estendia aos tribunais do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Rio de Janeiro, e, por isso, entende, ser aplicável a Súmula nº 343 do STF. Mas, no venerando aresto recorrido (fls. 153/158), nenhum acórdão, de nenhum dos citados tribunais, foi citado. Simplesmente não se comprovou o dissídio entre as Cortes citadas. No Colendo Supremo Tribunal Federal era e é pacífico o entendimento contrário ao adotado pelo venerando aresto rescindendo. A autora cita os Recursos Extraordinários nºs 100.105-4, DJ de 27/04/84; 102.480-1, DJ de 31/08/84; 106/820-5, DJ de 31/10/85; 107.102-8, DJ de 08/11/85 e 107.591-1, DJ de 13/12/85

(Inicial de fls. 09). Podemos citar ainda os Recursos Extraordinários nºs 114.129-SP, decisão de 04/09/87; 114.249-SP, decisão de 04/09/87. Em todos estes precedentes e em inúmeros outros, já entendia nossa Corte Maior, desde a época do venerando aresto hostilizado que o crédito presumido de 80% (oitenta por cento) só era devido ao produtor de maçãs e não ao comerciante ou ao importador. A maior prova dessa assertiva é o próprio acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 110.550-0-SP, pelo qual o Colendo Supremo Tribunal Federal não conheceu do Recurso Extraordinário interposto pela recorrente contra o venerando aresto rescindendo (fls. 57), de cuja ementa consta que:

“Embora a tese do Estado seja a vitoriosa no STF, no sentido de que não cabe o crédito pretendido...”

Ora, se nestes casos, à época, cabia à nossa Corte Maior dar a última palavra em matéria legal e constitucional, não se pode aplicar ao caso concreto o disposto na citada Súmula nº 343, porque, é evidente que os acórdãos, para serem apontados como divergentes, tem de, antes, transitar em julgado. Se havia decisões de outros Tribunais em sentido contrário ao entendimento do Supremo, naturalmente, as partes, deles recorrem extraordinariamente.

A divergência no âmbito apenas de um Tribunal não impede a rescisória. Com inteira razão, a meu ver,

o Eminentíssimo Desembargador Laerte Nordi, no seu bem lançado voto vencido do qual destaco o seguinte trecho:

“Admite o Supremo Tribunal Federal a ação rescisória, por ofensa a literal disposição de lei, quando a controvérsia diz respeito a um único Tribunal, descarta a aplicação da mencionada Súmula nº 343, com a qual se tem inviabilizado a possibilidade de corrigir equívocos claros de julgamentos.

Neste sentido, sustentou-se que a existência de arestos divergentes após a pacificação junto ao Supremo Tribunal Federal, não teria o condão de impedir a propositura de ação rescisória, pois, se assim fosse, bastaria um único aresto discrepante, para que as portas da rescisão ficassem fechadas para sempre.

Anotou-se antes e se renova a séria divergência sobre o que deve ou não ser considerado para fins de aplicação da Súmula: se a controvérsia é num único Tribunal, ela não se aplicaria; se em mais de um (dois pelo menos), ela se aplicaria e o caminho da rescisão estaria vedado.

O debate gera uma grande preocupação, a partir da premissa de que a rescisória, conquanto se prestigie a coisa julgada, constitui mecanismo importante à correção de julgamentos, evitando seus efeitos, até mesmo em função do prestígio da administração da justiça.

Soluções distintas, para casos iguais, compromete o equilíbrio e abalam a confiança que se deve ter no Poder Judiciário, que tem a incumbência de distribuir justiça, na esteira da melhor interpretação do direito debatido.

Nessa linha, sobreleva a importância do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os quais, em última instância, afirmam a interpretação da lei com comando normativo; assim, decisões sumuladas ou tomadas pelo Plenário devem ser seguidas pelos Tribunais Estaduais, porque já se disse que esta é a lei e esta a sua interpretação.

Quer dizer: ainda que preservada a divergência nas instâncias inferiores, essência do Direito e do colegiado, vale, como pronunciamento definitivo sobre determinada matéria de direito controvertida, o que se decidir em última e derradeira instância, irradiando-se os seus efeitos por todo o país, para se evitar a perpetuação das divergências e para se dirimir as dúvidas.

Será difícil aceitar-se uma decisão, com força de coisa julgada, que contrarie entendimento unânime da Suprema Corte, agora em matéria constitucional, negando-se a alguém um direito que outros, nas mesmas condições, viram reconhecido: por isso, sustento que a rescisória é o caminho e a eventual dificuldade apresentada pela Súmula nº 343 será contornada com a interpretação de

que a controvérsia inclua o próprio Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de questão constitucional ou federal.

A objeção é a de que tal orientação estimularia as rescisórias, acrescentando-se aos remédios processuais um recurso ordinário de dois anos; pode até ser que sim, mas será preferível correr-se o risco, com os temperamentos da prudência e do rigor na revisão, que aceitar a injustiça do resultado, fechando-se as portas à sua correção.

É exatamente a hipótese dos autos, em que o Supremo Tribunal Federal sempre decidiu, uniformemente, que “o crédito presumido do ICM previsto no Convênio ICM nº 03/80 é dirigido tão-somente ao produtor nacional de maçãs, sendo inextensível ao produto estrangeiro, posto que fora da previsão do GATT ou ALADI” (Não se conhece, como se disse antes, um único acórdão da Suprema Corte em sentido diverso).

Se assim é e se a matéria se insere na competência do Supremo Tribunal Federal, pois há questão constitucional, a rescisória era a via adequada para desconstituir o

acórdão que violou literal disposição de lei (artigo 23, parágrafo 6º da Constituição de 1967/69 e o Convênio nº 03/80); desta forma, afastei a carência.

Dou provimento ao recurso para afastar a carência de ação e o Egrégio Tribunal a **quo** examine o mérito.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.251-2 — SP — (93.0017654-4) — Relator: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Renata Machado de Assis Forelli Nicolau e outros. Recda.: Frutimax Importadora e Exportadora de Frutas Ltda. Advogados: Dorival Pereira dos Santos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 10.09.93 — 1ª Turma).

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

Ausentes, justificadamente, o Exmos. Srs. Ministros Milton Pereira e Cesar Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Shark Boutique Ltda. e outro*

Recorridos: *Fiação Fides S/A e outro, e Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI*

Advogados: *Drs. Luiz Faccioli e outros, Luiz Antônio de Carvalho e outros, e Mauro F.F.G. Camarinha e outros.*

**EMENTA:** *Direito comercial. Propriedade industrial. Nulidade do registro da marca nominativa “Paul Shark”. Colidência com o nome comercial (“Shark Boutique Ltda.”) e com marca mista (expressão “Shark” associada ao desenho estilizado de um tubarão) anteriormente registrados. Princípio da especificidade. Ausência de possibilidade de erro, dúvida ou confusão (art. 67, nº 17, da Lei 5.772/71). Orientações da Corte. Recurso não acolhido.*

**I —** Somente não se mostra registrável como marca um nome comercial se a empresa titular deste o puder utilizar para os mesmos fins identificatórios pretendidos pela empresa solicitante do registro da marca.

**II —** Aplicável, para aferir-se eventual colidência entre denominação e marca, o princípio da especificidade (REsp 9.142-SP).

**III —** Possível é a coexistência de duas marcas no universo mercantil, mesmo que a mais recente contenha reprodução parcial da mais antiga e que ambas se destinem à utilização em um mesmo ramo de atividade (no caso, classe 25.10 do Ato Normativo 0051/81/INPI — indústria e comércio de “roupas e acessórios do vestuário de uso comum”), se inexistente a possibilidade de erro, dúvida ou confusão a que alude o art. 67, nº 17, da Lei 5.772/71.

## 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 Ministros Barros Monteiro, Ruy Rosado, Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar.

Brasília, 10 de maio de 1994 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de “ação ordinária de nulidade de registro de marca” proposta por “Shark Boutique Ltda.” e “Petulan Modas Ltda.” contra “Fiação Fides S/A”, objetivando tornar sem efeito o registro da marca nominativa *Paul Shark* que fora deferido à ré na classe 25.10 (roupas e acessórios do vestuário de uso comum).

Tendo sido requerida na inicial a citação do Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI, compareceu ele aos autos para, reconhecendo a ilegalidade do registro impugnado, pretender fosse admitido no feito como assistente das autoras.

O Juiz, após autorizar integrasse o pólo passivo da relação processual também a empresa “Maglificio Dama SPA”, titular da marca estrangeira *Paul & Shark* + (silhueta de um tubarão) + *yachting*, proferiu sentença dando pela procedência do pedido. A decisão, no que interessa, contou com a seguinte fundamentação:

“Sendo esta uma ação judicial tendente a desconstituir o registro de marca deferida pela autarquia competente (INPI) competiria a esta, em princípio a defesa da eficácia e validade dos atos administrativos e, por outro lado, a ação não poderia deixar de ser endereçada obrigatoriamente contra a autarquia eis que a sentença irá confirmar ou anular um ato administrativo.

Nada impede, como no caso dos autos, que a autarquia manifeste sua posição no sentido de ser admitida a pretensão autoral, o que representaria a hipótese do art. 269, II, CPC, mas nunca a alteração de litisconsorte passiva necessária eis que a pretensão autoral envolve a decretação de nulidade de ato administrativo.

Apreciando, desta forma, a preliminar de intempestividade, a rejeito, eis que havendo diferentes patronos para diferentes litisconsortes passivos, o prazo para a resposta será contado em dobro, a rigor do art. 191 do Código de Processo Civil.

Quanto ao mérito, é de ser acolhida a pretensão autoral pela evidente colisão das marcas deferidas.

Provada nos autos a anterioridade do registro da marca autoral, de natureza mista, composta da expressão *Shark* seguida de desenho estilizado de um tubarão, não seria possível o registro posterior da marca nominativa *Paul Shark* que simplesmente apresenta reprodução com acréscimo de marca anterior onde há possibilidade de erro por parte do consumidor, eis que ambas estão no mesmo segmento classificatório de marcas”.

Interpostas apelações pelas rés e pelo INPI, a eg. Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Re-

gião, em acórdão relatado pelo em. Juiz D'Andréia Ferreira, proveu por unanimidade o apelo da autarquia para "declarar a sua posição de assistente simples das autoras". Acolheu também, embora por decisão majoritária, a impugnação recursal das rés, havendo o acórdão restado assim ementado:

*"Propriedade Industrial e Processo civil.* Ação de decretação de nulidade de registro da marca nominativa *Paul Shark*. Provisamento ao recurso do INPI, para declarar sua posição de assistente simples das Autoras. Rejeição da preliminar de revelia, eis que: (a) no segmento procedimental da resposta das Rés, O INPI fora citado como parte, incidindo, pois, o disposto no art. 191 do CPC; (b) uma das Apelantes compareceu espontaneamente, e, para ela, não haveria de falar-se, assim, de intempestividade da constestação, a qual beneficiaria a litisconsorte. No mérito, provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação. A marca apontada como impeditiva é *mista com figura* (turbação estilizado), e, nessa parte, *figurativa* ou *emblemática*; e com palavra *Shark* (tubarão, em inglês), sendo, quanto a esse ponto, *nominativa* ou *verbal*. A marca objeto do litígio é *nominativa: Paul Shark*. Conjunto interseção entre as duas marcas, constituído, tão-somente, da palavra *Shark*, na primeira associada à figura; na segunda, ao prenome

*Paul*. Caracterização da *marca mista* como *associação* ou *combinação*, e não como *simples justaposição de elementos*. Confronto entre o disposto no art. 95, item 17, do Decreto-lei nº 7.903, de 27.8.45; e no art. 65, item 17, da Lei nº 5.772, de 21.12.71. Predominância, na lei vigente, do critério de possibilidade de erro, dúvida ou confusão. Na *marca mista em tela*, a *tônica* está na *figura*, associada ao substantivo comum que o denota; na *verbal*, impugnada, o forte é o nome próprio *Paul*, a que *Shark* se une como um sobrenome".

Inconformadas, as autoras manifestaram embargos infringentes, quanto à parte não unânime do julgado, e, conjuntamente, recursos extraordinário e especial quanto a aspectos que não se constituíram em objeto de divergência. Alegam, neste último, violação dos arts. 191, CPC e 65, nº 5, da Lei 5.772/71, além de dissídio jurisprudencial. Sustentam, em síntese,

a) que da petição inicial, embora nela requerida a citação da autarquia federal, somente constou "uma ré ("propor a presente ação ordinária de nulidade de registro de marca contra Fiação Fides S/A)", da mesma forma que somente a ela foi requerida a aplicação da pena de revelia em caso de não oferecimento de contestação";

b) que, assim, não se havendo como cogitar de prazo em dobro, cumpria fosse reconhecida intempestiva a resposta apresentada;

c) que, “em decorrência da proteção de que se reveste o nome comercial, terceiros não podem obter o registro de expressão colidente com *Shark*, evidenciada no nome da recorrente Shark Boutique Ltda.”

Rejeitados os embargos infringentes, relatados pelo em. Juiz **Celso G. R. Passos**, novos recursos extraordinário e especial foram interpostos pelas autoras, argüindo, dessa feita, no inconformismo recursal endereçado a esta Corte, violação dos arts. 59, parágrafo único, e 65, nº 17, da Lei 5.772/71, bem como divergência pretoriana com julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos. Argumentam que “o registro **sub judice** não poderia ter sido concedido, ...porquanto”:

a) “a marca em questão, *Paul Shark*, reproduz com acréscimo (*Paul*) a marca registrada *Shark* da segunda recorrente”;

b) “a marca objeto do registro anulado visa a assinalar artigos da classe 25.10, isto é, os mesmos artigos a que a marca da segunda recorrente se destina”;

c) “o uso de uma mesma expressão por duas pessoas jurídicas distintas induz terceiros em erro, dúvida ou confusão, não lhes sendo dado, em conseqüência, saber com exatidão a origem ou a procedência dos artigos/produtos/serviços desejados”;

d) “basta que algum elemento da marca registrada seja reproduzido para que obste o registro da nova marca”, não havendo nem mesmo,

em casos tais, “que se cogitar de possibilidade de confusão”, na medida em que sempre que uma marca é reproduzida, ainda que em parte, a confusão é decorrente”.

Contra-arrazoados, foram os apelos admitidos na origem.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): No que toca à argüida intempestividade da contestação, é de observar-se que eg. Câmara julgadora, para a repelir, adotou dois fundamentos, que constaram inclusive da ementa transcrita no relatório:

“... Rejeição da preliminar de revelia eis que: (a) no segmento procedimental da resposta das Rés, o INPI fora citado como parte, incidindo, pois, o disposto no art. 191 do CPC; (b) uma das Apelantes compareceu espontaneamente e para ela não haveria de falar-se, assim, de intempestividade da contestação, a qual beneficiaria a litisconsorte”.

Apenas o primeiro desses fundamentos restou atacado no especial, disso decorrendo não ser possível o seu conhecimento em relação a tanto, a teor do enunciado nº 283 da súmula/STF.

De qualquer sorte, mesmo que assim não fosse, tenho por incensuráveis as considerações lançadas no

aresto recorrido acerca da incidência do art. 191 na espécie:

“No tocante à argüição de relevância das primeiras Apelantes, sob o argumento de que, não sendo o INPI réu, mas assistente simples, não incidiria o disposto no art. 191 do CPC, de que se valeram as primeiras apelantes, para oferecimento de sua contestação (fls. 74/75), que, em consequência, seria intempestiva (fls. 60v. e 72), rejeito tal preliminar.

Com efeito, no segmento procedimental de resposta, o INPI fora citado para contestar a ação (fls. 38 e 41), isto é, ostentava, por decisão judicial, a posição de réu, posição essa confirmada pela sentença.

Ora, as primeiras apelantes não poderiam ser prejudicadas pelo fato de ter o INPI, em sua resposta (fls. 45/49), ter levantado a preliminar de ser assistente e não réu, preliminar, aliás, que foi rejeitada pela sentença apelada”.

Quanto ao segundo tópico do inconformismo recursal (colidência entre a marca *Paul Shark* e o nome comercial da primeira autora (*Shark Boutique Ltda.*) também não há como prosperar, em razão de que somente não se mostra registrável como marca um nome comercial se a empresa titular deste o puder empregar para os mesmos fins identificatórios pretendidos pelo empresa solicitante do registro da marca.

Assim, caso exemplificativamente uma determinada empresa, que tivesse por objetivo social o fabrico de sabonetes, desejasse registrar como marca, na classe 03.20 do Ato Normativo nº 51/INPI, a expressão “alma limpa”, não veria obstado esse registro pelo fato de existir uma empresa cuja denominação social fosse “Alma Limpa Funerária Ltda.”, destinada a prestar serviços enquadrados na classe 40.95 de referido ato (serviços funerários).

Isso em razão do princípio da especificidade, que se afigura invocável nos casos de conflito não só entre marcas mas também entre marca e nome comercial, consoante decidido por esta Quarta Turma quando do julgamento do REsp 9.142-SP, de que fui relator, assim ementado:

“Direito comercial. Marca e nome comercial. Colidência. Registro. Classe de atividade. Princípio da especificidade (art. 59 da Lei nº 5.772/71). Interpretação lógico-sistemática. Recurso conhecido e provido.

I — Não há confundir-se marca e nome comercial. A primeira, cujo registro é feito junto ao INPI, destina-se a identificar produtos, mercadorias e serviços. O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio.

II — Sobre eventual conflito entre uma e outro, tem incidência, por raciocínio integrativo, o princípio da especificidade, corolário do nosso direito marcário. Fundamental, assim, a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes. Se distintos, de molde a não importar confusão, nada obsta possam conviver concomitantemente no universo mercantil” (DJ 20.4.92).

**In casu**, embora afins os ramos de atividade das autoras e das rés (fabricação e comércio de roupas), resta inequívoco que a primeira autora, ao conceber sua denominação social, nela fazendo inserir a expressão *shark*, teve como intuito apenas por esse modo fazer-se identificar, como sociedade, perante aqueles com quem iria contratar e, quando muito, utilizar referida expressão para individualizar o local em que iria estabelecer-se. Não tencionou de modo algum usá-la como sinal distintivo dos artigos e mercadorias objeto de sua mercancia.

Disso nos dá certeza a circunstância de que à palavra *shark*, na referida denominação, se seguiu a palavra francesa *boutique*, já incorporada ao nosso vernáculo como “butique”, que significa, segundo **Aurélio Buarque de Holanda** (“Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 2ª edição, Ed. Nova Fronteira, pg. 296), “loja pequena, onde se vendem sobretudo artigos de vestuário e bijuterias”.

Destarte, a expressão *shark*, no contexto em que inserida, se desti-

nou a servir de meio identificativo da *boutique*, da loja a servir, portanto, de título de estabelecimento.

E o título de estabelecimento, em se considerando o sistema classificatório instituído pelo mencionado Ato Normativo nº 51/INPI, tem sido equiparado, à falta de disciplina específica, às marcas de serviço previstas nas classes 36 a 41.

A propósito, constou do voto condutor do citado precedente (REsp 9.142-AM):

“... o título de estabelecimento, segundo **Rubens Requião**, é o “local onde o empresário expõe as suas mercadorias e se encontra com a sua clientela” (“Curso de Direito Comercial”, vol. 1, Sarai-va, 19ª edição, 1989, p. 219, nº 166). Destina-se, pois a individualizar a loja, a casa comercial, consistindo, em suma, nos dizeres constantes do letreiro.

Quanto a este último, não há ainda lei específica disciplinando sua proteção. Em relação ao ponto, cabe destacar a lição de **José Carlos Tinoco Soares** (“Tratado de Propriedade Industrial”, vol. II, ed. Resende Tributária, São Paulo, 1988, p. 994, nº 662), que guarda pertinência com a questão posta a julgamento:

“Não se pode negar, no entanto, que muito embora o Código da Propriedade Industrial estabeleça em seu artigo 119

que o “título de estabelecimento continuará a gozar de proteção, através de legislação própria”, esta, até hoje, não se fez sentir e quiçá nunca ocorra.

Existindo na lei vigente a proteção da “marca de serviço”, para a proteção do profissional autônomo, entidade ou empresa, para distinguir os seus serviços ou atividades, e tendo esta amparado como tal os primitivos registros ou pedidos de registro de “insígnias de comércio”, que nada mais eram do que títulos de estabelecimento com dísticos, emblemas ou outros sinais característicos, nada mais curial do que admitir-se a proteção do título de estabelecimento, isto é, a designação do próprio, em seu elemento verbal, como marca de serviço”.

O propósito da primeira autora, portanto, ao levar a registro seu contrato social perante a Junta Comercial de São Paulo, foi tão-somente tornar-se conhecida como “shark boutique” pelo público em geral e pelos seus fornecedores, isso no que diz com a sua idoneidade como comerciante e com a qualidade de atendimento oferecida em sua loja, o que, como visto, também poderia ser obtido mediante registro, junto ao INPI, de marca de serviço.

Procurou, em conclusão, assegurar a possibilidade de estampar os elementos nominativos integrantes da sua denominação social em car-

tas, envelopes, propostas comerciais e também no letreiro do estabelecimento.

Ocorre que, após o registro na Junta Comercial, a própria primeira autora estabeleceu limitação ainda maior ao uso de sua denominação social como fator distintivo, além da já decorrente do sentido associativo das expressões “shark” e “boutique” da mesma constantes, haja vista ter registrado na classe 25.10, uma marca mista de indústria e comércio, composta do desenho estilizado de um tubarão usando bengala, gravata e cartola encimado pela expressão “shark” grafada de modo peculiar.

As marcas de indústria e de comércio, a teor do que preceituam os artigos 60 e 61 da Lei 5.772/71, destinam-se: a primeira, a “distinguir os produtos do fabricante industrial ou artífice” e, a segunda, a “assinalar os artigos e mercadorias do negócio do comerciante”, podendo ambas “ser usadas diretamente em produtos, mercadorias, recipientes, invólucros, rótulos ou etiquetas”.

Assim, a própria autora “Shark Boutique Ltda.” reconheceu ser insuficiente o simples registro do seu nome comercial, tal como realizado, para conferir possibilidade de utilizar as expressões de constantes, notadamente a palavra inglesa “shark”, como sinal distintivo das mercadorias, embalagens e etiquetas de seu comércio, enfim, para estabelecer sua “griffe”.

Concluiu, de outra parte, que para tanto não bastava o simples re-

gistro de uma marca nominativa (“shark”), sendo necessária, para a precisa e inequívoca particularização de tais mercadorias, embalagens e etiquetas, um marca mista, integrada por figura e nome.

De assinalar-se, outrossim, que após obter o registro de referida marca mista de indústria e comércio junto ao INPI, a “Shark Boutique Ltda.” alienou-a, transferindo-lhe a titularidade para a “Petulan Modas Ltda.”, a segunda autora.

Tal alienação, por óbvio, somente se operou em relação à marca, que é comercializável de forma autônoma, tendo a primeira autora conservado a sua denominação social “Shark Boutique Ltda.”, que só se transferiria com a transferência de toda a sociedade, o que incorreu.

O fato é que a primeira autora, ao assim proceder, impôs a si mesma uma restrição absoluta no que diz com a possibilidade de usar os elementos constitutivos de seu nome comercial, particularmente a expressão isolada “shark”, em suas mercadorias, artigos, etiquetas e tudo mais o que inserido no âmbito de proteção da classe 25.10, na medida em que o direito a essa utilização, que lhe era assegurado pela propriedade da marca que registrara, outorgou-o à segunda autora.

Evidenciado, por tal fato, de forma ainda mais cristalina, que a denominação da primeira autora somente possui o efeito e o alcance de identificá-la quanto aos aspectos que não constituam objeto próprio

de tutela do registro de marca de indústria e comércio na classe 25.10.

Em outras palavras, não existe — e não existe por inequívoca opção manifestada pela própria “Shark Boutique Ltda.” — qualquer interseção, qualquer ponto em comum, qualquer colidência entre a área de incidência do nome comercial da primeira autora e de marcas registradas na classe 25.10 do Ato Normativo 51/81/INPI.

Se desse modo não se considerar, haverá impossibilidade de convivência no universo mercantil do nome comercial da primeira autora e da marca por ela mesma registrada e alienada a “Petulan Modas Ltda.”.

Insustentável, destarte, por qualquer ângulo que se analise, o argumento das recorrentes de que a existência do nome comercial “Shark Boutique Ltda.” seria impeditiva do registro da marca “Paul Shark” na classe 25.10. Se o fosse, seria também obstativa do registro e da posterior alienação da marca mista “Shark” a pessoa jurídica distinta da “Shark Boutique Ltda.”.

Em conclusão, concebida pela própria primeira autora a possibilidade de coexistência harmônica entre o seu nome “Shark Boutique Ltda.” e a marca mista “Shark” registrada na classe 25.10, inexistiu razão para sustentar-se que não há essa possibilidade no que toca ao coitejo entre aludido nome comercial e a marca “Paul Shark” também registrada na classe 25.10.

Inocorrente, portanto, a alegada violação ao art. 67, nº 5, da Lei 5.772/71, tampouco o dissídio jurisprudencial em relação a tanto invocado, sendo certo que do único ares-to trazido a confronto foi reproduzi-da apenas a ementa respectiva, in-servível à demonstração de existên-cia de similitude com o caso verten-te.

Resta, por derradeiro, analisar o último tópico da irresignação recur-sal oferecida (vulneração do art. 67, nº 17, do Código de Propriedade In-dustrial).

Sustentam as recorrentes, em re-lação ao particular, que a marca no-minativa "Paul Shark", porque re-produziu a expressão "shark" da marca mista hoje pertencente, como visto, à segunda autora, não pode-ria ter sido registrada na mesma classe desta (25.10).

Quanto ao tema, é bom que se frise, não é impeditiva do registro de uma marca o fato de dela constar algum elemento ou uma repro-dução parcial de marca anterior-mente registrada.

É necessário, mais do que isso, que a coexistência de ambas enseje "erro, dúvida ou confusão", consoan-te expressamente estabelece o pró-prio art. 67, nº 17, da Lei 5.772/71.

Aliás, nos julgados do extinto Tri-bunal Federal de Recursos trazidos à colação pelas recorrentes, deu-se ênfase a que não se mostrava cabí-vel o registro nos casos então apre-ciados porque:

"... grande a possibilidade de con-fusão ou erro por parte do consu-midor..."

"... há possibilidade de o consumi-dor vir a ser induzido em erro ou confusão quanto à origem dos ar-tigos..."

"... as marcas... podem levar o con-sumidor à confusão, no que con-cerne à origem dos produtos..."

Ocorre que a mera reprodução parcial de uma marca anterior, re-pita-se, nem sempre provoca confu-são ou erro no consumidor, ao con-trário do sustentado pelas recorrentes.

Confira-se, a propósito, a orienta-ção adotada quando do julgamento do REsp 9.289-SP, relator o Sr. Mi-nistro Nilson Naves, assim ementa-do:

"Propriedade industrial. Marcas /expressões: 'Le Masque'/'Le Mark'.

Inexistindo entre elas semelhan-ça ou imitação, no plano fonético e gráfico, capaz de provocar con-fusão no uso respectivo, é admis-sível a sua convivência no comér-cio, ainda que se dediquem ao mesmo ramo de atividade. Recur-so especial não conhecido" (DJ de 24.6.91).

Recentemente, embora desta fei-ta tratando de conflito entre nomes comerciais, a mesma Terceira Turma proclamou:

“Nome comercial — Semelhança.

Não contraria as normas que asseguram a proteção ao nome comercial decisão que permite convivam denominações que guardam parcial identidade, uma vez afirmado que inexistente possibilidade de confusão” (REsp 35.073-0-SP, relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 25.4.94).

Do voto condutor deste último aresto, colhe-se:

“Lloyds Bank PLC e Lloyd’s Leasing S.A. Arrendamento Mercantil interpuseram recursos extraordinário e especial, visando a desconstituir acórdão, proferido no processo em que litigam com LLOYD’S Locadora de Autos Ltda. Discute-se sobre exclusividade de uso de nome comercial”.

.....  
“Saliente-se, de início, que os nomes comerciais não são iguais, mas contêm ambos a expressão *Lloyds*”.

.....  
“Se a parcial semelhança não é de molde a ensejar a confusão que se intenta evitar, não há razão para vedar o uso da denominação. É verificar se isso ocorre é matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias”.

Na espécie de que se cuida, restou afirmado em segundo grau que não havia “possibilidade de erro, dúvida ou confusão”, isso em razão de que

“Na marca mista, o forte é o *tubarão* — no caso, inclusive, estilizado —, a sua figura, que se conjuga na mente de quem é versado no idioma inglês, com o vocábulo *shark*, reforçando-o; e, para quem não entende essa língua, é o que conta.

Na marca nominativa, a tônica está em Paul, surgindo *Shark* como se fora um sobrenome, quer para quem sabe quer para quem não sabe inglês. Quer a língua inglesa, quer a portuguesa, são férteis em sobrenomes constituídos por indicativos comuns, indicativos de animais, frutas, árvores, profissões”.

Não havendo possibilidade de erro, dúvida ou confusão, segundo proclamou o colegiado de segundo grau, com base na soberana apreciação da prova, incabível falar-se em nulidade do registro obtido pela recorrida Fiação Fides S.A., tampouco em afronta aos arts. 59 e 67, nº 17, da Lei 5.772/71.

Finalmente, quanto à alegada existência de discrepância interpretativa a respeito do tema, já restou frisado que os paradigmas abordaram casos distintos do que se examina, neles tendo sido constatada a incompatibilidade de coexistência das marcas por conduzir a engano o consumidor.

Em face do exposto, não conheço dos recursos.

Remetam-se, oportunamente, os autos ao Supremo Tribunal Federal.

## VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, estou de acordo com o eminente Ministro Relator, não conhecendo de ambos os recursos, seja no tocante à questão de intempestividade da contestação, seja no que concerne à questão de fundo, pois, como bem demonstrou S. Exa. não há, no caso, possibilidade de colidência ou confusão de marcas.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.646-7 — RJ — (93.0022090-0) — Relator: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Rectes.:

Shark Boutique Ltda. e outro. Advogados: Luiz Faccioli e outros. Recdos.: Fiação Fides S/A e outro. Advogados: Luiz Antonio de Carvalho e outros. Recdo.: Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI. Advogados: Mauro F.F.G. Camarinha e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Luiz Antonio de Carvalho, pelo Recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu de ambos os recursos (em 10.05.94 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 38.092-8 — SP

(Registro nº 93.0023746-2)

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

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Drs. Luiz Alberto Americano e outros*

Recorrida: *Pirelli S/A Companhia Industrial Brasileira*

Advogados: *Drs. Léo Krakowiak e outros, Fernanda G. H. G. de Andrade e outros*

**EMENTA:** *Tributário. Programa “BEFIEIX”. Distinção do regime aduaneiro do “DRAW-BACK”. Isenção do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante — AFRMM. Descabimento.*

I — O regime “BEFIEIX” não se equivale ao regime aduaneiro do “DRAW-BACK”, sendo legítima a exigência do AFRMM com atinência aos bens importados nas operações a ele relativas. Ofensa ao art. 111, II, do Código Tributário Nacional, caracterizada.

II — 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, 22 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 Fazenda Nacional, com esteio no art. 105, inciso III, letras a e c da Constituição Federal, contra acórdão da 4ª Turma, do E. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (fls. 160), assim ementado:

*“Tributário. Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante. AFRMM. Importação. Regimes BEFIEIX e DRAW-BACK. Equivalência. Isenção.*

1. O regime de Benefícios Fiscais à Exportação — BEFIEIX,

porque equivalente ao regime de DRAW-BACK, assegura à importação efetuada sob a égide do Programa aprovado pelo BEFIEIX, a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante — AFRMM, objeto do art. 55 da Lei nº 5.025/66 e normas posteriores.

2. Apelação e remessa oficial improvidas. Sentença confirmada.”

Sustenta a recorrente, que o acórdão em tela negou vigência ao artigo 111, II, do C.T.N., certa de que o regime do “BEFIEIX” não guarda equivalência com o regime do “DRAW-BACK”, e, sendo assim, a recorrida não tem direito à isenção ao Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM).

Contra arrazoado (fls. 169-173), o recurso, cujo processamento foi inadmitido (fls. 176), subiu a esta Corte, em razão do provimento do agravo de instrumento em apenso, vindo-me os autos distribuídos.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Sustenta, em suma, a recorrente que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 111, II do C.T.N., ao concluir que a isenção do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, quanto aos bens importados

sujeitos ao regime BEFIEIX, (art. 55 da Lei nº 5.025, de 1966), seria aplicável analogicamente às importações realizadas pelo regime BEFIEIX.

No voto que proferiu no MS 111.839-DF, no Plenário do extinto e sempre lembrado Tribunal de Recursos, o eminente Ministro **Carlos Thibay** teve ensejo de demonstrar, com objetividade, que o regime de "DRAW-BACK" não se equivale ao do "BEFIEIX". Nesse sentido, argumentou:

"Ao referir-se ao regime aduaneiro do *draw-back* ou "equivalentes", decerto não quis o art. 55 da Lei nº 5.025/66 estender a isenção tributária senão aos dois outros regimes, também chamados impropriamente, de *draw-back*, não pelo art. 78 do Decreto-lei nº 37/66 que os instituiu, mas pelo Decreto nº 68.904/71, que o regulamentou. São tais regimes o beneficiamento ativo e o de reposição de estoques. Todos os três regimes foram devidamente dissecados na excelente monografia de **OSIRIS DE AZEVEDO LOPES FILHO** intitulada "Regimes Aduaneiros Especiais", verificando-se que, das três modalidades somente a primeira pode ser, tecnicamente, considerada como tal. (**Osiris Lopes Filho** ob. cit., "Revista dos Tribunais", 1984, páginas 91 e seguintes).

Ainda que em pleno vigor, seria, pois, inaplicável ao Programa BEFIEIX a isenção do art. 55 da Lei nº 5.025/66.

Aliás, se o legislador quisesse conceder isenção do AFRMM para as importações do programa BEFIEIX, teria expressamente abordado o assunto, como fez com os impostos de importação e sobre produtos industrializados no Decreto-lei nº 1.219/72, que instituiu o programa e as isenções específicas, ou no Decreto-lei nº 1.248/75, que o aperfeiçoou.

Do mesmo modo a isenção do adicional nos casos BEFIEIX teria sido expressamente prevista no Decreto-lei nº 1.801/80, que consolidou a legislação relativa ao AFRMM e ao Fundo da Marinha Mercante.

Como essa isenção não consta, expressamente, da legislação pertinente, não pode ser aplicada, como deseja a impetrante."

De qualquer forma, para atender-se à pretensão da impetrante, seria imperioso, no caso, dar-se interpretação ampliativa ao texto legal isentivo, o que é expressamente vedado pelo art. 111 do Código Tributário Nacional.

Tal orientação, aliás, foi a adotada pela Quarta Turma do citado Tribunal Federal de Recursos, ao julgar, na assentada de 29.3.89, a AMS 124.386-SP, de que foi Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, hoje pontificando na Excelsa Corte (Ac. DJ 30.05.89)

*"Tributário. Incentivos fiscais à exportação. Programa BEFIEIX.*

*Características que o distinguem do DRAW-BACK, excluindo-o da incidência da norma do art. 55, da Lei nº 5.025/66, restrita ao último regime aduaneiro citado e seus equivalentes.*

Ilegitimidade da pretendida extensão do benefício a todas as hipóteses de estímulo à exportação, sem desobediência do princípio da interpretação estrita das normas de isenção fiscal.

Apelação provida.”

Outro não é o entendimento consagrado por esta Egrégia Corte Superior de Justiça, conforme se depreende das ementas a seguir transcritas:

*“Tributário — AFRMM — Regimes “BEFIEIX” e “DRAW-BACK” — Distinção — Isenção — Precedentes.*

— Inexiste equivalência entre os regimes aduaneiros “Befiex” e “Draw-Back”.

— É legítima a exigência do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) nas importações sob o regime do Programa Befiex, face à ausência de norma legal que determine a extensão do benefício fiscal nas operações a ele atinentes.

— Recurso não conhecido.”

(REsp nº 31.220-0-SP — Relator Ministro Peçanha Martins — Julgado em 21-06-93 — Publicado DJ em 20-09-93).

*“Tributário — AFRMM — Regimes “BEFIEIX” e “DRAW-BACK” — Distinção — Isenção — Precedentes.*

— Inexiste equivalência entre os regimes aduaneiros “Befiex” e Draw-Back”.

— É legítima a exigência do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) nas importações sob o regime do Programa Befiex, face à ausência de norma legal que determine a extensão do benefício fiscal nas operações a ele atinentes.

— Recurso provido.”

(REsp nº 38.086-3-SP — Relator Ministro Peçanha Martins — Julgado em 29-09-93 — Publicado DJ em 25-10-93).

*“Tributário — Importação — Programas “BEFIEIX” e “DRAW-BACK” — AFRMM — Precedentes do STJ.*

— Inexiste equivalência entre os regimes aduaneiros “Befiex” e “Draw-Back”.

— É legítima a isenção do AFRMM — Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante sobre as mercadorias importadas, desde que assegurada a reexportação das mesmas, o que caracteriza o regime “Draw-back”.

— Ausente o diploma legal autorizador da isenção do AFRMM para o “Programa Befiex”, é legítima a exigência de seu recolhimento, face a existência de previsão legal.

— Recurso conhecido e provido.”  
(REsp nº 36.659-3-SP — Relator Ministro Peçanha Martins — Julgado em 01-09-93 — Publicado DJ em 11-10-93).

*“Tributário. Programa “BE-FIEX”. Distinção do regime aduaneiro do “DRAW-BACK”. Isenção do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante — AFRMM. Descabimento.*

I — O regime “BEFIEX” não se equivale ao regime aduaneiro do “DRAW-BACK”, sendo legítima a vigência do AFRMM com atinência aos bens importados nas operações a ele relativas. Ofensa ao art. 55 da Lei nº 5.025, de 1966 com a redação do Decreto-lei nº 24, de 1966, não caracterizada.

II — Recurso especial não conhecido.”

(REsp nº 34.009-7-SP — Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — julgado em 30-06-93 — Publicado DJ em 02-08-93).

*“Tributário. Programa “BE-FIEX”. Distinção do regime aduaneiro do “DRAW-BACK”. Isenção do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante — AFRMM. Descabimento.*

I — O regime “BEFIEX” não se equivale ao regime aduaneiro do “DRAW-BACK”, sendo legítima a exigência do AFRMM com atinência aos bens importados nas ope-

rações a ele relativas. Ofensa ao art. 111, II, do Código Tributário Nacional, caracterizada.

II — Recurso especial conhecido e provido.”

(REsp nº 24.211-7-SP — Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — Julgado em 16-08-93 — Publicado DJ em, 30-08-93).

Isto posto, em conclusão, conhecido do recurso e lhe dou provimento, a fim de reformar o acórdão recorrido e cassar a segurança.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.092-8 — SP — (93.0023746-2) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Luiz Alberto Americano e outros. Recda.: Pirelli S/A Companhia Industrial Brasileira. Advogados: Léo Krakowiak e outros, e Fernanda G. H. G. de Andrade e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 22.11.93 — 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 38.345-5 — PR

(Registro nº 93.0024522-8)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Yole Manochio Fernandes*

Recorrido: *Romário Fernandes da Silva*

Advogados: *Drs. Idevan Johnsson e outros, e Alir Ratacheski e outro*

**EMENTA:** *Processual Civil. Embargos à adjudicação. Concubinato. Dissolução de sociedade de fato decretada. Procedimento aplicável à liquidação de sentença.*

**I — A liquidação da sociedade de fato, formada a partir da relação concubinária, regida pelo Direito Civil, proceder-se-á nos moldes estabelecidos para a liquidação das sentenças (art. 673, do CPC, de 1939), e não naqueles destinados à liquidação das sociedades regulares (civil e comercial).**

**II — Constatada a nulidade na forma da liquidação adotada, porque em absoluta divergência com a sentença; e dela derivando a adjudicação e determinada, a defesa do executado deve ocorrer via dos embargos.**

**III — Recurso não conhecido.**

ACÓRDÃO

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

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Cuida-se de Embargos à Adjudicação opostos por *Romário Fernandes da Silva* contra a r. sentença que homologou liquidação da sociedade de fato mantida com *Yole Manochio Fernandes*, adjudicando em favor desta a meação do patrimônio, que lhe foi concedida na ação que visou à dissolução do concubinato.

Julgados improcedentes os Embargos (fls. 189/190), apelou o embargante (fls. 191/194), tendo a Terceira Câmara Cível do Colendo Tribunal de Alçada do Paraná, à unanimidade, dado provimento à apelação (fls. 239/247).

Opostos Embargos Declaratórios (fls. 249/257), foram acolhidos (fls. 263/267).

Irresignada, interpôs a embargada Recurso Especial, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição, alegando negativa de vigência dos artigos 657, 660 e seguintes, do Código de Processo Civil de 1939; 471 e 746, do Código de Processo Civil vigente. Sustenta, ainda, dissídio jurisprudencial (fls. 269/290).

Oferecidas contra-razões (fls. 294/316), o nobre Presidente daquela Corte o admitiu (fls. 318/322).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Recurso Especial fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição.

O Acórdão recorrido, em síntese, restou, assim, sumariado por sua ementa (fls. 239).

*“Concubinato. Dissolução da sociedade de fato decretada. Procedimento de liquidação das sociedades regulares. Nulidade. Necessidade de ampla dilação probatória. Procedimento destinado à liquidação das sentenças. Sentença reformada.*

A liquidação da sociedade de fato formada a partir do concubinato, necessitando de ampla dilação probatória, deve observar o procedimento estabelecido para a liquidação das sentenças e não aquele destinado à liquidação das sociedades regulares.”

E nos Declaratórios se consignou (fls. 266/267):

“Os embargos são calcados na letra do art. 746 do C.P.C., **verbis**: “fundados em nulidade da execução”. É o que se alegou e se decidiu.

Quanto à preclusão das questões versadas nos Embargos, não se diria, razoavelmente, que abarcaria a nulidade do procedimento. O mesmo se diga quanto à alegação também em torno da inadmissibilidade dos embargos, mas por ter sido a matéria argüida apreciada por sentença que homologou a partilha. Se a lei autoriza o manejo dos embargos à adjudicação fundados em nulidade de execução e é exatamente essa a decisão do Tribunal, como sustentar tese de que é defesa tal via legal?

Repele-se, por fim, a increpação da embargante de que a Câmara teria julgado “recurso imaginário”, apelação (jamais interposta) contra a respeitável sentença (trânsita em julgado) que homologara o processo de liquidação”. Ora, se a lei especifica que o **remedium iuris** para impug-

nar decisão que defere adjudicação são os embargos, de que adianta querer a embargante seja recurso de apelação? **Legem habemus.**

Recebo os embargos, portanto.”

Insurge-se a recorrente, alegando, em síntese, negativa de vigência dos artigos 657 e 660 e seguintes do Código de Processo Civil, de 1939 — em vigor nos termos do artigo 1.219, do atual diploma processual civil — aduzindo que no antigo Código de Processo está previsto o rito adequado para se proceder à liquidação da sociedade em apreço.

Sustenta, ainda, ofensa ao art. 471, do CPC, de 1973, eis que, ausente o recurso de apelação, transitou em julgado a decisão que homologou o processo de liquidação; bem como, o art. 746, desse mesmo diploma legal, que autoriza a interposição de embargos à adjudicação, fundado em nulidade de execução, em caso que tal, e se, assim fosse, ensejaria o apelo.

Examino, pois, a irrisignação.

Tocante aos artigos 657 e 660 e seguintes, o antigo Código de Processo, não os tenho como violados.

Com efeito, o Aresto, ao contrário do que se sustenta, diante das circunstâncias que o caso requer, deu correta aplicação do direito à espécie, do qual destaco os seguintes tópicos:

“Ora, o concubinato, convenhamos, não pode ser comparado às

sociedades comerciais e civis regulares. E a sociedade de fato dele decorrente, também em nada se parece com as sociedades formais. É uma sociedade especialíssima. Nasce da união livre entre homem e mulher como fato social relevante e que, por isso mesmo, exigiu dos tribunais e da doutrina esforço ingente e incessante para amoldá-la aos princípios jurídicos. *Moura Bittencourt cita Esmein* para dizer: “A jurisprudência deve, pois, regulamentar todas as uniões que existem de fato e que reclamam uma disciplina. Ela representa, então, o papel do legislador e deve, como legislador, tomar por linha de conduta a oportunidade. Agirá em sentido negativo, isto é, desamparando as uniões, se a lei ou a moral as declaram ilícitas. Mas sabe-se que uma tradição já longa recusa-se a tratar o concubinato como ilícito. E se a união livre se torna freqüente, não resta outro partido senão regulamentá-la. Os tribunais iniciaram a tarefa e eu não objetivei neste trabalho nada além de auxiliá-los a encontrar o caminho” (“O Concubinato no Direito”, 1º vol., 2ª ed., Rio, Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1969, págs. 88-89).

As opiniões que tratam, portanto a liquidação da sentença que decreta a dissolução de tal sociedade de fato como liquidação de sociedade regular estão, no mínimo, olvidando aspecto fundamental do tema: a união livre de

homem e de mulher não visa, fundamentalmente, constituir uma sociedade, mas sim uma família. E nem se diga que tal escopo não influi na partição do patrimônio comum. **Ex radice**, a constituição de união livre pauta pela informalidade, que se reflete, não raro, na formação do patrimônio, como no caso dos autos, em que foram considerados bens do embargante alguns cujos títulos não o registram como proprietário, mais sim como simples procurador.

Vê-se, assim, uma vez mais, que a lei é sábia, ao dispor no artigo 673 que na dissolução de sociedade informal ou irregular observar-se-á o procedimento estabelecido para a liquidação das sentenças, podendo-se até adotar o rito ordinário quando houver necessidade de provar fato novo (cf. art. 608, CPC).”

.....  
“De clareza solar que as relevantes arguições do embargante estavam a merecer no mínimo o procedimento dos arts. 663 a 666 do CPC, vale dizer, a remessa às vias ordinárias e a designação de audiência de instrução e julgamento para a produção de provas acerca da exata meação da embargada, nos rigorosos termos da sentença exequenda, visto que esta nem de longe deferiu à embargada mais do que sua meação e também sobre a prova da propriedade dos imóveis, porque pro-

curador não é proprietário e propriedade não se presume por simples notoriedade.

Ao que se depreende dos autos, o embargante está sofrendo graves prejuízos. A liquidação e execução da sentença que decretou a dissolução da sociedade de fato deve observar o procedimento previsto no art. 608 do CPC, de liquidação por artigos diante dos aspectos acima referidos, que estão a merecer ampla dilação probatória.” (fls. 241/242 e 246)

A hipótese diz com a relação concubinária; sem qualquer contrato que regule os direitos e obrigações entre as partes.

Daí o acerto do Acórdão ao determinar se procedesse à liquidação da sociedade de fato nos moldes estabelecidos para a liquidação das sentenças (art. 673, do CPC, de 1939).

Cuidando-se de relação concubinária, tal como no caso versante, regido pelo Direito Civil, a ela não se aplica à liquidação as normas inseridas nos artigos 657 e 660 e seguintes do antigo Código Processual Civil, visto que neles se trata da liquidação de sociedade civil e comercial, dispositivos esses subordinados aos preceitos contidos no art. 655, desse mesmo diploma legal, que dispõe, expressamente:

“A dissolução de sociedade civil, ou mercantil, nos casos previstos em lei ou no contrato social, poderá ser declarada, a re-

querimento de qualquer interessado, para o fim de ser promovida a liquidação judicial.”

A propósito, colhe-se do Magistério de **Pontes**, citado no Aresto:

“Alguns comentadores estavam a pretender (à frente **J.M. de Carvalho Santos**, Código, VII, 359; **Odilon de Andrade** (Comentários, VII, 438), que a referência à execução da sentença foi equívoco do legislador. Esse processo de interpretar leis é extremamente perigoso. A sentença é de constituição, e executa-se. Está certo. E é de se supor que a sentença não fixe o valor do elemento condenatório, **quantum debeatur**; ou não lhe individue o objeto. Liquida-se, então, na forma dos arts. 603-611 do Código de 1973 (antes, Código de 1939, arts. 906-917) **legem habemus**.”

(Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1978, Tomo XVII, pág. 243)

Quanto à alegada ofensa ao artigo 471, da lei adjetiva civil vigente, não vislumbro configurada.

Na verdade, laborou em manifesto equívoco o recorrente, uma vez que, conforme anotara o Acórdão recorrido (fls. 244/245):

“O decisório do digno Julgador de primeiro grau, à evidência, nada decidiu sobre a importantís-

sima argüição do embargante. Louvou-se em suposto trânsito em julgado da matéria que na realidade não ocorreu (o acórdão invocado apenas apreciou recurso contra sentença que decretou a dissolução da sociedade de fato, confirmando a dissolução; outro acórdão foi lançado em sede de embargos de divergência, apreciando apenas ponto de discordância referente à necessidade ou não da citação da mulher do réu na ação de dissolução da sociedade de fato; portanto somente quanto a esta matéria há coisa julgada).”

Por derradeiro, quanto à pretendida violação ao art. 746, desse mesmo diploma processual civil, por igual, não a vejo caracterizada.

O Dr. Juiz singular decretou a adjudicação, perdendo o recorrido daí a disponibilidade de seus bens.

Importa ressaltar, consoante anotado nas contra-razões (fls. 312), a presunção legal é no sentido de que nenhum juiz decretará a adjudicação num processo sem forma, nem figura de juízo (art. 746, do CPC). Contudo se a decretar, o único remédio capaz de afastar tal vício ou violência, são os embargos à adjudicação.

Por outro lado, entende a recorrente que, no caso, contra tal decisão o recurso cabível seria o de apelação e não os embargos à adjudicação.

Sem qualquer razão, todavia.

Em escólio de **Amílcar de Castro**, examinando a natureza da sentença de adjudicação, apontado pelo recorrido:

A sentença que concede adjudicação é de natureza constitutiva.

.....  
E, dada essa natureza especial, a sentença de adjudicação tem sido considerada pela melhor doutrina como irrecorrível. Sendo a adjudicação concedida com falta de qualquer de seus pressupostos, o que o executado tem a fazer não é atacar, por meio de recurso, a sentença que nenhuma controvérsia dirimiu e nada julgou, mas sim demonstrar, por meio de embargos, a falta dos pressupostos, que a sentença tenha dado como existentes. De tal arte, os embargos à adjudicação são verdadeira demanda do executado contra o credor-adjudicatário, que tem por objeto a ilegal autorização de transferência da propriedade; e não visam o conteúdo da sentença, que nada decidiu, mas os pressupostos da adjudicação, dados como perfeitos.”

(Comentários ao CPC, RT, 1974, vol. VIII, pág. 356/357)

Contudo, quer a recorrente ver distinção na expressão contida no art. 746 referido, quando diz cabíveis embargos à adjudicação “fundados em nulidade de execução para não admiti-los”, fundados em nulidade da liquidação.

Aceita a assertiva, apenas, por amor à discussão, não vinga, na hipótese, eis que a liquidação de sentença é ato de execução e, por isso, integra o Livro II, que cuida de execução geral.

Sobre o tema, assevera **Mendonça Lima**:

“Uma das principais inovações introduzidas por este Código em confronto com o anterior foi, sem dúvida, na matéria das execuções. O novo diploma como que se modernizou, abandonando a tradição brasileira, que era formulada, aliás, em consonância com a que prevalece, ainda, nos países sul-americanos de formação hispânica. Passamos a adotar um só “processo de execução, embora a diversidade dos títulos executivos. Não mais se encontra a dicotomia legal antiga: ação executiva e execução de sentença, aquela para os títulos extrajudiciais e a última exclusivamente para a classe da sentença, como ocorria no Código antecedente (Livro IV, Tít. I, e Livro VIII). Eis a justificativa da Exposição de motivos do Anteprojeto de 1964, no item nº 25, quase repetida no Projeto nº 810, item nº 21:

“O Anteprojeto segue esta orientação, porque, na verdade, a ação executiva nada mais é do que uma espécie da execução geral; e, assim, parece aconselhável unificar os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Sob o aspecto prático,

são evidentes as vantagens que resultam dessa unificação, pois o Anteprojeto suprime a ação executiva e o executivo fiscal, como categorias autônomas, simplificando a estrutura do sistema.”

(Comentários ao CPC, Forense, Vol. VI, Tomo I, 1974, Págs. 75/76)

Assim, constatada a nulidade na forma da liquidação adotada, porque em absoluta divergência com a sentença, como afirmado no acórdão e dela derivando a adjudicação determinada, a defesa do executado deve ocorrer via dos embargos.

Com base nesses lineamentos, não tenho como violados os dispositivos de lei federal invocados, por isso inadmissível o recurso pela letra a.

Pela alínea c, o dissenso jurisprudencial não restou demonstrado, na forma preconizada no art. 255, e seus §§, do RISTJ. É que, além de não se ter procedido ao confronto

analítico, os julgados colacionados não guardam qualquer similitude ou identidade com o caso dos autos. A matéria neles versada cuida de dissolução de sociedade e aqui, se cogita de relação concubinária.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.345-5 — PR — (93.0024522-8) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Yole Manochio Fernandes. Advogados: Idevan Johnsson e outros. Recdo.: Romário Fernandes da Silva. Advogados: Alir Ratacheski e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 15.12.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 38.378-1 — SP

(Registro nº 93.0024631-3)

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

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Drs. Rubens Lazzarini e outros*

Recorrida: *Rhodia S/A*

Advogados: *Drs. Mauro Munhoz e outros*

**EMENTA:** *Tributário. IPI. Prazo. Lei nº 4.502, de 30.11.64, art. 26, com a redação do art. 1º do Decreto-Lei nº 326, de 1967. Lei nº 7.450, de 1985, art. 66. Portaria MF nº 266, de 29-7-88.*

I — Se o acórdão recorrido se limitou a explicitar o alcance do art. 66 da Lei nº 7.450, de 1985, sustentando que portaria não pode modificar disposições de lei (Lei nº 4.502, de 1964, art. 26, com a redação do art. 1º do Decreto-lei nº 326, de 1967), por ser norma de hierarquia inferior, não há divisar tenha ofendido o citado preceito legal.

II — Recurso especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, não conhecer do recurso, 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 recurso especial, com fundamento nas letras a e c do permissivo constitu-

cional, interposto pela União Federal contra o acórdão do Egrégio Tribunal a quo que entendeu que o prazo para o recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) não podia ter sido alterado pela Portaria nº 266, de 1988, do Ministério da Fazenda, porquanto fixado através de lei (Lei nº 4.502, de 30.11.64, artigo 26, com a redação do artigo 1º do Decreto-lei nº 326, de 1967). Alega ofensa ao artigo 66 da Lei nº 7.450, de 1985, que atribuiu competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos para pagamento de receitas federais compulsórias, além de dissídio jurisprudencial.

Contra-arrazoado (fls. 97-101), o recurso subiu a esta Corte, em razão do provimento ao agravo de instrumento em apenso.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): No voto que proferi no REsp 32.643-0-SP, acolhido por esta Egrégia Turma, aduzi:

“O douto voto-condutor do acórdão recorrido está assim ementado (fls. 82-83):

“A lei instituidora do I.P.I., Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, previu no seu artigo 26, alterado pelo Decreto-lei nº 326/67, o prazo para o recolhimento do tributo e somente outra lei poderia modificá-la, em respeito ao princípio da legalidade.

O prazo para recolhimento do I.P.I. não poderia ser alterado pela Portaria nº 266/88 do Ministro da Fazenda. Portaria não cria ou altera direitos estabelecidos pela lei.

Se tal não fosse, se permitido à Administração, ainda que se utilizando de competência discricionária (mas, como o próprio nome diz, não arbitrária) alterar, a seu talante, quando, como e se quiser, situações constituídas, ou a se constituírem dentro do exercício financeiro, já regido por outras normas, grave lesão teríamos também ao princípio da boa-fé. (Como concebido por **Jesus Gonzales Peres**).

Ademais, vulnerada também a “relação de administração”, como conceituada por **Ruy Cirne Lima**, ou seja, a “relação daquele que não é senhor, que não tem a propriedade, mas antes deve se jungir à lei”.

O administrado deve poder contar com a Administração

séria, com a Administração que lhe permita conhecer suas expectativas econômicas por antecipação.

O fato de a lei ter conferido competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos de receitas federais, não pode absolutamente significar que a Portaria possa derrogar a lei, preceito obrigatório de nível superior ao ato administrativo.

De fato, não poderia o artigo 66, da Lei 7.450/85 atribuir competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos de pagamento de tributos. A não ser dentro dos limites da própria lei.

A Constituição é clara no sentido de conferir privativamente ao presidente da República competência para expedir regulamentos “para fiel execução da lei (artigo 81, II, da Constituição Federal de 1967 com a emenda nº 1, de 1969). No mesmo sentido, a Constituição atual estabelece, em seu art. 84, inciso IV.

Destarte, como assinalado pelo d. representante do Ministério Público Federal, a Portaria é que efetivamente afronta a lei”.

Conforme se depreende, não há divisar ofensa ao art. 66 da Lei nº 7.450, de 1985, porquanto se limitou o acórdão recorrido a explicitar o seu alcance, susten-

tando que portaria não pode modificar disposições de lei, por ser norma de inferior hierarquia.

Isto posto, não conheço do recurso.”

Adotando, como razão de decidir, os transcritos fundamentos, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

Resp nº 38.378-1 — SP — (93.0024631-3) — Relator: O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Rubens Lazzarini e outros. Recda.: Rhodia S/A. Advogados: Mauro Munhoz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (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 39.299-3 — SP

(Registro nº 93.0027203-9)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrentes: *Antônio Carlos Ferreira e outros*

Recorrida: *Irene Baranger*

Advogados: *Drs. Levi de Mello e outros, e Victoria Oshimoto Sugaya e outros*

**EMENTA: Processual Civil. Assistência judiciária. Defensor Público. Intimação e prazos.**

— Na conformidade do art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, com a nova redação da Lei nº 7.871, de 08.11.89, o Defensor Público, ou quem no Estado exerça cargo equivalente, deverá ser intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

— Recurso conhecido em parte e em parte 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, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. 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, 13 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: O despacho que admitiu o recurso especial está vazado nestes termos (fls. 492/493):

“Cuida-se de recurso especial, fundado no art. 105, III, a e c da Constituição Federal, contra acórdão da 2ª Câmara Civil, que negou provimento à apelação interposta de sentença que julgou procedente a ação de imissão de posse intentada por proprietário que adquiriu o bem em hasta pública.

Alega a recorrente que o aresto, além de divergir de decisão do próprio Tribunal de Justiça, ne-

gou vigência: ao art. 5º, § 5º da Lei 1.060/50, de acordo com o qual impunha-se a intimação pessoal do Procurador do Estado de todos os atos do processo, o que não ocorreu quanto à data designada para o julgamento da apelação, motivo de nulidade do feito; aos arts. 3º, I e V, 11, § 2º e 12 da Lei 1.060/50, pois não obstante sua qualidade de beneficiário da assistência judiciária gratuita, foi condenado ao pagamento dos ônus da sucumbência; aos arts. 331 e 332 do Código de Processo Civil, uma vez que o feito foi julgado antecipadamente apesar de haver manifestado sua pretensão de produzir provas na fase instrutória.

Na espécie, estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso pela alínea a do permissivo constitucional, pois as questões jurídicas suscitadas devem ser submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe velar pela uniformidade de interpretação da legislação federal ordinária.

A matéria foi bem exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, assim, o requisito do prequestionamento, não incidindo os demais vetos regimentais ou sumulares.

No que tange à alegada divergência jurisprudencial, incide a Sú-

mula 13 da E. Corte Superior, de acordo com a qual “a divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial”.

Em tais condições, dou seguimento ao recurso pela alínea a.

Processado o recurso, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Não procede a alegação de contrariedade aos arts. 331 e 332 do CPC.

O juiz sentenciante, em despacho proferido às fls. 359 verso, determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir, justificando-as. É o recorrente limitou-se a renovar o requerimento genérico da contestação, ou seja, “a produção de todos os meios de provas admitidas para provar o alegado, notadamente através do depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, juntada de documentos, etc.” (fls. 361).

As provas devem ser especificadas no momento oportuno para que o juiz, no cumprimento do seu dever de velar pela rápida solução do litígio, determine quais as necessárias à instrução do processo e quais as que têm caráter meramente protelatório (CPC, arts. 125, II e 130).

Impunha-se, portanto, ante o silêncio do ora recorrente, o julgamento antecipado.

De repelir-se também a alegação de ofensa aos arts. 3º, I e V, 11, § 2º e 12 da Lei nº 1.060/50. É que a condenação em custas e verba honorária teve sede na sentença, mas as alegações não a impugnaram, de sorte que o recorrente é que se omitiu, não o acórdão recorrido (fls. 371/377 e 379/384). Como já decidiu o STF, “não configura prequestionamento, para os efeitos da Súmula 356, questão nova proposta nos embargos de declaração, sem que tivesse sido presente ao juízo de apelação mediante a sua dedução nas razões de recurso” (AgRg no Ag nº 101.689-SP, relator Min. Rafael Mayer).

Cumprir observar, todavia, que o Procurador do Estado, encarregado da assistência judiciária, não foi intimado pessoalmente para o julgamento da apelação, matéria, aliás, prequestionada através de embargos de declaração, omissão que implica afronta ao art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, na redação da Lei nº 7.871, de 8/11/89, consoante o qual

“Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.”

Do quanto foi exposto, conheço do recurso nessa parte e nessa parte lhe dou provimento, a fim de que,

anulado o v. acórdão recorrido, seja proferido novo julgamento, procedendo-se à intimação pessoal do defensor do recorrente na conformidade do que determina a citada disposição legal.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.299-3 — SP — (93.0027203-9) — Relator: O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz. Rectes.: Antônio Carlos Ferreira e outros. Advogados: Levi de Mello e outros.

Recda.: Irene Baranger. Advogados: Victoria Oshimoto Sugaya e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento (em 13.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º, da Emenda Regimental 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 39.569-0 — SP

(Registro nº 93.0028237-9)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Rádio Record S/A*

Recorrida: *SL Comunicações Ltda.*

Advogados: *Drs. César Ciampolini Neto e outros, e José de Castro Bigi e outros*

**EMENTA:** *Contrato — Rescisão.*

**A cláusula penal, em caso de rescisão, não será devida, em princípio, juntamente com o pagamento da indenização.**

#### 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.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cuida-se de ação ordinária de anulação de duplicatas, julgada improcedente e parcialmente procedente a respectiva reconvenção.

Em apelação, por maioria, proveu-se em parte o recurso da autora, reconhecido o cumprimento parcial das obrigações que assumira, estabelecendo-se que “o valor da multa de 30.000 ORTNs, ajustada em 1º.08.85, fica reduzido em proporção ao lapso de tempo entre a rescisão do contrato, ocorrida em 1º.06.87 e o seu término (...)”.

No julgamento dos embargos infringentes manteve-se o acórdão, manifestando-se o aresto no sentido de que “a cláusula 10ª do contrato de prestação de serviços rescindido teve por finalidade garantir e assegurar o cumprimento dos outros pactos e das condições estabelecidas pelas partes e não só a falta de execução do contrato como um todo”.

A embargante interpôs recurso especial, pelas alíneas **a** e **c**, sustentando negativa de vigência dos arts. 128, 293, 334, III e 460 do Código de Processo Civil e 918 e 919 do Código Civil, bem como divergência jurisprudencial. Alega que houve afronta ao princípio dispositivo e decisão **ultra petita**, ao afirmar-se que a cláusula penal não havia sido prevista para o descumprimento total do contrato, sendo tal questão incontroversa.

Sustenta, mais, a recorrente que infringidos os artigos 918 e 919 do Código Civil, admitindo-se a cumulação da condenação ao pagamento de indenização com a cláusula penal.

O recurso não foi admitido mas dei-lhe provimento, para melhor exame, convertendo-o em especial.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Relativamente ao tema do especial, o acórdão nos embargos infringentes assim se manifestou, ao justificar a cumulação da indenização prevista no artigo 1.228 do Código Civil com a cláusula penal:

“A cláusula 10ª do contrato de prestação de serviços rescindido teve por finalidade garantir e assegurar o cumprimento dos outros pactos e das condições estabelecidas pelas partes e não só a falta de execução do contrato como um todo. Fundamentalmente para respeitar as convenções alusivas ao tempo de duração dele e à remuneração mensal, mais aquela resultante da aplicação de percentuais sobre o fruto parcial das operações comerciais de publicidade de produtos anunciados. Não se referia ela apenas à hipótese de arrependimento, mas assegurava o respeito a outros pactos, inclusive o alusivo ao dia do pagamento.

Caso correspondesse à inexecução total da convenção, incidi-

ria a regra do artigo 918 do Código Civil, contudo, para a hipótese de segurança especial de outras cláusulas, como ocorre, o caso em tela subsume-se ao preceito do artigo 919 que permite ao credor exigir a satisfação da pena juntamente com o desempenho da obrigação principal.

O conteúdo do contrato em discussão, especialmente da cláusula penal, permite concluir-se pela sujeição a esse artigo 919, justificando plenamente a solução adotada pela douta maioria, sem embargo da respeitabilíssima tese adotada pelo douto voto vencido.”

A cláusula penal poderá constituir reforço especial, visando ao cumprimento de determinada cláusula. Ocorrendo o inadimplemento dessa e não se rescindindo o contrato, será dado ao credor exigir o cumprimento do avençado e mais a pena. Assim também se a cláusula disser com a hipótese de mora. Nesses casos não há rescisão do contrato, que continua a existir, passível de ter exigido seu adimplemento.

Havendo a rescisão, não mais se cogitando de cumprimento do contrato, a multa será compensatória. Não se cumula com a indenização pois visa, entre outras coisas, a prefixá-la. Admitem alguns que, não se tratando de norma de ordem pública, podem as partes pactuar diversamente. Disso, entretanto, não se tratou no caso em exame, inexistindo qualquer menção no julgado a que tal houvesse sido acordado.

Na hipótese em exame, o acórdão admitiu que a cláusula operasse como garantidora do “cumprimento dos outros pactos e das condições estabelecidas pelas partes e não só a falta de execução do contrato como um todo”. Aceita-se essa interpretação do convencionado, mesmo porque outra não poderia ser dada em recurso especial. Ocorre que está em questão o descumprimento do contrato e não de determinada cláusula, pois houve a rescisão. Demanda-se indenização por esse fato e não o cumprimento do que foi contratado. Assim, não importa se a cláusula tem também outros fins de que aqui não se cuida.

O próprio acórdão consigna que, “caso correspondesse à inexecução total da convenção, incidiria a regra do artigo 918 do Código Civil”. Ora, que na hipótese se litiga, exatamente, a propósito da rescisão.

Desse modo, ou a cláusula se refere à inexata execução do contrato, aí compreendida a simples mora, e não pode incidir na espécie em que se condenou a indenização pela rescisão, ou se refere a essa última, não sendo viável a cumulação.

Vê-se, pois, que o modo como equaciona a matéria pelo acórdão não permitia concluir-se como o fez, terminando por violar os artigos 918 e 919 do Código Civil.

Restaria outra questão. A regra é que a pena compensatória exclua a indenização e não o inverso. Nos termos, entretanto, em que posto o especial não é solução que possa ser alcançada.

Conheço e dou provimento ao recurso para excluir a condenação ao pagamento da importância relativa à cláusula penal. Tendo havido sucumbência recíproca, cada uma das partes pagará cinquenta por cento das custas e arcará com os honorários de seu advogado.

#### VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, V. Exa. demonstrou que o acórdão, decidindo como o fez, violou os dispositivos mencionados do Código Civil, arts. 918/919. Não vejo como afastar, também, tal violação.

Pedindo vênua ao Nobre Advogado que sustentou o ponto de vista contrário, acompanho o voto de V. Exa.

#### VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, ouvi com atenção as doudas razões expostas pelos Nobres Advogados, da tribuna, mas também estou convencido, como V. Exa., de que essa multa

não poderia ser acumulada com a indenização do restante do contrato, conforme demonstrado no voto de V. Exa.

Por essas razões, acompanho o Eminent Relator.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.569-0 — SP — (93.0028237-9) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Rádio Record S/A. Advogados: César Ciampolini Neto e outros. Recda.: SL Comunicações Ltda. Advogados: José de Castro Bigi e outros. Sustentaram oralmente, o Dr. César Ciampolini Neto, pela Recorrente e o Dr. José de Castro Bigi, pela Recorrida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 23.11.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 39.699-9 — SP (Registro nº 93.0028695-1)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente(s): *José Benassi e outros*

Recorrido(s): *Waldomiro Brunelli e outros*

Advogados: *Drs. Clayde Picolo e outros, e Charles Arkchimor Cardoso e outros*

**EMENTA:** *Correção monetária. Débito decorrente de decisão judicial. Controvérsia sobre o emprego do índice de atualização: mensal (TR) ou diário (TRD).*

Em face dos termos da lei, o índice de atualização a ser utilizado é o mensal.

**Recurso especial conhecido e provido.**

### ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas 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, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

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

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

### RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Em ação de dissolução de sociedade, julgada procedente, José Benassi e outros (autores) foram condenados a pagar os haveres sociais de Waldomiro Brunelli e outros (réus), na forma contratualmente

prevista, mas com a incidência da atualização monetária, na base das ORTN's (sentença de fls. 19/37).

Apurados os valores, as primeiras prestações pagas foram atualizadas pela TR do mês (dia primeiro).

Inconformados com esse modo de correção, os réus solicitaram que a atualização fosse feita com base na TRD (TR do dia do pagamento), tendo em conta que a dívida era paga sempre no último dia do mês, o que vinha acarretando enriquecimento ilícito dos autores.

O MM. Juiz de Direito manteve a forma de pagamento até então vigente (fls. 43/43v.), interpondo os réus agravo de instrumento.

A Décima Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao agravo, determinando que a correção fosse feita levando-se em consideração a TRD (ou índice equivalente substituto) da data do depósito.

Opostos embargos declaratórios, foram eles rejeitados.

Irresignados, os agravados (autores) manejaram recurso especial, com fulcro nas alíneas a e c do per-

missor constitucional, alegando contrariedade aos arts. 467 e 468 do CPC, 1º da Lei nº 6.899/81 e 9º da Lei nº 8.177/91, além de dissenso pretoriano com decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Sustentaram que a correção deve ser feita mês a mês e que a Lei nº 8.177/91 prevê a utilização da TRD apenas em se tratando de impostos, multas e demais obrigações fiscais e parafiscais, de débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Públicas, e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária, o que não é o caso dos autos. Finalmente, afirmaram que houve ofensa à coisa julgada, posto que as contas foram homologadas por decisão judicial, em TR's.

Contra-arrazoado, o recurso foi admitido por ambas as alíneas do permissivo constitucional, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A TR foi utilizada no caso como índice de atualização. A controvérsia cinge-se, por conseguinte, à aplicação da TR *cheia* ou ao reverso da TR *diária*, desde que o depósito das parcelas costuma ser feito no último dia do mês.

Em face dos termos expressos da lei, assiste razão aos recorrentes. A correção monetária, por força do disposto no art. 1º do Dec. nº 86.649, de 1981, que regulamentou a Lei nº 6.899/81, é mensal, não cogitando a legislação de período inferior. Além disso, o diploma legal, que instituiu a Taxa Referencial — TR (Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991), limitou a incidência da TRD aos impostos, multas, demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Nacional, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social, e sobre os passivos de empresas concordatárias, em falência e de instituições em regime de liquidação extrajudicial, intervenção e administração especial temporária (art. 9º).

Nesses termos, o Acórdão recorrido, ao determinar a aplicação da Taxa Referencial Diária contrariou não só os preceitos acima aludidos, como também dissentiu de julgado proferido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil, que, pelas mesmas razões, afastou a utilização da TRD como indexador para a correção monetária de débitos decorrentes de decisão judicial.

Não colhem à evidência as objeções lançadas pelos recorridos em suas contra-razões, porquanto a questão jurídica foi enfrentada pelo decisório recorrido, sendo o quanto basta para preencher-se o requisito do prequestionamento. De outro

lado, o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo constitui Colegiado diverso do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Ante o exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do permissor constitucional e dou-lhe provimento, para restabelecer a decisão de 1ª instância.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.699-9 — SP — (93.0028695-1) — Relator: O Sr. Ministro Barros Monteiro. Rectes.: Jo-

sé Benassi e outros. Advogados: Clayde Pícolo e outros. Recdos.: Waldomiro Brunelli e outros. Advogados: Charles Arkchimor Cardoso e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.03.94 — 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, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 40.098-8 — MG

(Registro nº 93.0029925-5)

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

Recorrente: *Siemens S/A*

Recorrida: *Estado de Minas Gerais (Fazenda Estadual)*

Advogados: *Drs. Lúcio Soares Pereira de Castro e outros, e José Benedito Miranda*

**EMENTA: ICMS — Operação interestadual — Venda direta da matriz — Comprador domiciliado em outro estado — Entrega através de filial — Fato gerador único**

**Não há como falar em operação interestadual, se o comprador residente em determinado Estado adquiriu o bem, diretamente da matriz do vendedor, em outra unidade Federada. Circunstância de o bem adquirido haver sido entregue através de filial, localizada no domicílio do comprador, não configura novo ato gerador de ICMS.**

## 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 Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

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

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Cuida-se de recurso especial interposto por Siemens S.A. com arrimo na alínea e da permissão constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que entendeu legítima a incidência de ICMS sobre a venda de mercadoria, remetida pela matriz da empresa, por filial situada em diversa unidade federativa.

A recorrente sustenta dissídio jurisprudencial com aresto proferido pelo STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 8.063.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O

acórdão recorrido entendeu que o contrato de compra e venda de mercadoria, celebrado entre estabelecimento comercial sediado em São Paulo e consumidor final em Minas Gerais, expressa operação interestadual, a ensejar a cobrança de diferença de alíquota de ICMS.

A recorrente afirma que a filial da empresa, localizada em Belo Horizonte apenas efetuou a intermediação da venda, ao encaminhar o pedido para a matriz em São Paulo, que enviou a mercadoria e, tendo emitido nota fiscal, recolheu o tributo.

O recurso merece provimento.

Efetivamente, o surgimento da obrigação tributária, na hipótese de incidência do IMCS, ocorre com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial, pelo que a transferência interestadual, em ordem a operar a tradição do bem ao consumidor, não tem o condão de alterar o fato gerador definido em lei.

De assinalar-se, ademais, que a par do precedente apontado pela recorrente, esta Corte em caso por tudo semelhante sufragou o seguinte entendimento:

“Tributário. ICM. Compra e venda firmada diretamente entre o vendedor sediado em um Estado-membro e o comprador em outro. Fato gerador. Local da emissão da nota fiscal. *bis in idem*. Artigos 97, III, 102, 108 e 114, CTN. Decreto-Lei 406/68 (art. 1º). Leis estaduais-MG — nºs 6.763/75 e 7.164/77.

1. A definição do *fato gerador* corresponde a situação definida em lei (arts. 97, III e 114, CTN), na compra e venda, sintonizando a Nota Fiscal (expressão da “tradição”) o local da saída para a entrega ao consumidor final, espelhando o envolvimento de ato mercantil.

2. Repúdio à “saída ficta” e à “analogia” (art. 108, I, CTN) para justificação de compreensão fiscalista na venda direta ao consumidor, com a emissão pelo estabelecimento-matriz da Nota Fiscal, visando o lugar da efetiva saída e o destino do adquirente em outro Estado-membro.

3. À ingerência da legislação estadual é sementeira de violação dos limites legais à criação de tributação, constituindo via para o *bis in idem*, como a sobrecarga fiscal.

4. Enfim, o ICM tem como local de incidência o Estado-membro, onde foi emitida a Nota Fiscal, como expressão da transmissão da propriedade e de onde saiu a mercadoria diretamente para o consumidor.

5. Precedentes jurisprudenciais.

6. Recurso provido” (REsp 34.137-5, DJ 23.08.93, Relator Ministro Milton Pereira. No mesmo sentido: REsp 8.063, DJ 20.05.91, Relator Ministro Geraldo Sobral).

Provejo o recurso para restabelecer a sentença.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.098-8 — MG — (93.0029925-5) — Relator: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Recte.: Siemens S/A. Advogados: Lúcio Soares Pereira de Castro e outros. Recda.: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. Advogado: José Benedito Miranda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 11.04.94 — 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.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 41.352-4 — MG

(Registro nº 93.0033401-8)

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Banco Itaú S/A*

Recorrido: *Sérgio Rubens Mansano*

Advogados: *Drs. Paulo Henrique de Carvalho Chamon e outros, e Lauro Humberto da Silva Novais e outros*

**EMENTA: Processual Civil — Prazo — Contagem — Superveniência de férias forenses — Feriado.**

**I — O entendimento consolidado na jurisprudência do STJ é no sentido de que a superveniência de férias forenses, suspendendo o curso dos prazos para interposição de recursos, não se incluem os feriados que as antecedem imediatamente. Inteligência dos artigos 178 e 179 do CPC.**

**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 Senhor Ministro Nilson Naves.

Brasília, 5 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 Sérgio Rubens Mansano contra o r. despacho do Dr. Juiz singular que não recebeu a apelação por ele interposta no dia 27.12.91 (sexta-feira), ao fundamento de que o prazo recursal te-

ve início dia 30.12.91 (segunda-feira), findando-se em 13.2.92 (quinta-feira); e protocolizado o apelo em 17.2.92 (segunda-feira).

Pretende a reforma do decisório, porque, no seu entender, tempestiva a apelação, aduzindo que, iniciado o prazo no dia 30.12.91 e em seguida suspenso, em face das férias de janeiro, voltando a fluir dia 3.2.92, com término em 16.2.92 (domingo). Sustenta, ainda, que houve erro na publicação, eis que três foram as ações julgadas pela sentença, tendo, entretanto, ali constado somente a "Ação Ordinária de Decreto de Anistia".

Respondido o Agravo (fls. 474/479) e mantida a decisão agravada, a Quinta Câmara Civil do Colendo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, à unanimidade, deu-lhe provimento, apenas quanto ao primeiro argumento, para que o Dr. Juiz recebesse e processasse a apelação (fls. 495/500).

Inconformado, interpôs o Banco-réu Recurso Especial, fundado no art. 105, III, a e c, da Constituição, alegando negativa de vigência dos artigos 178 e 179, do CPC, bem co-

mo divergência jurisprudencial, para tanto traz à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.834-0-SP), e do Supremo Tribunal Federal (RE nº 111.375-8 — fls. 504/513).

Sem contra-razões, o nobre Vice-Presidente daquela Corte o admitiu por ambas as alíneas (fls. 517/518).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): A Colenda Turma Julgadora deu provimento ao Agravo, para que a apelação tivesse andamento normal e, ali, se consignou (fls. 497/498):

“Bem verdade que a jurisprudência vem recentemente inclinando-se no sentido da tese do agravado, segundo a qual feriados e férias não se confundem e somente as últimas se prestam para suspender o prazo recursal.

Permito-me, entretanto, com a devida vênia das respeitáveis opiniões contrárias, dentre elas a do culto julgador de 1º grau, divergir desse entendimento por acreditar de manifesta injustiça a interpretação de que o prazo recursal deveria ser contado nos dias 31.12.91 e 1º.1.92, quando não houve expediente forense, impossibilitando o recorrente até mesmo de retirar os autos. Por outro lado, nos dias 1º e 2.2.92 (sábado e domingo) também não houve expediente fo-

rense e, no entanto, em tais dias o prazo não se reinicia, exatamente em virtude de manter-se fechado o prédio do Fórum. Ora, se os fatos são os mesmos, as conseqüências também deveriam ser iguais e, entretanto, isso não ocorre quando se adota a corrente hoje majoritária sobre o assunto, aquela aqui sustentada pelo agravado.”

Por outro lado, sustenta o recorrente que o Aresto, em assim decidindo, teria negado a vigência dos artigos 178 e 179, do CPC, bem como divergido de jurisprudência de outros tribunais, trazendo à cotejo Arestos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, onde adotada orientação contrária à tese esposada pelo Acórdão recorrido. E, assim, o examino.

Diz, expressamente, o art. 178, do Código de Processo Civil:

“O prazo, estabelecido pela lei ou pelo juiz, é contínuo, não se interrompendo nos feriados.”

E o art. 179, do mesmo diploma legal, dispõe:

“A superveniência de férias suspenderá o curso do prazo; o que lhe sobejar recomeçará a correr do primeiro dia útil seguinte ao termo das férias.”

Da exegese que se extrai dos termos do citado art. 178, é que o prazo não se interrompe nos feriados e

não se suspende, porque o art. 179, restringe, especificamente, a suspensão de prazos à hipótese de superveniência de férias. Se o feriado as precede, ou as sucede, imediatamente, a elas não se incorpora, formando um todo contínuo.

Tal como anotara o eminente Ministro Francisco Rezek:

“Ora, para que se chegue às férias que sucedem a um feriado, haverá necessidade, por razões de ordem puramente cronológica, que, primeiramente, escoe o dia do feriado, durante o qual, em face dos comandos legais atrás transcritos, o prazo processual simplesmente flui.

Computado assim, dia de prazo, durante o feriado que antecedeu às férias, suspende-se então, tal prazo pela superveniência destas.

Se, neste momento da suspensão do prazo, pelo advento das férias, vier a ser excluído do fluxo o dia do feriado — já consumido — estar-se-á, certamente, conferindo, àquele feriado que adere às férias supervenientes, o efeito interruptivo do prazo, porque, embora já houvesse corrido, voltaria novamente a correr.

Em tal hipótese, afrontar-se-ia a letra do art. 178 do Código de Processo Civil que, lembre-se, veda a interrupção do prazo, nos feriados.” (RTJ 119/809)

Impende ressaltar que, a teor do disposto no art. 66, § 1º, da Lei

Complementar nº 35, de 1979, nos Tribunais, as férias coletivas ocorrem nos períodos de 2 a 31 de janeiro e 2 a 31 de julho.

Dessa forma, o prazo encerrou-se, assim, no dia 12.2.92, já que nos dias 31.12.91 e 1º.1.92, que, imediatamente, antecederam as férias forenses, não restou suspenso o prazo, e a petição do recurso de apelação somente foi protocolizada no dia 17.2.92.

Nesse sentido, foi a orientação adotada na Turma quando do julgamento do REsp nº 1.834-0-SP, relatado pelo eminente Ministro Nilson Naves, citado, inclusive, pelo recorrente, cujo Acórdão, por sua ementa, consignou:

“Prazo. Férias e feriados. A superveniência de férias, suspendendo o curso dos prazos, não compreende os feriados que imediatamente as antecedem. Inteligência dos arts. 178 e 179 do Código de Processo Civil. Recurso Especial conhecido pelo dissídio, porém não provido.” (DJ de 7.5.90)

De igual, o REsp nº 12.447-0-BA relatado pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro (DJ de 16.3.92).

E, assim, também entende a Egrégia Quarta Turma, conforme Acórdão prolatado pelo AgRg Ag nº 113-0-MG, da relatoria do eminente Ministro Athos Carneiro, onde se assentou que:

“Se o feriado precede, imediatamente, as férias forenses, ou as

sucedem, a elas não se incorpora, formando um todo contínuo, aos efeitos do art. 179, do CPC". (DJ de 16.10.89)

Impõe destacar que não consta dos autos que a legislação de Organização Judiciária de Minas Gerais estabeleça período de recesso anterior às férias naquele Tribunal, hipótese em que se poderia aplicar, analogicamente, a norma inscrita no art. 105, combinado com o art. 78, § 1º, do RISTF.

E o Egrégio Supremo Tribunal Federal não discrepa desse entendimento quando diz:

*"Embargos de divergência. Prazo. Contagem. Dias feriados que antecedem as férias forenses. Código de Processo Civil, arts. 178 e 179.*

Do prazo para recurso não se excluem os feriados que antecedem imediatamente as férias forenses.

Embargos rejeitados."

(Embargos no Recurso Extraordinário nº 106.636-SP — Relator Ministro **Francisco Rezek** — RTJ 119/804)

No citado Recurso Especial nº 1.834-0-SP, votei vencido, mas reconsiderarei essa posição, aderindo à tese sustentada, ao exame do Recurso Especial nº 12.447-0-BA, relatado pelo eminente Ministro **Edu-**

**ardo Ribeiro** sedimentada na jurisprudência da Corte.

Tenho, pois, que o Acórdão, ao decidir como o fez, não só negou a vigência dos dispositivos legais apontados, como, também, divergiu do entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Tais os fundamentos pelos quais conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar o Acórdão recorrido, restabelecendo a decisão que deu pela intempestividade da apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 41.352-4 — MG — (93.0033401-8) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Banco Itaú S.A. Advogados: Paulo Henrique de Carvalho Chamon e outros. Recdo.: Sérgio Rubens Mansano. Advogados: Lauro Humberto da Silva Novais e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 05.04.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Costa Leite e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro **EDUARDO RIBEIRO**.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.334-7 — SC

(Registro nº 94.0002386-3)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Marcos Eli Martins*

Recorrido: *Amauri Administradora de Consórcios S/A Ltda.*

Advogados: *Drs. Francisco de Assis Montibeller e outro, e Luiz Carlos de Mello e outros*

**EMENTA:** *Consórcio. Desistência. Restituição das prestações pagas. Correção monetária. Interesse de agir.*

**Prendendo-se o interesse de agir à existência de cláusula contratual que exclui a incidência da correção monetária, a circunstância de a ação ter sido proposta antes do prazo contratualmente estabelecido para a restituição das prestações pagas pelo devedor de plano de consórcio não induz decreto de carência. Recurso conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO,  
Presidente. Ministro COSTA LEITE,  
Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE:  
Trata-se de recurso especial interposto por Marcos Eli Martins, arri-mado nas alíneas a e c do permissi-vo constitucional, contra acórdão da Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Cata-rina, que acolheu preliminar de ca-rência da ação, por falta de interes-se de agir, a teor dos seguintes fun-damentos sintetizados na ementa do acórdão:

*“Consórcio — Desistência — Rescisão e devolução imediata do valor pago, com correção — In- viabilidade.*

Só após decorridos trinta dias do encerramento das atividades do consórcio é que exsurge o direito do desistente em pedir a restituição das parcelas pagas, com juros e correção monetária” (Ap. Cív. nº 40.497-Capital)”.

Nas razões do recurso, alega-se afronta ao art. 5º, XXXV da Constituição Federal e divergência com julgamento do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul.

Transcorrido *in albis* o prazo das contra-razões, e admitido o recurso, pela alínea c, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

## VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Pela alínea a, o recurso não reúne condições de admissibilidade, porquanto cinge-se a alegar ofensa a dispositivo constitucional.

Já o dissídio jurisprudencial apresenta-se perfeitamente configurado, com o aresto paradigma estampando, aliás, a tese que prevaleceu na primeira instância.

A ação investe contra a cláusula contratual que exclui a correção monetária, com pedido de imediata restituição das prestações pagas pelo consorciado, devidamente atualizadas.

Em verdade, a restituição das prestações pagas pelo participante que se retira ou é excluído de plano de consórcio só tem lugar trinta dias após o encerramento das operações do grupo. Mas isso não induz decreto de carência.

Com efeito, o interesse de agir prende-se à existência de cláusula contratual posta em excluir a incidência da correção monetária, não servindo, pois, a circunstância assinalada a infirmá-lo, como ressuma, aliás, dos próprios julgados que deram origem à Súmula nº 35, deste Tribunal, vindo a talho o acórdão no REsp nº 6.419-PR, em cuja ementa lê-se que “a devolução das importâncias pagas, a ser efetuada na época contratualmente estabelecida, far-se-á com correção monetária”.

Assim sendo, conheço do recurso, pela alínea c, e lhe dou provimento, para o fim de arredar a preliminar acolhida pelo v. acórdão recorrido, devendo a e. Câmara julgadora prosseguir no julgamento da apelação, como for de direito. É como voto, Senhor Presidente.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.334-7 — SC — (94.0002386-3) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Marcos Eli Martins. Advogados: Francisco de Assis Montibeller e outro. Recdo.: Amauri Administradora de Consórcios S/A Ltda. Advogados: Luiz Carlos de Mello e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 14.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o Julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 43.528-5 — SP

(Registro nº 94.0002731-1)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Banco do Estado de São Paulo S/A — BANESPA*

Recorridos: *José Carlos Zanutto e outro*

Advogados: *Drs. Benedito Carlos Carli Silva e outros, e Carlos Leduar de Mendonça Lopes e outros*

**EMENTA:** *Prova documental.*

O deferimento pelo juiz a requerimento contido na petição inicial, no sentido de que o réu apresente documentos do interesse do autor, não ofende os arts. 333, I, e 396 do Código de Processo Civil.

**Recurso especial não conhecido.**

**Unânime.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Ruy Rosado de Aguiar e Antônio Torreão Braz.

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

Ministro FONTES DE ALENCAR,  
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Em ação de cobrança

objetivando a diferença de índice das cadernetas de poupança, o MM. Juiz atendendo pedido dos autores formulado na inicial, determinou que o Banco-réu apresentasse os extratos das contas ora referidas relativamente aos meses de fevereiro a abril de 1990.

Inconformado com o deferimento de tal pedido, o Banco agravou de instrumento, tendo a egrégia Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo mantido a decisão monocrática, pelos seguintes fundamentos:

“... como se verifica, ditos documentos encontram-se em poder do Agravante, sendo que os Agravados alegam que não lograram, pelos meios comuns e direitos,

obtê-los. Tal alegação não foi contestada, limitando-se o banco a alegar que já forneceu os mesmos na época devida.

Ora, se é assim, sem dúvida que a r. decisão atacada está correta ao determinar ao requerido a apresentação dos mesmos (art. 355 do CPC), importantes para a apreciação do pedido. Depois, nem todos guardam em arquivo documentos dessa espécie, mormente em face do decurso do tempo, pois os extratos são de fevereiro a abril de 1990, portanto, de três anos passados". (fl. 100)

Manifesta o recorrente recurso especial com fulcro no art. 105, III, a, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência aos arts. 396 e 333, I do Código de Processo Civil, sustentando que, no caso, o ônus da prova incumbe ao autor e cabe a este instruir a inicial com os documentos destinados a provar as alegações.

Pelo despacho de fls. 131 a 132 foi o recurso admitido.

## VOTO

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): É certo que o ônus da prova cabe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Certo é, também, que a parte deve instruir a sua petição primeira com os documentos próprios a provar o que alega.

Todavia, não diviso, no caso, maltridos os dispositivos de lei federal referidos pelo recorrente, pois a decisão foi tomada com remissão ao art. 355 do Código de Processo Civil.

Ademais, outros argumentos do acórdão merecem registro:

"Ainda que a Agravante estivesse com a razão, amparado, por norma processual, cabe ressaltar que a r. decisão atacada limitou-se em determinar a ele que fornecesse os extratos das contas de poupança questionadas, o que, aliás, corriqueiramente se faz no balcão, e até por pedido que o cliente faz via telefone.

Afinal, se o cliente exigir os extratos, o banco está obrigado a fornecer, não se liberando da obrigação se aquele alegar extravio do documento. Portanto, se os autores comparecessem na agência do agravante e formulassem o pedido de extratos, cabia ao Agravado atendê-los.

Então, por que não fornecer aqui e agora, se esses documentos são obtidos com um simples apertar de tecla de computador? Capricho, ou excesso de formalismo, seja o que for, não se compreende a atitude do Agravante, que submete à segunda instância, já abarrotada, questão tão insignificante". (fl. 99)

Tenho, pois, que o deferimento pelo juiz a requerimento, contido na

petição inicial, no sentido de que o réu apresente documentos do interesse do autor, não ofende os arts. 333, I, e 396, ambos do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.528-5 — SP — (94.0002731-1) — Relator: O Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Banco do Estado de São Paulo S/A

— BANESPA. Advogados: Benedito Carlos Carli Silva e outros. Recdos.: José Carlos Zanutto e outro. Advogados: Carlos Leduar de Mendonça Lopes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24.05.94 — 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 43.535-8 — PR

(Registro nº 94.002746-0)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Lucia de Fátima Amorim Poy*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Advogado: *Dr. José Cesar Valeixo Neto*

**EMENTA:** *REsp — Processual Penal — Recurso — Prazo — Dúvida — Em havendo dúvida razoável quanto à tempestividade do recurso, recomenda-se admiti-lo, por imperativo dos princípios que regem o acesso ao Judiciário.*

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recur-

so, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

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

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto por Lúcia de Fátima Amorin Poy com base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná que não conheceu da apelação interposta contra sentença condenando a ré à pena de 01 (um) ano de detenção, sob suspensão condicional, pela prática do crime previsto no art. 121, § 3º, do C.P., por tê-la como intempestiva.

A recorrente argúi que o v. acórdão recorrido nega vigência aos artigos 231, 575 e 798, § 4º do C.P.P., além de divergir de julgados de outros tribunais. Sustenta:

“Na espécie, às fls. 78 verso dos autos consta um termo de recebimento de entrega de autos. Mesmo irregular, como entendeu o MM. Juízo, é claro que se refere ao ato de recebimento do recurso. Se há um indício (o carimbo), firmado em documento que instrui o recurso, de que pela escritura foi praticado determinado ato no processo, no dia fatal para o apelo, que outro poderia ser senão o recebimento deste? Vejamos: o carimbo se encontra no verso do documento anexo à petição, a qual se refere expressamente a ele. É costume dos cartórios não firmarem o recebimento na frente da petição para deixarem lugar ao despacho. A que se atribuiria o dito recebimento de fls. 78 verso, parte superior? E desta forma, haveria de ser considerado” (fls. 153).

Alega que havendo dúvida sobre a tempestividade do recurso, deve ser ele admitido.

Contra-razões às fls. 169/170.

Despacho admitindo o recurso especial pela alínea a (fls. 174/177).

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 202/205, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A apelação, conforme despacho de fls. 77, foi recebida no dia 12 de dezembro de 1990.

Efetivamente, ponderando-se essa data, o v. acórdão revela-se irrepreensível.

Ocorre porém, o documento que instrui os Embargos de Declaração (fls. 130), exhibe certidão de que os autos foram entregues, em cartório, aos 10 de dezembro do mesmo ano.

É certo, entrega dos autos não se confunde com a entrega do recurso.

Reconheceu o r. despacho de admissão do Recurso Especial (fls. 174/177), pairar dúvida quanto à interposição da apelação.

Na espécie, a dúvida conta em favor do Recorrente.

O Ministério Público Federal recomenda, considerando os elementos dos autos, o conhecimento deste recurso.

Aliás, nessa orientação, ensejar-se-á ao E. Tribunal perfeito esclarecimento do fato e eventual responsabilidade administrativa.

Conheço do Recurso para dar-lhe provimento, devendo o E. Tribunal,

superada a intempestividade, prosseguir o julgamento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.535-8 — PR — (94.0002746-0) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Lucia de Fátima Amorim Poy. Advogado: José Cesar Valeixo Neto. Recdo.: Ministério Público do Estado do Paraná.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.08.94 — 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 43.845-4 — RS

(Registro nº 94.0003682-5)

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

Recorrente: *Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrido: *José Martinho Mendes*

Interes.: *Dávila Mendes e Companhia Ltda.*

Advogados: *Drs. Anna Lurdes Pedo e outros, e Lira Goretti Vicelli e outro*

**EMENTA:** *Processual — Tributário — Prescrição da cobrança de tributos fiscais (Lei 6.830/80) — Possibilidade de ser tratada em lei ordinária.*

— Os dispositivos que tratam da prescrição da ação de cobrança de tributos não constituem “normas gerais de direito tributário”. Podem, assim, ser tratados em lei federal ordinária.

#### 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 Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

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

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dando provimento à apelação, decidiu, *in verbis*:

“A prescrição tributária é matéria de direito material, como se intui do art. 156, V, do CTN, e, por isso, deve ser regulada por lei complementar (art. 18, § 1º, da CF de 1969, e art. 146, III, b, da CF de 1988), não tendo eficácia as normas a respeito constantes da Lei nº 6.830/80, que é lei ordinária.” (Fls. 112)

O Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial, afirmando que o Acórdão negou vigência aos artigos 2º, § 3º e 40, da Lei 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).

Esta, em resumo, a controvérsia.

## VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O V. Acórdão Recorrido parte da assertiva de que a prescrição, em tema de direito tributário, é instituto de direito material — não processual.

Tal conclusão é retirada a partir do texto em que se expressa o art. 156, V, do CTN.

Este dispositivo afirma que o crédito tributário se extingue com a prescrição.

Ora, diz o Aresto, se a prescrição extingue o crédito e não apenas a ação, é porque ela se relaciona com o direito material.

Assim — continua o Acórdão — as normas que tratam da prescrição tributária constituem “normas gerais de direito tributário” e devem ter como sede, uma lei complementar.

O raciocínio montado sobre estas duas premissas termina nesta proposição:

Como a Lei de Execuções Fiscais não é complementar, mas ordinária, os preceitos relativos à prescrição que nela se contêm, carecem de eficácia.

O argumento, contudo, não resiste ao confronto com a letra do Art. 174, onde se diz:

“A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

Como se percebe, em nosso Direito positivo, a prescrição é (utilizando-se a classificação adotada pelo Acórdão) um instituto de direito formal.

Se assim ocorre, o preceito contido no Art. 40 da Lei ordinária de execuções fiscais, está bem abrigado.

Aliás, a Primeira Turma já tratou de matéria afim. Isto ocorreu no julgamento do REsp 24.165-4-SP, quando chegamos ao acórdão unânime, de que:

“Não há conflito entre o Art. 174 do CTN e o Art. 40 da Lei de Execuções Fiscais: enquanto este trata de suspensão; aquele dispõe sobre as causas que interrompem a prescrição.”

Dou provimento ao recurso, para restaurar a R. Sentença de primeiro grau.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 43.845-4 — RS — (94.0003682-5) — Relator: O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Recte.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Anna Lurdes Pedo e outros. Recdo.: José Martinho Mendes. Advogados: Lira Goretto Viecelli e outro. Interes.: D'Ávila Mendes e Companhia Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 11.04.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 44.223-0 — DF

(Registro nº 94.0004858-0)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Relator p/ Acórdão: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Madeira União Salobro Ltda. — MUSA*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Drs. Domingos Novelli Vaz e outros, e Regina Lúcia Lima Bezerra e outros*

**EMENTA:** *Repetição de indébito tributário — Juros moratórios — Termo.*

**Em repetição de indébito os juros incidem a partir da decisão definitiva que a determinar. O parágrafo único do artigo 167 do CTN está bem claro:**

**“A restituição vence juros não capitalizáveis a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar”.**

**Recurso improvido.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, negar provimento ao recurso.

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

Brasília, 15 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A recorrente promoveu uma ação ordinária pleiteando ressarcimento dos valores referentes ao incentivo fiscal à exportação criado pelo Decreto-lei nº 491/69, com os acréscimos de correção monetária ou cambial e juros de mora, que deixou de receber no período de 1º.4.81 a 30.4.85, em razão de o mesmo ter sido suprimido pelas Portarias 78/81, 89/81 e 292/81 do Ministro da Fazenda, decorrentes do Decreto-lei nº 1.724/79.

O eg. Tribunal a quo teve por parcialmente procedente a ação em

razão do que a recorrida foi condenada a pagar o montante do incentivo, respeitada a prescrição quinquenal, cuja data interruptiva deu-se em 19.12.86, quando houve o ajuizamento da Ação Cautelar de Protesto, sendo, pois, o crédito prêmio calculado a partir de 19.12.81, tendo por inspiração a norma contida no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil, Decreto nº 20.910/32, e na jurisprudência pátria, visto que “já se tornou pacífico o entendimento de que é quinquenal o prazo de prescrição de quaisquer ações contra as Fazendas Públicas, inclusive a de repetição de indébito” (fls. 298), bem como que “a interrupção aconteça desde a protocolização da ação” (fls. 298).

Além disso, fixou o r. aresto guereado que “o fato gerador do direito ao crédito-prêmio de IPI pelo contribuinte reside na efetiva exportação da mercadoria e é esse o marco inicial da prescrição” (fls. 298).

Destarte, alega a recorrente que o v. acórdão teria negado vigência aos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional.

A par disso, o v. acórdão decretou que os juros de mora de 1% ao mês fossem computados “a partir do trânsito em julgado da sentença, sobre o valor condenado monetariamente corrigido” (fls. 299), em razão do disposto no parágrafo único do art. 167 do CTN, pelo que teriam sido violados os arts. 58, 59 e 960 do Código Civil, o art. 1º da Lei nº 4.414/64, e os arts. 219 e 293 do Código de Processo Civil.

Quanto aos pressupostos da alínea c, alega a recorrente que o v. acórdão objurgado teria divergido de decisões que indica.

A uma, porque considerou atingidos pela prescrição os créditos anteriores a 19.12.81, isto porque considerou que a prescrição foi interrompida em 19.12.86 (data do ajuizamento da ação cautelar de protesto) e porque teve em conta que a data de referência seria a data da efetiva exportação da mercadoria.

Com isso teria discrepado do RE 90.232 (Rel. em. Min. Djacy Falcão) e ao RE nº 82.851-SP (Rel. em. Min. Eloy da Rocha), que teriam aplicado o princípio da isonomia, dispensando ao contribuinte o mesmo tratamento dado ao fisco. São as seguintes as decisões, cujas ementas reproduzo:

“Repetição de indébito tributário. Incidência de juros de mora de 12% ao mês nos termos do parágrafo 1º do art. 161 do C.T.N., em respeito ao princípio da isonomia. Precedentes do S.T.F. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 90.232).

“A taxa de juros de mora, de um por cento ao mês, do parágrafo 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, deve aplicar-se não só ao pagamento do crédito tributário, e não, ainda, à restituição do pagamento indevido. Não há razão para diversidade da taxa. Valem, a propósito, os

mesmos princípios que motivaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante à correção monetária, em matéria de repetição de indébito tributário” (RE 82.851-SP).

A duas, porque entendeu que os juros moratórios são devidos a partir da data do trânsito em julgado, no percentual de 1% ao mês, dissentindo do que restou anotado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos na AC 109.895-DF, (in RTFR 164/137), rel. em. Min. Geraldo Sobral, que, em questão assemelhada, determinou que os juros moratórios fossem contados a partir da citação.

A três, porque em ação assemelhada, o extinto Tribunal Federal de Recursos (na AC nº 114.474-DF, in RTFR 160/113, rel. em. Min. Antônio de Pádua Ribeiro), bem como o eg. TRF da 3ª Região (AC nº 32.198-SP), arbitraram os honorários na base de 10% sobre o valor da condenação, e o v. aresto hostilizado fixou em apenas 5%, também sobre o valor da condenação.

Respondido tempestivamente, o recurso extraordinário foi inadmitido, tendo sido agitado agravo de instrumento, e o especial teve o seguimento franqueado.

Recebi os autos em 8 do mês de março de 1994 e pedi dia para julgamento no dia 21 do mesmo mês, dispensada a manifestação da doutra Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

## VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Pela alínea **c**, só tenho por configurada a divergência com relação à AC nº 109.895-DF (atinentes à incidência dos juros a partir da citação), do extinto TFR, de logo afastando os demais respeitáveis arestos, visto que, quanto eles, a divergência acha-se mal configurada.

Com relação aos RE 90.232 (Rel. em. Min. Djacy Falcão) e ao RE nº 82.851-SP (Rel. em. Min. Eloy da Rocha), porque não enfrentaram da mesma matéria cuidada neste feito, que trata de ressarcimento dos valores referentes ao incentivo fiscal à exportação criado pelo Decreto-lei nº 491/69.

Com efeito, a recorrente não atendeu ao comando do § 1º do artigo 255 do RISTJ, apresentando-se, assim, falha a comprovação da desinteligência dos julgados, pois é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses, o que não restou demonstrado no caso hipótese em tablado.

No atinente à AC nº 114.474-DF, que fixou a verba de patrocínio em 10% sobre o valor da causa, igualmente não serve como paradigma.

É que o § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, pontifica que “nas causas... em que... for vencida a Fazenda Pública, os honorários

serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras **a** e **c** do parágrafo anterior”.

Com efeito, essa apreciação é feita pelo livre arbítrio do magistrado, apreciando os fatos da causa, desde que obedecidas as normas das letras **a** e **c** do § 3º, do art. 20 do CPC.

Sendo assim, atendidas aquelas circunstâncias, as instâncias ordinárias fixam soberanamente os honorários em qualquer valor, inclusive sobre um percentual sobre o valor da causa.

Nesse sentido, o REsp nº 26.319-4-SP, de minha relatoria, unanimemente prestigiado por esta colenda 1ª Turma (DJ 18.10.93), segundo o qual é impossível reapreciar, via recurso especial, sob pena de revolver matéria fática, o **quantum** fixado nas instâncias ordinárias, como verba honorária, desde que, para a sua estipulação, tenham sido obedecidos os limites objetivos impostos pela legislação regente, e o REsp nº 3.936-0-PR, de que foi relator o eminente Min. Bueno de Souza (DJ 14.3.94), pontificando que a “fixação de honorários de advogado envolve matéria fática, insuscetível de ser reexaminada na via estreita do recurso especial (Súmula 389, STF)”.

Assim, conheço do recurso pela divergência com a AC nº 134.031-DF, do extinto TFR, bem como pela letra **a**, de logo consignando ser possível, para comprovação do dissenso preto-

riano, convocar-se julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos para confronto com **decisum** de Tribunal Regional Federal, conforme decidiu a eg. 1ª Seção desta Corte no REEsp nº 939-0-PE, de que fui relator (decisão de 12.4.94).

No atinente ao lapso prescricional sem dúvida que há de ser aplicado o disposto no art. 174, II, segundo o qual “a prescrição se interrompe... pelo protesto judicial”.

Havendo norma tributária específica para o caso, como no que se cuida, não há como deixar de aplicá-la.

Examino, agora, a questão referente aos juros moratórios, que o r. **decisum** guerreado mandou contar somente a partir do trânsito em julgado, enquanto a recorrente postula que o **dies a quo** retroaja a partir de cada exportação.

Observo, de logo, que a jurisprudência assente é no sentido de que, nas questões de repetição de indébito, hipótese a que se ajusta o caso em exame, o termo inicial dos juros moratórios é do trânsito em julgado da sentença.

Nesse sentido, os seguintes julgados: REsp nº 28-0-SP (rel. em. Min. Garcia Vieira, **in** DJ 12.11.90); REsp nº 421-RJ (rel. em. Min. Américo Luz, **in** DJ 20.8.90); REsp nº 789-SP (rel. em. Min. José de Jesus, **in** 8.4.91); REsp nº 9.370-SP (rel. em. Min. Humberto Gomes de Barros, **in** DJ 18.11.91); REsp nº 9.926-SP (rel. em. Min. Ilmar Galvão, **in** DJ 17.6.91); e REsp nº 12.501-PR (rel. em. Min. José de Jesus, **in** DJ 9.11.92).

Eu mesmo já abracei essa tese, tendo votado nesse sentido. Talvez — confesso — por ter me curvado à força da inércia imposta pelas posições que encontrei consolidadas e por não ter tido a ousadia de conjecturar sobre colocações já formuladas pelos doutos.

Todavia, ao fazer novas reflexões sobre o tema, sobretudo depois de despertado pelas bem lançadas lições formuladas pelo Professor **Hugo Machado**, em artigo publicado no Diário de Pernambuco de 28 de julho de 1993 (cujos subsídios a seguir transcrevo) convenci-me sobre não ser correto o meu posicionamento em ter como **dies a quo** dos juros moratórios, na repetição do indébito, o trânsito em julgado da sentença.

A base de sustentação dos que abraçam a tese hoje preponderante está no disposto no parágrafo único do art. 167 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “a restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar”.

Destarte, tem-se entendido que essa “decisão definitiva” é a sentença judicial com trânsito em julgado.

Contudo, essa compreensão revela enorme equívoco, visto que à “decisão definitiva” que o indicado dispositivo se reporta é a decisão administrativa.

É que essa “norma está colocada imediatamente antes daquela segundo a qual o prazo para pleitear a restituição extingue-se em cinco

anos (art. 168), e que, indubitavelmente refere-se ao pedido de restituição na via administrativa. O elemento sistemático, portanto, está a indicar que a decisão, mencionada no parágrafo único do art. 167, é a administrativa”.

Ora, “não se justificaria mesmo que a Fazenda Pública não tivesse de pagar juros de mora na restituição de tributo indevido, quando ela própria já decidira, definitivamente, reconhecendo direito à restituição”.

Com efeito, não havendo pedido na via administrativa, a Fazenda Pública será considerada em mora a partir da citação por força da norma contida no art. 219, IV, do Código de Processo Civil, momento a partir do qual devem ser calculados os juros correspondentes.

Ademais, não fosse assim, estaria a estimular a Fazenda Pública a procrastinar o andamento dos feitos visto que em nada seria ela penalizada pela demora no pagamento, sabedora que os juros só seriam incidentes depois do trânsito em julgado da sentença, importando, assim, em injustificável prejuízo ao credor/contribuinte na exata medida do descabido benefício para o devedor/fazendário.

Além disso tudo, sem que se queira aplicar o princípio constitucional da isonomia — pois incabível no âmbito do recurso especial — mas sem se deixar tocar pelo seu sopro benfazejo, na interpretação das normas há de se ter sempre em conta a compatibilização da norma inferior com a

norma superior, pois não se pode e nem se deve presumir que tenha o elaborador daquela pretendido afastar-se desta, ou mesmo minimizar os seus efeitos. Dessa sorte, “se é possível encontrar em uma lei significado que a compatibilize com a Constituição, tal significado deve prevalecer sobre outro que a coloque em conflito com a Lei Maior”.

Ora, se se onera o contribuinte com juros de mora desde quando deva ser pago o tributo, deve-se, tanto quanto possível, quando invertida a equação, fazê-lo receber juros de mora do modo que disso mais se aproxime.

Com efeito, nesse ponto, assiste razão à recorrente, sendo de ser decretada a incidência dos juros moratórios a partir da citação.

Por tais razões, conheço parcialmente do recurso, e para provê-lo na parte do que conheço, apenas para fazer os juros moratórios incidirem a partir da data da citação.

#### VOTO — PRELIMINAR VENCIDO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Ministro Cesar Asfor Rocha, **data venia**, não conheço do recurso com base nesta preliminar de V. Exa.

É como voto.

#### ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas, aqui, se tem de

cido contrariamente. Não é pelo fato de essa jurisprudência não servir de subsídio, mas por se tratar de um Tribunal que foi extinto há mais de cinco anos e, ainda, se considerar essa jurisprudência válida, para efeito de justificar o conflito.

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Mas V. Exa. admite a utilização do acervo jurisprudencial...

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Lembre-se V. Exa. que grande parte dos Ministros que pertenciam ao Tribunal Federal de Recursos se encontram nesta Corte, equivaleria a um conflito de julgados dos próprios Ministros do Superior Tribunal de Justiça, se entendermos isso como conflito.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Senhor Presidente, esse argumento que V. Exa. usou vai a favor do que está defendendo o Ministro Cesar.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas o que o Ministro Cesar está defendendo, Sr. Presidente, é a possibilidade de divergência entre decisões do antigo T.F.R. com os Regionais, e V. Exa. está usando um argumento que reforça o que ele está defendendo, porque ele está dizendo que o Tribunal Federal de Recursos não se confunde com os Regionais, como não se confunde com o STJ e, por isso, admite a divergência das decisões dos Tribunais Regionais Federais com a jurisprudência do TFR. Agora V. Exa. está usando outro argumento, dizendo

que o Tribunal foi extinto há cinco anos e que não se pode mais...

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Esse argumento de não servir, porque o Tribunal foi extinto, **data venia**, não pode prevalecer porque é indiscutível que a jurisprudência do TFR serve para configurar a divergência com Tribunais Estaduais, com o STJ e com o STF.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Até quando essa jurisprudência vai fundamentar conflito?

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: V. Exa. aceita a divergência do Tribunal Federal de Recursos com julgado de Tribunal Estadual?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas aí é lógico, é evidente que a Constituição estabelece, mas um Tribunal que não existe há mais de cinco anos; e daqui a 10 anos, 15, 20 ou 50 anos, vamos ficar acolhendo essa jurisprudência...

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: V. Exa. tem muitos anos, ainda aqui neste Tribunal. V. Exa. vai, com o passar do tempo, deixar de se valer da jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos para confronto com julgados dos Tribunais Estaduais, do STJ e do STF?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Como subsídio, nunca para confronto, não para justificar o conflito.

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: V. Exa. conhece hoje de

um recurso, se a demonstração da divergência é feita com julgado do Tribunal Federal de Recursos, com julgado de um Tribunal Estadual?

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Aceito tranquilamente, mas, do Tribunal Federal de Recursos não.

É como voto.

#### VOTO — PRELIMINAR VENCIDO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, ouvi com muita atenção o brilhante voto do Eminentíssimo Relator, mas me sobra uma dificuldade. Há duas possibilidades: ou o Tribunal Federal de Recursos continua existindo através dos Tribunais Regionais Federais, porque a competência foi transferida, ou não existe mais. Se ele continua existindo através desses Tribunais, confunde-se com aqueles; se ele não se confunde, é porque não mais existe. Ora, o art. 105, inciso III, alínea c da Constituição Federal nos dá competência para conhecer de recursos especiais quando a decisão recorrida der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal. Outro Tribunal há que ser Tribunal existente.

Qual é o escopo do recurso especial? É unificar jurisprudência entre Tribunais para que um Tribunal tal não decida diferentemente de um Tribunal qual. Ora, só faz sen-

tido essa unificação na medida em que os Tribunais existam, estejam em plena função judicante; é preciso que haja um Tribunal com jurisdição, pois são decisões jurisdicionais. Não faz sentido dizer que a jurisprudência do TFR é aproveitável porque o Tribunal continua existindo e, ao mesmo tempo, dizer que ela é aproveitada para confronto em relação àqueles Tribunais que perpetuam a existência da Velha Corte. Por outro lado, a nossa jurisprudência já está assentada nesse sentido de não conhecimento.

Juntarei cópia do voto que emiti sobre o tema.

Por esses fundamentos, peço vênias ao Ministro Cesar Asfor Rocha para acompanhar o Ministro Demócrito Reinaldo.

#### ANEXO

#### “RECURSO ESPECIAL Nº 6.897-0 — RJ

#### VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O recorrente adota como paradigmas, a fim de evidenciar dissídio pretoriano, vários acórdãos provenientes do saudoso Tribunal Federal de Recursos.

Esta Turma, em vários julgamentos anteriores tem decidido que

*“Processual — Recurso especial  
— Divergência — Acórdão de*

*um mesmo tribunal — Dissídio entre aresto de Tribunal Regional Federal e do extinto Tribunal Federal de Recursos.*

1. Divergência entre acórdãos de um mesmo tribunal não autoriza recurso especial.

2. Acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos não serve de confronto com aresto de Tribunal Regional Federal, para efeito de recurso especial.” (REsp nº 20.435-9-PE, de que fui Relator).

No voto que em torno do qual se formou aquele acórdão, tive oportunidade de dizer:

‘Esta Primeira Turma já decidiu, em várias oportunidades, que acórdão do Tribunal Federal de Recursos não se presta a confronto, para efeitos de recurso especial, com acórdão de Tribunal Regional Federal. É que os Tribunais Regionais Federais não são simples sucessores do Tribunal Federal de Recursos, o qual, substancialmente, não desapareceu; simplesmente foi subdividido em vários tribunais. Decisão do Tribunal Federal de Recursos é decisão também dos Tribunais Regionais Federais e, por isso, esta Turma tem entendido que não se prestam tais decisões a confronto com as decisões do Tribunal Regional Federal. Ao conhecimento do presente recurso existe o óbice da Súmula 13 do Tribunal, afirmando que a divergência entre julgados

do mesmo Tribunal não enseja recurso especial. O recurso não merece, pois, conhecimento.’”

Em verdade, os acórdãos do velho TFR, embora se prestem a confronto com decisões dos Tribunais estaduais, não servem para justificar o conhecimento de REsp pela alínea c, quando o aresto recorrido provém de Tribunal Regional Federal.

Não conheço do recurso.’”

#### VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, em oportunidades anteriores, recordo-me que fiquei concorde com o posicionamento de V. Exa. e do Ministro Humberto Gomes de Barros. Entretanto, de duas ou três sessões a esta data, quando a mesma questão voltou ao debate, vi-me forçado a fazer novas reflexões para uma postura definitiva a propósito do tema. A colocação, concretizou-se nos esclarecedores debates de hoje e passarei, a partir desta data, convencidamente, a filiar-me às idéias trazidas e defendidas pelo Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha e abonadas pelo apoio do Ministro Garcia Vieira. Assim, penso que a função primordial que vem da dicção da letra c, do art. 105, XIII, da Constituição Federal, é unificar a jurisprudência sem nenhum talhe no tempo. Parece-me que não se pode despertar uma cláusula de temporaneidade na interpretação do que dispõe a letra c,

isto é, ela não é restritiva, porque trata-se de unificação da jurisprudência que, no correr do tempo, sem fixar o exato período, intranqüiliza o jurisdicionado pelas vacilações interpretativas das construções pretorianas pertinentes. Assim, é uma realidade da qual não podemos também fugir; ela pode ser óbvia, mas deve ser lembrada. Os recursos que estamos tratando e que pedem socorro à jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos comentam leis daquela época, que ainda têm repercussão de aplicação no nosso tempo.

Por outro lado, parece-me que se essa interpretação, no correr de todos os quarenta anos do antigo Tribunal Federal de Recursos, foi trabalhada e amadurecida, a divergência atual deve ser considerada por este Tribunal, sem olvidar o que foi estabelecido pelo antigo Tribunal Federal de Recursos. Ainda faço uma outra distinção: tenho que os Regionais não substituíram o antigo Tribunal Federal de Recursos. Embora possa parecer uma nuance muito simplista, tem recuperação quanto ao sucesso dos julgados entre aquele e esta Corte.

Por outro lado, o que também me chamou muito a atenção já ao final — e que foi um empurrão decisivo — foi a observação feita pelo Ministro Cesar Asfor Rocha quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria infraconstitucional no sentido de que, simplesmente porque a competência passou para este Tribunal, não podemos ig-

norar dita jurisprudência. Se levarmos ao fio restritivo a interpretação da não utilização da jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos, o mesmo devemos fazer com relação ao Supremo Tribunal Federal, que julgou matéria infraconstitucional.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): Se V. Exa. me permite, há duas objeções que poderíamos fazer a este aspecto que V. Exa. tanto valoriza. Primeiro, o Supremo Tribunal Federal não foi extinto e, segundo, o Supremo Tribunal Federal continua como intérprete da lei federal. Nos recursos ordinários, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal continua interpretando a legislação federal. Mesmo em outros tipos de recurso, em certos aspectos, como quando há choque de leis no tempo, etc., o Supremo Tribunal Federal ainda continua como intérprete da lei.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: A valorização que dei é na parte em que o Supremo Tribunal Federal perdeu a competência, nós estamos renovando a interpretação, sem desprezo àquela que, no correr dos anos, estabeleceu a Excelsa Corte.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Aparte): É exatamente isto. O Supremo Tribunal Federal poderá vir a corrigir o que fizemos aqui contrariamente à jurisprudência dele, em outras oportunidades.

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Disse que se o jurisdicionado, diante do exame das interpretações feitas pelo Tribunal Federal

de Recursos, e agora, atualizadamente, pelos Regionais, fica na dúvida de qual seja a melhor, na linha da letra c — que, me parece, não estabelece limitação de temporaneidade — compete a esta Corte aceitar, valorizar e considerar os julgados do Tribunal Federal de Recursos para o confronto, colocando no leito que pareça, agora, o mais atualizado possível, com interpretação que desfaça as angústias e as dúvidas dos jurisdicionados.

Aliás, ocorreu-me agora: temos, por via diversa, a oportunidade de fazer estas verificações nas ações rescisórias onde o autor traz à colação a decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos, que agora transferiu-se para a nossa competência e nem por isso desprezamos o que foi considerado no Tribunal Federal de Recursos, porque é questão de interpretação. Refiro-me à letra c, não à letra a.

Então, neste aspecto, com todas as vênias a V. Exa. e ao Ministro Humberto Gomes de Barros, peço permissão para me divorciar da posição que sustentava, para filiar-me — e penso que de vez, embora não se deva ter nenhuma posição inflexível em matéria de interpretação, à nova ótica de verificação do confronto, acompanho o Ministro Cesar Asfor Rocha.

#### ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Ministro, antes

de passar a palavra ao Ministro Garcia Vieira, vou pedir explicações a V. Exa. V. Exa. fala em quatro marcos temporais sobre a questão da incidência dos juros moratórios: pedido na esfera administrativa; decisão definitiva, na esfera administrativa e, agora, em citação da Fazenda, na ação de restituição de indébito; além do trânsito em julgado da sentença. Então, fico numa grande dúvida. Por isso, peço explicação a V. Exa. Primeiro, se a Fazenda, qualquer que seja ela, reconhecer, em caráter definitivo, e administrativamente, que cobrou indevidamente um determinado tributo, sem dúvida não haverá mais necessidade de uma sentença transitada em julgado, pois a parte sequer ingressará em juízo. Não podemos estabelecer que o marco temporal seja a decisão administrativa, em caráter definitivo. Se houve ingresso em juízo de uma ação é porque a Fazenda negou a restituição. Neste caso, o reconhecimento do direito fica condicionado à sentença transitada em julgado. Não se pode retroagir para o momento da citação. Temos Súmula neste sentido.

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Se for a partir do trânsito em julgado, estamos estimulando a Fazenda, que é devedora, a procrastinar.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Mas isto V. Exa. entende só no caso de restituição de indébito?

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: No caso da repetição

do indébito ou no caso de crédito pelo IPI, que é a mesma natureza.

É como voto.

### VOTO (MÉRITO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: Lamento divergir do Eminentíssimo Ministro Cesar Asfor Rocha, mas continuo firme naquele entendimento que sempre defendi, que em repetição de indébito os juros incidem a partir da decisão definitiva que a determinar. Porém, uma decisão administrativa pode ser revista pelo Judiciário se não houver a prescrição ou a decadência. Então, não se pode considerar como definitiva. Temos entendido aqui, uma série grande de precedentes, que essa decisão definitiva é do trânsito em julgado da sentença. Os nossos precedentes falam claramente sobre isto. Acho, Ministro Cesar, que já temos projeto de súmula. Mas, pelo artigo 167 do Código Tributário Nacional, parágrafo único, está bem claro o seguinte:

“A restituição vence juros não capitalizáveis a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar”.

Então, Sr. Presidente, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

### VOTO — MÉRITO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhores Ministros,

voto no mesmo sentido do Ministro Garcia Vieira, respeitando os precedentes da Corte e entendendo que os juros de mora só começam a fluir a partir do trânsito em julgado na sentença.

É como voto.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.223-0 — DF — (94.0004858-0) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Madeireira União Salobro Ltda. — MUSA. Advogados: Domingos Novelli Vaz e outros. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: Regina Lucia Lima Bezerra e outros.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e dando-lhe parcial provimento e do voto do Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, conhecendo do recurso e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (em 11.04.94 — 1ª Turma).

Aguarda o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

### VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Pedi vista sobre este recurso, em razão de duas teses nele sustentadas.

A primeira, refere-se à possibilidade em se utilizar acórdão proveniente do saudoso TFR, para confronto, em recurso especial, com decisão de TRF.

A outra, relaciona-se com o termo inicial de incidência dos juros moratórios, em restituição de indébito fiscal.

Tenho ponto de vista contrário ao confronto entre aresto do TFR e de TRF.

No entanto, devo reconhecer que minha tese não obteve prestígio no Tribunal.

Assim, vencido, adiro à conclusão do voto ora comentado.

No que se refere ao termo inicial dos juros, minha convicção coincide com aquela manifestada pelo Relator.

Ocorre que a Turma já direcionou sua jurisprudência, no sentido contrário à tese do voto.

Nesta circunstância, por disciplina, discordo do voto, para acompanhar a jurisprudência.

Nego provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.223-0 — DF — (94.0004858-0) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Madeireira União Salobro Ltda. — MUSA. Advogados: Domingos Novelli Vaz e outros. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: Regina Lucia Lima Bezerra e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, negou provimento ao recurso (em 15.08.94 — 1ª Turma).

Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 44.265-6 — RS

(Registro nº 94.0004900-5)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorridos: *Joice Gonçalves e outros*

Advogados: *Silma Renilda Duarte de Souza e outros, e Magali Tavares Alte*

**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.

In casu, promovida a ação restituitória em 29 de janeiro de 1992, restaram alcançadas pelo decurso do prazo “decadencial” todas as parcelas pagas anteriormente a 29 de janeiro de 1987.

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 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 provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

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

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de ação ordinária promovida por Joice Gonçalves e outros visando à restituição do empréstimo compulsório incidente sobre combustíveis (gasolina e álcool), instituído pelo Decre-

to-Lei nº 2.288/86 (artigo 10, Parágrafo único).

Indeferida em primeiro grau de jurisdição, ao dar provimento ao apelo dos autores, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferiu julgamento assim ementado:

*“Empréstimo compulsório. Combustível. Devolução pela média nacional. Decreto-Lei nº 2.288/86. A devolução do empréstimo compulsório pela média do consumo nacional supõe a dispensa das notas comprobatórias do consumo individual. Apelação provida”.*

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, do 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, transcrevemos, 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 obargada”, como os precedentes dos Tribunais Regionais Federais e desta 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, reafirmado subsequentemente 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 compulsório sobre a aquisição de automóveis de passeio e utilitários”.

A decisão acima transcrita foi ratificada no julgamento do RE nº 136.883-RJ, em 13/9/91, 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 Ple-

nário, 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 inconstitucional. Esse foi o pressuposto basilar para a procedência da ação. Afastada essa questão (da inconstitucionalidade), inexamável no âm-

bito 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 ao artigo 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 controversa 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 função impositiva, ou espontaneamente pagas pelo administrado, na convicção de solver um débito fiscal, tem 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 descaracteriza como “tributo” e para isso é que existem os sucessivos controles da legalidade que 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. 2), 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 sua 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 compete 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 **Antonio 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 Mu-

nicípios, 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 ma-

terial 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 esse 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 S.T.F. 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 44.265-6 — RS — (94.0004900-5) — Relator: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Silma Re-

nilda Duarte de Souza e outros.  
Recdos.: Joice Gonçalves e outros.  
Advogada: Magali Tavares Alte.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 08.06.94 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 44.459-4 — GO  
(Registro nº 94.0005266-9)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Mário Fernando Camozzi e cônjuge*

Recorridos: *Benedito de Oliveira Coutinho e cônjuge*

Advogados: *Drs. Mário Fernando Camozzi e Lacordaire Guimarães de Oliveira*

**EMENTA: Execução — Penhora — Imóvel.**

Recaindo a penhora sobre bem imóvel, impõe-se a intimação da mulher do executado. Não se supre a falta com a reserva de sua meação, pois aquela providência é necessária, não importa qual o regime de bens. Faz-se visando a que a mulher possa embargar a execução. Para a defesa da meação, se for o caso, a via adequada serão os embargos de terceiro.

Desnecessário provar-se prejuízo, que este decorre do fato mesmo de a execução haver prosseguido, com a alienação do imóvel, sem se ensejar à mulher apresentar embargos.

**Ministério Público.**

Inexistência de interesse público, capaz de justificar sua intervenção, apenas por se tratar de ação de nulidade de execução. Hipótese distinta da rescisória, em que aquele interesse se funda na existência de coisa julgada.

Igualmente não se impõe intervenha em virtude de o reconhecimento da nulidade conduzir ao cancelamento do registro imobiliário. O Ministério Público oficiará quando se questione a respeito da regularidade daquele, não de ato antecedente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Os ora recorridos, Benedito de Oliveira Coutinho e sua mulher, ajuizaram ação, tendente a obter declaração de nulidade de citação, na execução movida pelo Banco Comércio e Indústria de São Paulo S/A, com a conseqüente desconstituição da arrematação de imóvel.

Alegaram que o Banco, com base em nota promissória, promoveu execução contra ele autor e Francisco Osterno Gomes Soares, sendo arresatado imóvel de sua propriedade.

A ação de nulidade de citação foi proposta contra o exeqüente, o arrematante Mário Fernando Camozzi

e sua mulher. Julgada procedente, decretou-se a nulidade da ação de execução, inclusive a arrematação, determinando-se o retorno do imóvel aos executados e cancelando-se, ainda, o registro, facultado ao arrematante levantar o dinheiro depositado em pagamento do preço.

O acórdão proferido em apelação manteve a sentença, em decisão que assim se viu resumir:

“Ação anulatória de execução. Penhora de imóvel. Falta de intimação do cônjuge do executado. I. “A existência de litisconsórcio necessário na hipótese do art. 669, § 1º, do CPC, torna imprescindível a “intimação” regular do cônjuge, sob pena de nulidade **pleno jure**, que independe de arguição de interessados, o que dá legitimidade ao cônjuge-executado para alegá-la” (STJ, 4ª T., REsp 1.512-GO).

Por outro lado, “Recaindo a penhora sobre bem de raiz, a intimação do cônjuge, ressalvada a hipótese de comparecimento espontâneo, é imprescindível, sob pena de anular-se a execução a partir da penhora, exclusive” (STJ-RSTJ 5/498).

Apelos improvidos”.

Manifestados, sucessivamente, dois embargos de declaração, por partes diversas, o primeiro foi rejeitado e o segundo não conhecido, por intempestividade.

Mário Fernandes Camozzi e sua mulher interuseram recurso espe-

cial, pelas alíneas a e c do permissivo constitucional. Sustentam que houve negativa de vigência do art. 538 do Código de Processo Civil, pois foram considerados intempestivos os embargos de declaração, opostos pela recorrente-irado, quando a oposição dos primeiros suspendeu o prazo para todas as partes. Apontam vulneração dos arts. 694 e 703 da lei processual, pois o pedido é juridicamente impossível, visto que a venda do imóvel, perfeita e acabada, é irretratável. Aduzem que não tomaram parte no processo de execução, tendo-se limitado a comparecer a juízo, atendendo a chamamento por edital, para aquisição do bem, em hasta pública e, assim, não podem responder por vícios em atos a que são estranhos (CPC, art. 694 e C. Civil, art. 530, I). Afirmam, também, que não há expressa cominação de nulidade, para falta de intimação da mulher do executado, em ações contra o varão, presumindo-se que se trata de mera irregularidade, que desaparece ante a inexistência de prejuízo (CPC, art. 244). Acrescentam que, tratando-se de uma ação anulatória de escritura pública de compra e venda, com o conseqüente cancelamento do registro imobiliário, é obrigatória a intervenção do Ministério Público (CPC, art. 182, III). Pretende-se, finalmente, que violados os arts. 458 e 165 do Código de Processo Civil, pois o aresto não teria examinado todas as questões postas nos autos e, ainda, os arts. 125, I e 452 do mesmo Código, por

ter-se tomado o depoimento da recorrida, após ouvidas as testemunhas, com inversão da ordem processual.

Indicaram, também, dissídio de jurisprudência.

Indeferido o processamento do recurso, provi o agravo e determinei a sua conversão em especial.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Após relato do ocorrido no processo, o primeiro ponto versado no recurso diz com os embargos declaratórios, apresentados pela recorrente mulher, não conhecidos por intempestividade.

Alega-se que havia sido formulado pedido de declaração pelo co-réu, acarretando a suspensão do prazo em relação a todas as partes. Os embargos, é certo, suspendem aqueles prazos. Não, entretanto, para outros embargos, relativos à mesma decisão. Novos declaratórios poderão ser interpostos, dizendo com o decidido nos primeiros. Não é, entretanto, o caso dos autos, em que se pretendeu aclarar a mesma decisão a que aqueles se referiam. Inexistiu, pois, contrariedade do que se contém no artigo 538 do C.P.C.

Menciona-se, também, obstáculo judicial, questão não versada no acórdão. Se existiu, já se fazia presente quando dos embargos e deveria ter sido neles versada, ensejan-

do pronunciamento do Tribunal. Sem isso, ficou desatendida a exigência do prequestionamento.

Prossegue o especial, salientando que os recorrentes não participaram do processo de execução, limitando-se a comparecer a juízo em atendimento a edital em que se convocavam os interessados na aquisição do bem. E este foi-lhes vendido pelo Estado, não podendo os adquirentes responder por vícios em atos a que são estranhos. Invocam os artigos 694 do Código de Processo Civil e 530, I, do Código Civil.

Embora compreensível o inconformismo e, mesmo, uma certa indignação dos recorrentes, o argumento não pode prosperar. Note-se que, na alienação judicial, não existem duas transmissões do bem, uma para o Estado e outra deste para o arrematante. O Estado substitui-se ao executado e procede à alienação forçada. Se o processo de que resultou esse ato é nulo, a solução haverá de ser seu desfazimento. O invocado dispositivo do Código Civil de nenhum modo foi desconsiderado. Não se contesta que a aquisição da propriedade se faça pela transcrição (hoje registro) do título. A questão é que, havendo nulidade, impõe-se seja desconstituído. Quanto ao artigo 694 do Código de Processo Civil, o argumento se desfaz com a leitura de seu parágrafo único, I.

O núcleo da questão está em saber se a falta de intimação da mulher, recaindo a penhora em bem

imóvel, conduz à nulidade. E não há dúvida de que sim, firme o entendimento jurisprudencial. Essa intimação corresponde à citação, passando a mulher a integrar a relação processual, com a possibilidade de oferecer embargos à execução, nos mesmos termos em que o pode fazer o marido. Não se trata aqui de defesa da meação, para o que são adequados os embargos de terceiro. Em nosso sistema a mulher pode embargar a execução, penhorado imóvel, ainda que casada no regime de separação total de bens, assim como sua outorga será sempre necessária para a alienação ou constituição de ônus real sobre imóvel (Código Civil, artigo 235, I).

Conclui-se, do exposto, que de todo irrelevante tenha-se reservado a meação da mulher, posto que, como dito, foi-lhe obstado, pela falta de intimação, apresentar embargos à execução, defendendo o imóvel como um todo. E o prejuízo não precisaria ser demonstrado, pois decorre do fato mesmo de a execução haver prosseguido até final, sem ensejar-lhe o oferecimento de embargos. Desvaliosa a invocação, no recurso, do artigo 244 do Código de Processo Civil. A intimação da mulher não se fez e os embargos não foram oferecidos. A hipótese é diversa de o ato haver sido realizado de outra forma, alcançando sua finalidade.

Pretende-se, ainda, que seria de rigor a intervenção do Ministério Público, por se tratar de demanda que cuida da anulação de atos processuais, assim como de cancelamento de registro.

A primeira razão afigura-se-me inconsistente. A circunstância de cuidar-se de ação com aquele objetivo não basta para fazer presente o interesse público que justifique a intervenção do Ministério Público. Atos processuais são freqüentemente anulados sem que, só por isso, se requeira a presença daquele órgão. Não vale o argumento de que se tem essa como indispensável, tratando-se de rescisória. A razão para isso está no interesse em preservar a autoridade da coisa julgada, o que não ocorre na execução.

No que diz com o cancelamento do registro imobiliário, conseqüência do acolhimento da demanda, o melhor entendimento é o de que o Ministério Público intervirá quando se cuide de vício daquele. Não, quando decorra do desfazimento de ato que lhe antecede.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal. A Terceira Turma decidiu no REsp 11.736, relator Dias Trindade, que “não é obrigatória a intervenção do Ministério Público nas ações que visam anulação de negócio jurídico, porquanto o eventual cancelamento do registro é mera decorrência da desconstituição do contrato de compra e venda imobiliária” (DJ 28/06/93). Assim também a Quarta Turma, nos Recursos Especiais 2.903 (DJ 10/06/91) e 12.736 (DJ 17/12/92), ambos relatados pelo Ministro Athos Carneiro.

Igualmente não se violou o artigo 458 do C.P.C. O acórdão examinou as questões postas nos autos. A

eventual falta de menção a determinado tema justificava-se, por já se poder considerar incluído seu exame quando de outro se cuidava.

Menos ainda de acolher-se a alegação de que desconsiderado o disposto nos artigos 125, I e 452, II do C.P.C., por ter-se tomado o depoimento da recorrida após ouvidas testemunhas. Disso nenhum prejuízo resultou para a depoente. Ao contrário, poderia já ter ciência do afirmado por elas, o que só lhe traria vantagens.

Relativamente ao dissídio, não se configura com o julgado do Tribunal de São Paulo, pertinente à necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Não se negou o ali afirmado, ou seja, que a motivação é indispensável. No caso, entretanto, teve-se como suficiente.

Tenho como demonstrada a divergência com o decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citado repertório credenciado, o que não ocorreu com o julgado do Maranhão. Embora as hipóteses apresentem alguma diferença — no paradigma trata-se de cancelamento de registro em virtude de anulação de escritura —, coincidem no essencial.

Em virtude do exposto, conheço em parte do recurso mas, pelas razões já deduzidas, nego-lhe provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 44.459-4 — GO — (94.0005266-9) — Relator: O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Mário Fernando Camozzi e cônjuge.

Advogado: Mário Fernando Camozzi. Recdos.: Benedito de Oliveira Coutinho e cônjuge. Advogado: Larcordaire Guimarães de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe negou provimento (em 28.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Costa Leite.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 45.723-8 — CE  
(Registro nº 94.0008013-1)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *Instituto Nacional do Seguro Social — INSS*

Advogados: *Drs. Otávio Garibaldi Pinto e outros*

Recorrida: *Maria Zenilda Araújo da Silva*

Advogada: *Dra. Cleide Helena Marques Lousada*

**EMENTA: Previdenciário. Benefícios. Reajuste de 84,32%.**

- 1. Inexiste direito adquirido ao reajuste de 84,32% incidente sobre benefício previdenciário.**
- 2. Precedentes do egrégio STF e desta Corte.**
- 3. Recurso 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 unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo de li-

cença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

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

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Cuida-se de Recurso

Especial, com fundamento no art. 105, inciso III, letras a e c da Constituição Federal, interposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social — INSS, contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que manteve decisão de primeiro grau, que julgou procedente Ação Sumaríssima, determinando o pagamento do percentual de 84,32% incidente sobre os benefícios do recorrido, a partir do mês de abril de 1990.

Sustenta o recorrente que o aresto vergastado contrariou o art. 1º da Lei nº 8.030/90 e a segunda parte da Súmula 260 do ex-TFR e divergiu da jurisprudência de outros Tribunais.

Admitido o recurso (fls. 63/64), subiram os autos a esta Corte, vindo-me conclusos.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não serem devidos os 84,32%.

E assim vem decidindo esta egrégia Sexta Turma. Dentre os seus inúmeros julgados, destaco o REsp nº 39.998-0/CE, Relator Ministro Pedro Acioli, assim ementado:

“Recurso especial. Dissenso pretoriano e negativa de vigência a dispositivos de lei: reposição sa-

larial (84,32%). Servidores públicos. Direito adquirido. Inexistência. Cláusula assecuratória da irredutibilidade de vencimentos.

I — O Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgamentos, propala a inexistência de direito adquirido dos servidores públicos à reposição salarial dos 84,32%.

II — Recurso especial provido.”

Também o REsp nº 39.657-3/SP, relatado pelo Ministro Vicente Cernichiaro, com a seguinte ementa:

“REsp Administrativo — Lei nº 7.830/89 — Reajuste de 84,32% — Jurisprudência — O Direito é sistema, unidade. Logicamente, não apresenta lacuna nem contradição. A jurisprudência encerra enunciado de normas. Cumpre, por isso, o judiciário buscar harmonizá-las. A divergência é contradição fática. Deve ser contornada, por imperativo lógico. O Supremo Tribunal Federal reedita orientação contrária ao reajuste de 84,32%. O entendimento pessoal, por isso, deve ajustar-se àquelas decisões, hoje, evidenciando posição firme.”

Conheço e dou provimento ao recurso.

É o voto.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 45.723-8 — CE — (94.0008013-1) — Relator: O Sr. Ministro Anselmo Santiago. Recte.:

Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Otávio Garibaldi Pinto e outros. Recda.: Maria Zenilda Araújo da Silva. Advogada: Cleide Helena Marques Lousada.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr.

Ministro Relator (em 26.04.94 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli e Adhemar Maciel. Ausente, por motivo de licença médica, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

---

RECURSO ESPECIAL Nº 48.347-6 — MG

(Registro nº 94.0014404-0)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Onésimo Vasconcelos — Espólio*

Recorrida: *Brás Roupas Ltda.*

Advogados: *Drs. Laercio José de Oliveira e outro, e Paulo Menezes Lopes e outros*

**EMENTA: REsp — Processual Civil — Espólio — Personalidade judiciária** — A parte, no processo, deve evidenciar personalidade jurídica. Registram-se exceções, como o espólio (personalidade judiciária). O morto, é certo, não tem personalidade jurídica. O falecimento da parte enseja a presença do espólio na relação processual. Excessivo rigor, todavia, indeferir o recurso porque a sentença mencionou — espólio. A apelação, contudo, restringiu-se a mencionar o falecido. O espólio, ademais, decorre do direito material dos herdeiros do morto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recur-

so, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 27 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto pelo Espólio de Onésimo Vasconcelos, contra acórdão unânime da Sétima Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais.

Proposta ação renovatória de locação contra o ora recorrente, foi a mesma julgada procedente em primeira instância em favor de Brás Roupas Ltda., ora recorrida.

Ambas as partes apelaram, não tendo o v. aresto objurgado conhecido dos recursos interpostos.

Inconformado com a decisão de segundo grau que não conheceu da apelação pelo fato de a mesma ter sido interposta em nome do falecido, e não do Espólio, recorre este último alegando afronta ao § 1º do art. 515 do Código de Processo Civil. Sustenta que o erro cometido na interpretação do apelo não deveria ser considerado suficiente para a inviabilização da petição recursal, sob pena de se ferir por um **minus** o direito maior do recorrente, expresso no dispositivo processual anteriormente referido.

Contra-razões às fls. 181/182.

Despacho de admissão às fls. 184/185.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O sentido moderno de acesso ao Judiciário não se conforma com o exces-

so de formalismo. O sentido finalístico da norma deve prevalecer.

Não há dúvida, a morte afeta a personalidade jurídica. O morto, por isso, não pode ser parte, logo, recorrente.

No caso dos autos, contudo, houve, **data venia**, rigor excessivo do v. acórdão.

O processo é unidade jurídica. Está evidente, se a sentença mencionou Espólio de Onésimo Vasconcelos, a apelação, lógico, embora indique Onésimo Vasconcelos, visando a modificá-la, integra a referida unidade. Ademais, o espólio decorre do direito material dos herdeiros do morto.

Cumprе relevar a imperfeição técnica.

Conheço do recurso, devendo o E. Tribunal prosseguir o julgamento do recurso.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 48.347-6 — MG — (94.0014404-0) — Relator: O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiarо. Recte.: Onésimo Vasconcelos — Espólio. Advogados: Laercio José de Oliveira e outro. Recda.: Brás Roupas Ltda. Advogados: Paulo Menezes Lopes e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 27.06.94 — 6ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 50.675-1 — SP

(Registro nº 94.0019747-0)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Comercial Nahfi Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Luiz Matthes e outro, e Elizabeth Jane Alves de Lima e outros*

**EMENTA:** *Processo civil. Execução fiscal. Arts. 202 e 203 do CTN.*

As formalidades indicadas nos arts. 202 e 203 do CTN só se justificam enquanto se prestam a impedir que o contribuinte seja surpreendido com modificação da imputação fiscal no curso da demanda.

Se houve erro, que não foi causa de surpresa para o contribuinte nem decorreu de escolha de critério inadequado na valoração dos fatos, o cumprimento daquelas formalidades não se justificam, sendo bastante o simples acolhimento parcial dos embargos com redução do valor exigido.

**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 Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 05 de setembro de 1994 (data do julgamento).

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

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A recorrente embargou execução fiscal contra si proposta pela recorrida, julgados parcialmente procedentes, reduzindo-se a importância exigida e dividindo-se proporcionalmente a responsabilidade pela sucumbência.

O eg. Tribunal a quo confirmou o decisório monocrático, daí o recurso especial em exame lançado com fins nas alíneas a e c do permissivo constitucional por alegada ofensa aos arts. 201, 202, II, 203 e 204, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e ao § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/80, bem como por

divergência com o precedente cuja ementa transcreve, à consideração de que a r. decisão vergastada seria nula uma vez que estaria assentada em título ilíquido, não tendo a recorrida cuidado de promover a substituição da certidão da dívida ativa, a fim de dela constar o valor correto da dívida.

Respondido tempestivamente, o recurso foi admitido apenas pela alínea a, vindo-me os autos conclusos em 21 de junho do corrente ano de 1994.

Dispensei a manifestação da doutra Subprocuradoria-Geral da República e indiquei o feito para julgamento no dia 22 de agosto.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Cinge-se a controvérsia em saber se a inclusão de parcela indevida na certidão da dívida ativa embasadora de execução fiscal acarreta a nulidade total ou apenas parcial da inscrição.

Observo, de início, que não conheço do recurso pela alínea c uma vez que a recorrente não atendeu ao comando contido no § 1º do artigo 255 do RISTJ. Com efeito, apresenta-se falha a comprovação da desinteligência dos julgados.

A recorrente não comprovou nem demonstrou o dissenso pretoriano. É deficiente para evidenciá-lo a simples citação de ementa, com a mera referência à fonte.

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

É que é imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses. Para tanto, não é bastante — repita-se — apenas transcrever-se a ementa que, sobre não compor a estrutura legal do acórdão — consoante se infere do artigo 458 do Código de Processo Civil —, pode não retratar com fidelidade a decisão ementada.

A propósito o precedente da egrégia Terceira Turma desta Corte, da relatoria do eminente Ministro Waldemar Zveiter, proferido no REsp nº 3.339-PR, publicado no DJ de 10.9.90:

“A simples transcrição de ementas dos julgados trazidos a confronto não serve para comprovar a divergência apontada, a teor do art. 225, § único, do RISTJ.”

Mas conheço do recurso pela alínea a, mas ainda assim apenas pela alegada ofensa aos arts. 202 e 203 do CTN, porquanto os únicos que foram prequestionados.

Extraio, do v. aresto hostilizado, os seguintes excertos:

“A perícia verificou erro da fiscalização no cálculo do imposto devido e não recolhido, consistente em subtrair o valor do imposto correspondente às compras efetuadas fora do estado do valor das aquisições locais, ao invés de somar os dois valores. Tal equívoco é inquestionável, e, em decorrência dele, houve o acolhimento parcial dos embargos para o fim de reduzir-se a quantia exigida. Improcedente, pois, o recurso oficial.

A embargante sustenta a nulidade da execução porque a embargada não providenciou a substituição da certidão da inscrição da dívida após a verificação do erro. Realmente, dispõe o art. 202 do Código Tributário Nacional que do termo de inscrição da dívida deve constar o valor dela entre seus requisitos necessários. O art. 203 do mesmo diploma estabelece, por sua vez, que omissão de algum dos requisitos previstos no artigo anterior, ou erro relativo a eles são causa de nulidade da inscrição e do processo de cobrança conseqüente, a não ser que ela seja emanada pela substituição da certidão até o julgamento em primeira instância com devolução de prazo de defesa.” (fls. 246/247).

Com efeito, preceitua o art. 203 do Código Tributário Nacional que “a omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior ou o erro a eles relativo são causa de

nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo acusado ou interessado, o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada”.

Destarte, em tese, o erro relativo ao **quantum debeatur** poderá resultar em nulidade do termo.

Todavia, essa regra deve ser interpretada com temperamento.

Do v. acórdão recorrido trago à tona as seguintes considerações:

“As formalidades indicadas visam impedir que o contribuinte seja surpreendido com modificação da imputação fiscal no curso da execução, impedindo-se sua defesa hábil. Elas só se justificam enquanto se prestam a tal fim. Se houve erro, mas se ele não foi causa de surpresa para o contribuinte e se foi provocado por mera desatenção, e não por escolha de critério inadequado na valoração de fatos, o cumprimento delas não se mostra necessário. Basta o simples acolhimento parcial dos embargos com redução do valor exigido, porque a dispensa das formalidades não resulta prejuízo real para a embargante que pode defender-se eficientemente da imputação. O erro sucedido, mero engano consistente na realização de subtração em vez de soma, tem caráter de erro material. Se constante de ato ju-

dicial, ele poderia ser corrigido a qualquer tempo, não havendo preclusão a respeito. Não há razão para que, sucedendo ele em outra espécie de ato, seja lhe concedido tratamento diverso. Dessa forma, a despeito das bem elaboradas razões de recurso da embargante, sua apelação também improcede.” (fls. 247/248).

Acolho integralmente as colocações acima reproduzidas.

Por isso mesmo é que nego provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.675-1 — SP —  
(94.0019747-0) — Relator: O Sr. Mi-

nistro Cesar Asfor Rocha. Recte.: Comercial Nahfi Ltda. Advogados: José Luiz Matthes e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Elizabeth Jane Alves de Lima e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 05.09.94 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 50.826-6 — SP

(Registro nº 94.0020099-4)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrentes: *Guilherme Guimarães Gomes e cônjuge*

Recorrido: *Município de Campinas*

Advogados: *Drs. Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista e outros, e Áurea Lúcia Tiziano e outros*

**EMENTA:** *Processual Civil. Execução de sentença. Precatório. Solução de questões incidentes. Competência. Juiz da causa.*

— Em sede de execução de sentença por via de precatório, as questões incidentes, tais como índice de atualização da conta anterior ou extinção da execução, situam-se fora da competência administrativa do Presidente do Tribunal, devendo ser examinadas e decididas pelo Juiz da Execução.

— Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

Brasília, 05 de setembro de 1994 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A Colenda Décima Segunda Câmara do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciando agravo de instrumento interposto contra sentença homologatória de conta de liquidação, proferida em ação de desapropriação, reconheceu de ofício a nulidade da sentença, determinando a remessa dos autos ao Departamento de Contabilidade, para o processamento do pedido perante a Presidência do Tribunal, em observância ao Assento Regimental nº 195/91.

Entendeu o v. aresto que competia ao Presidente daquela egrégia Corte, a competência para resolver todas as questões relativas ao cumprimento de precatórios.

Irresignados, os expropriados interpõem o presente recurso especial, fundado na alínea c do permissivo constitucional, alegando que o v. aresto, ao assim decidir, divergiu da jurisprudência do STF e desta colenda Corte, que fixaram como competente o Juiz da causa (fls. 374/381).

Nas contra-razões, a recorrida pugna pela inadmissão do recurso especial (fls. 389/393).

Inadmitido o recurso por despacho de fls. 395/399, os recorrentes interpuseram agravo de instrumento que foi por mim provido, em face da comprovação do dissídio jurisprudencial.

Recebidos os autos em meu gabinete em 06.07.94, solicitei, no dia 19 do mês de agosto, sua inclusão em pauta para julgamento.

Dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Reside a presente controvérsia sobre a competência para conhecer e julgar as questões relativas ao cumprimento de precatório, se do Juiz da Execução ou se do Presidente do Tribunal de Justiça.

A matéria é bastante conhecida do âmbito deste Tribunal que, reiteradamente, vem decidindo, no sen-

tido da competência do Juiz da Execução. A propósito, transcrevo as judiciosas razões elencadas pelo eminente Ministro Milton Luiz Pereira, no julgamento do REsp 45.947-8-SP, DJ de 27.06.94, **verbis**:

“A trato de questão conhecida, liberando-me da articulação de motivação inovadora, no alinhamento dos julgados anteriores, tal como delinei no REsp 2.095-0-SP, penso que basta memorar:

“... ser inquestionável que a requisição do pagamento (art. 730, I, CPC) no Tribunal, obedecerá a procedimento de natureza administrativa, sem esmaecer que os efeitos jurídicos do conseqüente pagamento ocorrerão no originário processo de execução, presidido pelo Juiz que, até a extinção, tem competência para a pertinente prestação jurisdicional solicitada. Ao Presidente do Tribunal, como renunciado, competente a verificação da regularidade formal da requisição de pagamento, colocação na ordem cronológica de apresentação, sem transmudar-se em Juiz da execução; pois,

‘... a função de natureza administrativa do Presidente do Tribunal, ao atender a precatório, não comporta decisão e conseqüentes recursos de natureza jurisdicio-

nal. Se não é mero autômato e não está impedido de verificar a regularidade do precatório, se verifica erro, deve encaminhá-lo à autoridade judiciária que o expediu porque esta sim, é a competente, com função jurisdicional, como juiz do processo, para decidir do erro e, eventualmente, corrigi-lo. Nem se diga que o Presidente do Tribunal não pode estar submetido à decisão do Juiz de primeira instância. No caso, o Presidente age como autoridade administrativa, desvestida, aí, de poder jurisdicional. E da decisão do Juiz de primeiro grau poderão, os interessados, interpor os remédios cabíveis para o Tribunal competente. Outrossim, texto algum de lei outorga competência aos Presidentes dos Tribunais para a revisão, com caráter jurisdicional, dos precatórios. Tem competência para determinar seqüestro de quantia necessária à satisfação do débito, a requerimento de credor preterido no seu direito de procedência, porque a dá a texto constitucional. Não, para rescisão das decisões tomadas nos processos, pelos juízes ou pelos Tribunais’ (RTJ, 88/333, transcrição de págs. 337/338).

Diferente não pode ser: a requisição de pagamento é ato executivo” (REsp 2.095-SP — Rel. Min. Milton Luiz Pereira — in DJU de 23.08.93).

Na enseada do dissertado, caíha a conclusão de que, na execução atrelada ao precatório, emergindo questão a ser decidida, para tanto, competente é o Juiz do processo de execução (arts. 575, II, e 795, CPC).

A jurisprudência da Corte conforta essa compreensão:

— “*Processual Civil. Execução de sentença. Competência do Juiz da ação para o seu processamento.*”

Decisão que negou vigência ao referido dispositivo, ao proclamar se competente a Presidência do Tribunal para decidir sobre o pedido de extinção de execução, sob fundamento de que o precatório fora pago antes de decorrido um ano da última atualização de débito exequendo” (REsp 2.061-SP — Rel. Min. Ilmar Galvão — in DJU de 26.03.90, p. 2.173).

— “*Processual Civil. Precatório.*”

Compete ao juiz da execução decidir sobre a forma de reajustamento, o índice a ser aplicado, a complementação do depósito e a extinção da execução.

Definida a forma de pagamento do precatório em prestações anuais, a sua complementação independe de prévia previsão orçamentária.

Recurso improvido” (REsp 9.625-SP — Rel. Min. Garcia Vieira — in DJU de 15.06.92).

— “*Processo Civil — Execução de sentença — Requisitório de pagamento expedido. Limitações da competência do Presidente do Tribunal de Justiça. Competência do Juiz da Execução — Artigos 530, I, 575, II, 794, I, e 795, CPC.*”

1. O Presidente do Tribunal, no processamento do requisitório de pagamento, exercida função de índole administrativa, não abrangendo decisões e conseqüentes recursos de natureza jurisdicional. Descortinados erros ou defeituosa formação do precatório, determinará o encaminhamento ao Juiz da execução.

2. Compete ao Juiz do processo de execução, com atividade de jurisdicional, apreciar as questões surgidas ou, pelo pagamento, sentenciar a extinção, perante a qual, se necessário, serão interpostos os recursos cabíveis para o Tribunal competente.

3. Precedentes da jurisprudência.

4. Recurso provido". (REsp 2.095-0-SP — Rel. Min. Milton Luiz Pereira — in DJU de 23.08.93).

No sentido da competência do Juiz do processo executório para os atos pertinentes, entre outros, ainda podem ser mencionados: REsp 1.198-SP — Rel. Min. Ilmar Galvão — in DJU de 04.06.90 —; REsp 2.060-SP — Rel. Min. José de Jesus Filho in DJU de 13.08.90 —; REsp 2.248 — Rel. Min. Armando Rollemberg — in DJU de 29.06.90."

Com base nos fundamentos acima compilados e em observância ao entendimento jurisprudencial referenciado, dou provimento ao recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.826-6 — SP — (94.0020099-4) — Relator: O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Rectes.: Guilherme Guimarães Gomes e cônjuge. Advogados: Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista e outros. Recdo.: Município de Campinas. Advogados: Áurea Lúcia Tiziano e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 05.09.94 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro DEMÓCRITO REINALDO.

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 50.925-4 — PB

(Registro nº 94.0020570-8)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Procuradores: *Adonias dos Santos Costa e outros*

Recorrida: *Maria da Conceição Veloso Lima*

Advogados: *Juliana Erika Pessoa de Araújo e outro*

**EMENTA:** *Tributário. Empréstimo compulsório. Consumo de combustíveis. Decreto-lei nº 2.288/86. Inconstitucionalidade.*

**Declarada inconstitucional a cobrança do empréstimo compulsório, tem o contribuinte direito à restituição do que foi indevidamente recolhido.**

**Bastando comprovar a propriedade do veículo, torna-se desnecessária a prova do consumo, calculando-se o valor pela média, conforme o critério legal estabelecido.**

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e José de Jesus. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 03 de agosto de 1994  
(data do julgamento).

Ministro HÉLIO MOSIMANN,  
Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, fundado no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, contra acórdão que considerou ser suficiente à restituição do empréstimo compulsório sobre combustíveis, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288/86 e declarado inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal

Federal, a mera demonstração da propriedade de veículo automotor.

Sustenta a recorrente, em síntese, que o aresto hostilizado divergiu do entendimento adotado pelos Tribunais Regionais Federais das 1ª, 2ª e 4ª Regiões acerca da comprovação do recolhimento do empréstimo compulsório.

Sem contra-razões, posto que não oferecidas, vieram os autos a esta superior instância.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, em tema de empréstimo compulsório sobre consumo de combustíveis, esta egrégia Corte já firmou entendimento no sentido de que, comprovada a propriedade do veículo, tem o contribuinte direito à repetição da quantia indevidamente paga, pelo valor do consumo médio por veículo, verificado no ano do recolhimento, de acordo com cálculos a serem divulgados pela Secretaria da Receita Federal.

Confirmam-se, a respeito, os seguintes precedentes:

“Tributário. Empréstimo compulsório sobre consumo de combustíveis. Decreto-Lei nº 2.288, de 23.07.86, art. 10. Repetição do indébito. Direito à restituição. Média de consumo. Decadência. Prescrição. Contagem do prazo. Não caracterização.

I — Declarado inconstitucional o art. 10 do Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, pelo Excelso Pretório, não lhe nega vigência o acórdão que deixa de aplicá-lo.

II — Ao determinar que a restituição se faça pela média do consumo, critério estabelecido pelo § 1º, do art. 6º, do Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, o aresto recorrido, antes de negar vigência ao art. 165, I, do Código Tributário Nacional, decidiu de acordo com o seu espírito, impedindo que o Estado se locuplete, indevidamente, à custa do contribuinte. Dissídio pretoriano configurado, no tópico.

III — O tributo, a que se denominou empréstimo compulsório, está sujeito a lançamento por homologação, não se podendo falar antes desta em crédito tributário e pagamento que o extingue. Não tendo ocorrido a homologação expressa, o direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita, isto é, em 1986, quanto aos fatos impositivos mais remotos.

IV — Mesmo que se conte o prazo para a ação de restituição

a partir da decisão plenária do Supremo, que declarou a inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, o transcurso do prazo quinquenal só ocorrerá em fins de 1995.

V — Admitida a devolução pelas médias, há de se considerar, para fins de cálculo da correção monetária, as quantias e meses fixados nas sucessivas instruções normativas da Secretaria da Receita Federal, fixando os critérios de resgate da exação. Aplicação da Súmula nº 4-TFR.

VI — Recurso especial parcialmente conhecido, mas desprovido.” (REsp nº 44.221-PR, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, in DJ de 23.05.94).

“Empréstimo compulsório. Combustíveis.

I — Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 10 do Decreto-Lei nº 2.288/86 e o direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido.

II — Comprovada a propriedade dos veículos, têm os impetrantes direito à repetição da quantia indevidamente paga a título de empréstimo compulsório, pelo valor do consumo médio por veículo, verificado no ano do recolhimento, de acordo com cálculos a serem divulgados pela Secretaria da Receita Federal.

III — A prova do consumo só será necessária se o contribuinte desejar receber importância superior à média estabelecida pelo referido dispositivo legal.

IV — O direito de pleitear a restituição extingue-se no prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito (artigo 168, do CTN).

V — Recurso improvido.” (REsp nº 42.668-RS, Relator Ministro Garcia Vieira, in DJ de 11.04.94).

Em comunhão com o exposto, voto pelo improvimento do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 50.925-4 — PB — (94.0020570-8) — Relator: O Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Fa-

zenda Nacional. Procs.: Adonias dos Santos Costa e outros. Recda.: Maria da Conceição Veloso Lima. Advogados: Julianna Erika Pessoa de Araújo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 03.08.94 — 2ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HÉLIO MOSIMANN.