

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 18 — RJ

(Registro nº 89.8153-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrida: *Metalnaco Comércio e Indústria de Metais Ltda.*

Advogado: *Dr. Ronaldo Bizzotto de Almeida*

EMENTA: Tributário. Execução fiscal. Sociedade por conta de responsabilidade limitada. Sócio-gerente. Citação.

I — O sócio-gerente de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, responsável por substituição (CTN, art. 135, III, pode ser citado e ter seus bens penhorados, embora seu nome não conste do título executivo. Precedentes.

II — Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Ao admitir o presente recurso especial, convertido que foi de recurso extraordinário, tão-

somente pelo fundamento da letra *d*, do permissivo constitucional, o eminente Desembargador Hermano Duncan Ferreira Neto, Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim resumiu a controvérsia:

«Em execução fiscal ajuizada pelo Estado do Rio de Janeiro, a executada-sociedade por cotas de responsabilidade limitada — não foi localizada, desconhecendo-se o seu novo endereço no Registro de Comércio. O exeqüente pediu fossem representantes dela citados em suas residências, inclusive na condição de litisconsortes passivos solidariamente responsáveis nos termos dos artigos 134, III e VIII, e 135, III, do Código Tributário Nacional, havendo o Juiz determinado a observância do disposto nos artigos 202, I, e 303 do mesmo Código Tributário Nacional (fls. 10/12).

O Estado agravou de instrumento, recurso ao qual a Egrégia Oitava Câmara Cível negou provimento (fl. 33), em acórdão assim ementado:

«*Ementa*: Execução fiscal.

O termo de inscrição da dívida ativa, que compõe a certidão de dívida a autoriza a execução fiscal, deve conter os elementos constantes do item I do art. 202 do Código Tributário Nacional.

Desprovimento de recurso.»

Daí o recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 36/41), com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, sustentando negativa de vigência aos artigos 4º, V, da Lei nº 6.830/80 e 135, III, do Código Tributário Nacional, além de dissídio pretoriano com argüição de relevância de questão federal.

O recurso não foi impugnado (fl. 42) e a Procuradoria-Geral do Estado opinou pela sua admissão parcial (fls. 43/45).

O venerando acórdão recorrido, ao decidir que a Fazenda Pública não tem título executivo contra o co-responsável tributário sem prévia inscrição do débito também em seu nome, deu interpretação razoável aos dispositivos legais invocados, que não se questionaram, incidindo assim as Súmulas nºs 282, 356 e 400. O dissídio, no entanto, resultou demonstrado, posto que, enquanto no julgado adotou-se a tese mencionada, o aresto exibido à fl. 37 consagra entendimento em sentido oposto, ao sustentar que as pessoas referidas no artigo 138 do Código Tributário Nacional são sujeitos passivos da obrigação tributária, e, assim, incluíveis na execução, apesar de não constarem seus nomes da certidão de dívida, conforme enfatizado pelo Ministério Público (fl. 45) (fls. 47/48).

À fl. 51, o recorrente ratificou suas razões apresentadas às fls. 36/41.

Intimada, a recorrida Metalnaco Comércio, Indústria de Metais Ltda. deixou transcorrer, *in albis*, o prazo para contra-razões (certidão de fl. 52).

Subindo os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, este, por sua vez, ante o decidido em questão de ordem no RE nº 119.204-6-SP, determinou a remessa dos autos a esta egrégia Corte.

Instado, o douto Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Consoante observou o douto Ministério Público, em seu parecer:

«O RE foi admitido na origem, na constância de dispositivos do RISTF, que a Emenda Regimental nº 2, de 4-12-85, revogou, daí ter subido ao C. STF, independentemente do acolhimento de arguição de relevância, nele suscitada» (fl. 73).

Compulsando os autos, verifico que não foi prequestionada a violação ao art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80 e art. 135, inc. III, do Código Tributário Nacional, uma vez que os dispositivos legais apontados não foram ventilados no v. acórdão recorrido, nem se valeu o recorrente dos embargos de declaração, sendo aplicável, portanto, à espécie, as Súmulas nºs 282 e 356 do colendo STF, não merecendo o recurso ser admitido pela letra *a* do permissivo constitucional.

Contudo, quanto à matéria remanescente, isto é, pela letra *d* do permissivo constitucional, é de ser conhecido posto que o v. aresto guerreado adotou a tese de que o termo de inscrição da dívida deve trazer o nome do sócio-gerente da sociedade executada, divergindo, assim, dos arestos que colacionou do STF e do extinto TFR.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial é assente no sentido da possibilidade de citação do sócio-gerente, havendo débito para com a Fazenda Pública e dissolução irregular da sociedade, independentemente de constar seu nome na certidão de dívida ativa. Neste sentido, confira-se, *inter plures*, os seguintes precedentes:

«*Ementa: Tributário. Penhora. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Sócio-gerente: substituto tributário, art. 135, III do CTN.*

É cabível a citação de sócio-gerente de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, como substituto tributário desta, sem necessidade de constar o nome daquele na certidão de inscrição da dívida ativa, com base no art. 135, III, do CTN, e independentemente de processo judicial prévio para a

verificação das circunstâncias de fato previstas no *caput* daquele mesmo art. 135, fazendo a discussão ampla a respeito em embargos de executado (art. 745, parte final do CPC).

Recurso extraordinário conhecido e provido, para citação do sócio-gerente e penhora de seus bens para garantia da execução, no caso de não pagamento do débito» (RE nº 113.852-1-RJ, STF, *in DJ* de 18-9-87, pág. 19675).

«*Ementa: Recurso Extraordinário. Execução fiscal contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Firma devedora que desapareceu. Citação do sócio-gerente que é de deferir-se. Dissídio jurisprudencial demonstrado. Recurso extraordinário conhecido e provido*» (RE nº 106.647-4-RJ, STF, *in DJ* de 24-2-89, pág. 1897).

«Processual civil. Tributário. Sócio-gerente. Sociedade por cotas. Responsabilidade.

I — O sócio-gerente, responsável por substituição (CTN, art. 135, III), pode ser chamado ao processo de execução, defendendo-se por meio de embargos do devedor, sem necessidade de constar o seu nome do título extrajudicial (certidão de inscrição do débito na dívida ativa). Nessa qualidade, pode ter seus bens penhorados, independentemente de ação prévia para apuração de responsabilidade, certo, entretanto, que essa matéria poderá ser debatida e examinada nos embargos do devedor.

II — O mero sócio, que não tem atribuições de gerência, não é responsável por débitos fiscais da empresa, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, mesmo porque esta não é sociedade de pessoas, mas de capital. Inaplicabilidade, por isso, do disposto no art. 134, VII, CTN.

III — Agravo improvido» (Ag. nº 56.049-PE (Reg. 88.146.902), TFR, *in* de 3-10-88, pág. 28270).

«Execução Fiscal. Iapas.

— O sócio-gerente de sociedade por cotas de responsabilidade limitada é responsável por substituição, podendo ser citado e ter seus bens penhorados, embora seu nome não conste do título executivo.

— Agravo improvido» (Ag. nº 52.933-SP (Reg. 9.615.830) TFR, *in DJ* de 10-3-88, pág. 4612/13).

Isto posto, conheço do recurso, tão-somente, pela letra *d*, do permissivo constitucional, e lhe dou provimento, para, reformando o *v. acórdão* do colendo Tribunal *a quo*, admitir que se processe a citação pessoal do sócio-gerente como pleiteada.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 18 — RJ — (Reg. nº 898.153-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Recte.: Estado do Rio de Janeiro. Recda.: Metalnaco Comércio e Indústria de Metais Ltda. Adv.: Dr. Ronaldo Bizzotto de Almeida.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (Em 25-10-89 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira, Armando Rollemberg e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

RECURSO ESPECIAL Nº 53 — PR

(Registro nº 89.8190-0)

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

Recorrentes: *Zacharias Emiliano Seleme e cônjuge e Elmuth Frederico Jorge Nehls*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Egas Dirceu Moniz de Aragão e Floriano Galeb e outros*

EMENTA: Indenização.

A indenização para ser completa e integral deve pôr o credor em condições iguais àquelas em que se encontraria, se o ato danoso não tivesse acontecido.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso de Zacharias Emiliano Seleme e cônjuge, e conhecer do recurso de Elmuth Frederico Jorge Nehls para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Nos autos cuida-se de ação ordinária proposta por Elmuth Frederico Jorge Nehls, com esteio nos arts. 159, 879 e 876, parágrafo único do Código Civil, a alegar haver adquirido, por escritura pública, dos réus os direitos transmitidos pela abertura da sucessão de Jonas Faustino da Silva, de quem os cedentes eram herdeiros legítimos; porém, apesar de ser obtida a carta de adjudicação, nos autos do inventário, o título não chegou a ser transcrito, eis que, em vida do inventariado, o patrimônio fora alienado a terceiros.

A ação também foi proposta contra o advogado Zacharias Emiliano Seleme, que se obrigou como co-responsável pela cessão através do documento cuja cópia está à fl. 20 dos autos.

O pedido foi contestado, apenas, pelo nomeado causídico e sua mulher, a argumentarem ser a garantia atípica, não caracterizando aval, e assemelhando-se à fiança, sendo por isso nula à míngua de outorga uxória.

A sentença do juízo monocrático deu pela procedência da ação a fim de condenar o referido réu «a reparar os danos pela forma a que se responsabilizou expressamente pela carta de fl. 19, ou seja, através do pagamento dos valores de três alqueires de terras no Distrito de Matinhos, Comarca de Paranaguá, de frente para o Oceano Atlântico, iguais às que foram objeto da cessão, aferindo-se o valor contemporaneamente à execução da sentença, além das perdas e danos a serem apurados».

Apelou o vencido e a Terceira Câmara Cível, à unanimidade, deu provimento em parte ao recurso para «ser a indenização fixada correspondente à ocasião em que foi efetuado o aval espontâneo que não tem condições legais, nem contratual de ser corrigido».

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, os do apelante, unanimemente, e os do apelado por votação majoritária.

Reiterando a argumentação de sua defesa, Zacharias Emiliano Selene e a sua mulher recorreram extraordinariamente, com fundamento nas alíneas *a* e *d* do dispositivo constitucional então vigente, sob cor de negativa de vigência dos arts. 235, I e III, 1.488 e 135, do Código Civil e de divergência jurisprudencial.

O autor, com argüição de relevância, pelas mesmas alíneas, também recorreu excepcionalmente, da parte unânime do julgamento, aclarado nos embargos que excluira da condenação a correção monetária, apontando como violados os arts. 159, 1.543 e 1.553, do Código Civil, assim como os arts. 1.306, 1.107, parágrafo único, e 1.104, inc. II, do mesmo Código, assim como os arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil. Quanto ao dissídio, transcreveu ementas de várias decisões do STF sobre o valor a ser fixado no caso de reparação por ato ilícito e ainda, sobre a restituição integral, na hipótese de evicção e, por último, o teor da Súmula nº 562 daquela Corte.

Ao mesmo tempo, o autor opôs embargos infringentes, da parte não unânime do julgado, recurso por votação majoritária rejeitada.

Dessa última decisão o autor interpôs um segundo extraordinário, com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional então vigente, dando por malferidos os arts. 159, 879, 1.056, § único do artigo 1.107 e 1.109 do Código Civil, bem como os arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil, e apontando divergência entre o acórdão recorrido e os citados na peça recursal tanto sobre a questão substancial como a respeito da infringência do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* e do julgamento fora do pedido. Em capítulo próprio, deduziu o recorrente a relevância da questão federal.

Os recursos interpostos na vigência da Emenda Regimental nº 3/75, ao RISTF, foram recebidos conforme decisão cuja parte conclusiva é a seguinte:

«No que diz respeito ao reclamo de Zacharias Emiliano Selene e sua mulher (fls. 176/185), em que pese haver o v. aresto impugnado acolhido a defesa argüindo «a nulidade do negócio jurídico principal e, assim, a do negócio atípico de garantia», por isso que resultou mínima a indenização, certo é que se discute, na causa, relevante tese de direito sobre a natureza do negócio jurídico abrigada no documento antes transcrito, o que recomenda tolerância na admissão do recurso.

Merecem, também, prosseguimento os derradeiros apelos do autor manifestados às fls. 197/218 e 264/276. Com efeito, afora revestirem-se de juridicidade os argumentos ali reproduzidos, é de propiciar-se o reexame da *quaestio juris* em sua plenitude pela colenda instância extraordinária, à vista da solução emprestada à espécie pela decisão de primeiro grau de jurisdição, dando pela procedência da causa nos termos constantes do *decisum*.

Nestas condições, admito os três recursos extraordinários pelos fundamentos, determinando, outrossim, que se proceda, quanto às arguições de relevância da questão federal, de acordo com o que preceitua a legislação pertinente» (fl. 289).

Após a apresentação das respectivas razões e contra-razões, os autos, no Colendo STF, receberam o parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do apelo do segundo recorrente com base em ambos fundamentos, a fim de que seja estabelecida «a veneranda decisão de primeiro grau» e pelo não conhecimento da irresignação do primeiro recorrente; e conhecido por que se o julgue prejudicado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Indenização.

A indenização para ser completa e integral deve pôr o credor em condições iguais àquelas em que se encontraria, se

o ato danoso não tivesse acontecido. Recurso especial conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Destaco do parecer da Subprocuradoria o seguinte trecho:

«Elmuth Frederico Jorge Nehls, além de argüir a relevância da questão federal, ampara-se nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, e postula a reforma do venerando acórdão de fls. 156/7, explicitado pelo de fls. 167/8, na parte em que foi unânime. Recorre extraordinariamente, também, do respeitável acórdão de fls. 259/262, com fulcro nas letras *a* e *d*, III, artigo 119 da Carta Magna, porque teria sido negada vigência das disposições dos artigos 159, 879, 1.506 e 1.507, parágrafo único, e 1.109 do Código Civil, e dos artigos 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil. Alega existência de dissídio pretoriano e argüi a relevância da questão federal.

Parece-nos, *data venia*, que merece prosperar a inconformação do segundo recorrente, a fim de ser restabelecida a veneranda decisão de primeiro grau» (fls. 368/369).

Cita em seguida passagem de voto do eminente Ministro Bilac Pinto ajustável ao caso:

«De fato, é princípio de direito que, quando se trata de coisa a devolver ou reparar e não se pode entregá-lo *in natura*, o devedor pagará a coisa pelo seu valor atual. A indenização deverá colocar o credor nas mesmas condições em que estaria se o ato danoso não houvesse acontecido» (RTJ 81/232).

Na verdade, a decisão recorrida não afastou a existência do dano, reconhecida pela sentença de 1º grau, ao contrário, confirmou o entendimento do juízo singular, ao admitir a indenização, limitada, porém, ao que foi pago, sem qualquer atualização ou correção.

A decisão colegiada fala claramente em indenização, vocábulo que, no seu sentido comum ou jurídico, tem o significado de reparação. Mais do que isso, juridicamente, indenizar significa reparar ou ressarcir o dano causado, se possível, restaurando o *statu quo ante*, caso contrário, através do pagamento, em dinheiro, de quantia equivalente ao prejuízo em toda sua extensão.

A exigência de reparação completa do dano está expressa no art. 159 do Código Civil, completado pelas regras insculpidas nos arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Por outro lado, o invocado artigo 879 reza: se a inexecução da obrigação de fazer for impossibilitada por culpa do devedor «responderá este pelas perdas e danos», equivalente àquilo que se perdeu e àquilo que se deixou de lucrar, ou, segundo o verbo legal, o que se perdeu, efetivamente, e o que, razoavelmente, se deixou de lucrar (art. 1.059).

Assim, na realidade, não se pode ocultar a afronta a, pelo menos os arts. 159, 879 e 1.056, este último a prescrever sanções cíveis no caso de não cumprimento de obrigações.

Por isso, conheço do recurso com fundamento na letra a, do inciso II, do art. 105 da Constituição. E conheço para provê-lo a fim de restaurar a sentença de 1º grau. Esta decidiu com acerto a ação, ao determinar que se aferisse o valor dos três alqueires adquiridos contemporaneamente à execução da sentença além das perdas e danos a serem apurados.

Por outro lado, nos termos do parecer da Subprocuradoria, cujos fundamentos adoto, não conheço do recurso de Zacharias Emiliano Seleme e sua mulher.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Presidente): Acompanho o eminente Ministro Relator, não conhecendo do primeiro recurso especial, interposto por Zacharias Emiliano Seleme e sua mulher; e conhecendo do segundo, para provê-lo, que é o de Elmuth Frederico Jorge Nehls, de acordo com a conclusão do voto do eminente Ministro Relator e para efeito de que a indenização se faça por completo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 53 — PR — (Reg. n.º 89.8190-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrentes: Zacharias Emiliano Seleme e cônjuge e Elmuth Frederico Jorge Nehls. Recorridos: Os mesmos. Advogados: Drs. Egas Dirceu Moniz de Aragão e Floriano Galeb e outros.

Decisão: A turma, por unanimidade, não conheceu do recurso de Zacharias Emiliano Seleme e cônjuge, e conheceu do recurso de Elmuth Frederico Jorge Nehls, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 24-10-89 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Gueiros Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL N.º 59 — PR

(Registro n.º 89.0008245-0)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Angélico Vieira Braga*

Advogados: *Drs. Yvone da Silva Andrade e outro*

EMENTA: Penal. Tráfico de entorpecentes. Regime prisional.

1. «Embora o condenado por crime de tráfico (art. 12) apresente características incompatíveis com o regime aberto, uma vez concedido este pelo Tribunal, após cumprimento de mais de um terço da pena em regime fechado, não se pode cassar simplesmente o benefício, um ano depois, impondo regressão no regime sem ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 118, incisos e parágrafo, da Lei de Execução Penal» (Recurso Especial nº 205-SP, Rel. Min. Assis Toledo, DJ de 28-8-1989, pág. 13680).

2. Hipótese em que o réu mantido preso desde o flagrante, restou condenado à pena de 10 (dez) meses de detenção, por infração ao art. 16 da Lei nº 6.368/76, cumprindo-a em regime fechado.

3. Decisão concessiva de regime aberto, após condenação por tráfico, datada de 20-12-1988.

4. Impossibilidade de regressão do regime prisional em causa legal.

5. Recurso Especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Angélico Vieira Braga, denunciado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei nº 6.368/76, foi condenado à pena de 10 (dez) meses de detenção e multa, pelo douto Juízo da 1ª Vara da Comarca de Maringá, por infração ao art. 16 da mesma lei, em face de ter sido surpreendido com três quilos e oitocentos gramas de maconha.

Inconformado, recorreu o Ministério Público pugnando pela apenação no art. 12, como posto na denúncia, pois caracterizado o tráfico de substância entorpecente.

A eg. 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná proveu o recurso e condenou o réu à pena de 3 (três) anos de reclusão e multa de cinquenta dias-multa, no valor de Cz\$ 30,00 o dia, deferindo-lhe o regime aberto para cumprimento da pena restritiva da liberdade (fl. 92).

Recorre, novamente, o Ministério Público, objetivando que a pena seja cumprida em regime fechado, pois incompatível com as disposições do art. 35 da Lei nº 6.368/76 a deferida do regime aberto, invocando arestos do Supremo Tribunal Federal dos quais dissentiu o julgado recorrido (RE nº 116.327.5-PR e 116.328.3-PR).

Admitido e processado o recurso extraordinário, converteu-se-o em especial por despacho do eminente Ministro Paulo Brossard, vindo a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, opina pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Pena. Tráfico de entorpecentes. Regime prisional.

1. «Embora o condenado por crime de tráfico (art. 12) apresente características incompatíveis com o regime aberto, uma vez concedido este pelo Tribunal, após cumprimento de mais de um terço da pena em regime fechado, não se pode cassar simplesmente o benefício, um ano depois, impondo regressão no regime sem ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 118, incisos e parágrafo, da Lei de Execução Penal» (Recurso Especial nº 205-SP, Rel. Min. Assis Toledo, DJ de 28-8-1989, pág. 13680).

2. Hipótese em que o réu, mantido preso desde o flagrante, restou condenado à pena de 10 (dez meses de detenção), por infração ao art. 16 da Lei nº 6.368/76, cumprindo-a em regime fechado.

3. Decisão concessiva de regime aberto, após condenação por tráfico, datada de 20-12-1988.

4. Impossibilidade de regressão do regime prisional em causa legal.

5. Recurso Especial conhecido e improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): O dissenso pretoriano está caracterizado perfeitamente com o RE nº 116.327-5-PR, de que fora Relator o eminente Ministro Djaci Falcão, acostado às fls. 109/111, onde se afirma:

«Tráfico de tóxico. Execução da pena. É incompatível com o crime previsto no art. 12, da Lei nº 6.368/76, o cumprimento da pena em regime aberto. Precedentes do STF.

Recurso Extraordinário conhecido e provido».

Conheço, diante disso, do recurso com base na alínea c, do inciso III, do art. 105 da Constituição vigente.

Contudo, o seu improvimento é imperativo, ante as circunstâncias noticiadas nos autos.

De fato, o réu foi preso em flagrante em 30 de maio de 1987 e denunciado como incurso nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76. Foi condenado, entretanto, em 1º grau, por infração ao art. 16 da mesma lei (uso de substância entorpecente), à pena de 10 (dez) meses de detenção e multa (fls. 64), a qual, já estava integralmente cumprida, em regime fechado, à data da sentença, o que ensejou a expedição do alvará de soltura, cumprido em 24-3-1988 (fls. 65 e verso).

Ante a nova capitulação dada ao fato pelo Tribunal, em 20-12-1988, concedeu-se ao réu o regime aberto para cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão.

Ora, como é de fácil constatação, a pena foi executada em regime fechado pelo período de 10 (dez) meses e, no regime aberto, por 9 (nove meses).

À época da condenação pelo Tribunal, já havia cumprido mais de 1/6 da pena privativa de liberdade em regime fechado, o que o habilitaria, em tese, à mudança para regime prisional menos rigoroso, o aberto.

Isto é o que ressaí do art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal):

«Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão».

O acusado, como está posto na sentença, é primário e não registra antecedentes criminais, não tendo sentido regredir-se o regime prisional, quando já cumpriu 10 (dez) meses no regime fechado e 9 (nove) meses no aberto, sem prova de ocorrência de qualquer dos óbices postos no art. 118 da Lei de Execução Penal.

Aliás, neste mesmo sentido tive ocasião de votar recentemente, acompanhando o eminente Ministro Assis Toledo, quando do julgamento do Recurso Especial nº 205-SP, que ficou assim ementado:

«Penal. Tóxico. Prisão-albergue.

Embora o condenado por crime de tráfico (art. 12) apresente características incompatíveis com o regime aberto, uma vez concedido este pelo Tribunal, após cumprimento de mais de um terço da

pena em regime fechado, não se pode cassar simplesmente o benefício, um ano depois, impondo regressão no regime sem ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 118, incisos e parágrafo, da Lei de Execução Penal.

Recurso especial do Ministério Público, pela letra c, conhecido mas improvido» (DJ de 28-8-1989, pág. 13680).

As hipóteses contrastadas são praticamente idênticas, devendo prevalecer a mesma orientação, que é a que mais atende à finalidade da lei e resguarda os direitos do condenado.

Por tais razões, embora também entenda ser incompatível o delito do art. 12 da Lei 6.368/76, com o regime aberto para início de cumprimento da pena, cedo ante às circunstâncias do caso concreto.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 59 — PR — (Reg. 89.000.8245-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recdo.: Angélico Vieira Braga. Advogados: Yvone da Silva Andrade e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento. (Em 11-10-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

RECURSO ESPECIAL N.º 61 — SP

(Registro n.º 89.8248-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Recorrente: *Município de São Paulo*

Recorrido: *Fenícia S/A — Arrendamento Mercantil*

Advogados: *Drs. Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral e Ives Gandra da Silva Martins e outros*

EMENTA: Tributário. ISS. «Leasing». Incidência do ISS.

Lista de Serviços, item 52.

I — O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis (Leasing). Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

II — Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de ação declaratória proposta por Fenícia S/A Arrendamento Mercantil contra o município de São Paulo, com o objetivo de obter declaração de inexistência de relação jurídica entre autora e réu que a obrigue ao pagamento do ISS incidente sobre as operações de «leasing» que realiza, e que a sentença de 1º grau julgou procedente.

O acórdão de fls. 120/122, proferido pelo Eg. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, assim decidiu o recurso de apelação interposto pelo Município de São Paulo:

«Mantém-se a r. sentença, ainda que por razões diversas. A Constituição Federal, ao prever a tributação sobre «serviços de qualquer natureza», adotou o conceito econômico de serviço, que não se confunde com o de «prestação de serviço», definido pelo Código Civil. Esse procedimento se constata à luz do direito comparado, que informou a reforma constitucional instituidora do novo tributo e dos objetivos dele que veio a substituir o antigo imposto de indústrias e profissões que incidia sobre atividades semelhantes. Tanto é assim que o imposto recai, não sobre a prestação de serviços, mas sobre «serviços de qualquer natureza». Sobre a legislação comparada, confira-se a excelente lição ministrada por Bernardo Ribeiro de Moraes em «Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços».

É do mesmo mestre o ensinamento de que «o conceito econômico de «prestação de serviços» (fornecimento de bem imaterial) não se confunde e nem se equipara ao conceito de «prestação de serviços» do direito civil, que é conceituado como fornecimento apenas de trabalho (prestação de serviços é o fornecimento, mediante remuneração, de trabalho a terceiros). O conceito econômico, não se apresentando acanhado, abrange tanto o simples fornecimento de trabalho (prestação de serviços do direito civil) como outras atividades, v. g.: locação de bens móveis, transporte, publicidade, hospedagem, diversões públicas, cessão de direitos, depósito,

execução de obrigações de não fazer, etc. (vendas de bens imateriais)» (obra referida, pág. 42, ed. 1975).

Pelos argumentos expostos, conclui-se inexistir inconstitucionalidade ou ilegalidade na tributação por serviços de locação de bens móveis, já que a atividade está compreendida no conceito econômico de serviço adotado pela Constituição Federal, e que o item 52 da lista de serviços, anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 com suas modificações, prevê a tributação.

Sucedem que «leasing» não constitui locação de bem. Como ensina o mestre referido, «trata-se de um contrato típico, diverso da locação de bens móveis, inominado, mas com características peculiares, inclusive a obrigação do locador em investir, a de constar no preço do aluguel o valor das parcelas de amortização dos bens alugados e percentagens sobre o montante decrescente do valor do contrato, o que não existe na locação de bens móveis. «Leasing» é contrato típico, que não se confunde com o nosso contrato de locação de bens móveis. O que o caracteriza é o investimento a que se obriga o locador e a cláusula da opção de compra em favor do «lessel» após o término da locação» (obra referida, págs. 373/374).

Não prospera o entendimento de que a locação seja o fato preponderante da natureza do «leasing», porque, exercido o direito de opção, a preponderância será a da compra e venda. Não sendo possível equiparar o ajuste a uma das figuras jurídicas referidas, é inquestionável tratar-se de contrato autônomo, que não se assemelha aos demais referidos.

Admitindo-se, de acordo com o melhor entendimento, que é taxativa a lista de serviços, anexa à lei complementar, e não se prevendo nela a tributação das operações de «leasing» resulta logicamente a impossibilidade da incidência do imposto sobre serviços, pretendida pela ré.

Por essas razões, nega-se provimento a ambos os recursos.

Presidiu o julgamento o Juiz Wanderley Racy e dele participaram os Juizes Sena Rebouças (Revisor) e Jacobina Rabello.» (Fls. 120/122).

* * *

Inconformado, o Município de São Paulo, com fundamento na letra *d* da Constituição de 1967, interpõe recurso extraordinário, com arguição de relevância (fls. 124/127), sustentando que o acórdão dissentiu da interpretação que o Colendo STF deu ao item 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, ao examinar o RE 106.047-SP, entre as mesmas partes e o RE nº 91.737-MG (RTJ nº 97/357). De fato, argumenta o recorrente, o acórdão recorrido entendeu que «... é taxativa a lista de serviços anexa à lei complementar, e não se prevendo nela a tributação das operações de

«leasing», resulta logicamente a impossibilidade da incidência do imposto sobre serviços, pretendida pela ré», o que contraria frontalmente o entendimento manifestado pelo Eg. STF nos mencionados acórdãos.

Inadmitido o recurso extraordinário, processou-se a arguição de relevância (fl. 130).

Acolhida a relevância (autos em apenso), ofereceram as partes as suas razões (fls. 142/147) e contra-razões (fls. 149/155).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 160/161, opinando pelo conhecimento e provimento do apelo, tendo em vista o decidido pela Egrégia Corte nos RREE n^os 107.864-2-SP (*DJ* de 4-4-86), 108.665-3-SP (*DJ*, 16-5-86) e 106.047-6-SP (*DJ*, 13-12-85).

O Colendo STF determinou a remessa dos autos a este Tribunal, com base no art. 105, c, III, da Constituição de 1988, visto que o recurso extraordinário fundado em alegações de ofensa a dispositivos legais e de dissídio de jurisprudência restrito ao âmbito legal se converte, *ipso jure*, em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

«Tributário. ISS. «Leasing». Incidência do ISS. Lista de Serviços, item 52.

I — O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis («Leasing»). Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

II — Recurso Especial conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): No RE n^o 106.047-SP, Relator o Sr. Ministro Rafael Mayer, o Eg. Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que o «leasing» está sujeito ao ISS.

Tenho, pois, como configurada a divergência jurisprudencial a autorizar o conhecimento do recurso (CF, 1988, artigo 105, III, c).

Conheço, pois, do recurso.

Primeiro que tudo, esclareça-se que a lista de serviços tributáveis pelo ISS, não obstante taxativa, certo é que às categorias ali postas deve-se emprestar sentido amplo, compreensivo, por isso que a lista «pode designar gêneros, dos quais o intérprete extrai as espécies.» (A. Baleeiro, «Dir. Trib. Brasileiro», Forense, 10^a ed., pág. 298). A interpretação extensiva da lista, ou a natureza compreensiva da lista de serviços, tem sido acolhida pela doutrina (Geraldo Ataliba, «Estudos e Pareceres de Direito Tributário», Ed. RT, 1980, III/220) e pela jurisprudência (RE 91 737, RTJ, 97/357; RE 106.047-SP, *DJ* de 13 de dez./85; RE 104.571-PE, RTJ 113/1387).

Isto esclarecido, a questão a saber é se a locação de bens móveis, que é o serviço tributário pelo ISS no item 52 da Lista, compreenderia o «leasing», arrendamento mercantil, na linguagem da Lei 6.099, de 12-9-74, art.

1º, parág. único, ou «arrendamento financeiro», segundo Penalva Santos («Leasing», RF, 250/46, 57).

O «leasing» é, na verdade, um contrato complexo, porque composto de elementos integrativos e caracterizadores de vários contratos: locação, compra e venda, financiamento, mútuo.

Importa verificar, pois, no caso, o elemento factual que predomina no «leasing», vale dizer, importa perquirir, na hipótese, se o elemento factual que predomina no arrendamento mercantil é o elemento tipificador da locação.

Esta é a questão.

Porque, se o elemento tipificador do «leasing» for aquele elemento que caracteriza a locação, é razoável o entendimento no sentido de que aquele é espécie desta.

A doutrina, ao que parece, caminha no sentido de caracterizar o «leasing» como espécie de locação, não uma locação comum, porque nele está presente, posto que de forma incerta, a opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário.

Fábio K. Comparato, escrevendo sobre o tema, leciona que «... sobre o «leasing» não incide o imposto federal sobre operações financeiras. Sem dúvida, o «leasing» pode representar economicamente uma operação de financiamento na aquisição do equipamento industrial ou comercial de uma empresa. Juridicamente, porém, a operação é veiculada nos moldes de uma locação, com opção unilateral de compra...» («Contrato de «Leasing», RF, 250/7,11; RT, 389/7,13). Para Garcia Hilário, o «leasing» poderia ser classificado como arrendamento (RF, 250/70,75). Luiz Mélega entende que o «leasing» está sujeito ao ISS, tendo em vista o item 52 da Lista, «sob o nome genérico de «Locação de Bens Móveis», instituto de que o «leasing» é um caso particular. («Aspectos Fiscais do «leasing», RF 250/89,98; «O «Leasing» e o Sistema Tributário Brasileiro», Saraiva, 1975, pág. 77). Para Tavares Paes, o «leasing» é forma peculiar de locação, pelo que está sujeito ao ISS («Leasing», RT, 1977, pág. 31).

Segundo El Mokhtar Bey, o que predomina no «leasing» é a locação: «C'este le contracte de location qui constitue, assumement. l'instrument juridique fondamental de l'opération de leasing ou crédit bail.» («La Symbiotique dans Les Leasing ou Crédit-Bail», pág. 3, § 1º).

Para Sampaio de Lacerda, o «leasing» constituiria uma operação financeira. («O «leasing» e a sua aplicação no campo do direito aeronáutico», RF, 250/425). Isto, entretanto, não ocorre. É que a sociedade que pratica o «leasing» não faz nenhum empréstimo de dinheiro. O que ocorre, na operação de «leasing», é a cessão de equipamento mediante uma certa remuneração, com a opção de compra no final do contrato. Em termos econômicos, pode-se afirmar que o elemento desse contrato está presente no «leasing»; em termos jurídicos, entretanto, o elemento que está presente é o da locação: cessão de equipamento, do bem, mediante o pagamento de um aluguel.

Sendo assim, certo que predomina no «leasing» a locação, razoável é o entendimento de sujeitar-se essa operação ao ISS, presente o item 52 da Lista.

Esta é, na verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 108.665-SP, Relator o Ministro Oscar Corrêa, *DJ* de 16-5-86).

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 61 — SP — (Reg. nº 89.8248-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Fenícia S/A Arrendamento Mercantil. Advogados: Drs. Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral e Ives Gandra da Silva Martins e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e ao mesmo dando provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Miguel Ferrante, Américo Luz e Ilmar Galvão, pediu vista o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Segunda Turma, 30-8-89. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: O Direito é sistema de institutos. Cada qual com sua identidade. Não se repetem. Alguns denominados complexos porque, estruturalmente, reúnem elementos de outros, caracterizando, porém, unidade jurídica.

A compra e venda é contrato oneroso entre duas pessoas, uma das quais se obriga a transferir o domínio de coisa certa a outra, e esta a pagar-lhe o preço.

A locação é contrato pelo qual uma das partes se obriga com outra, mediante retribuição, a ceder-lhe; por prazo determinado, o uso e gozo de coisa não fungível, a prestar-lhe serviço ou executar certo trabalho.

Esses dois institutos são clássicos, estruturados no Direito Romano.

A vida moderna, a complexidade das relações, o crescente vulto de operações civis e comerciais têm estimulado a criatividade de modo a facilitar a realização de negócios. Fatos novos impulsionam normas novas.

A dificuldade de aquisição de bens provocou a criação do consórcio, difundiu prestação de serviços de modo inusitado, há alguns anos, como, por exemplo, locação de veículo, para o contratante mesmo dirigi-lo. No Japão, noticiam revistas especializadas, difundem-se empresas que colocam à disposição de outras, robot para a execução de tarefas especializadas. É a dinâmica da economia.

Debate-se, então, a natureza jurídica desses novos contratos, particularmente para definir se a locação é de coisa ou de serviço, ou mesmo pertença a categoria especial. Os chamados contratos nominados, parece, são insuficientes para fornecer resposta precisa.

Nessa mesma linha, a polêmica relativa aos contratos firmados com os Parkshoppings, onde, sustentam alguns, predomina, não obstante a cessão de uso de espaço físico, prestação de serviço, publicidade, promoções, fundo de comércio. Na espécie, o fundo de comércio é formado pela instituição, do qual se beneficia o comerciante individual. Prevaleceria, no caso, o empreendimento, de que a locação seria apenas um aspecto.

O «leasing» é instituto novo. No dizer de Garrido Torres, técnica moderna que permite ao empresário desenvolver seu negócio, sem o ônus da imobilização, ao mesmo tempo que lhe faculta utilizar-se, imediatamente, dos mais avançados equipamentos, máquinas e instalações modernas, veículos novos e, até, imóveis, sob a forma de aluguel (Rev. Infração Legislativa nº 68, pág. 226).

O «leasing» realça dois elementos, aproximando-se da locação e da compra e venda.

Se a semelhança é indiscutível, a identidade não se revela evidente.

Tem-se, *data venia*, instituto complexo. Conseqüentemente, autônomo. Há aspecto da locação de coisa e da promessa de compra e venda. Não se confunde, porém, com nenhum deles. Amálgama com características próprias. Tanto no aspecto objetivo, como no aspecto subjetivo.

Objetivamente, há a cessão de uso e gozo de uma coisa.

Subjetivamente, os contratantes não se confundem com locador e locatário. Falta *animus* de restituir a coisa, no prazo convencionado. Ao contrário, pactuam que após certo tempo, em cujo período, por ser oneroso, é efetuado pagamento periódico e sucessivo, como retribuição pelo uso e gozo do objeto. Todavia, esgotado o lapso temporal, e satisfeito o pagamento, é ensejada a transferência do domínio da coisa. Ainda que haja prorrogação, o arrendatário continua titular do direito de opção.

Configura, diga-se, assim um *tertium genus*. Repita-se, logicamente, autônomo.

De qualquer modo, tem a cessão de uso e gozo em favor de terceiro, própria da locação. Não é, entretanto, a clássica locação. Acrescenta-se a faculdade de aquisição, geralmente, acresceu tendo-se o preço residual. Com isso, aproxima-se da promessa de venda e compra.

A Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974 estatui no art. 5º:

«Os contratos de arrendamento mercantil conterão as seguintes disposições:

- a) prazo do contrato;
- b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a um semestre;
- c) opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário;
- d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula.»

Não há «leasing» sem arrendamento, sem que bens sejam postos à disposição e para uso próprio do arrendatário. Acrescida essa situação da opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade desse contratante.

«Leasing», pois, normativamente é unidade; faticamente, aspecto de locação com opção de compra ou de renovação de contrato.

O Direito Tributário, concorda-se, obedece ao princípio da anterioridade da lei no tocante à definição do fato imponível e à alíquota.

Não se pode perder de vista, entretanto, que os conceitos podem variar, nos diversos setores dogmáticos, apesar da identidade literal.

Assim, domicílio, conceitualmente, é diferente para o Direito Civil e o Direito Administrativo. A nomenclatura é secundária.

A definição de locação como fato gerador não é subordinada ao conceito de Direito Civil ou de Direito Comercial. Urge realçar o conceito econômico, em decorrência do que «prestação de serviços» não se restringe ao trabalho físico ou intelectual de uma pessoa para outra. Compreende outras atividades, como de colocar serviço ou coisas à disposição de outrem. Presta serviço o trabalhador braçal, o motorista de praça, o corretor, o comerciante que se põe à disposição do público para oferecer serviço manual, cessão temporária de objetos ou habilidade artística. A prestação de serviço é o fim. A concretização do serviço é circunstancial.

A Recorrida atua na área de financiamento. Sem dúvida, presta serviço, no sentido econômico do termo. Relevante então para o Direito Tributário. E presta-o a partir do instante em que se coloca à disposição de outrem, na espécie dos autos, para celebrar arrendamento mercantil.

Insista-se, os conceitos do Direito Tributário são originários, autônomos e constitutivos. Não são mera projeção especular do que foi definido em outras áreas.

Assim, não obstante a nulidade e a anulabilidade, nos termos dos artigos 145 e 147 do Código Civil, o ato é relevante para o fisco. Diga-se o mesmo das ações criminosas e imorais.

Os elementos do fato gerador incluem o chamado «valorativo», qual seja o significado econômico.

Rosa Jr. «Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário», Freitas Bastos, São Paulo, 1985, 5ª ed., pág. 277, esclarece:

«Assim o art. 118 do Código Tributário Nacional reconhece a autonomia do Direito Tributário em relação ao Direito Privado, bem como consagra, embora de forma não expressa, a adoção pelo Direito Tributário da denominada interpretação econômica, ao fazer prevalecer os efeitos econômicos dos atos sobre a sua validade jurídica e sobre a natureza do seu objeto.»

No RE nº 106.047, do Supremo Tribunal Federal, de que foi Relator o eminente Ministro Rafael Mayer, decidiu-se:

«ISS. Arrendamento mercantil de coisas móveis («leasing»). Incidência do Imposto sobre Serviços, subsunção no item 52 da Lista de Preços.

Razoável, o entendimento de que a prestação habitual pela empresa, de serviço consubstanciado no arrendamento mercantil («leasing») de bens móveis, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista.»

Na motivação, afirmou:

«Efetivamente, o contrato de arrendamento mercantil, na modalidade «leasing»... envolve locação de bens móveis, embora não se reduza à mera locação, ocorrendo a circunstância de, preponderantemente, tratar-se de prestação de serviços.»

Acrescenta:

«... não significa que, no âmbito tributário se alije das obrigações fiscais, já que sensíveis repercussões econômicas dela defluem...» (RTJ, 116/813).

Dou provimento ao recurso, acompanhando as douças considerações do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 61 — SP — (Reg. nº 89.8248-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Fenícia S/A — Arrendamento Mercantil. Advogados: Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral e Ives Gandra da Silva Martins e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e ao mesmo deu provimento. (Segunda Turma — 8-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante, Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.



RECURSO ESPECIAL Nº 184 — MS

(Registro nº 89.0008417-8)

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

Recorrente: *Amaury Pellozzi Paim*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*

Advogado: *José da Fonseca S. Filho*

EMENTA: Recurso especial. Pressupostos ao seu conhecimento. Determinação de subida do recurso para melhor exame. Peculato e excesso de exação continuados, praticados por oficial de serventia oficializada.

1. A determinação de subida do recurso para melhor exame, ou o provimento do agravo de instrumento, retirado da decisão negatória de seguimento ao recurso excepcional, não prejudica o exame do cabimento da insurgência (art. 316 do RISTF, Súmula nº 289 do STF e art. 254, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal).

2. Negativa de vigência ao art. 312 do CPB. Insubstituente a alegativa quando o oficial de serventia oficializada recebe os valores relativos a custas e emolumentos, por incumbência legal deles se apropriando.

3. Dissídio Jurisprudencial. Desatendimento às normas regimentais (art. 322 do RISTF e Súmula nº 291 do STF e parágrafo único do art. 255 do RISTJ) quanto à demonstração do dissídio pretoriano; não bastando, a tanto, mera reprodução de ementas, impertinentes, ademais.

4. Ausência de interesse de agir quanto ao delito de excesso de exação, em razão de exclusão da pena, por equívoco do acórdão hostilizado.

5. Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, nestes termos:

«Do respeitável acórdão, em que resultou condenado a 5 anos de prisão, multa, e ainda à perda do cargo de Oficial e Tabelião da Comarca de Bataguáçu, interpôs, Amaury Pellozzi Paim, Recurso

Extraordinário. O apelo extremo teve o seu seguimento determinado através de agravo de instrumento, em que o Ministro Octávio Gallotti prolatou o seguinte despacho:

«Subam os autos, com as razões das partes, para melhor exame do recurso extraordinário» (fl. 228 do agravo apenso).

Emitindo parecer no Recurso Extraordinário, assim se pronunciou o então vice-Procurador-Geral da República, hoje Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga:

«Negativa de vigência dos artigos 312 e 316, § 1º, ambos do Código Penal, bem como dissídio pretoriano sobre os mesmos artigos da lei penal são os fundamentos do recurso (fls. 526/536). Como se vê, não há matéria constitucional a ser examinada por essa Excelsa Corte e, em virtude da instalação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário converteu-se, *ipso jure*, em recurso especial, competindo àquele Tribunal o seu julgamento, nos termos do art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal vigente. Pelo exposto, conforme precedentes, opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial e, conseqüentemente, pela sua remessa ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça.»

O eminente Ministro Relator acolheu esse ponto de vista e determinou a remessa do processo ao Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta o recorrente que o fato descrito na denúncia não tipifica o delito descrito no art. 312 do Código Penal. É que o recorrente não teria por atribuição receber

«custas ou emolumentos das partes».

Diz, concluindo, que as pessoas que lhe teriam entregue o numerário o teriam feito em «razão do exercício da função pública», mas não «em razão do cargo». Assim, raciocina, não estaria tipificado o delito.

Diz, finalmente, que o fato perpetrado pelo recorrente e considerado peculato é atípico.

No concernente à pena de perda do cargo, diz que o acórdão recorrido dissente da decisão do seguinte teor:

«Pena acessória de perda da função pública aplicada automaticamente em face do art. 68, I, do CP. Dissídio jurisprudencial comprovado. Recurso extraordinário conhecido nesta parte para cassação da pena acessória, adotando-se a orientação dos acórdãos paradigmas, por ser a que melhor se adapta à concepção moderna do direito de punir, que, abandonando teses abstratas, se atém às circunstâncias do crime e à personalidade do agente (RT 552/436).

Sustenta, também, que não se configura *in casu* o delito tipificado no art. 316, § 1º, pois a decisão que condenou o recorrido por

excesso de exação diverge da colacionada às fls. 534/5, onde se teria reconhecido que não se caracteriza o excesso de exação no comportamento do escrivão que recebe custas a maior, especialmente quando não houve coação para o recebimento, como no caso presente.

Sustenta que condenação pelo art. 316, § 1º, do CP importa negativa de vigência ao mesmo dispositivo legal, uma vez que aplicado ante realidade fática que não se subsume na mesma figura típica.»

Ao fim, o douto agente do parquet opina no sentido de que: a) não se conheça do recurso, com relação ao peculato e à perda da função pública; se conhecido, por que não se proveja; b) se conheça e se dê provimento ao recurso com relação ao excesso de exação, a fim de que o réu seja absolvido de tal imputação com respaldo no art. 386, II, do CPP; c) em consequência se reajuste a pena privativa de liberdade, imposta ao réu, que passará a ser de 4 anos, cujo início de cumprimento há de ser pelo regime aberto; d) quanto ao mais seja mantido o respeitável acórdão.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Recurso Especial. Pressupostos ao seu conhecimento. Determinação de subida do recurso para melhor exame. Peculato e excesso de exação continuados praticados por oficial de serventia oficializada.

1. A determinação de subida do recurso para melhor exame, ou o provimento do agravo de instrumento, retirado da decisão negatória de seguimento ao recurso excepcional, não prejudica o exame do cabimento da insurgência (art. 316 do RISTF e Súmula nº 289 do STF e art. 254, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal).

2. Negativa de vigência ao art. 312 do CPB. Insubsistente a alegativa quando o oficial de serventia oficializada recebe os valores relativos a custas e emolumentos, por incumbência legal, deles se apropriando.

3. Dissídio Jurisprudencial. Desatendimento às normas regimentais (art. 322 do RISTF e Súmula nº 291 do STF e parágrafo único do art. 255 do RISTJ) quanto à demonstração do dissídio pretoriano; não bastando, a tanto, mera reprodução de ementas, impertinentes, ademais.

4. Ausência de interesse de agir quanto ao delito de excesso de exação, em razão de exclusão da pena, por equívoco do acórdão hostilizado.

5. Recurso Especial não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): O recorrente, consoante está muito bem posto na parte expositiva da manifestação ministerial, objeto do relatório, sustenta que o acórdão recorrido negou vigência aos artigos 312 e 316, § 1º, ambos do Código Penal Brasileiro, além de dissentir de julgado do STF (RE 93.878-SC) e do TJ-SP (AC nº 20.475-3).

Inicialmente, é pertinente lembrar que a determinação de subida do Recurso Especial, por decisão proferida no Agravo de Instrumento, em nada prejudica o exame do cabimento da insurgência excepcional, consoante previsão do § 1º, do art. 254, do Regimento Interno deste Tribunal, e art. 316 do RISTF.

Mutatis mutandis, aplica-se à espécie a Súmula nº 289 do STF, nestes termos:

«O provimento do agravo, por uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem ressalva, não prejudica a questão do cabimento do recurso extraordinário».

Aprecio, então, preliminarmente, o cabimento do Recurso Especial, nos moldes em que disciplinado no texto Constitucional e na normação correspondente ao recurso extraordinário para as hipóteses atualmente da competência desta Corte.

No que se refere à negativa de vigência ao art. 312 do Código Penal, assevera o recorrente, em linhas gerais, que não tinha ele, por atribuição, receber custas ou emolumentos das partes.

Nessa toada, não poderia ser-lhe imputado o delito de peculato, consoante lição de Nelson Hungria, *in verbis*:

«Conceitualmente, a preexistente posse deve ter-se operado em razão do cargo, isto é, faz-se mister uma íntima relação de causa e efeito entre o cargo e a posse. Não basta que a res tenha sido confiada *contemplatione officii*, é preciso que a sua entrega ao funcionário resulte de mandamento legal (*ex vi legis*) ou, pelo menos, de inveterada praxe, não proibida por lei. Se na apropriação indébita a coisa é confiada ou entregue voluntariamente, no peculato a posse ou detenção resulta da confiança imposta pela lei como indispensável ao cargo público exercido pelo agente. Assim, se confio particularmente dinheiro ao meu vizinho e amigo Tício, que é fiel de tesoureiro na repartição do Imposto de Renda, para que pague aí o meu débito fiscal, e ele se apropria da quantia, há apropriação indébita, e não peculato. A confiança, deve merecê-la o agente, não por sua qualidade genérica de funcionário público, mas porque titular do cargo que o torna competente, na ocasião, para o recebimento e conseqüente posse. Atente-se em que a lei fala «em razão do cargo», e não «em razão do exercício de função pública, cumprindo que se não confunda *munus* público como cargo público. Assim, a infidelidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário, de nomeação do juiz, quanto aos valores que nessa qualidade lhe foram confiados, constitui apropria-

ção indébita qualificada, e não o crime de que ora se trata, conforme, aliás, expressamente dispõe o § 1º, II, do art. 163» (in «Comentários ao Código Penal», Vol. IX, p. 340, ed. Forense, Rio 1959).

Os ensinamentos do insigne mestre Hungria, entretanto, não aproveitaram ao recorrente, como muito bem lembrou o ilustre Relator do acórdão recorrido, pois como titular de serventia oficializada, tinha ele a atribuição de receber os valores relativos aos atos que praticava, por força do que dispõe o art. 22 da Lei Estadual nº 340, de 7 de junho de 1982 (Regimento de Custas).

A propósito, assim encontra-se posta a norma em comento:

«Art. 22. As custas e os emolumentos recebidos pelas serventias oficializadas serão recolhidas em estabelecimento de crédito autorizado.»

Isso seria mais que suficiente para recusar as investidas listadas no apelo extremo, em nada impressionando a Norma de Serviço de 1979, editada pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado, parcialmente reproduzida à fl. 532, que teria disposto de modo diverso, já que, ao que tudo indica, era anterior à Lei nº 340/82. E mesmo que posterior, não poderia, à evidência, alterar o comando legal.

Por último, nessa caminhada, o acórdão recorrido interpretou norma local, a Lei Estadual nº 340/82, dando-lhe a exata exegese em face à hipótese em julgamento, cumprindo não olvidar que «por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário» (Súmula nº 280 do STF).

Não houve, por conseguinte, qualquer vulneração ao texto de lei federal, no caso o art. 312 do CP, o que faz descabida a irresignação extrema.

Relativamente ao dissídio jurisprudencial, não atendeu o recorrente às disposições regimentais pertinentes, ou seja, o art. 322 do RISTF e a Súmula nº 291 do STF, vigente à época da prolação da decisão que negou seguimento ao recurso *sub examine*, retratada, de igual, no art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte, vez que se limitou à transcrição de ementas que, sequer, têm pertinência com o discutido nos autos, sem indicar, pormenorizadamente, as circunstâncias que identificam os casos postos em confronto.

Nem mesmo a simples alusão de que o acórdão recorrido, também, teria negado vigência ao art. 316, § 1º, do CPB — porque teria divergido de aresto do STF —, aproveitaria à tese sustentada no recurso excepcional.

É que houve flagrante equívoco na decisão hostilizada, consoante se lê às fls. 514/515, *verbis*:

«No que tange à dosagem da pena, tendo o ilustre Juiz reconhecido a existência do crime continuado, que efetivamente ocorreu, já que o apelante, mediante mais de uma ação praticou vários crimes de peculato e vários de excesso de exação, que estão unidos

pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, correto foi o aumento no máximo previsto na lei, ante o grande número de infrações. Houve, no entanto, engano ao aplicar penas cumulativamente dos crimes de peculato e excesso de exação, como se houvesse concurso material, e, ao mesmo tempo, aumentou as penas aplicadas a cada um desses delitos, ante a continuidade. Ora, tendo ocorrido o concurso de crimes, e reconhecendo o Juiz que o foi na forma continuada, deveria aplicar a pena consoante o determinado no art. 71 do Código Penal, não como fez, já que não pode o concurso de crimes ser ao mesmo tempo material e continuado. Ou é de uma forma, ou é de outra.

Diante disso, merece reparo a sentença, para dela se excluir a pena de onze meses e vinte dias de detenção, referente ao crime do art. 316, § 1º, do Código Penal, mantendo-se a pena de cinco anos de reclusão e multa de vinte e cinco dias, à razão de Cz\$ 20,00 cada dia-multa, por ser a privativa de liberdade a mais grave das aplicáveis aos crimes, já com os aumentos de dois terços, ante o determinado no art. 71, do Código Penal.»

Ora, o magistrado de 1º grau deu pela existência de vários crimes de peculato em continuidade e vários crimes de excesso de exação, também em continuidade.

O aresto atacado, entretanto, entendeu que houve continuidade delitiva entre as duas infrações, reciprocamente, daí ter excluído a pena do delito de excesso de exação, sem que houvesse recurso por parte do Ministério Público.

Mas isso, repita-se, não foi o que reconheceu a decisão monocrática, segundo se lê das fls. 366/367, nestes termos:

«Ante o exposto e o mais que dos autos consta julgo procedente em parte a denúncia de fls. 02/05, para, deixando de reconhecer o concurso material, condenar o réu Amaury Pellozzi Paim, qualificado nos autos, como incurso nas penas dos arts. 312 cc o art. 71 e 316, § 1º, cc o art. 71, todos do C. Penal, e tendo em vista a culpabilidade e personalidade do agente e mormente as conseqüências do crime, deixando em delicada situação a imagem do Poder Judiciário na opinião pública local, com relação ao art. 312 do C. Penal, fixo a pena-base em 3 anos de reclusão, e multa de 15 dias multa à razão de Cz\$ 20,00 (vinte cruzados) cada dia multa, pena essa que nos termos do art. 71 do C. Penal, elevo de 2/3 (dois terços), perfazendo-se em 5 anos de reclusão e 25 dias multa, à razão de Cz\$ 20,00 cada dia multa. E com relação ao crime tipificado no art. 316, § 1º do C. Penal, fixo a pena-base em 7 meses de detenção, aumentando-a de 2/3 com arrimo no art. 71 do C. Penal, perfazendo-a em 11 meses e 20 dias de detenção, penas estas que torno definitivas diante da ausência de circunstância atenuante ou agravante e de motivos de aumento ou diminuição da pena.»

O equívoco no acórdão hostilizado, como demonstrado, conduziu a que a nobre Subprocuradoria assim se manifestasse:

«Nestas condições, e por entender que a hipótese é de provimento parcial do recurso, absolvendo-se o recorrido pelo excesso de exação, e confirmando-se a condenação pelo peculato, a pena fixada no acórdão há que ser diminuída, pois o acórdão considerou o excesso de exação como continuação do crime de peculato. Ora, se no parecer está-se opinando pelo provimento do recurso com relação ao excesso de exação, e se o excesso de exação foi considerado pelo acórdão — no que não se houve com acerto — como continuação do peculato, não se olvidando que peculato, em si mesmo, foi também considerado continuado, é lógico que a fração imposta no acórdão pela continuação há que ser reduzida, ficando em 1/3 ao invés de em 2/3. A pena privativa de liberdade desce então para 4 anos, resultado de uma pena-base de 3 anos pelo peculato, acrescida de 1 ano (aumento de 1/3 em decorrência da continuação criminosa). O regime inicial deve ser o aberto. Quanto ao mais, deve ser mantido o respeitável acórdão, inclusive na parte em que determinou a perda da função pública.»

Como já dito, a sentença apenou o acusado, pelo delito de peculato continuado, em cinco (5) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, o que restou mantido pelo acórdão recorrido, pouco importando, destarte, o equívoco acima referenciado, que teve por presente a continuidade entre peculato e excesso de exação.

Tal fato, ademais, é relevante ao deslinde do presente, na medida em que, pela ausência de sucumbimento no referente ao delito de excesso de exação — já que o colendo Tribunal simplesmente excluiu a pena imposta a esse delito e ausente insurgência da acusação — falta ao recorrente, nesse tópico, interesse de agir para ver apreciada a questão do dissídio pretoriano e da negativa de vigência ao art. 316, § 1º, do CPB.

Assim, porque não caracterizada a negativa de vigência ao art. 312 do CPB, além de não satisfeitas as exigências regimentais no tocante à demonstração da divergência jurisprudencial não conheço do recurso pelas alíneas a e c do art. 105, III, da Carta Política vigorante, no que diz com o delito de peculato. De outro modo, também não conheço do recurso, no referente ao excesso de exação, por ausência de interesse de agir, ante a falta de sucumbência do recorrente.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 184 MS — (Reg. nº 89.0008417-8) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Recte.: Amaury Pellozzi Paim. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado: José da Silva S. Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do Recurso (Em 6-11-89 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Minis. Assis Toledo, Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 189 — SP
(Registro nº 89.8422-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante*

Recorrente: *Maria Ivone Rodrigues*

Recorrido: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogados: *Dr. Gilson Lucio Andreta. Dr. Geraldo Carvalho*

EMENTA: Ação de Acidente do Trabalho. Prescrição.

Não sendo reconhecido pelo INPS o nexa causal entre o trabalho e a doença, o prazo prescricional da acidentária fluirá a partir do exame pericial que comprovar em juízo a enfermidade e a aquela relação. Compreensão da Súmula 230 do STF. Violação do art. 18, item II, da Lei 6.367/76. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso especial conhecido e provido para afastar a prescrição.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ILMAR GALVÃO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Maria Ivone Rodrigues, nos autos da ação de indenização por acidente do trabalho que promove contra o Instituto Nacional de Previdência Social, irresignada com acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, interpõe re-

curso extraordinário com argüição de relevância, baseando-se no art. 119, item III, letras *a* e *b*, do texto anterior à Carta de 1988.

Aduz, em síntese, a recorrente: que a decisão ora atacada erroneamente entendeu «que a data da alta médica que lhe foi concedida administrativa-mente seria o marco inicial da prescrição»; que, no entanto, «alta médica difere intrinsecamente de perícia a cargo do INPS», não podendo, aquela, servir de base na apuração do prazo prescricional; que, desta forma, evidenciada está a contrariedade ao art. 18 da Lei 6.367/76; que «o *decisum*» contraria decisões outras, em torno do mesmo assunto», ferindo, assim, o «princípio da igualdade de todos perante a lei»; que, «certos julgados entendem inexistir prescrição em ação decorrente de acidente do trabalho, dado o seu caráter alimentar», sobre o qual paira a incerteza de ser «reconhecido ou não pelo STF»; que, finalmente, o acórdão em debate, fere a «própria orientação do Pretório Excelso que expediu a Súmula nº 230, ainda em vigor, como também fere o julgado o princípio da uniformidade, garantido pela nossa Lei Maior».

Despacho do Vice-Presidente do TACSP, às fls. 148/149, indeferindo liminarmente o recurso extraordinário.

Foi interposto agravo, o qual restou prejudicado em face do acolhimento da argüição de relevância, que ordenou a subida do extraordinário.

Razões da recorrente, às fls. 181/184, e contra-razões da autarquia, às fls. 186/188.

Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo, às fls. 190/193, pelo deferimento do RE, tendo em vista a imprescritibilidade da ação acidentária.

Parecer da Procuradoria-Geral da República, às fls. 199/204, opinando pelo não conhecimento do apelo extremo, pois «inexistente a divergência frente à Súmula 230 e a qualquer dos arestos cotejados», além de, na hipótese, ocorrer a «prescrição do próprio Fundo de Direito».

No Supremo Tribunal Federal, em razão das alterações introduzidas pela nova carta, o Relator, despachando, converteu o extraordinário «em recurso especial adstrito ao tema tido como relevante e com fundamento nas letras *a* e *c*, do inciso III, do art. 105 da atual Constituição, remetendo os autos a este Superior Tribunal de Justiça, competente para decidi-lo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Cuida-se de recurso extraordinário interposto com base nas alíneas *a* e *d*, do item III, do art. 119, da Constituição de 1969, convolado em recurso especial, com arrimo nas letras *a* e *c*, do inciso III, do art. 105, da atual Carta, em que se alega negativa de vigência de lei federal e dissídio jurisprudencial na apreciação da matéria nele enfocada.

A recorrente ajuizou ação contra a autarquia recorrida, para haver benefício acidentário, por redução permanente de sua capacidade laborativa, decorrente de acidente de trabalho que sofreu a 21 de fevereiro de 1973, quando no exercício de função de escolhedeira e alimentadora para a empregadora Cia. Brasileira de Cartuchos. No evento, teve ela o pé esquerdo atingido por estilhaços de material explosivo, sendo hospitalizada e submetida a intervenções cirúrgicas, recebendo auxílio-doença acidentária da data do acidente até 13 de junho de 1973, com retorno de 19 a 21 de fevereiro de 1974, quando, sem ser periciada pela autarquia, recebeu alta médica, retornando ao trabalho. O acidente, como a seqüela da incapacidade permanente, estão cumpridamente comprovados nos autos, nem há, a esse respeito, contestação da recorrida. A perícia realizada em juízo conclui, taxativamente, que a recorrente

«... sem dúvida alguma apresenta seqüelas do acidente sofrido, tanto radiológicas como eletromiográficas, com deformidade do tarso e irregularidade marginal do cubóide, escafóide e 3º cuneiforme apresenta fragmentos metálicos na projeção do tarso, o quadro eletromiográfico evidencia processo neurológico periférico do pé esquerdo, mostrando, de acordo com a conclusão do Dr. Eduardo Carlos de Figueiredo Ferraz, juntado nos autos, comprometimento parcial de grau médio do nervo fibular em seu ramo terminal para o músculo pedial, sendo que em outro ponto do músculo houve perda total das fibras musculares devido ao trauma direto sobre o corpo muscular. Avaliou em 20% de atividade neste músculo.

A autora apresenta dores e deambulação neste pé e deverá fazer jus a 40% de auxílio-acidente.»

Em primeiro grau, a sentença acolheu a preliminar de prescrição suscitada pela autarquia, aduzindo que

«... o acidente típico foi reconhecido administrativamente pelo réu, que concedeu à autora correspondente tratamento médico e auxílio-doença, assim reconhecendo a incapacidade temporária.

Mas tal benefício cessou em 21-2-74, com a alta médica, e outro, por incapacidade permanente, não foi concedido em substituição. Logo, a Previdência Social, pelo exame de seus médicos, terminou por entender que houvera tão-só, e cessara, a incapacidade temporária e que inexistia seqüela permanentemente incapacitante.

Não se conformando com isso, deveria a autora, querendo, propor ação correspondente a partir daí e dentro do quinquênio previsto pela Lei 5.316/67 (vigente na ocasião do acidente e, portanto, reguladora do caso), quinquênio esse também estabelecido na posterior Lei 6.367/76.

Não o fez, contudo, a tempo. Ingressou em Juízo somente em 24-11-82 (fl. 2), quando já prescrita sua ação e depois de rescindido seu contrato de trabalho com a empresa para a qual trabalhou, na mesma função, por mais de 8 anos após o acidente (fl. 7).» (Fl. 95)

A par, refutou o argumento levantado pela autora e pela Curadoria de Acidentes, de que a ação acidentária não prescreve e, sim, apenas, as prestações, e fê-lo à invocação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, esposado no voto do Ministro Octavio Gallotti, relator do RE 106.605-3:

«O Supremo Tribunal Federal tem considerado o termo inicial do prazo com a cautela requerida pela finalidade social de infortunística... Jamais, porém, ao ponto de proclamar a imprescritibilidade do fundo de direito.»

Desta forma, entendeu o sentenciante ser a hipótese

«de prescrição que alcança a própria ação, por expressa e particular disposição legal, a que não se pode negar vigência.»

Bem assim, desacolheu a objeção de que a incapacidade não fora verificada em perícia a cargo da autarquia recorrida, na data em que a recorrente recebeu alta, argüindo:

«Por primeiro, tenha-se presente que o evocado direito sumulado não dispõe do efeito restritivo que se lhe quer atribuir; explicando-o, o ilustre Ministro Antonio Neder em voto proferido, deixou límpido que «dito verbete adotou critério de fixação do termo que inicia o prazo prescricional da ação adentária, mas não o impõe como único e necessário, nem afirma que a perícia deva ser judicial... Numa palavra, o Verbetes 230 da Súmula desta Corte não se reporta a certo e determinado meio legal de prova, mas, isto sim, a um critério pelo qual se pode fixar o termo inicial de um prazo» (RTJ, STF, 67/145).

Por outro lado, como a própria autora declarou que o quadro originário permanece «até hoje» (fl. 3, it. 5) e admitiu, mais, que o réu lhe concedeu alta médica (em 1974) e cassou o auxílio-doença, «negando benefícios em continuação» (fl. 90), tem-se que houve claro reconhecimento, por exame médico do INPS, de que a incapacidade era temporária, não permanente, o que basta para estabelecer aí o termo inicial do quinquênio prescricional, se inalterada a queixa da autora. A propósito, na Suprema Corte, o douto Ministro Thompson Flores se manifestou no sentido de que «se a enfermidade é a mesma e a incapacidade também é a mesma de... anos passados, se não houve alteração do estado de saúde do autor, nem dúvida quanto à doença que o afastou do trabalho... somente por amor ao absurdo se poderia sustentar que a prescrição da ação começara a correr do exame pericial» (RTJ, 81/113). Esse entendimento já resultou esposado pelo Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo no julgamento da Apelação 129.288/3ª Câmara, relator o digno juiz Roberto Grassi, em v. acórdão estampado *in JTACSP* 74/277.

No caso destes autos, a autora aceitou, sem nada reclamar, a negativa do réu em lhe conceder benefício por incapacidade perma-

nente e voltou, em fevereiro de 1974, ao exercício da função contemporânea ao acidente, nas quais se manteve até março de 1982, na mesma empregadora. Tardia, conseqüentemente; sua ação, fulminado que está, pela causa extintiva, o seu direito.» (Fls. 96/97)

Em grau de apelação, foi o decisório monocrático mantido, à consideração de que a tese da imprescritibilidade da ação acidentária encontra-se superada pela jurisprudência da Suprema Corte.

O acórdão considerou sem relevância a pretendida diferença entre exame pericial e alta médica, para efeito de início da contagem do termo *a quo* da prescrição, ao fundamento de que a «alta médica serve de marco inicial ao cômputo da *praes criptio*, pois ela deflui da cessação de um estado patológico de que tinha ciência inequívoca a autora, com reflexos em sua capacidade laborativa (RE nº 111.605-1-SP)». E conclui:

«Logo, se a alta médica ocorreu a 21 de fevereiro de 1974 e a ação apenas proposta mais de oito anos e meio após, ou seja, a 24 de novembro de 1982, para ser mais preciso, claro está que esta última providência efetivou-se quando já encoberto o pedido pela prescrição» (fl. 134).

O apelo especial dá como malferido o art. 18 da Lei 6.367, de 1976, e aponta divergência do julgado com a Súmula 230 do STF e com os arestos que traz à colação.

Sustenta o recorrente que o *decisum* laborou em erro ao entender que «a data da alta médica que lhe foi concedida administrativamente, seria o marco inicial da prescrição» (grifos do original). E enfatiza:

«Não haverá de prosperar tal entendimento, todavia. E a condução do julgamento nesse sentido é errônea, porquanto, simples alta médica, por facultativa do INPS, não é o mesmo que *perícia a cargo do INPS*, que tem setor próprio para a realização das mesmas. Sendo que, após a realização da perícia, é comunicado aos segurados através da «Comunicação de Decisão por Acidente do Trabalho» se foi concedido ou não o benefício. E isso a todos, indistintamente. E, neste passo, se a todos os segurados é emitida tal comunicação, concedendo ou não o benefício, não poderia a recorrente ser a única pessoa, entre os acidentados, a não receber tal comunicação. Fica, então caracterizado que a recorrente não teve reconhecida a sua incapacidade pelo recorrido. Ademais, após, solicitou benefícios e tratamento e não foi atendida, acrescentando-se notar que as seqüelas do acidente pouco a pouco foram minando a saúde da recorrente. E, conseqüentemente, se não foi reconhecida a incapacidade da recorrente administrativamente não se pode cogitar de prescrição da ação.» (Fls. 136/137).

Argúi, ainda, que o termo inicial da prescrição não se dá com a alta médica, mas sim, na hipótese, da perícia médica, a cargo do INPS, tal como previsto no art. 18, item II, da Lei 6.367, de 1976, providência que, no caso, não foi tomada.

A seguir a recorrente acentua a relevância da questão federal, concernente ao tema da prescrição da ação acidentária, que está, a seu ver, a reclamar tratamento definitivo, ante às vacilações da doutrina e da jurisprudência a respeito da matéria. E, ao fim, alega que o aresto contrariou decisões outras, entre elas, acrescenta o «RE nº 112, 3.366, relatado pelo Ministro Carlos Madeira», assim ementado:

«Ação de Acidente do Trabalho. Prescrição.

Não tendo o Instituto Nacional de Previdência Social reconhecido o nexa causal entre o defeito físico e o acidente sofrido pelo segurado, o prazo prescricional da ação acidentária, começa a fluir do exame pericial que, em juízo, o comprovar. (Art. 18, II, terceira parte da Lei 6.367 de 1976). Recurso não conhecido.» (Fl. 138).

Cita mais dois acórdãos, discrepantes do julgado recorrido, ambos da E. Sétima Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Cível, de São Paulo, sob números 00369 e 000116, destacando, deste último, a seguinte fundamentação:

«Dispõe o art. 18, III, da Lei nº 6.367/76, que as ações de acidentes do trabalho prescrevem no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data em que for reconhecida pelo INPS a incapacidade permanente ou sua agravação, dispositivo que é consagração da Súmula nº 230, do Pretório Excelso.

Ora, após o acidente o obreiro recebeu alta, não tendo a autarquia reconhecido a incapacidade, de sorte que sequer havia iniciado o lapso prescricional quando a ação foi ajuizada.

Rejeita-se, portanto, a prescrição alegada.» (Fls. 144/145).

A esse enfoque, importa lembrar que o efeito jurídico da prescrição, como consabido, é por termo à incerteza dos direitos, «convalidando com o tempo — escreve Giuseppe Chiovenda — um estado de fato contrário ao direito e tornando-o jurídico ou sanando um estado defeituoso.» «Então — continua o mestre italiano — o que se perde com a prescrição é justamente o poder de mudar o estado de fato ou de direito defeituoso» («Instituições de Direito Processual Civil», Vol. I, págs. 61/62, trad. de J. Guimarães Menegale, Saraiva, 1942). A propósito do tema, disserta Mozart Victor Russomano: «A prescrição — apesar de algumas vacilações do próprio texto do Código Civil — nada mais é, modernamente, do que o desarmamento do direito subjetivo pela perda da ação que a ele corresponde. O prazo prescricional não macula o direito em si mesmo. Anula, apenas, sua capacidade defensiva, sendo esta a corrente dominante na doutrina contemporânea, inclusive no Brasil (Câmara Leal, «Da Prescrição e da Decadência», pág. 20; Clóvis Beviláqua, «Teoria Geral do Direito Civil», pág. 370; Carvalho Santos, «Código Civil Brasileiro Interpretado», 3º vol., págs. 371 e 372. (In «Comentários à Lei de Acidentes do Trabalho», Vol. II, págs. 80/81, ed. RT).

Ações há, porém, imprescritíveis, relativas a benefícios decorrentes de leis protetivas, como, a exemplo, o direito ao benefício previdenciário (art. 109, da CLPS).

No tocante à ação acidentária sustenta-se a sua imprescritibilidade, em face da natureza alimentar do benefício postulado. A Curadoria de Acidentes do Trabalho, assim se manifestou a respeito da questão:

«Deflui do próprio ordenamento jurídico a obrigação estatal de assegurar assistência ao acidentado ou ao alimentando.

Assim, as prestações por acidentes do trabalho equivalem às prestações de pensões alimentícias.

Falácia material e formal seria aquela de se estabelecerem conseqüências jurídicas processuais distintas a dois regimes jurídicos que se identificam em suas específicas finalidades.

Portanto, de se sustentar a imprescritibilidade *in genere*, das ações acidentárias. De forma contrária estar-se-ia a violar os princípios jurídicos que norteiam a precípua regulamentação legal da Infortunistica, subvertendo a sua estrutura como arcabouço lógico.

E registre-se, as normas positivas não vieram a acarretar qualquer transgressão ao referido conteúdo lógico dos amplos princípios que orientam a construção do sistema acidentário.

Assim, o artigo 17, I, da Lei 5.316/67, ao fixar o prazo de cinco anos para a prescrição, o faz no que tange às prestações por acidentes do trabalho, não se referindo, em seu espírito, à ação acidentária propriamente dita, vale dizer, o direito de ação da vítima. Este é intangível.

Tal conteúdo jurídico-positivo da Infortunistica foi encampado pela atual Lei em vigor, ou seja, a de nº 6.367/76, em seu artigo 18, III.

O Decreto regulamentador nº 79.037, em seu artigo 64, III, re-consagra a mesma estipulação legal.» (Fls. 114/115).

Deveras, do exame dos textos legais pertinentes, verifica-se que, entre nós, a questão sofreu tratamento diferenciado ao longo do tempo.

O Decreto-Lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, estabelecia, no *caput* de seu artigo 66, que todas as ações nele fundadas prescreveriam em dois anos.

Já a Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967, veio dispor, no seu artigo 17:

«Art. 17. Ressalvado o disposto no artigo 31, as ações referentes a prestações por acidentes do trabalho prescreverão em cinco anos, contados da data:

I — do acidente, quando dele resultar a morte ou incapacidade temporária, constatada esta em perícia médica, a cargo da Previdência Social.

II — em que ficar constatada em perícia médica, a cargo da Previdência Social, incapacidade permanente ou sua agravação.»

O artigo 31, mencionado no texto citado, está assim redigido:

«Art. 31. As ações fundadas em acidente ocorrido até 30-6-1970 prescreverão em dois anos, contados da data:

a) do acidente, quando resultar a morte ou incapacidade temporária;

b) do afastamento do trabalho por motivo de doença, nos casos de doença do trabalho;

c) da alta médica, em casos de incapacidade permanente resultante de acidente.»

De seu turno, a Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976, estabelece, no seu artigo 18, *caput*, que as ações referentes «a prestações por acidentes do trabalho prescreverão em 5 (cinco) anos, contados» das datas que especifica.

Assim, na sistemática do Decreto-Lei 7.036, de 1944, o prazo prescricional assinado no seu artigo 66, dizia respeito ao direito de ação, isto é, com que se desarmava o direito subjetivo do acidentado pela perda da ação que a ele correspondia. Com a Lei 5.316, de 1967, que se lhe seguiu, ressalvada as situações previstas no seu art. 31, a prescrição passou a atingir tão só as prestações vencidas.

Essa orientação foi mantida, já sem ressalva do artigo 31, da Lei 5.316, na citada Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976, que expressamente revogou os diplomas legais anteriores. No julgamento da Ap. Sum. 132.162-Santos, a 5.^a Câmara do 2.^o Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, decidiu:

«3. Não ocorre a prescrição da ação, conforme pleiteado pelo réu, em sua contestação e em seu memorial, visto que a acidentária, no regime da Lei 5.316/67, é imprescritível.

Este último Diploma Legal, da mesma forma que a Lei n.^o 6.367/76, não se refere à prescrição da ação, mas sim à das prestações vencidas e não reclamadas, conforme se infere, claramente, do texto do seu art. 17. O sistema, portanto, é diverso do Decreto n.^o 7.036/44 que, em seu art. 66, referia-se à prescrição da própria ação de forma imperativa. E tal diferença é plenamente justificável, não só em face da diferença de redação existente entre aqueles preceitos, como, também, porque a indenização prevista no Decreto é tarifada sendo, pois, liquidada instantaneamente e sem qualquer remanescente salarial, ao passo que na Lei n.^o 5.316/67, como, é claro, na 6.367/76, é ela de outra natureza, ou seja, de caráter mensal sucessivo no tempo, exceto, como é evidente, o caso do pecúlio.

A jurisprudência deste Tribunal é abundante a respeito, podendo-se citar os Julgados proferidos nos Processos n.^o 127, 946, 120.193, 119.939, 119.929, 92.257, 53.141, 47.487, 18.213 e Revista n.^o 4.727.

Não discrepa a doutrina, podendo-se mencionar o ensinamento de Ferreira Pires e Arrudas Robouças (Nova Legislação Acidentária, 1973, pág. 55), baseado na lição de Mozart Victor Russomano, o qual assevera, em síntese, que o direito ao benefício não prescreve, prescrevendo, apenas, as prestações vencidas, anteriores ao prazo assinalado pela Lei para cobrança em juízo.» (JTACSP, Vol. 75, pág. 341, Saraiva).

Na realidade, ao exame da legislação de regência, em princípio há de se admitir a imprescritibilidade da ação acidentária, cujos benefícios se equiparam aos alimentos do direito de família, estando, portanto, em jogo, dado a esse seu caráter alimentar, a própria sobrevivência do acidentado.

Contudo, inobstante essa natureza de imprescritibilidade, é iniludível que o legislador pode estabelecer prazo de prescrição, superado o qual tornam-se ineficazes os direitos do acidentado. Fê-lo, como vimos, com o Decreto-Lei 5.316, de 1967, mas, a legislação de regência que sobreveio a esses diplomas legais, fixou, tão-somente, a prescrição de prestações.

Dá poder-se-ia asseverar que no atual estágio do nosso ordenamento jurídico, a ação acidentária, é imprescritível, porquanto a legislação em vigor — Lei 6.367, de 19 de outubro de 1976 — não contempla — insista-se a prescrição de ações acidentárias, mas tão-somente a prescrição das prestações devidas por acidente de trabalho.

A jurisprudência tem convalidado esse entendimento, como dá notícia, entre outros, este acórdão da E. Sexta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

«Acidente do Trabalho — Prescrição — Restrição às prestações vencidas — Imprescritibilidade do direito de ação — Exegese do art. 17 da Lei nº 5.316/67.

O prazo prescricional de cinco anos, referido no art. 17 da Lei 5.316, incide em relação às prestações vencidas do benefício. Não atinge a ação, que é de natureza imprescritível.»

Na fundamentação desse aresto, destaca-se:

«O prazo prescricional de cinco anos, referido no art. 17 da Lei nº 5.316, incide em relação às prestações vencidas do benefício. Não atinge a ação, que é de natureza imprescritível. Aliás, a própria LOPS prevê a imprescritibilidade das ações relativas a benefícios previdenciários, não se entrevedo razão para que não se aplique o dispositivo a benefícios acidentários, em que a exigência de maior atuação, no campo social, sobreleva àqueles.

Não há absurdo (como pretende a sentença) nessa posição, se se entender o caráter alimentar do benefício. A proteção que se dá, acima de tudo, é do estômago. E a desinformação, o despreparo (às vezes a falta de confiança na própria justiça) não autorizam concluir a renúncia espontânea do benefício, que, se devido, em última

análise, representa a própria omissão do sistema de amparo e previdência do Estado.» (AC na Ap. Sum. 131.739, in «Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo», Vol. 75, págs. 304/305, Sarai-va).

No julgamento da Ap. Sum. 133.246, a E. Quinta Câmara do mesmo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo acentuou:

«É claro que, de acordo com a jurisprudência prevalente sobre o assunto, o benefício é imprescritível, somente prescrevendo as parcelas vencidas e não reclamadas oportunamente, isto é, dentro daquele prazo. Todavia, tal orientação refere-se às hipóteses em que o benefício é pago em parcelas, visto que sua incidência não torna possível em relação àquele que é pago de uma só vez, conforme acontece com o pecúlio, exatamente o caso destes autos» (ibidem, págs. 357).

É de se notar, também, que a tese da imprescritibilidade da acidentária, por igual, encontrou eco no extinto Tribunal Federal de Recursos, como dão exemplo os acórdãos nas Apelações Cíveis n^{os} 78.865-RS e 96.869-RJ.

A propósito, registro, na doutrina, este escólio colhido em «Comentários à Lei de Acidentes do Trabalho», de Mozart Victor Russomano:

«No sistema da legislação de 1944, como a reparação do dano sofrido pelo acidentado consistia em um pagamento indenizatório, efetuado de uma única vez, a regra era a prescrição do direito de cobrar em juízo o pagamento devido. É o que se depreende, claramente, do citado art. 66 e seu parágrafo do Decreto-Lei n^o 7.036, de 10 de novembro daquele ano.

De certo modo, a redação desse velho preceito parece ter-se refletido na nova redação adotada pela Lei n^o 5.316 e por seu Regulamento, ao tratar da matéria. A leitura dos textos de 1967 poderia fazer pensar em que, dentro de dois ou de cinco anos, conforme o acidente ocorra antes ou depois de 30 de junho de 1970, a ação deve ser movida contra o INPS, sob pena de estar prescrito o direito de ajuizá-la.

Não nos parece, porém, que esse entendimento seja correto. Ao menos, será difícil aceitá-lo pacificamente. E isso porque o art. 28 da Lei n^o 5.316, expressamente, diz que a legislação de Previdência Social será aplicável ao seguro contra acidentes do trabalho, em caso de dúvida.

Ora, o art. 57 da Lei Orgânica da Previdência Social, em seu corpo, é de uma clareza meridiana: os benefícios são imprescritíveis, em si mesmos, de modo que, a qualquer tempo, a parte interessada pode ajuizar ação contra o INPS; mas, prescreverão, isso sim, os pagamentos não reclamados no prazo de cinco anos, isto é, as prestações vencidas, não satisfeitas e não cobradas no último

quinqüênio, contado do ajuizamento da ação (Cf. nossos Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social, 1º vol., pág. 300, 2ª edição).

Entendemos que, por força do art. 28 da Lei nº 5.316, o disposto no artigo 57 da Lei Orgânica é perfeitamente aplicável aos casos em que se conta o prazo prescricional em matéria de acidentes do trabalho. O direito ao benefício (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão e os serviços em geral) não prescreve: prescrevem as prestações vencidas, anteriores ao prazo marcado por lei para cobrança em juízo. Prescreverão, porém, os benefícios que se caracterizem por um pagamento único, como é o caso do «pecúlio», porque, nessa hipótese, escoado o prazo prescricional, não há prestação vencida, nem vincenda, a cobrar.

Eis aí mais uma consequência da integração do seguro contra acidentes do trabalho no sistema da Previdência Social.» (Ob. cit. Vol. II, págs. 47/48).

Todavia, sem embargos desse entendimento que me parece mais razoável à compreensão da lei, por se tratar de benefício de prestações continuadas, tenho que a hipótese dos autos dispensa a abordagem dessa questão da imprescritibilidade da acidentária.

Com efeito.

Considero que, no caso, ocorreu violação do art. 18, inciso II, da Lei 6.367/76, ao eleger-se como termo inicial da prescrição a data em que a recorrente deixou de receber o auxílio-doença.

A assertiva da sentença de primeiro grau, mantida pelo acórdão, de que a alta médica, por si só, serve, na hipótese, de marco inicial para cômputo da prescrição, destoa do comando da legislação de regência. Nem sempre a alta médica indica a cessação de um estudo patológico como parece entender o julgado. Por isso mesmo, a lei exige, taxativamente, que a incapacidade seja verificada em perícia médica a cargo do INPS. A alta médica seria a consequência do resultado dessa perícia. A perícia objetiva demonstrar a relação de causa e efeito entre o acidente e a incapacidade. Assim, enquanto o acidentado não se submete à perícia não flui o lapso prescricional. Não sendo reconhecida pela autarquia a nexa causal entre trabalho e a doença, o prazo prescricional «se iniciará a partir do exame pericial que comprovar em juízo a enfermidade e aquela relação» (Lei 6.367/76, art. 18, II). Foi o que aconteceu no caso em foco: não tendo o recorrido reconhecido a relação de causa e efeito entre o trabalho e a enfermidade que acometeu a recorrente, a perícia judicial que chegou a essa constatação é que se constitui um marco do prazo prescricional, a teor da norma citada.

E não se diga, como fez o *decisum*, que a «autora aceitou sem reclamar, a negativa do réu em lhe conceder benefício por incapacidade permanente». Tratando-se de uma simples operária, em situação difícil, doente, necessitando de prover a sua manutenção, é explicável não tenha de logo reagido para reclamar o tratamento adequado que a autarquia estava, por

força da lei, obrigada a prestar-lhe. Some-se a isso a desinformação, a incerteza que gera a situação de desamparo, a condição humilde, e não será difícil concluir, *data venia*, que a objeção do julgado vem à margem do conhecimento da realidade das coisas. De qualquer sorte, a norma legal que exige a perícia dirige-se à autarquia, ora recorrida, e era dever seu realizá-la, no caso, o que não aconteceu. Não há, deveras, nos autos, notícia de que tenha ela, recorrida, submetido a recorrente a qualquer exame médico. Nem consta tenha convalescido qualquer exame porventura realizado para justificar a alta hospitalar, ou sequer dele tomado conhecimento. Na verdade, não houve, à época em que cessou o auxílio-doença, a diligência necessária para apuração do real estado de saúde da recorrente, descumprindo-se, destarte, a previsão legal.

Configura-se, pois, a hipótese de conhecimento do recurso pela letra a, do inciso III, do art. 125 da Carta Magna.

Vale agora lembrar que a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal é forte em estabelecer que o prazo prescricional, em acidente do trabalho, flui da apuração da moléstia e do nexos causal com o acidente, mediante exame médico, não importando tenha sido realizado em juízo ou no INPS. Essa a compreensão da Súmula 230. Nesse sentido anoto:

«Ação de acidente de trabalho. Prescrição. O lapso quinquenal, quando não reconhecida, pela Previdência Social, a causalidade entre o trabalho e a doença, tem início a partir do exame pericial que comprovar, em Juízo, a enfermidade e aquela relação. Artigo 18, da Lei nº 6.367/76 e Súmula 230 do STF.

Recurso conhecido e provido.» (RE nº 112.620-5-RJ)

A espécie, análoga à versada nestes autos, teve como relator o Ministro Carlos Madeira, cujo voto, acolhido à unanimidade, merece, por oportuno, integral transcrição:

«A controvérsia gira em torno da prescrição da ação de acidente de trabalho.

Segundo o laudo médico pericial, o recorrente sofreu acidente no dia 24-6-77, quando subia uma escada no interior da firma em que trabalhava, carregando um engradado de bebidas. Em consequência, ficou com uma escoliose na coluna dorso lombar. Em outro laudo, afirma o perito que a patologia da coluna do recorrente foi adquirida no trabalho, ou, pelo menos, o trabalho pode a ter agravado.

Ambos os laudos são de 1985.

O recorrente aposentou-se em 1982, mas é evidente que veio comprovar a natureza de sua incapacidade em 1985, inerente ao seu trabalho.

Ao sofrer o acidente, em 1977, teve ele apenas um mês de auxílio-doença previdenciário, continuando a exercer a mesma atividade, com o que perdeu a capacidade de trabalho.

Esse nexó causal entre a atividade exercida e a incapacidade física só veio a ser comprovado em 1985, no exame pericial.

O art. 18 da Lei 6.367/76, estabelece em seu inciso II, que as ações referentes a prestações por acidente do trabalho prescreverão em cinco anos contados da data:

- «— da data do pedido do benefício no INPS;
- do afastamento do trabalho;
- da ciência, dada pelo Instituto, do reconhecimento da causalidade entre o trabalho e a doença;
- não sendo reconhecida pelo Instituto essa causalidade, o prazo prescricional se iniciará a partir do exame pericial que comprovar, em juízo, a enfermidade e aquela relação.»

Ora, a última hipótese é exatamente a que se enquadra na Súmula 230 da Corte, que assenta que a prescrição da ação acidentária conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade.

A doença do recorrente é, tipicamente, doença do trabalho, somente comprovada em exame pericial realizado em 1985. Não ocorreu, assim, a prescrição, quinquenal.

Conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer a autoridade da sentença de primeiro grau.

É o meu voto.»

Na linha desse entendimento, registro, outrossim, o RE 82.025, rel. Min. Cordeiro Guerra, os RREE n.ºs 111.915-2 e 106.595, rel. Min. Djaci Falcão; RE 112.961-1, rel.: Min. Célio Borja; RE 103.147, rel.: Min. Néri da Silveira, e RE 105.605, rel.: Min. Octavio Gallotti.

Tenho, pois, que o acórdão igualmente diverge do entendimento substanciado na Súmula 230 da Suprema Corte, ensejando, também, por este lado, o conhecimento do recurso pela letra c, do item III, do art. 105, da Constituição Federal.

De quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para que, afastada a prescrição, prossiga-se como de direito.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, louvo o brilhante e minucioso voto do eminente Ministro relator. Parece evidente que, dizendo a lei que prescrevem as prestações, não há cogitar-se de prescrição do direito de ação. Prescrevem as prestações anteriores a 5 (cinco) anos da propositura da ação.

É preciso que se tenha em conta a situação do acidentado, que pode evoluir no tempo, através de seqüelas e dinamização das lesões apuradas em novo laudo pericial.

A decisão apontada no voto do eminente Ministro relator está em consonância com as normas legais aplicáveis, quer da Lei nº 6.367/76, quanto de seu Regulamento, o Decreto nº 79.037/76.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, como ficou claro, aqui, o caso é de um trabalhador acidentado que foi internado, obteve alta e voltou a trabalhar. Então, já nessa segunda fase, quando retornou ao trabalho, verificou que estava incapacitado. Ajuizou essa ação, no curso da qual foi submetido a perícia médica, havendo sido constatado que o acidente deixou seqüela, acabando por impossibilitá-lo para o trabalho. Não se trata aqui de aplicação de tese da imprescritibilidade da ação, mas da questão de saber-se qual é o termo inicial do prazo prescricional. Ora, verificado que houve uma evolução das conseqüências do acidente, que levou o trabalhador à incapacidade, embora algum tempo depois, parece-me ser fora de dúvida que é a partir dessa verificação que se conta o prazo prescricional das prestações, e não a partir do acidente, nem de quando se deu a alta hospitalar.

Acompanho V. Exa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, ouvi com atenção o brilhante voto do eminente Ministro Relator, que acompanha não só a evolução da legislação como também se afina, às inteiras, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conferiu atenção especial ao sentido material de Justiça que deve preocupar nas ações infortunisticas. Não tenho dúvida de que o brilhante voto proferido, em sessão anterior, pelo ilustre Ministro Miguel Ferrante, será, certamente, o voto líder para a jurisprudência nesta Casa. Acrescento, monocraticamente, como Relator, apreciei agravo de instrumento seguindo inteiramente aquela diretriz.

Acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 189 — SP — (Reg. nº 89.8422-4) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Miguel Ferrante. Recte.: Maria Ivone Rodrigues. Recdo.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advs. Drs. Gilson Lucio Andretta e Geraldo Carvalho.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 4-10-89 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro. Licenciado o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ILMAR GALVÃO, em face do que dispõe o § 4º do art. 162 do RI.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 202 — RJ

(Registro nº 89.008453-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Fausto C. Candiago e cônjuge e Mariza Machado Sastre e cônjuge*

Recorrido: *Manoel da Silva Veloso*

Advogados: *Drs. Paulo do Couto e Silva e outros, José de Aguiar Dias e outro e Sérgio Gonzaga Dutra e outros*

EMENTA: Processual Civil. Recurso Especial. Ação Ordinária Reivindicatória de Imóvel. Usucapião. Inexistência, por não caracterizado quando alegado como defesa. Artigos 154, 244, 300 e 535, do CPC; 214 da Lei dos Registros Públicos; e 859 do Código Civil. Súmula 237-STF.

I — Inocorrente a divergência, eis que o aresto atacado não esposou tese contrária ao entendimento sumulado, segundo o qual «o usucapião pode ser argüido em defesa» (Súmula 237 — STF), apenas dispondo não comprovados seus pressupostos.

II — Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Matéria julgada não provada na sentença e no acórdão é insuscetível de reexaminada na via estreita do Recurso Especial.

III — Não configurada omissão do julgado quanto aos alegados vícios no título aquisitivo de domínio e de seu registro, decorrente de decisões judiciais transitadas em julgado, que reconheceram a regularidade da cadeia sucessória, asseverando que somente em ação própria poderão ser apreciados, não se constituindo, pois, atos nulos de pleno direito.

IV — Não se pode acoiar de omissa decisão que limitou-se a resolver as questões postas em litígio, se não questionada oportunamente.

V — Inexistente ofensa aos artigos de leis ditos infringidos.

VI — Recursos não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer dos recursos especiais, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Adoto como relatório a parte expositiva do parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República de fls. 945/953, assim redigido:

«Mariza Machado Sastre e seu marido e Fausto C. Candiago recorrem extraordinariamente de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que confirmou decisão de primeiro grau, na parte em que julgara procedente ação reivindicatória de imóvel, ajuizada pelo ora recorrido, reformando-a apenas em matéria estranha à discutida nestes recursos extraordinários (fls. 601/608).

Cabe salientar que é este — o de fls. 601/608 — o acórdão recorrido, visto que os embargos infringentes foram opostos por Ré que desistiu de seu recurso extraordinário e tratavam de matéria diversa da que ora se aprecia (fls. 790/791).

O acórdão que motivou estes recursos repeliu o argumento de coisa julgada material relativa à aquisição do domínio do imóvel por usucapião, pelo pai da recorrente Mariza, visto que o teor do acórdão proferido em ação possessória anterior não afastou a possibilidade de discussão, nesta ação reivindicatória, da ocorrência da usucapião. Tal Acórdão limitou-se a proclamar a impropriedade da ação de imissão de posse ajuizada por simples promitente comprador (no caso, o recorrido) contra quem possuía o imóvel em nome próprio (o pai da recorrente Mariza, já falecido), como se lê na ementa copiada à fl. 87.

A simples menção, no corpo do acórdão, do fato de o pai da recorrente estar na posse do bem havia mais de vinte anos não equivalia à decisão de reconhecimento de usucapião, mesmo porque a lei prevê, para tal, processo especial, cujas regras não foram observadas, no caso (arts. 941/945 do Código de Processo Civil).

Observou-se, ainda, que, proposta mais tarde a ação de usucapião pelo espólio do pai de Mariza, o processo foi extinto por abandono da causa.

Mais uma vez, reiterou-se no acórdão recorrido que essa decisão do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro não impedia o exame, na reivindicatória, da alegada usucapião, tendo a sentença decidido corretamente ao considerá-la não caracterizada.

Opostos embargos de declaração pelos ora recorrentes, foram rejeitados pelo Tribunal (fls. 667/670), o mesmo ocorrendo com os embargos infringentes anteriormente referidos.

A petição de recurso extraordinário, de fls. 697/705, de Fausto Candiago, fundamenta-se no art. 119, inc. III, alínea *d*, da Constituição então vigente, porque o acórdão recorrido, ao negar a declaração de usucapião, por falta de atendimento aos pressupostos específicos dos arts. 941/945, do Código de Processo Civil, conflita com a Súmula nº 237, desse Tribunal, segundo a qual a usucapião pode ser argüida em defesa.

Também diverge de acórdão de outros Tribunais, quanto à ineficácia de fatos posteriores ao preenchimento das condições legais de aquisição da propriedade por essa via.

Segue-se a petição do recurso extraordinário de Mariza Machado Sastre e seu marido (fls. 707/726), fundado no art. 119, inc. III, alíneas *a* e *d*, da Constituição anterior, em que se alega:

a) infringência do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, dada a omissão, seja da sentença, seja do acórdão, em apreciar as alegadas nulidades do título de domínio do imóvel reivindicado e do seu registro;

b) infringência dos arts. 154, 244 e 300 do Código de Processo Civil, combinados com os arts. 214 da Lei dos Registros Públicos e 859 do Código Civil, deriva do entendimento, expresso no acórdão, de que tal matéria só poderia ser apreciada em reconvenção;

c) divergência com acórdãos que entendem desnecessária a reconvenção para tal efeito e com outros que admitem reconvenção implícita, sem procedimento formal;

d) negativa de vigência do art. 550 do Código Civil, porque estaria caracterizada a usucapião extraordinária, pela prova de posse mansa e pacífica do bem pelo pai da recorrente Mariza, de 1942 a 1962, sendo irrelevantes fatos posteriores a esse período;

e) dissídio com acórdão que afirma essa irrelevância;

f) omissão das decisões de primeira e segunda instâncias sobre os fundamentos da contestação dos recorrentes, como litisconsortes passivos facultativos, caracterizando violação das regras dos arts. 48, 75, inc. I, 76 e 350, todos do Código de Processo Civil;

g) divergências com acórdãos que consideram nula sentença que omite inteiramente julgamento sobre o litisconsorte.

O Senhor Presidente do Tribunal de Justiça indeferiu os recursos, por falta dos pressupostos de admissibilidade, visto que os dispositivos legais supostamente infringidos não foram oportunamente questionados, nem ficou demonstrada a alegada divergência jurisprudencial (fls. 823/826).

Embora só tenha sido apensados os autos do agravo de instrumento interposto por Mariza Machado Sastre e seu marido, há notícia, à fl. 904, também da determinação de Vossa Excelência de remessa do recurso de Fausto Candiago, para melhor exame.

Às fls. 906/907, Fausto reitera, resumidamente, os argumentos da petição anterior, de interposição do recurso.

Mariza e seu marido relatam, de início, como o pai dela teria adquirido, por via de usucapião, o domínio do imóvel reivindicado pelo recorrido. A seguir, enumeram fatos que, por serem posteriores a tal aquisição, em nada a afetam.

Depois, historiam a cessão, na qualidade de sucessores do pai da recorrente, dos direitos sobre o bem, fato determinante da denunciação da lide e de ingresso no feito.

Expõem, também, todos os elementos que constituíram prova da usucapião.

Arguem a nulidade dos títulos de domínio do recorrido, derivada de uma série de vícios que, segundo dizem, estariam provados, mas que tanto o acórdão quanto a sentença por ele confirmada entenderam apreciáveis apenas por meio de processo próprio.

Alegam, pela primeira vez em grau de recurso extraordinário, infringência dos arts. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e 153, § 3º, da Constituição da República então vigente, porque o acórdão teria desrespeitado a coisa julgada, relativamente à usucapião, ao ignorar acórdão do Tribunal de Alçada, proferido na ação de imissão de posse já mencionada.

Reiteram, por fim, a afirmação de que o acórdão, repetindo a sentença, seria omissivo quanto à participação dos recorrentes no processo, sendo incabível estender-lhes os efeitos de ações e omissões do litisconsorte (fls. 910/925).»

Acrescento que o parecer é pelo não conhecimento do recurso de Fausto Candiago, eis que ausentes os pressupostos de admissibilidade; e, quanto ao recurso de Mariza Machado Sastre e seu marido, pelo seu conhecimento, para que a instância inferior, apreciando a prova produzida, decida sobre a alegação da invalidade do título de domínio do recorrido e do respectivo registro.

Subindo os autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, face à instalação desta Corte, o Relator, Sr. Ministro Francisco Rezek, por despacho,

transformou o recurso extraordinário *ipso jure*, em especial, determinando a remessa dos autos a este STJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Acórdão, contra o qual se insurgem os recorrentes, restou assim ementado (fl. 601):

«Ação Ordinária Reivindicatória de Imóvel, cumulada com ressarcimento de perdas e danos. Inexistência de coisa julgada material no V. Acórdão que confirmou a sentença que julgou improcedente ação de Imissão de Posse anteriormente proposta. Não configuração do «usucapião extraordinário» em favor do Réu. Não pode ser considerado julgamento *ultra petita* medida que não foi expressamente pedida, mas que resulta da própria lei, qual seja a inexistência do direito de retenção quando for reconhecido ser o possuidor de má-fé (art. 517 do Cód. Civil). Procedência da ação confirmada. Agravo retido a que se nega provimento. Provimento parcial da 1ª apelação, para ajustar a condenação nas perdas e danos ao que fora requerido e que a sentença fixara *ultra petita*, negando-se provimento às demais.»

Os recorrentes, respectivamente, alegam divergência com a Súmula nº 237, do STF, e dissídio com julgados de outros Tribunais; negativa de vigência dos artigos 154, 244, 300 e 535, do CPC; 214 da Lei de Registros Públicos; e 859, do Código Civil.

O Recorrente, primeiro, *Fausto Candiago*, fundou seu pedido extremo, tão-só, na letra *d*, do permissivo constitucional anterior, arrazoando-o, como se vê às fls. 703, item 12, de sua petição, assim:

«Ao sustentar que a alegação de usucapião, apresentada como defesa, não pode ser acolhida porquanto «segundo o disposto nos arts. 941 a 945 do CPC, no Capítulo VII, Título I, do Livro IV, estabelece os requisitos a serem observados, inclusive, ciência dos representantes da Fazenda Pública da União, do Estado, do Distrito Federal, do Território e do Município, a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes, e, por edital, dos réus ausentes, incertos e desconhecidos, observado, quanto ao prazo, o disposto no art. 232, item IV, sendo de se ressaltar que o art. 944 do mesmo CPC estabelece que intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público, o que inocorreu, na espécie», na verdade o ven. acórdão sustenta, de maneira inequívoca, tese contrária à da Súmula nº 237 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.»

Essa Súmula, como se sabe, dispõe:

«O usucapião pode ser argüido em defesa.»

Contudo, ao contrário do que diz o recorrente, o venerando acórdão recorrido não afirmou tese contrária a esse entendimento, afinando-se, em verdade, com ele.

É ler o acórdão na parte que interessa, por inteiro (fls. 604/607):

«O V. Acórdão proferido na Apelação nº 41.555, de que foi Relator o Eminentíssimo Des. Wellington Pimentel, então Juiz da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Alçada do então Estado da Guanabara, e que manteve a r. decisão de 1º grau, sentença da lavra do Eminentíssimo Juiz Semy Glanz, os quais se encontram, respectivamente, às fls. 87/89 e 84/86, não pode ser considerado como fazendo coisa julgada material, para o fim de afastar a possibilidade de discussão da «usucapião», alegado pelo Réu na presente Reivindicatória.

O que se vê dos mesmos é que, àquela altura, quando da propositura da Ação de Imissão de Posse, o ora Apelado, possuía mera escritura de promessa de venda, que não estava, sequer, registrada no Registro Imobiliário competente, só o tendo sido no curso da ação e o V. Acórdão proclamou a impropriedade da ação de imissão de posse do promitente comprador contra quem possui em nome próprio e, assim, dispôs:

«O promitente comprador não é adquirente e este não tem ação de imissão de posse contra quem possui em nome próprio» (Ementa — fl. 87).

No corpo do Acórdão, em perfeita sintonia com a Ementa, dispôs:

«Acordam os Juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, em negar provimento à Apelação.

Assim decidem, porque do exame das provas dos autos verifica-se que o Apelante é mero titular de promessa de compra e venda do imóvel questionado, por sinal não registrada» sic (fl. 87).

E mais adiante:

«Efetivamente não é a ação de imissão de posse via apropriada para fazer com que o titular da posse *ad interdicta* dela se demita.

Se o terceiro possui *in nomine próprio*, a via adequada não é a da *missio in possessionis*, mas sim a reivindicatória, tanto mais quando se argúi, como ocorreu na espécie, na prescrição aquisitiva, sabido que *usucapio prodest tam ad agendum quam ad excipiendum*, vale dizer, pode a usucapião valer para agir, como para excepcionar, isto é, como meio de defesa. O primeiro Apelado sustenta ser possuidor, e disso faz

prova, há mais de vinte anos, sem levar em conta a posse que lhe foi transferida pelo antigo possuidor.

Não merece, pois, qualquer reparo a decisão recorrida que é, assim, integralmente confirmada» (*sic*) (fls. 88/89).

Vê-se, assim, que a afirmação «en passant» do V. Acórdão não pode valer por uma sentença de reconhecimento de usucapião, que, segundo o disposto nos arts. 941 a 945 do CPC, no Capítulo VII, Título I, do Livro IV, estabelece os requisitos a serem observados, inclusive, ciência dos representantes da Fazenda Pública da União, do Estado, do Distrito Federal, do Território e do Município, a citação pessoal daquele em cujo nome esteja transcrito o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes, e, por edital, dos réus ausentes, incertos e desconhecidos, observado, quanto ao prazo, o disposto no art. 232, item IV, sendo de se ressaltar que o art. 944 do mesmo CPC estabelece que o intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público, o que incoorreu, na espécie.

Não se pode olvidar, *in casu*, que o Espólio de Ideal Machado, representado por Ruth Costa Machado, de quem o ora Réu — 2º Apelante, teria obtido a «posse», propôs, perante a Vara de Registros Públicos desta Capital uma Ação de Usucapião, que se encontra apensada, por empréstimo, e que foi julgado extinto o processo, sem prejuízo de eventual novo ajuizamento, em razão do abandono da causa — (art. 267, III, CPC, c.c. o art. 267, § 1º, do mesmo diploma legal).

Inexiste, dessa forma, coisa julgada material no V. Acórdão apontado, a impedir o exame da existência, ou não, do pretendido «usucapião».

A r. sentença apelada, com minúcia, bem examinou a espécie e entendeu não estar caracterizada a usucapião extraordinária, cujos requisitos são a posse exercitada com animus domini, sem interrupção e nem oposição pelo prazo de 20 anos. «(o grifo não está no original).

De sua leitura fácil é compreender que o V. acórdão recorrido ao rejeitar a alegação de coisa julgada material, fê-lo, expressamente, adotando os fundamentos da sentença, que confirmou a qual examinando a *usucapião*, argüida em defesa, rejeitou-a por entendê-la não caracterizada em favor do réu.

Correto, portanto, o respeitável despacho recorrido quando consignou: «incoorreu a divergência, já que o venerando aresto atacado não esposou tese contrária ao entendimento sumulado. Em verdade a douta decisão, em momento nenhum, afirmou que a *usucapião* não pode ser alegada em defesa.»

De igual, a sustentada divergência com os acórdãos padrões colacionados pelo recorrente inexistente, porque cuidam eles da aquisição de domínio pela *usucapião* (fl. 704), matéria que julgada na sentença e no Acórdão recorrido, não provada nos autos, tornou-se insuscetível de reexaminada nesta via do recurso especial.

Inadmissível, assim, o pedido do primeiro recorrente quanto à letra *d*, dele não se pode conhecer.

Quanto ao segundo recurso, de *Mariza Machado Sastre* e seu marido *Wilfredo Sastre*, interposto com esteio nas letras *a* e *d*, do art. 119, nº III, da Constituição anterior, sustentam os recorrentes que o apresentam sob três fundamentos distintos que, resumidamente, expõem desenvolvendo-os na petição de recurso: «Primeiro: «não apreciação nas decisões de 1ª e 2ª Instâncias das nulidades que envolvem o título dominial de Manoel da Silva Veloso e respectivos atos registrais (fl. 708); Segundo: Negação de vigência do art. 550 do CC (fl 717)» e «Terceiro: Ausência de julgamento nas decisões de 1ª e 2ª Instâncias sobre os fundamentos da contestação formulada pelos recorrentes, na condição de litisconsortes passivos facultativos, entendendo, por isso, vulneradas as disposições legais já referidas.

Vejamos se tanto ocorreu.

Está no relatório da sentença de primeiro grau consignado os termos em que ofereceram sua contestação, os ora recorrentes, atendendo à denúncia da lide, requerida pela esposa do réu (fl. 503):

«Pela decisão de fl. 261, deferiu-se a litisdenúnciação aos autos, para oferecerem a sua resposta (fls. 263/265).

Nesta, sustentaram os litisdenunciados ter sido correta a litisdenúnciação, porquanto o imóvel, objeto da lide, teve sua posse adquirida pelo pai da litisdenunciada, em 1942, o qual durante 27 o possui, mansa e pacificamente, *animo domini*, ora o explorando pessoalmente, como depósito de materiais usados de construção, até 1954, quando construiu o prédio rústico de alvenaria de dois pavimentos, ainda existente, ora alugando-o a terceiros, culminando por locá-lo ao réu, em fevereiro de 1968. Com o falecimento do pai e da mãe da contestante, passou ela a perceber-lhe os alugueres e, na condição de locador, o Espólio de Ideal Machado aforou ação de despejo contra o ora réu, por infração contratual, decorrente de sublocação inconstitida. Tal ação foi julgada procedente e despejados os ocupantes do aludido imóvel, em 6-1-78, para, finalmente, em 12-1-79, ratificando contrato particular anterior, subscreveram os litisdenunciados escritura de cessão de posse, transferindo ao ora réu os direitos possessórios sobre o referido imóvel, pelo que assumem eles as responsabilidades sobre esse negócio e repudiam veementemente o alegado conluio, que lhes foi atribuído pelo demandante. Mesmo porque isso seria materialmente impossível, pois este jamais teve posse de qualquer espécie sobre o mesmo imóvel, porque tal posse sempre foi do pai da contestante que, desde de 1962,

já o havia adquirido por usucapião. Assim, quando em 1967 o autor ajuizou a ação de imissão na posse, tal ação, sobre ter sido julgada improcedente, não se constituiu em oposição eficaz, para a descaracterização dessa usucapião, pois a mesma já se consumara, como o entende torrencial jurisprudência de nossos Tribunais, sufragada pela doutrina pátria, que não dissente, no particular, dos pronunciamentos judiciais. Pediram, pois, a extinção do processo, sem julgamento do mérito, pelo reconhecimento de coisa julgada, adunando os docs. de fls. 266/267 vº.»

E, com relação à posição dos litisdenunciados, ora recorrentes, dispôs a sentença (fl. 508):

«Na vigência desse contrato de locação, os sedizentes herdeiros de Ideal Machado firmaram *contrato de cessão de direitos* com o réu no dia 15 de maio de 1978, pelo qual Mariza Machado Sastre *declara* que se tornou única e legítima possuidora do imóvel correspondente ao prédio de alvenaria nº 84, da Rua São Clemente, nesta Cidade, e demais benfeitorias, e do respectivo terreno em que se encontram as ditas benfeitorias» e *cede e transfere*, em definitivo, a partir da data da lavratura do instrumento particular, em caráter irrevogável, todos os seus direitos possessórios e obrigações sobre o imóvel ao réu, *autorizando-o a mover em seu nome a competente ação de usucapião*» (fl. 138). Em 12 de janeiro de 1979 foi lavrada escritura pública de cessão (fls. 139/140), tudo com o objetivo de, *ex vi* do art. 496 do Código Civil, *unir a posse dos antecessores à posse do réu*, que se diz *efetiva* desde 15 de maio de 1978 (cláusula 3ª da escritura de fls. 139/140).

Entretanto, o réu sempre se insurgiu (até recentemente) contra a pretensão de Ideal Machado, por ele rotulado de criminoso, porque *falsário e estelionatário*, eis que se fazia passar por proprietário do imóvel para arrancar, a tal título, «polpudas luvas» para concordar com a transferência de contratos de locação... (fls. 66/72 dos autos da ação de usucapião, em apenso de fls. 449/455 destes autos).

Por isso ele, Candiago, ora réu, teria entrado numa «fria» (*sic*) ao adquirir «as quotas da firma Oficina Mecânica Gaivota Ltda.»

É surpreendente a mudança de opinião do réu a respeito dos direitos possessórios do falecido Ideal Machado, pois na ação de usucapião disse que os sucessores não têm qualquer direito ao imóvel porque o *de cujus* não mantinha posse do dito bem, *nem direta e nem indireta*, dada a nulidade do contrato de locação.

«Em fins de 1969, Ideal faleceu, e seus sucessores continuaram a representar a comédia desta imaginária propriedade, inclusive inventariando esses imaginários direitos possessórios, e requerendo usucapião.»

À evidência, o réu engendrou e armou toda a situação de maneira a se transmutar, inicialmente, em locatário, e, ao depois, em cessionário dos direitos de posse, para ficar com o imóvel alheio. Não se trata de mera conjectura tal afirmação, eis que, nos autos da ação de usucapião, o contestante, Candiago, afirmou, também que:

«Se Ideal não passava de um mero estelionatário, Manoel da Silva Veloso, um reles grileiro, se as pessoas em cujo nome o imóvel se encontrava transcrito estavam há quase um século na paz do Senhor, e sem haver herdeiros, e mesmo que houvessem herdeiros, já não tendo quaisquer direitos pela decadência decorrente de mais de sessenta anos sem posse, o verdadeiro e único possessor, com *Animus domini* seria o próprio peticionário» (*sic*).

Não basta que se desminta, melancolicamente, para validar a aquisição defeituosa:

«Hoje, porém, melhor aquilatando os fatos relacionados com a mencionada posse, e perfeitamente a par da melhor doutrina e jurisprudência dominante que regem a espécie, admite plenamente o ora peticionário a inconsistência jurídica de sua contestação àquela ação, tanto assim que resolveu adquirir os direitos relativos ao imóvel em questão dos herdeiros de Ideal Machado.»

O Sr. Ideal Machado não tinha *domínio*. Apenas comprou uma ocupação maliciosa de 4 (quatro) anos, com o fito específico e de antemão revelado de «requerer no Juízo da Vara de Registros Públicos, a competente ação de Usucapião» (fl. 16 dos autos da ação de usucapião).

«Não tinha *justo título*.

Não era possuidor de *boa-fé*, porque «Possuidor de *boa-fé* é aquele que está na convicção de que a coisa por ele possuída de direito lhe pertence» (Lafayette).

Felício dos Santos ensinava:

«Possuidor de *boa-fé* é aquele que possui em virtude do título, capaz de conferir a propriedade e cujos vícios lhe são desconhecidos.»

Ideal Machado adquiriu a terra de um *intruso*, de um *invasor*. Se, por um lado, o decurso de mais de *vinte anos* leva a prescindibilidade do *justo título* e *boa-fé*, por outro, em se tratando de *Accesio Possessionis*, o Código Civil exige que *ambas as posses* sejam contínuas e pacíficas (art. 552).

A invocação de usucapião, no caso, apresenta-se absolutamente descabida. É certo que a usucapião pode ser argüida em defesa, e a

arguição independe de sentença, porque esta, como é sabido, é meramente declaratória e não constitutiva do domínio.

Porém, para acolher-se defesa fundada em usucapião, é necessário que fique *indubiosamente provada* a ocorrência dos *requisitos* que dão lugar a essa forma de aquisição da propriedade. E, como visto, o réu não os preenche.

A impugnação do réu à *posse anterior* impõe que se conclua que tal posse nunca foi mansa e pacífica. Logo, não se há de falar em usucapião.

Finalmente, é aplicável à espécie a regra do art. 505 do Código Civil porque ao argüir usucapião, o réu outra coisa não fez senão se intitular «dono» do imóvel, já que usucapião é forma de aquisição de propriedade (art. 530, III, do Cód. Civil).

Disso resulta que não se pode julgar a posse a favor daquele a quem, evidentemente, não pertence o domínio.»

E o venerando Acórdão recorrido, como se leu da transcrição retro, confirmou-a por iguais fundamentos explicitados, ainda melhor, quanto aos aspectos fácticos, o voto, nessa parte também vencedor, da Eminente Des. *Áurea Pimentel Pereira*, que vale transcrito para total compreensão da espécie julgada pelo Tribunal:

«Outrossim, vê-se dos autos que, na Vara de Registros Públicos, o Espólio de Ideal Machado moveu ação de usucapião, que foi extinta por abandono do A.

A despeito das manifestações feitas pelo 2º Apelante na ação de usucapião, a respeito da posse *ad usucapionem* que o Espólio de Ideal Machado invocou na referida ação, é inegável que existem naqueles autos informações valiosas a respeito da posse alegada a partir do documento de fl. 16 daquele processo que comprova a aquisição da posse por Ideal Machado em 1942. A referida ação foi extinta por abandono do A., como já foi dito, o que evidentemente não impede sua renovação.

Ocorre que o *Espólio de Ideal Machado não ingressou em tempo hábil nos autos da presente ação reivindicatória para opor a defesa fundada em usucapião, o que impede que, no presente processo, a posse que foi na ação de usucapião discutida seja aqui examinada.*

Na ação reivindicatória, quem alega usucapião é Fausto Candido, 2º Apelante que pretende somar sua posse à de seu antecessor (Espólio de Ideal Machado), afirmando que a adquiriu por instrumento público em 12-1-79 (fls. 139/142).

A *accessio temporis* pretendida, porém, não é possível pelas razões seguintes:

Consoante esclareceu o ora 2º Apelante, em petição que ofereceu na ação de usucapião, já em 1967, o A. da presente reivindicatória estava movendo contra os ocupantes do imóvel objeto desta lide, então sócios da Oficina Mecânica Gaivota Ltda., ação de imissão de posse, reivindicando portanto o domínio do imóvel (fl. 450).

Assim, quando o 2º Apelante adquiriu em 13-2-68 a referida Oficina (fl. 121), é certo que já adquiriu coisa litigiosa sobre a qual, conseqüentemente, passou a exercer posse precária.

Por outro lado, como a posse não foi transmitida ao 2º Apelante por Ideal Machado, mas sim por terceiros, não é possível ao 2º Apelante pretender somar sua posse à de Ideal Machado, para fins de reconhecimento de usucapião, presente ademais a circunstância de que seu antecessor na posse, *in casu* o 3º que lhe vendeu a oficina que funcionava no imóvel, não possuía este com *animus domini*, mas sim como mero locatário de Ideal Machado.

Assim, presente o magistério de Carvalho Santos ao comentar o artigo 552 do Código Civil, de que: «para os efeitos de usucapião, não se acrescenta a posse do antecessor quando este não tinha o *animus domini*.» (C. Civil Brasileiro Interpretado — Vol. VIII, pág. 444), a defesa com suporte no usucapião ofertado pelo 2º Apelante se esboroa.

Quanto ao mais, o decidido pela E. 1ª Câmara Cível do antigo Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara (fls. 87/9) na ação de imissão de posse, pelo ora A., movida contra Ideal Machado e Outros, não tem a extensão pelos Apelantes pretendida, vendo-se antes que tal ação, na verdade, não prosperou; 1º, porque foi movida por quem não era à época, ainda, proprietário, mas sim mero promitente comprador, e bem assim pelo fato de ser a ação imprópria, por não ser o demandado alienante ou 3º que em nome deste devesse o imóvel.

No tocante aos depoimentos prestados às fls. 377, 402, 410, 411, só ganhariam realce se tivessem sido invocados na ação de usucapião que o Espólio de Ideal Machado intentou e depois abandonou.

Nessas condições, provada a condição de proprietário do imóvel o A. (documento de fl. 9), a ação não pode deixar de ser julgada procedente.

De tais peças, vê-se, não se pode acolher as alegações dos recorrentes de infringência aos apontados artigos: 535 do CPC, porque não tendo ocorrido omissão no Acórdão, repeliu o Tribunal, ainda, Embargos Declaratórios, interpostos pelos recorrentes, como se constata no aresto de fls. 667/670 e 690/692, dos Declaratórios interpostos anteriormente e que cominou, aos embargantes, as penas do art. 538, § único, do CPC, por meramente protelatórios; assim como aos arts. 154, 244, 300, 48, 75, inc. I, 76 e

350, todos do mesmo diploma legal e 859 e 550, ambos do Código Civil. Isso porque, em verdade, não se omitiram as decisões quanto à alegação de vícios no título aquisitivo de domínio do recorrido e de seu registro, mas, apenas, asseveraram que sua apreciação haveria de ocorrer em processo próprio, eis que «não havendo o réu recovindo à pretensão deduzida, para a desconstituição dos títulos, em que se baseou o Autor, ao fundamentar a presente ação, tal prova se tornara supervacânea (supérflua, inútil) — referindo-se à pericial indeferida —, no âmbito do presente processo, tendo em vista o princípio da nossa sistemática de Registros Públicos de que tais registros somente por ação direta podem ser atacados e anulados, o mesmo se dizendo dos títulos respectivos, levados a registro, os quais, enquanto não regularmente desconstituídos, conservam toda sua eficácia jurídica.» Inferindo-se, daí, que o acórdão não negou a relatividade da presunção da validade do registro, mas sim que, alegados os vícios em simples defesa, corretamente, não os apreciou o Juiz. E não se pode desconsiderar o acerto dessa decisão, quando revelam os autos que eles, títulos, decorreram de decisões judiciais transitadas em julgado que reconheceram a regularidade da cadeia sucessória da titularidade do domínio do recorrido, como faz certo, também, o acórdão oferecido por xerocópias, às fls. 307/808, prolatado pela colenda 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento à apelação interposta pelo primeiro recorrente, *Fausto C. Candiago*, em ação que aforou contra o recorrido, visando desconstituí-lo, confirmando sentença de primeiro grau, assim resumido por sua Ementa:

«Verificada a regularidade da cadeia sucessiva, julga-se improcedente o pedido de cancelamento do registro formulado por quem, como mero adquirente de direitos possessórios, sequer estaria legitimado à postulação — Sentença confirmada.»

De sua vez, não se omitiram, ainda, a sentença e o acórdão recorrido, de apreciar os argumentos dos ora segundos recorrentes, como se deduz da leitura dos trechos aqui transcritos. Mas, por argumento, se tal omissão tivesse ocorrido, como anotado pela Subprocuradoria da República, «trata-se de matéria não questionada oportunamente: se a sentença era omissa a respeito, os recorrentes deveriam ter alegado os fatos na apelação, mas não o fizeram, sendo certo que a arguição originária em grau de embargos de declaração não supre o questionamento tempestivo», não se podendo, portanto, ter como infringidos os arts. 48, 75, inc. I, 76 e 350 do CP, e 859 do CC apontados.

De igual, no que se refere ao art. 550 do CC, não lhe negou vigência, nem a sentença e nem o acórdão impugnado. Se é verdade, como o afirmam os recorrentes, que os fatos supervenientes ao implemento das condições legais para a aquisição do domínio por tal via, sobre ela não podem influir, menos verdade também não é que neste caso, examinando a questão à luz da prova, aquelas decisões consideraram não consumada a *usucapião*, resultando, de outro lado, indemonstrada a suposta divergência jurisprudencial relativa à eficácia, para a aquisição do domínio, de fatos posteriores

a ela, eis que vedado o simples reexame de provas nessa via, os acórdãos invocados como paradigmas pelo segundos recorrentes são inaplicáveis ao caso.

Finalmente, examina-se o único ponto posto em destaque pela douta Subprocuradoria de Justiça, que resultou na conversão do Agravo de Instrumento neste Recurso Especial, pelo Acórdão do STF, qual o de alegada infringência ao art. 214 da Lei dos Registros Públicos.

Cuida esse dispositivo de *nulidade* de pleno direito do Registro a qual, quando provada, invalidam-no, independentemente de ação direta.

A esse passo, já se terá visto, por quanto se deduziu neste voto, que *in casu* não há falar em *nulidade* absoluta do Título do Autor e, menos ainda, de seu registro, visto que como resultou fartamente provado nos autos, decorreu ele de inventário regularmente processado, cuja cadeia sucessória, afirma regular, o concedeu, legitimando o registro. Por argumento, se vícios houvessem, se constituiriam em *atos anuláveis*, mas não *atos nulos* de pleno direito, razão pela qual tanto a sentença como o acórdão disseram somente possível de desconstituir por ação própria e não reconhecíveis por simples alegação em defesa.

Inexiste infringência, assim, igualmente a esse dispositivo da Lei de Registros Públicos.

Corretas, portanto, as decisões que, ao valorarem as provas dos autos, julgaram procedente o pedido do réu, ora recorrido.

Tais os fundamentos pelos quais não se conhece de ambos os recursos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Senhor Presidente, também recebi os memoriais das partes interessadas e ouvi atentamente as razões expostas pelos ilustres advogados da tribuna desta sessão, assim como o voto do eminente Ministro Relator. Estou absolutamente convencido de que realmente os recursos especiais aqui apreciados não merecem conhecimento. O primeiro, porque, evidentemente, nem de longe, o acórdão recorrido adotou tese diversa daquela cristalizada na Súmula nº 237, muito ao contrário, e o segundo, de Marisa Machado Sales e seu marido, porque, como bem demonstrou o eminente Ministro Relator, todas as questões afioradas pelas partes foram abordadas no duplo grau ordinário de jurisdição, e dessa apreciação não restou nenhuma contrariedade a dispositivo legal algum além de que algumas questões suscitadas não foram prequestionadas e outras dependeriam exclusivamente de prova, inclusive no que tange à contrariedade do art. 214 da Lei do Registro Público, o qual dispõe: «as nulidades de pleno direito do Registro, uma vez provadas, invalidam-no independentemente de ação direta», provas que não poderiam ser apreciadas neste grau extraordinário de jurisdição.

O meu voto é no sentido de acompanhar integralmente o voto do eminente Ministro Relator.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, da leitura de tudo, ficou-me a nítida impressão que o acórdão local não afrontou o princípio da Súmula 237/STF. No mais, as questões têm a ver com a prova, cujo reexame é vedado nesta instância excepcional.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Também me dou por satisfeito com o extenso, minudente e brilhante voto do eminente Ministro Relator, sobre matéria tão complexa, mas que me deixou inteirado dos fundamentos dos dois recursos e da impossibilidade do conhecimento dos mesmos.

De modo que o acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 202 — RJ — (Reg. nº 89.0008453-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Rectes.: Fausto C. Candiago e cônjuge e Mariza Machado Sastre e cônjuge. Recdo.: Manoel da Silva Veloso. Advs.: Drs. Paulo do Couto e Silva e outro, José de Aguiar Dias e outro e Sérgio Gonzaga Dutra e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu dos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (3ª Turma, em 19-9-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 229 — PI

(Registro nº 89.0008512-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrentes: *Osiel Silva Chagas e outros*

Recorrido: *Estado do Piauí*

Advogados: *Drs. Flávio Teixeira de Abreu e Manoel Lopes Veloso*

EMENTA: Recurso especial. Mandado de Segurança. Conhecimento como Recurso Ordinário. Litisconsórcio. Conhece-se de recurso especial como recurso ordinário, uma vez interposto pelos Impetrantes. Alegam sucumbência parcial resultante do julgamento dos Embargos de Declaração. Nulidade declarada por falta de citação de litisconsorte necessário. Interesse deste; provido o recurso, repercutirá na situação funcional.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso para o fim de anular o acórdão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Mandado de Segurança impetrado por Oficiais da Polícia Militar do Estado do Piauí, insurgindo-se contra a preterição que teria havido na concorrência ao posto de Major. Ensejaria tal preterição a promoção, dita indevida, do capitão Marco Antônio Bastos.

Acórdão do TJPI pela concessão do *writ*, assim resumido:

«Mandado de Segurança. Oficiais da Polícia Militar. Quadro de Acesso.

Há preterição de direito líquido e certo dos impetrantes com a inclusão no Quadro de Acesso, e conseqüente promoção, de quem não tinha as condições exigidas por lei.»

Embasou-se o acórdão no desrespeito ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 3.936/84, quando determina que o oficial, para ser incluído ou reincluído no Quadro de Acesso por Merecimento, deverá reverter à corporação pelo menos 30 (trinta) dias antes da data da promoção. No caso, o Capitão Bastos Pio teve seu ato de reversão publicado no mesmo dia da promoção (doc. nº 26). Assim, a ilegítima inclusão do Capitão Bastos Pio no Quadro de Acesso para Promoção por Merecimento trouxe prejuízo aos impetrantes, os quais, por isso, fazem jus ao tratamento previsto no art. 21 da mesma Lei nº 3.936/84, à medida do surgimento das vagas.

À fl. 100 aclarou-se, nos embargos declaratórios interpostos, que o direito à promoção dar-se-ia «à medida que surjam vagas, por falta de claros a preencher na Corporação».

No recurso interposto, vindo a este Tribunal por força de decisão do eg. STF, quanto à matéria infraconstitucional, informou-se ofensa aos arts. 1º e 11 da Lei nº 1.533/51. Alega-se que o art. 21 da Lei nº 3.936/84 assegura ressarcimento pela preterição, desde que seja reconhecido o direito à promoção, quando tiver prejuízo por comprovado erro administrativo, sendo este o caso dos autos. Assim, incabível e afrontosa do próprio acórdão

submetido aos embargos declaratórios seria a condição à existência de vagas, inovação trazida pelo acórdão dos declaratórios e que torna inócua a segurança que fora concedida (fls. 103/112).

O recurso foi admitido para melhor exame das dúvidas que persistiram mesmo após os embargos declaratórios (fls. 119/120).

Razões do recorrido à fl. 122.

O MP inicia opinando pelo conhecimento como recurso ordinário, uma vez que não atendeu o acórdão recorrido ao pedido inicial *in totum*. Segue dizendo da necessidade de citação do litisconsorte necessário, Capitão Marco Antônio Bastos Pio, cuja ilegalidade da promoção foi reconhecida pelo acórdão e aduzida pela impetrante. Nulo seria o acórdão pela falta de integração desse litisconsorte necessário. No mérito, opina pela denegação da Segurança, ressalvando-se aos impetrantes o pedido de anulação do ato administrativo (fls. 136/143).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Senhor Presidente, o primeiro acórdão afirmou preterição de direito líquido e certo dos impetrantes para conceder a segurança. Até este ponto, pois, a decisão seria concessiva, comportando o recurso especial. Os embargos declaratórios, porém, foram julgados com o adendo de que «o direito à promoção dar-se-ia à medida que surjam vagas, por falta de claros a preencher na Corporação».

Nessa condição enxergaram os impetrantes negativa do seu direito, uma vez que tornaria inócua a segurança antes concedida. Tal fato lhes permitiria utilização de recurso ordinário, conforme a letra a, do inciso II, do art. 105, da CF.

O Ministério Público opina pelo conhecimento do recurso como ordinário (fls. 136/143), com inteira razão.

Nos Embargos de Declaração, o Egrégio Tribunal de Justiça não se restringiu a suprir omissão, obscuridade, contradição ou dúvida (CPC, art. 535). Foi além: acrescentou condição inexistente no v. acórdão.

O dispositivo do primeiro julgamento é categórico: «concederam a segurança pleiteada» (fl. 75).

O pedido, por sua vez, é este: «a procedência da ação mandamental a fim de ser ordenada a promoção dos impetrantes, a partir de 21-4-87, ao posto de Major» (fl. 6).

Houve, *data venia*, modificação do julgado. Acrescente-se, sem que o Estado interpusse recurso. Restou caracterizada *reformatio in pejus*.

Conheço, pois, como recurso ordinário. Evidente a sucumbência dos impetrantes.

O Ministério Público argüiu a nulidade, com esteio no art. 19 da Lei nº 1.533/51, com a redação dada pela Lei nº 6.071/74, que manda aplicar ao mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio.

Efetivamente, a exigência não foi cumprida.

De outro lado, evidente, o Capitão Bastos Pio, caso concedida a ordem, sem a restrição inserta por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração, poderá ser prejudicado, cassada a promoção.

Anulo o processo a partir das informações, devendo efetivar-se a citação do litisconsorte passivo necessário.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 229 — PI — (Reg. nº 89.0008512-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrentes: Osiel Silva Chagas e outros. Recorrido: Estado do Piauí. Advogados: Drs. Flávio Teixeira de Abreu e Manoel Lopes Veloso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso para o fim de anular o acórdão, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (2ª Turma — 20-11-89)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Miguel Ferrante, Américo Luz e Ilmar Galvão. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

RECURSO ESPECIAL Nº 247 — SP

(Registro nº 89.0008532-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Relator p/Acórdão: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Recorrente: *BANERJ — Banco de Investimentos S/A*

Recorrido: *Antônio Ribeiro Credêncio*

Advogadas: *Dras. Cleuza Anna Cobein e Neusa Marchi*

EMENTA: Processual Civil. Embargos de terceiro.

Recurso especial. Divergência com a Súmula 621 do STF.

1. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de contrato de compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário.
2. Inocorrência in casu de fraude à execução.
3. Precedente.
4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator; por maioria, negar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator e Barros Monteiro, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator p/Acórdão.

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: O recorrente, inconformado com o v. acórdão da eg. Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso e acolheu os embargos de terceiro, determinando o levantamento da penhora, interpôs recurso extraordinário, com argüição de relevância, para o eg. Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 119, inciso III, alíneas a e d, da Constituição anterior, e no artigo 327, do Regimento Interno daquela Magna Corte de Justiça.

O eg. Tribunal de origem admitiu o recurso no que se refere ao dissídio com o verbete nº 621 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Os autos estiveram nó col. Supremo Tribunal Federal, de onde foram encaminhados a este Tribunal.

O litígio tem origem com a penhora efetuada sobre imóvel adquirido pelo Recorrido, em 10-8-77, através do instrumento particular de «compromisso de venda e compra e cessão de direitos» (fls. 9/10), registrado, em 13-10-77, no Registro de Títulos e Documentos.

O executado e outros adquiriram, por escritura de 26-12-60 (transcrição feita em 15-3-61), um prédio velho e seu respectivo terreno. Posteriormente, com a sua demolição, foi construído outro edifício, instituído em condomínio, do qual faz parte a unidade penhorada, adquirida em 30-11-62, através de «compromisso de venda e compra» por Arminda Piedade Baía, que, por seu turno, o legou, por testamento, a Dulcinéia Ferreira Baía. Falecida a doadora cumpriu-se o testamento, homologado o formal de partilha. Com a separação consensual da legatária, todos os direitos sobre o imóvel foram-lhe atribuídos pela carta de sentença transitada em julgado em 16-5-83.

O formal de partilha e a carta de sentença não foram levados a registro.

Em 10-8-77, Dulcinéia Ferreira Baía transferiu os seus direitos pessoais sobre o imóvel para o Recorrido, terceiro embargante.

Movida execução pelo ora Recorrente, realizada a penhora, sem registro, o Executado e outros, em 14-5-87, fizeram lavrar em favor do Recorrido «escritura pública de venda e cessão», através da qual rerratificaram o «compromisso de venda e compra e cessão de direitos» celebrado em 30-12-62, com a anuência e interveniência da cedente Dulcinéia Ferreira Baía.

Para o Recorrente, o v. acórdão, que reformara decisão de primeiro grau, negou vigência aos artigos 530 e 676 do Código Civil, além de contrariar o entendimento da Suprema Corte de Justiça, consubstanciado no verbete nº 621 de sua súmula, segundo o qual «não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis».

Por sua vez, o Recorrido alega a inexistência de fraude na aquisição operada por ele, a defesa da posse independentemente da idéia de domínio, a publicidade do registro do «compromisso» do Registro de Títulos e Documentos, a publicidade inerente ao exercício legítimo da posse e a aquisição do domínio do imóvel no curso dos embargos de terceiro, ressaltando ter o eg. Tribunal estadual salientado que

«As peculiaridades do caso não justificam a aplicação da Súmula 621, do Supremo Tribunal Federal, pelo que dá-se provimento ao recurso para julgar procedente os embargos, determinando o levantamento da penhora efetivada sobre o bem, que é tornada insubsistente, invertendo-se ao embargado os encargos de sucumbência.»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O v. acórdão impugnado deu provimento à apelação julgando procedentes os embargos de terceiro e determinou fosse desconstituída penhora de imóvel adquirido através de compromisso não levado ao registro imobiliário mas sim ao registro de títulos e documentos.

Configurou-se, destarte, a divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal, que em seu Enunciado nº 621 proclama:

«não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis».

Conheço, via de consequência, do recurso interposto, agora sob a roupagem de recurso especial, com arrimo no art. 325, II, do Regimento Interno da Excelsa Corte, aplicável ao caso concreto por vigente à época da decisão hostilizada no recurso de que se cuida.

Dele conhecendo, dou-lhe provimento para restabelecer o *decisum* de primeiro grau, de fls. 60/61.

A uma, porque, sem embargo do Recorrido ser detentor da posse do bem penhorado, estava o bem registrado em nome do Executado e outros

quando da efetivação da penhora, sendo enfáticos os arts. 530 e 676 do Código Civil ao afirmarem que a propriedade de bem imóvel se adquire pela transcrição do título de transferência no respectivo registro.

A duas, porque a circunstância do compromisso ter sido levado ao Registro de Títulos e Documentos não supre a exigência legal da inscrição no álbum imobiliário. É através do Registro de Imóveis que se atinge a perfeição do ato negocial envolvendo direito real, com eficácia *erga omnes*, oponível a terceiros. O registro de imóvel na repartição própria constitui elemento publicitário imprescindível, haja vista que somente com a sua observância, além do domínio passar do alienante ao adquirente, se enseja a qualquer pessoa, em qualquer ocasião, saber o elo da cadeia dominial, com segurança no tráfego do mundo dos negócios imobiliários e satisfação ao preceito constitucional que assegura o direito de propriedade.

Em julgamento anterior (Recurso Especial nº 188, PR), também na condição de relator, tive oportunidade de assinalar:

«Ressalvo, de início, que não se nega a via dos embargos de terceiro ao possuidor, uma vez que há expressa disposição legal autorizativa (art. 1.046, § 1º, CPC). Pertinente, a todas as luzes, no entanto, a objeção levantada pelo Ministro Moreira Alves no sentido de que nem sempre é possível essa via, como nos casos de comodatário, locatário, depositário, etc. (ERE. nº 87.958-RJ, RTJ 89/285).

Há um sistema legal concernente à propriedade imobiliária e a sua observância preserva a confiabilidade dos registros públicos: o assentamento no álbum imobiliário (e somente ele) permite a oponibilidade *erga omnes* do direito.

Destarte, a inscrição no Registro Público do contrato preliminar de compra e venda de imóvel imprime ao direito do adquirente o efeito que decorre do próprio domínio: oposição a todos. Enquanto não efetuada a inscrição, existe apenas o direito obrigacional do comprador, cujo inadimplemento, como é curial, se resolve em perdas e danos entre as partes. Em outras palavras, somente gera efeitos *inter partes*.

Por outro lado, é de atentar-se para outro direito que não pode ser postergado: o de terceiro de boa-fé, que contrata com o alienante e tem no patrimônio deste a garantia do cumprimento das obrigações por ele assumidas. Ao buscar a satisfação de seu crédito pela via executiva, o credor se posiciona, até prova em contrário, como terceiro de boa-fé, com direito à constrição jurisdicional do patrimônio do devedor inadimplente, pela penhora de bens que o integrem.

Com a inobservância pelos embargantes do sistema legal para a transmissão de propriedade, no momento em que o credor recorreu ao Poder Judiciário, para satisfazer seu crédito, encontrou o imóvel

inserido no patrimônio do devedor, posto que somente o registro opera a transferência do domínio (art. 530, I, CCB).

De outra parte, cumpre salientar que o mesmo sistema legal põe à disposição dos embargantes os mecanismos jurídicos de proteção ao seu direito, quer seja através da inscrição da promessa de compra e venda no registro imobiliário para valer contra terceiros, quer seja pela adjudicação compulsória do bem, ao final do pagamento, quando a decisão judicial supre a vontade do alienante que se recusa outorgar escritura definitiva. Compete, pois, ao interessado provocar o Judiciário em busca da defesa de seus interesses, porquanto é sabido que *dormientibus non succurrit jus*.

O rompimento do sistema legal de transmissão da propriedade, para atender a certas condições e casos, ensejaria casuísmos que poderiam conduzir à instauração de precedentes, pondo em risco a estabilidade, confiabilidade e segurança de todo o sistema.

Merece, finalmente, destaque o fato de que a doutrina tem, atentamente, acompanhado a orientação jurisprudencial dominante, conforme se verifica em Humberto Theodoro Junior que, cambiando da posição adotada na 1ª edição do volume IV dos «Comentários ao Código de Processo Civil» (Forense, 1979, pág. 204), assevera em recente edição de sua obra, com farta remissão a julgados, *verbis*:

«Se, todavia, o compromisso não foi levado a registro, o que há entre os contratantes é apenas um vínculo obrigacional, cuja vigência não ultrapassa a esfera dos sujeitos do negócio jurídico, em face do princípio da *relatividade* dos contratos. Nem mesmo a posse do promissário tem sido considerada pela jurisprudência do STF como suficiente para legitimar sua pretensão à tutela dos embargos de terceiro. É que, não configurado o direito real, a posse precária do promissário é exercida ainda em nome do promitente o que não exclui nem o domínio, nem a posse indireta do legítimo dono» («Curso de Direito Processual Civil», vol. III, 2ª edição, Forense, 1989, nº 1.436, pág. 1819).»

Do exposto, ao prover o recurso, restabeleço a r. decisão de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, a *quaestio juris* suscitada pelo recurso especial é idêntica à dos autos do REsp nº 188-PR que a Turma acaba de julgar nesta mesma sessão, vencidos os eminentes Ministros Sálvio de Figueiredo (Relator) e Barros Monteiro.

2. Eis porque mantenho o meu entendimento e para tanto, *brevitatis causa*, faço juntar cópia do voto que proferi naquele julgamento, o qual considero, à guisa de fundamentação, como parte integrante do presente.

3. Na consonância do precedente a que me reporto, conheço do recurso, por manifesta a divergência do v. Acórdão local com a Súmula 621 do Supremo Tribunal.

Nego-lhe, porém, provimento.

ANEXO

REsp nº 188-PR

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, o Verbete 621 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte teor:

«Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis.»

2. O enunciado, como se vê, se reveste de acentuadíssimo rigor, a ponto de exemplificar hipótese de extinção do processo de embargos de terceiro, sem decisão de mérito, mediante sentença terminativa, *in limine*, nos termos dos arts. 267, I, e 295, parágrafo único, III, do Cód. de Proc. Civil.

Em outras palavras, a súmula autoriza os juízes em geral, quaisquer que sejam as circunstâncias do caso, a repelir, sem mais, embargos de terceiro opostos à penhora de imóvel, se não estiver inscrito o instrumento de compromisso de compra e venda em que o terceiro embargante fundamenta sua demanda. As apelações interpostas contra sentenças liminarmente terminativas, em casos tais, sequer mereceriam processadas, à luz dessa vinculativa orientação jurisprudencial, no Tribunal Federal de Recursos; hoje, deveriam ser prontamente repelidas pelos Tribunais Regionais Federais (Lei Complementar nº 35, de 14-3-79, art. 90, § 2º; Const. de 5-10-88, art. 108).

3. No entanto, certo é que nem sempre assim se orientou a jurisprudência do Supremo Tribunal, como passo a demonstrar.

4. Com efeito, logo após sua transferência para a nova Capital Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento 28.756-SP, em 20 de setembro de 1963, sendo Relator o Ministro Ribeiro da Costa, a Suprema Corte, por sua Segunda Turma, à unanimidade (RTJ 30/401), prestigiou a tese contrária à da precitada súmula, em v. acórdão assim ementado:

«Embargos de terceiro opostos por promitente comprador a fim de evitar que o imóvel compromissado seja penhorado e praçado para pagamento de dívida de promitente vendedor — Procedência dos embargos quando, embora não registrado o compromiss-

so de compra e venda, sendo irretratável, se acha quitado — Agravo improvido.»

O saudoso Ministro Amaral Santos, com sua autoridade de consagrado processualista, também deixou clara sua posição, no relatório do RE 71.162-GB, em 12 de outubro de 1971 (RTJ 60/494). Na ementa do aresto da Primeira Turma, unânime, consta este resumo:

«Ação executiva. Penhora de bem vendido por um dos executados a terceiro, que, embora na posse da escritura definitiva de compra e venda, não fizera a sua transcrição.

I — Os embargos de terceiro são admitidos não apenas para a proteção simultânea do domínio e da posse, como no direito anterior, mas também para a defesa da simples posse.

II — Não ocorrendo quaisquer das hipóteses de fraude à execução, a alienação há de ser considerada plenamente eficaz, enquanto não for anulada pelo meio próprio, que é a chamada ação pauliana.

III — Inocorrência de negativa de vigência dos arts. 530 e 928 do Código Civil, e do art. 178 do Dec. 4.857, de 9-11-39.

Recurso extraordinário não conhecido.»

O saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, por sua vez, no erudito voto-vista proferido no RE 76.769-GB (Primeira Turma, unânime, em 19-11-73; Ementário 934/4), manteve-se fiel ao entendimento constante de seus julgados de Juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo.

Eis a síntese de seu pensamento sobre o assunto:

«O eminente Relator, Ministro Luiz Gallotti, não conheceu do recurso porque considerou não ter o acórdão recorrido, afirmando que, para interposição dos embargos de terceiro, se exija a condição simultânea de senhor e possuidor ao embargante. O acórdão teria reclamado o *registro* do contrato, para sua oponibilidade a terceiros, o que não enfrentaria a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal.

Tenho — e examinarei afinal a questão do conhecimento — que a solução adotada no aresto recorrido é juridicamente inexata.

No acórdão proferido no Agravo de Instrumento 28.756 (que o recorrente invoca para a comprovação do dissídio), o eminente Min. Ribeiro da Costa fez-me a honra de transcrever despacho meu, em caso idêntico, em que afirmei:

«Inegável é o cabimento de embargos de terceiro por parte do promitente comprador, para evitar que o imóvel prometido à venda sem cláusula de arrependimento possa ser penhorado e levado à praça para pagamento de dívida do promitente vendedor. Inegável, porque os embargos de terceiro protegem não apenas o domínio, mas também a posse e mes-

mo direitos obrigacionais (v. Lopes da Costa, «Direito Processual Civil Brasileiro», 4, 254; Pontes de Miranda, «Comentários ao Cód. Proc. Civil», ed. 1949, IV/206). Conseqüentemente, bastava a prova do direito obrigacional anterior à penhora para que os embargos de terceiro pudessem ser acolhidos».

A doutrina confirma o asserto. Pontes de Miranda: «O direito, que se supõe no art. 707, turbado ou esbulhado («prejudicado», melhor fora dito), não é o direito a que se referia a Ordenação do Livro III, Título 81, ao falar do direito de apelar, que tem o terceiro, porque ali se tratava da intervenção na *relação jurídica processual*, na discussão da pretensão à sentença, e não da execução, ou, em geral, da constrição: é o direito do terceiro, que foi objeto de constrição judicial. Ora, os bens arrestáveis, seqüestráveis, depositáveis, penhoráveis, etc, não são só os que são objeto de propriedade (senso estrito), de direito das coisas. São também direitos, pretensões, ações. Portanto, sempre que a constrição judicial apanhou «direito» (títulos de crédito, direitos, pretensões, ações, art. 930, II e V) está autorizado o emprego de embargos de terceiro prejudicado — terceira espécie do art. 707, sendo que o legislador preferiu considerá-la compreensiva dos embargos de terceiro senhor. Quando a eficácia do ato judicial fere a órbita do direito, pretensão, ou ação do terceiro, constrição-o».

No mesmo sentido, José Frederico Marques, «Instituições de Direito Processual Civil», V/454 e Carneiro de Lacerda, «Cód. de Processo Civil», IV/179.

A alegação a que se prendeu o acórdão, de não achar-se registrada, no Registro de Imóveis, a promessa de cessão, equivale, sem dúvida, a negar que os embargos de terceiro possam proteger direitos obrigacionais, ou proteger a posse que, com apoio neles, se legitime. Reclamou o acórdão, para a proteção do direito do terceiro embargante, que esse direito seja «real», pois, se referente a imóvel, que haja transcrição, inscrição ou averbação.

Além de afastar-se da doutrina e da jurisprudência (que, como visto, não restringe embargos de terceiro à proteção da propriedade e de direitos reais), o julgado não teve em conta que o problema devia ser encarado sob o aspecto de fraude à execução. E provada a constituição de direito, de natureza obrigacional, embora a favor do terceiro embargante, sem fraude à execução, nada justificava fosse desconhecido tal direito pelo exeqüente.

Do mérito da controvérsia se vê que, na verdade, ao repelir os embargos, o acórdão recorrido afirmou a tese de que — ainda que se não cogite de fraude à execução — os embargos de terceiro não protegem direitos — salvo se reais — ou a posse que neles se baseie.

Dado o valor atribuído à causa, é de ter-se tal entendimento como contrário à jurisprudência predominante do STF, para que o recurso possa lograr conhecimento?

Peço vênia ao eminente Min. Luiz Gallotti para responder pela afirmativa. Como jurisprudência dominante se tem, não somente a cristalizada em Súmulas, mas a orientação adotada pelo Pleno, ou por ambas as Turmas, sobre a questão Federal. Ora, o recorrente indicou julgado dissidente da Segunda Turma (Agr. Instr. 28.756) e da Primeira (RE 19.642), indicando, ainda, julgado que teve como protegível a posse amparada em título não registrado (RE 71.162 da GB, Rel. Min. Amaral Santos). Outrossim, no RE 62.198 de SP (RTJ 41/298) admitiu-se a possibilidade de embargos de terceiro para a proteção de direito obrigacional (embargos oferecidos pelo locatário em execução de ação de despejo), frisando o Min. Adalício Nogueira quanto a extensão deles: «a jurisprudência busca insuflar-lhe um sentido novo, uma amplitude mais compatível com o dinamismo da atividade jurídica contemporânea».

E não encontrei, na jurisprudência deste Supremo Tribunal, julgado algum que restrinja os embargos à proteção de direitos reais.

Estes precedentes levam-me a ter como contrária à jurisprudência predominante a orientação adotada no acórdão recorrido. E assim, conhecendo do recurso extraordinário, dou-lhe provimento, para restabelecer o acórdão da apelação.

Esta mesma orientação foi mantida pela egrégia Segunda Turma, unânime, no v. acórdão do RE 82.632-RJ, em 2-4-76, sendo Relator o Ministro Thompson Flores (RTJ 81/852). Eis os dizeres da ementa:

«Embargos de terceiro. Promessa de cessão não inscrita no Registro Imobiliário. Penhor averbado do mesmo imóvel não obsta o êxito dos embargos.

II — Se a promessa de cessão é anterior ao ingresso da execução, e tida como válida, porque ausente a sua fraude, não se faz mister suas inscrições para embasar os embargos de terceiro, segundo a melhor doutrina aceita no Supremo Tribunal Federal.

III — Recurso não conhecido, porque limitado à letra a da permissão constitucional, incorrendo negativa de vigência das duas normas de lei federal indicadas.»

Naquela assentada, no particular, asseverou o eminente Relator:

«Limita-se o excepcional à negativa de vigência do art. 485 do Código Civil, porque o embargante não teria a posse; e o art. 69 da Lei nº 4.380/64, dado que inexistiria direito real oponível, eis que a promessa de cessão não estaria inscrita no Registro Imobiliário.

O exame dos autos, em sua integralidade, convenceu-me, contudo, que não merece conhecida a irresignação, como já concluíra o despacho presidencial.

De fato.

Os embargos resultaram acolhidos porque desprezou o acórdão a ocorrência de fraude à execução, invocando, em princípio, o art. 593, II, do Código de Processo Civil, e após a existência de qualquer prova que a indiciasse.

Atribuiu, pois, validade à promessa de cessão, por escritura pública, anterior ao ingresso da ação executiva, título no qual se esteou o embargante, ainda que não inscrito no Registro Imobiliário, diversamente do que sucedera com a penhora.

Assim procedendo, não veja tenha negado vigência ao art. 485 do Diploma Civil, do qual não cuidou o acórdão, ao menos expressamente; ou do já referido art. 69 da Lei nº 4.380/64.

É que os embargos não assentam em direito real, oponível a terceiros, e dependente da inscrição do título.

Antes, embasaram-se na escritura de promessa de cessão, e nessa, reconhecida válida, além de cláusulas outras, assegurava a posse imediata, *verbis*, fl. 6:

«O outorgado fica desde já na completa posse e livre administração do imóvel objeto da presente, inclusive de sua renda, respondendo, porém, também, desta data em diante, pelos pagamentos de todos os impostos, taxas e demais tributos fiscais que gravam ou venham a gravar o mesmo imóvel.»

E seria o bastante para justificar a procedência dos embargos, sem ofensa ao citado art. 485. De resto, dispensando a inscrição do contrato promissório de cessão para nele ver título legítimo a oposição de embargos de terceiro, orientou-se pela melhor doutrina, afinando, ademais, com a jurisprudência desta Corte, como em exaustivo voto acentuou o eminente Ministro Rodrigues Alckmin, após pedir vista do RE nº 76.769, Primeira Turma, em 19 de novembro de 1973 (Ementário nº 934/4).»

E a egrégia Primeira Turma, no RE 87-958-RS (RTJ 91/257), sendo Relator o Ministro Cunha Peixoto, em 24 de novembro de 1977, assim decidiu, à unanimidade:

«Embargos de terceiro senhor e possuidor. Sua procedência nos termos do art. 1.046 do Código de Processo Civil.

A falta de registro da promessa de compra e venda não obsta a procedência dos embargos, eis que, para se opor ao ato de penhora basta a qualidade de mero possuidor.»

E ainda reiterou esse entendimento, no RE 89.685-SP, em 14-3-78, unânime (Jur. Bras., Embargos de Terceiro, pág. 62), em cuja ementa se lê:

«Embargos de Terceiro — Compromisso de Compra e Venda não registrado — Falta de registro — Penhora — Possuidor.

Embargos de terceiro. Compromisso de compra e venda não registrado.

«A falta de registro da promessa de compra e venda não obsta à procedência dos embargos, eis que para se opor ao ato de penhora basta a qualidade de possuidor» (RE nº 87.958).

Dissídio jurisprudencial não comprovado.

Recurso extraordinário não conhecido.»

5. Esta pacífica jurisprudência guardava, de resto, coerência com a tradição brasileira, infensa a uma sistemática correlação entre a natureza da decisão e a correspondente forma de impugnação, como autorizadamente expõe Buzaid (Agravo de Petição, Saraiva, SP, 1956, págs. 69 e ss.); a qual, por um lado, não encorajava a imediata rejeição de embargos de terceiro (nem, na verdade, de qualquer tipo de demanda), bem como refletia a escassa importância conferida às figuras, então, ainda incipientes de pré-contrato, notadamente o compromisso de compra e venda (que somente nas décadas de 1930/40 começou a assumir feições próprias, em razão do relevo que o mundo dos negócios veio a lhe atribuir), como se lê, entre outros, em Souza Campos Batalha (Loteamentos, ed. Limonad, 1953, págs. 340 e ss.) e Orlando Gomes (Direitos Reais, 2ª ed., For., 1962, págs. 486 e ss.).

Até então, a jurisprudência admitia, sem discrepância, os embargos de terceiro para tutela da propriedade ou da posse atingida por ato judicial, sem qualquer alusão a compromisso de compra e venda.

6. Foi somente em 16-3-71, no julgamento do RE 73.527-PE, que a egrégia Primeira Turma do Supremo Tribunal, unânime, sendo Relator o eminente Ministro Djaci Falcão (RTJ 63/222), decidiu em sentido diverso, tal como consta da ementa:

«Promessa de compra e venda do imóvel. Sem a formalidade essencial da inscrição no registro público, não se torna oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui eficácia *erga omnes*. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido.»

Anote-se que este primeiro precedente da discutida Súmula 621 é extremamente frágil em razões que aconselhassem a modificação do rumo jurisprudencial até então observado, quando é certo que o Supremo Tribunal, em harmonia com o que vinham decidindo os Tribunais Estaduais, jamais autorizara a pura e simples rejeição liminar de embargos de terceiro, somente por falta de registro do instrumento de compromisso de compra e venda (em verdade, sequer, jamais cogitou dessa drástica alternativa).

Limita-se o aresto inovador a acenar para o art. 22 do Decreto-Lei 58, de 10-12-37, com a redação que lhe conferiu a Lei 649, de 11-3-49, diplomas legais estes, aliás (convém acentuar), cujo declarado escopo precisamente consiste em robustecer a posição do compromissário comprador,

quer em face do promitente vendedor, quer perante terceiro; não, ao contrário, em enfraquecê-la.

É bem verdade que o entendimento adotado pelo precedente comportou certas vacilações. Tanto assim é que, em 13-11-73, o Ministro Djaci Falcão, revendo sua posição, aderiu ao voto-vista proferido pelo Ministro Rodrigues Alckmin no RE 76.769-GB, há pouco referido e, que em parte, acabou de transcrever, para enriquecimento deste voto.

7. A estas considerações, o eminente Ministro Moreira Alves acrescentou, em seu d. voto-mérito nos embargos em RE 87.958-RJ (RTJ 89/291):

«Com efeito, ninguém nega que os embargos de terceiro possam ser opostos pelo mero possuidor. O que não me parece certo, no entanto, é admiti-los em favor do simples possuidor para efeito de desconstituir a penhora de imóvel de propriedade do executado, a qual não acarreta turbação ou esbulho de posse. A ser isso possível, e se o imóvel penhorado tivesse sido entregue em comodato a alguém, o comodatário poderia excluí-lo da penhora por meio de embargos de terceiro.

Em se tratando de promitente comprador, os embargos de terceiro só podem ser utilizados por ele, para opor-se à penhora do imóvel de propriedade ainda do promitente vendedor executado, se estiver inscrita a promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável, pois, nesse caso, a penhora não atinge a posse, mas sim o direito real à aquisição de que aquele é titular. Se não estiver inscrita a promessa, o promitente comprador é simples titular de direito pessoal, e embora na posse do imóvel, não pode atacar o ato de constrição judicial que é a penhora, como não o poderiam o comodatário, o locatário, o depositário, também possuidores e titulares de mero direito pessoal com relação à coisa penhorada.»

Este segundo precedente da Súmula 621, é oportuno recordar, prevaleceu por pequena maioria, ficando vencidos os Ministros Soares Muñoz, Cunha Peixoto, Rodrigues Alckmin e Xavier de Albuquerque.

Assim, também ocorreu, aliás, com o terceiro precedente (embargos no RE 89.696-RJ, 8-8-79, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/282), quando ficaram vencidos os Ministros Soares Muñoz, Cunha Peixoto, Xavier de Albuquerque e Thompson Flores.

8. Diversamente, portanto, do que se observa relativamente aos julgados representativos da primeira tendência jurisprudencial, verifica-se que os precedentes da Súmula 621 traduzem orientação predominante, aferida, salvo uma única exceção, por simples maioria de votos, fundada em razões atinentes, apenas, ao tema da eficácia *erga omnes* do reclamado registro do compromisso de compra e venda, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei 58, de 1937 e Lei 649, de 1949.

9. No mais, cumpre ter em vista a severa restrição imposta pela Súmula 621 à proteção judicial da posse legítima de imóvel, ou seja, de posse fundada em contrato (Cód. Civil, art. 493, III), tal o compromisso de compra e venda, só por desprovido de registro imobiliário: constituindo-se, embora, em posse *ad interdicta*, pois imune aos vícios que poderiam contaminá-la (*vi, clam, precario*), ficaria, não obstante, cerceado o seu acesso à ação possessória, gênero ao qual pertencem os embargos de terceiro opostos a esbulho judicial, a reclamar, por isso mesmo, tutela mais pronta e eficaz (Pontes de Miranda, Comentários ao Cód. de Proc. Civil, 1ª ed., For., Rio, 1977, XV, 59).

A inovação por este modo propugnada antagoniza, igualmente, a tendência de jurisprudência da Suprema Corte, no sentido de acentuar a tutela jurisdicional, até mesmo, da posse *ad usucapionem* (dispensado, portanto, o requisito do título), ao admitir a declaração do domínio em obséquio à alegação da prescrição aquisitiva pelo réu, em defesa (RE 23.491-SP, Primeira Turma, unânime, 11-10-54, Rel. Ministro Abner Vasconcellos, RT 234/484).

10. Em época mais recente, a explosão populacional, cada vez mais acentuada nas áreas urbanas, vem determinando a inevitável expansão das cidades maiores, com o incessante e irreversível aparecimento de loteamentos ou meros fracionamentos de antigas chácaras dos arredores, cujos proprietários, muitas vezes pessoas rústicas, são impelidos a esse improvisado empreendimento, da mesma forma que os adventícios, por sua vez, tangidos a adquirir pequenos lotes residenciais em áreas desprovidas de serviços públicos, onde constróem suas modestas habitações, fundados em contratos desprovidos de registro, pois o próprio loteamento é quase sempre irregular. Sobrevindo execução fiscal contra o improvisado loteador, os lotes já edificados são, obviamente, os preferidos pelos oficiais de justiça, para garantia do juízo.

A não se admitir, sequer, a oposição de embargos de terceiro, fica a jurisdição impedida de tomar conhecimento das bases empíricas da demanda (Rosenberg).

Daí o que se me afigura o excessivo rigor do verbete 621, a que aludi, de início.

11. Penso, por conseguinte, que não se aconselha a peremptória recusa liminar da ação de embargos de terceiro, fundada em compromisso de compra e venda destituído, embora, de registro imobiliário, como recomenda a Súmula 621: ao cerceamento do direito de ação, somar-se-ia, no caso, o drástico enfraquecimento da própria posse, que, em casos tais, transcende a mera realidade de fato para invocar a qualificação de posse legítima, *ad interdicta* (fundada em contrato), oponível ao esbulho perpetrado por sujeitos da ordem privada e, portanto, *a fortiori*, ao esbulho judicial que porventura seja praticado através da penhora ou de outro ato de apreensão.

O que se recomenda, assim, é, *data venia*, que os embargos de terceiro, em casos tais, não sejam só por isso liminarmente recusados, mas devidamente processados, decididos como de direito, às instâncias locais incumbindo conhecer e apreciar as alegações e provas deduzidas em juízo.

Eis porque não posso emprestar minha adesão, ainda que desvaliosa, aos dizeres da jurisprudência sumulada, a qual, tudo indica, não se concilia com os imperativos da ordem social do nosso tempo.

12. A decisão recorrida admitiu e, afinal, acolheu os embargos de terceiro, que se insurgiram contra a penhora, fundando-se em contrato de compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário, bem como na posse imediata do imóvel, afastada a ocorrência de fraude à execução.

Cumpre, pois, conhecer do recurso, por manifesta a divergência do julgado com a Súmula 621 do Supremo Tribunal.

Nego-lhe, porém, provimento, pelas razões já expostas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, ao apreciar este tema impressiono-me, sobremodo, com as conseqüências, no plano social, dos nossos julgamentos.

Sabemos que no nosso País, principalmente nas camadas pobres da população, um grande número de negócios, e até direi, a maior parte dos negócios, é efetuada de maneira menos formal, e até absolutamente informal. Compram-se e vendem-se pequenos terrenos e casas apenas mediante a emissão de recibos, sinais de arras e mesmo de promessas de compra e venda ou «transferências de posse» redigidos de forma a mais singela. E é muitíssimo comum que esses documentos não venham a ser registrados no Registro de Imóveis, inclusive porque os termos em que estão vazados não permitiriam o registro. Para o registro imobiliário é necessário que o contrato revista determinados requisitos, o que exige, freqüentemente, a presença do tabelião ou do profissional do Direito.

Então, com extrema freqüência, ocorre na vida judiciária termos alguém que é possuidor do seu terreno ou da sua casa há muitos anos, em inteira boa-fé, que já pagou a totalidade do preço há muitos anos, e de repente é surpreendido por uma penhora, em execução promovida contra aquele que lhe havia «alienado» o imóvel; nos termos da aludida Súmula, irá perder seus direitos à posse e à aquisição da propriedade.

Então vemos aqui os dois pratos da balança: de um lado, temos o direito do credor, direito pessoal; do outro lado o direito, também pessoal, do possuidor e promitente comprador. Geralmente, como no caso dos autos, o possuidor já mantinha o seu direito de posse e os direitos à aquisição decorrentes de sua promessa de compra e venda desde antes do surgimento do crédito que origina a penhora.

Então se pergunta: entre as duas pretensões, a do credor, direito pessoal, e a do promitente comprador com justa posse, direito também pessoal, qual é aquela que merece maior tutela, maior proteção da ordem jurídica?

Tenho a impressão de que levar nosso raciocínio para o terreno do direito registral importará na aplicação das normas jurídicas dentro de um, digamos assim, tecnicismo exagerado. É certo que, num plano puramente registral, o imóvel penhorado ainda é, tecnicamente, integrante do patrimônio do promitente vendedor. Mas, inclusive, com freqüência é difícil que o credor ignore que sobre aquele imóvel, cuja penhora postula, se exerce direito de outra pessoa, do promitente comprador e possuidor de boa-fé.

O promitente vendedor ainda é dono do imóvel, mas o é sob aquele *minus* derivado das obrigações que assumiu, de outorga da escritura definitiva, em virtude do contrato quitado de promessa de compra e venda. O patrimônio do cidadão não é constituído só dos seus direitos, mas também das suas obrigações. E o promitente vendedor tem a obrigação de garantir a posse transferida contratualmente ao promitente comprador, que a exerce *em nome próprio*.

Então, se dirá: mas o credor não sabia disso; o credor considerava que o imóvel era do promitente vendedor; emprestou-lhe dinheiro, ou com ele negociou, confiante de que aquele imóvel fazia parte, sem ônus, do seu patrimônio. Será que essa assertiva corresponde às realidades práticas da vida? Será que o credor foi realmente averiguar no Registro Imobiliário e não atentou para a circunstância de que naquele imóvel estaria morando alguém, às vezes há muitíssimos anos, comportando-se como dono? E a penhora, por sua vez, terá sido objeto de registro, de molde a ter eficácia perante terceiros?

Creio mais conforme com as necessidades atuais do comércio jurídico a interpretação pela qual, no choque de interesses de dois direitos eminentemente pessoais (a própria penhora não é direito real, mas ato processual executivo), tanto um quanto outro, deve prevalecer o direito daquele que está na justa posse do imóvel, como seu legítimo pretendente à aquisição, e com o preço quitado, face ao direito do credor do promitente vendedor, dê que ausente, por certo, qualquer modalidade de fraude à credores ou à execução, como no caso dos autos.

Esta orientação melhor se coaduna às realidades jurídico-sociais do nosso País, e impende sejamos sensíveis a estas realidades.

No caso presente, impressionam ainda, sobremaneira, os argumentos do v. aresto:

«Através de contrato particular de compromisso de venda e compra e cessão de direitos, datado de 10 de agosto de 1977 e registrado no Cartório de Títulos e Documentos aos 13 de outubro de 1977, o embargante adquiriu de Dulcinéia Ferreira Baia o apartamento objeto desta ação, penhorado em execução bem posterior-

mente ajuizada pelo embargado contra um dos' então proprietários (fls. 9/10).

Ora, no caso, inexistente qualquer indício de fraude na aquisição operada pelo embargante, há de ser resguardada a sua posição de possuidor legítimo do bem constrictado — posse essa que também fundamenta o pedido inicial, foi recebida pelo embargante através daquele contrato e não contestada pelo embargado.

E a posse deve ser protegida por si, independente da idéia do domínio, realçada a publicidade daquela pela inscrição do contrato de compromisso no Registro de Títulos e Documentos, não bastasse a publicidade imanente ao seu exercício legítimo, a obrigar terceiros.

Como reforço à lisura daquele ato translativo, está a realidade de que, posteriormente, embora já no curso destes embargos, o embargante veio a adquirir o domínio do imóvel, comparecendo a promitente vendedora como anuente (fls. 11/12 e 52)» (fls. 92/93).

De maneira que, rogando vênua ao emitente relator, e reconhecendo as dificuldades da matéria e o peso dos argumentos em contrário, ousou divergir da Súmula nº 621, retornando à antiga orientação do Pretório Excelso, revelada, v.g., nos RREE *in* RTJ, 91/257; RTJ, 92/818; destarte, mantenho o aresto proferido pela egrégia Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

Conheço, mas nego provimento.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, tenho como ajustada à boa realização da justiça a posição do emittente Ministro Athos Carneiro. Afinal, não estamos a julgar pedras, mas a apreciar fatos que envolvem a conduta humana, envolvem o homem com todas as suas circunstâncias.

Assim, dispensando-me de outras considerações, acolhendo as expostas pelo Ministro Athos Carneiro, acompanho-lhe o pensamento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, está em causa na espécie, a Súmula 621 do Colendo Supremo Tribunal Federal. O compromissário-comprador, desde que não inscrita a Promessa de Compra e Venda no Registro Público, é mero titular de direito pessoal em relação à coisa penhorada. Nessas condições apenas o registro é que dá ao compromisso eficácia *erga omnes*.

O Pretório Excelso, depois de muita discussão sobre a matéria, acabou consolidando a sua jurisprudência no enunciado da Súmula 621, em condi-

ção tal que a penhora subsiste válida, uma vez que se trate de imóvel simplesmente comprometido, mas não registrado.

Acompanho o Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 247 — SP — (Reg. nº 89.0008532-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Rel.: p/acórdão: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: BANERJ Banco de Investimentos S.A. Recdo.: Antonio Ribeiro Credêncio. Advogados: Dras. Cleuza Anna Cobain e Neusa Marchi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator; por maioria, negou-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator e Barros Monteiro. (Em 8-8-89 — 4ª Turma)

Votaram, além dos citados, os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 327 — SP (Registro nº 89.0008790-8)

Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza*

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Pedro Soares de Souza e sua mulher*

Recorrido: *Paulo Reis de Magalhães*

Avogados: *José Paulino Franco de Carvalho e outro, Eduardo Pinto de Almeida e outros*

EMENTA: Embargos de terceiro opostos em execução cambial. Fraude de execução. Art. 593, II, do Código de Processo Civil.

Somente se caracteriza a fraude de execução quando a alienação é realizada já pendente aquela demanda que dá origem à penhora, contra a qual se insurge o adquirente mediante embargos de terceiro.

Se a alienação é anterior a tal demanda, a hipótese somente pode ser entendida, em tese, como de fraude a credores, ainda que ao tempo da venda outras demandas afetassem o patrimônio do devedor-alienante.

Recurso especial conhecido e provido.

Voto vencido em parte.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, preliminarmente, conhecer do recurso. No mérito, por maioria, dar-lhe provimento, vencido em parte o Sr. Ministro Relator, que dava parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro ATHOS CARNEIRO, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Por haverem adquirido de José de Freitas e sua mulher, primeiro, por contrato preliminar de 1º de maio de 1979 e depois por compra e venda, em 2 de julho do mesmo ano, devidamente registrada em 16 do mesmo mês, o imóvel consistente de terreno e construção residencial, Pedro Soares de Souza e sua mulher se opuseram, com embargos de terceiro, à respectiva penhora, efetuada em 2 de julho de 1982 nos autos da ação de execução cambial proposta por Paulo Reis de Magalhães contra o alienante, em 3 de novembro de 1981, para a qual o executado foi citado em 14 de dezembro (v. fl. 343, 2º vol).

2. Em contestação, o exequente e embargado argüiu a nulidade ou a ineficácia do título aquisitivo em que se fundam os embargos de terceiro, por caracterizada a fraude à execução, dizendo que, muito embora tentada após a aquisição do imóvel pelos terceiros embargantes, a execução em que teve lugar a penhora hostilizada versa, contudo, sobre o mesmo débito do executado, consubstanciado em duas séries de notas promissórias emitidas umas em favor do embargado e outras de Parema Administração e Empreendimentos S.A. e decorrentes todas do mesmo negócio. Acrescentou que a falta de pagamento de títulos das mesmas séries ensejou o ajuizamento, por esses credores, de duas execuções cambiais anteriormente à alienação do imóvel em causa, ou seja, em 16 de outubro de 1978 (fls. 43 e 60), citado o executado em 24 de novembro de 1978 (fl. 70), assim se evidenciando, ainda antes da aquisição do imóvel pelos embargantes, a pendência de demandas capazes de reduzir à insolvência o devedor alienante.

3. A fraude à execução foi veementemente negada pelos terceiros embargantes, porque:

a) quando da aquisição, não fora ainda proposta a execução que redundou na penhora impugnada;

b) as duas execuções até então ajuizadas eram insuficientes para reduzir o executado à insolvência;

c) o patrimônio do executado abrange outros bens;

d) o executado, subseqüentemente, vendeu outros bens e a sujeição de bens alienados pelo executado à execução há de respeitar a ordem cronológica em que tais alienações se verificaram.

4. A sentença, porém, acolheu a objeção do embargado, consoante esta argumentação (fls. 256/260, 1º vol.):

«A tese fundamental, pois, do embargante, no sentido de predominar a alegação de fraude à execução, é de que todos os processos, anteriores ou posteriores à data do negócio, feito pelo embargante com o devedor, devem ser computados para o fim de restar demonstrado o estado de insolvência.

O art. 591 do CPC dispõe que «o devedor responde, para com o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei». Existe, assim, restrição legal ao art. 524 do Código Civil, no tocante ao direito de uso, gozo e disposição da propriedade.

O inadimplemento de uma obrigação, representada por título executivo, dá lugar à responsabilidade patrimonial. Evidentemente, a responsabilidade de que se cuida é ditada para a salvaguarda do crédito estabelecido na relação obrigacional, e se refere ao devedor, posto que situado na relação formada com o credor.

Em ocorrendo fraude à execução, não importa à alienação, a saída da esfera do patrimônio do devedor. Contudo, para que ocorra a fraude à execução, na conformidade do que dispõe a legislação processual (art. 593) há necessidade, destacando-se o inciso II, de que esteja a pender demanda suficiente a levar o devedor à insolvência, quando da alienação de bem do patrimônio dele.

No caso em questão, quando da realização do negócio (2-7-79), já existia o processo, distribuído inicialmente à 10ª Vara Cível e redistribuído à 9ª Vara, com o nº 773/80.

Por outro lado, conforme dá conta o extenso rol de distribuição (fls. 73 e ss.), o alicantante não era pessoa confiável, em termos de negócio imobiliário, justificando mesmo que qualquer pretendente se agasalhasse das cautelas necessárias.

Não resta dúvida de que, em se cuidando de fraude, alegada com base no nº II do citado art. 593, há de se demonstrar a possibilidade de redução à insolvência. O endereçamento do artigo, obviamente, é feito em relação a eventual prejuízo, isto é, há que se provar a possibilidade de prejuízo do credor, pela insuficiência de bens do devedor.

À época da alienação já pendia execução, esta resultante de negócio anterior, o qual estabeleceu acentuado compromisso do devedor.

Aqui repousa o ponto nodal da questão. O devedor assumiu vultosa obrigação para com dois credores, dentre eles o embargado. Virtualmente, vinculou seus bens presentes à satisfação plena da obrigação. Relativamente à obrigação assumida, adveio a execução da 10ª Vara Cível; especificadamente, aquela ação, somente em si considerada, poderia revelar ausência de prejuízo e disponibilidade de outros bens, mas, no conjunto do negócio, pendia, igualmente, possibilidade de insolvência total — aí o perigo. Quando do ingresso dos embargos de terceiro, a situação do devedor estava lançada ao caos financeiro e econômico e, então, a possibilidade de insolvência restou comprovada.

Vê-se, assim, que o exame de fraude à execução não pode ser, de forma ortodoxa, examinado em relação apenas a uma execução contra o devedor e sim nessa mesma execução em confronto com o montante da obrigação assumida, acrescentando-se que, à época da propositura dos embargos, restara demonstrado (pela distribuição de inúmeros processos) que a insolvência estava consumada.»

5. A Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua vez, negou provimento à apelação dos embargantes, em acórdão unânime no qual se lê o seguinte (fls. 326/329, 2º vol.):

«A sentença deve ser mantida, de vez que examinou com precisão a matéria posta a deslinde, dando pela existência de fraude à execução, a qual, na hipótese, efetivamente ocorreu.

Dizem os embargantes que adquiriram do devedor um imóvel situado à Rua Capitão Guilherme Pompeu nº 271, conforme compromisso particular de compra e venda datado de 1º de maio de 1979 e escritura pública, lavrada a 2 de julho desse mesmo ano (fls. 16/21).

Acontece, todavia, que a esse tempo, já existiam contra o devedor duas ações de execução fundadas em títulos executivos extrajudiciais: uma, proposta por Parema Administração e Empreendimentos S/A, em 6 de outubro de 1978; e outra, ajuizada na mesma data, por Paulo Reis de Magalhães (autor também de uma segunda ação de execução, na qual se interpuseram estes embargos) (fls. 43 e 60).

O réu foi citado, nessas duas ações, respectivamente a 24 e 30 de novembro de 1978 (fls. 52 v. e 71). Nestes processos, ao se manifestar, o mencionado devedor declarou que os títulos que estavam sendo cobrados resultavam da aquisição de cotas e outras obrigações relacionadas com a Serraria e Comércio de Mármore e Granito Itaquaré Ltda. (fls. 46 e 63).

Esta transação era de considerável valor econômico, conforme se depreende da documentação de fls. 107/116, tendo o devedor assumido compromissos de vulto, representados pela emissão de vá-

rias notas promissórias; estas, no entanto, não foram resgatadas em seus vencimentos, e deram causa a outras execuções, as quais se seguiriam às primeiras, já acima mencionadas.

No entremeio de todos estes acontecimentos, e embora houvesse assumido aquelas obrigações para com seus credores, desfez-se o devedor de um de seus imóveis, vendendo-o ao terceiro. Nessa altura, tinha ele plena ciência das execuções que se lhe moviam e como a dívida era maior e se achava em aberto, tinha também ciência de que outras ações àquelas duas se seguiriam. Não obstante, alienou o imóvel, embora sabendo que contra ele corriam demandas capazes de reduzi-lo à insolvência. E que outras mais estavam para serem ajuizadas.

Evidente, pois, a fraude de execução que por ele foi cometida.

Inexplicável, por outro lado, a negligência do comprador, aqui terceiro e embargante, pois se tomasse as precauções que toda transação de imóvel comporta, exigindo as certidões negativas dos distribuidores, teria verificado que ao tempo em que ela se efetuou já existiam ações contra o vendedor; e de que este se achava ciente da existência dessas demandas, pois em ambas se manifestara; e finalmente, de que o vendedor não devia apenas aquelas importâncias cobradas nas execuções em andamento, já que as obrigações por ele contraídas eram muito maiores.

Todos estes aspectos já bastam, por si só, para caracterizar a fraude de execução, que não significa senão a prática de atos de oneração ou alienação de bens pelo devedor, com conhecimento do prejuízo que se vai causar aos credores por falta de outros capazes de garantir-lhes a satisfação de seus direitos.

E estes atos, no caso em exame, bem se praticaram».

6. E ao rejeitar embargos de declaração deduzidos pelos apelantes, a Colenda Câmara julgadora reiterou (fls. 338/340);

«Ao v. acórdão que, por votação unânime, negou provimento ao recurso interposto, pelo vencido, em embargos de terceiro julgados improcedentes, vem este com embargos de declaração, por ver dúvida e contradição no corpo da decisão colegiada.

Esta, reconheceu a existência de fraude à execução, isto porque, ao tempo da alienação, tinha o devedor «plena ciência das execuções que se lhe moviam e como a dívida era maior e se achava em aberto, tinha também ciência de que outras ações àquelas duas se seguiriam».

O recorrente vê dúvida nessa assertiva, pois quer saber quais seriam essas outras execuções; e qual era a dívida que se achava em aberto. Por outro lado, quer também que se esclareça quais as «demandas de conhecimento efetivo do devedor, à época da alienação, capazes de reduzi-lo à insolvência».

Sem razão o embargante, pois, o acórdão foi bastante claro e preciso nesse particular: quando diz «a esse tempo», refere-se à época da alienação. Este parágrafo, o segundo nas fl. 327, vem em seguida àquele que menciona a data da transação: compromisso a 1º de maio de 1979, escritura lavrada a 2 de julho do mesmo ano.

A «esse tempo», isto é, à época da venda, já existiam contra o devedor duas ações de execução, fundadas em títulos executivos extrajudiciais. Duas, e não mais que duas, é o que menciona o v. acórdão (fl. 327).

Nessa época, todavia, sabia o devedor que a sua dívida era maior, porque os títulos diziam respeito à transação de considerável valor econômico; algumas promissórias já estavam vencidas, pelo que ensejaram as duas execuções, desde que não resgatadas as cambiais nos respectivos vencimentos; mas outras cambiais estavam também para se vencer — relativas ao mesmo negócio — e como não seriam pagas, dariam ocasião a outras execuções.

E foi o que de fato aconteceu, tanto que nos anos novas execuções foram distribuídas contra o devedor, vindo se somar às duas primeiras (fls. 43/119).

Nenhuma dúvida ressalta dessa exposição: o devedor sabia que se alienasse o imóvel, diante dos sérios compromissos que assumira, o seu patrimônio restaria esvaziado, com prejuízo evidente do credor. Esta sua atitude, quando já pendente duas execuções, caracterizou a fraude, a qual viria a se tornar ainda mais patente diante do ajuizamento de outras ações, que àquelas primeiras se seguiram.

A segunda omissão, omissão não é: o embargante é terceiro. Teve o seu bem alcançado por penhora e quer livrá-lo do ato constritivo.

Nisto se resume a sua pretensão.

Se o devedor possuía outros bens que não foram, mas deveriam ter sido penhorados, em troca daquele que adquiriu, é matéria alheia aos interesses do terceiro, que nada tem a ver com a questão posta entre credor e devedor.

Nestes autos, a matéria se circunscreve ao bem que foi objeto de penhora: e se ele deve ser excluído da execução.

Concluiu a sentença que não, uma vez que a venda se fez em fraude à execução. O v. acórdão confirmou esse julgado. Daí que, subsistente a penhora sobre o imóvel, despicienda a indagação quanto a outros eventuais bens do devedor, os quais deveriam ter sido penhorados em lugar do bem atingido.»

7. Inadmitido, na origem, o recurso extraordinário interposto pelos terceiros embargantes (fls. 342 e 368/370); e não obstante negado seguimento ao agravo de instrumento (v. autos apenas, fl. 175), reconsiderou-se,

contudo, em agravo regimental, o Ministro Djaci Falcão, Relator, para fazer subir o recurso principal (fl. 201).

8. Enfim, acolhendo preliminar suscitada pela ilustre Subprocuradora-Geral Yeda de Lourdes Pereira (fl. 448), vieram-me os autos conclusos, por distribuição, na consonância do r. despacho do eminente Relator do RE 111.126-7-SP, Ministro Paulo Brossard, *verbis* (fl. 454):

«1. Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento em alegação de dissídio jurisprudencial restrito ao âmbito legal.

2. O Plenário desta Corte em caso similar ao dos presentes autos, em questão de ordem, assim se pronunciou nos termos do RE 119.204, relatados pelo eminente Ministro Moreira Alves, em cuja ementa se lê:

«Questão de ordem relativa à competência para o julgamento de recurso extraordinário fundado em alegação de ofensa a dispositivos legais e de dissídio de jurisprudência restrito ao âmbito legal, e que subiu a esta Corte, independentemente de acolhimento de arguição de relevância...

Questão de ordem que se decide no sentido de que, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário, fundado em alegações de ofensa a dispositivos legais e de dissídio de jurisprudência restrito ao âmbito legal, se converte, *ipso iure*, em recurso especial com fundamento nas letras a e c do inciso III do artigo 105 da atual Constituição, motivo por que deste não se conhece, remetendo-se os autos àquela Corte que deste é a competente para julgá-lo».

3. Em face do precedente, converto o recurso extraordinário em recurso especial e, em consequência, negando-lhe seguimento, com base no art. 21, § 1º, do RISTF, determino a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.»

Convém acrescentar para completo esclarecimento da espécie, que o mesmo imóvel objeto dos embargos de terceiro, cuja decisão é aqui controvertida, fora anteriormente penhorado, na execução cambial primeiramente intentada por Parema S/A (v. item 2, retro).

Aquela primeira penhora, também, por sua vez, sofreu embargos de terceiro opostos pelos mesmos recorrentes. E estes, animados pelo acórdão da 8ª Câmara do 1º TAC de SP na AP 315.363 (fls. 325/330), que, provendo seu recurso, teve como precedentes aqueles embargos, impugnaram, por agravo de instrumento, a realização de prova pericial, admitida pelo saneador. Atendidos pelo Juiz da causa, subiu o agravo a pedido do embargado e o Tribunal manteve a decisão.

Diz o acórdão, no essencial (fls. 249/250, 1º vol.): «Na verdade, ou há fraude de execução, ou não há. E isto facilmente se pode verificar pelo exa-

me das onerações ou alienação efetuadas pelo devedor quando já em andamento a demanda, com o conseqüente esvaziamento do seu patrimônio.

Em suma, a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnico e poderá ser produzida por meio de outros elementos, particularmente, pela prova documental (Código de Processo Civil, artigo 420, incisos I e II).

Uma breve análise dos quesitos mencionados leva a esta conclusão; pois para saber se «a contratação de tais dívidas foi efetuada anteriormente a alienação do imóvel ao embargante» não é necessário o concurso de perito, ou seja, de um profissional técnico especialmente designado para transmitir ao julgador determinados conhecimentos específicos de que este se servirá para melhor formar o seu convencimento.

É por tais razões que se nega provimento ao recurso».

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Conheço do recurso, pelas letras *a* e *c* do art. 105, III, da Constituição vigente, ou pelas letras *a* e *d* do art. 119, III da Constituição pretérita; e, assim fazendo, dou-lhe parcial provimento, ou seja, para anular as sentenças de primeiro e segundo graus e determinar sejam decididos, primeiramente, no Juízo de primeiro grau as questões concernentes ao momento em que se verificou a insolvência, de modo a se aferir o reflexo da alienação defendida nestes autos sobre a sua concreta ocorrência.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente e relator): Senhor Ministro Athos Carneiro, apenas me permito, tendo em vista a complexidade da causa, assinalar que, como consta expresso no relatório, o acórdão recorrido entendeu que aquelas duas demandas (execuções cambiais), precedentemente propostas ao alienante, uma delas pelo próprio embargado, são apropriadas para caracterizar a litispendência que a lei considera como um dos pressupostos da fraude à execução. Este aspecto dos fatos (a preexistência de demandas contra o alienante) foi reiteradamente afirmado como certo pela sentença e pelo acórdão que o confirmou.

Convém, portanto, seja devidamente considerado o fato, porque foi a alusão a este que o acórdão recorrido considerou ocorrente, no caso, a fraude à execução. Quero frisar, também que o acórdão, tanto quanto a sentença, fez afirmação expressa de que, em virtude daquelas duas primeiras execuções, o executado ficou insolvente. Isso consta expressamente do acórdão recorrido e foi também referido no parecer ministerial ao qual me reporto, em meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, nos termos do art. 593, II, do CPC, considera-se em fraude de execução a alienação de bens, quando ao tempo da alienação «corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência». Pergunta-se então, fundamentalmente, é se esta demanda, capaz de reduzir o devedor à insolvência, deve ser a própria demanda que deu origem à penhora e, portanto, deu causa imediata aos embargos de terceiro, ou se para tal fim podemos considerar também outras anteriores demandas, ajuizadas ao tempo da alienação pelo mesmo ou por outros credores. Este, parece-me, o *punctum dolens* do litígio.

O eminente Presidente e relator entendeu serem hábeis, para a incidência do preceito legal, as duas execuções precedentes; mas, face ao problema de saber se ao tempo dessas precedentes execuções já havia, ou não, a possibilidade da insolvência, S. Exa. resolveu dar provimento em parte, para anular o acórdão e a sentença, a fim de que fosse feita a devida prova da insolvência no juízo de primeiro grau.

Todavia, cumpre ponderar que em matéria de tutela dos direitos dos credores, nossa legislação prevê dois institutos. O Código Civil dispõe sobre a «fraude contra credores», prevendo a anulabilidade dos atos do devedor nos casos de transmissão gratuita dos bens, provocando insolvência, e também nos casos de atos jurídicos relativos a contratos onerosos do devedor. Apenas se diferenciam as hipóteses de transmissão gratuita, em que a anulação sempre será feita; nos casos de transmissão onerosa, torna-se necessário tenha concorrido culpa ou má-fé por parte do comprador. Nestas hipóteses de *fraude contra credores*, o interesse jurídico tutelado, fundamentalmente, é o interesse privado, particular do credor.

Entretanto, a legislação processual civil prevê também outra hipótese, a da «fraude à execução», quando os atos de alienação ou oneração ocorrem já na pendência da demanda do credor contra o devedor. Nestes casos, a alienação ofenderá não apenas o interesse privado do credor, mas também vai em detrimento, em prejuízo da própria eficácia dos atos processuais executórios, que são atos do Estado, cuja eficácia impende seja preservada pela ordem jurídica.

O legislador usa pois, no campo do direito processual, de uma técnica diferente: ao invés da anulação do contrato de alienação, este é mantido existente e válido; apenas, este bem alienado em fraude de execução continua respondendo pelo débito, como se houvera permanecido no patrimônio do devedor. É o que reza o art. 592 do CPC:

«Ficam sujeitos à execução os bens:

V — alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução.»

Portanto, a fraude de execução é um instituto que se destina, precipua-mente, à defesa da eficácia prática dos atos processuais em andamento, evi-tando que o devedor executado frustrate a realização prática da cobrança ou execução, e que a atividade jurisdicional ao cabo se veja frustrada pelo va-zio patrimonial.

Tenho para mim, portanto, eminentes Colegas, que quando o Código de Processo Civil se refere à fraude de execução, diz respeito aos atos de fraude cometidos naquela execução que está sendo realizada; pondera-se a ineficácia daquele processo em andamento, do processo que originou a pen-hora contra a qual o terceiro se insurge. E a lei processual civil, art. 593, II, é expressa: «quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência».

Mas na hipótese dos autos, demanda que originou a penhora, penhora contra a qual se insurge o ora recorrente, essa demanda foi muito posterior à quetionada alienação. A alienação é de 1979, e a demanda foi ajuizada em 1981.

Assim, a presente hipótese não é de fraude à execução: poderá, quiçá, ser de fraude a credores, mas para o reconhecimento da fraude a credores se faz mister a ação pauliana, que não foi ajuizada.

Postas estas considerações, e porque no momento em que reconhece-mos que a demanda capaz de reduzir à insolvência deve ter sido proposta *antes* da alienação, e no caso não o foi, então o tema de se saber quando houve, ou não, a redução à insolvência, torna-se irrelevante, eis que a de-manda, no caso dos autos foi muito posterior à alienação. Enfim, a espécie não se enquadra na figura jurídica da fraude à execução.

No caso concreto, aliás, como está no relatório do eminente Relator, já na anterior execução, em que também foi penhorado este mesmo bem, hou-ve embargos de terceiro e tais embargos resultaram exitosos, sendo então o bem liberado. Se este bem já foi liberado na execução que estava pendente ao tempo da alienação, como poderá, agora, ser a venda considerada em fraude de execução perante uma nova demanda, proposta anos após a alie-nação?

Parece-me, então, liminarmente, que a hipótese não é de fraude à exe-cução. Poderia se cogitar, talvez, de fraude a credores. Mas fraude à execu-ção não é, porque incorre aquela condição legalmente inafastável, de con-comitância da alienação com a execução que dá origem à penhora.

Nestes termos, julgo que, afirmando a ocorrência de fraude de execu-ção, o v. acórdão embargado contrariou frontalmente a norma do art. 593, item II, do Código de Processo Civil. Com a vênua do eminente Relator, dou integral provimento ao recurso especial, pela letra *a* do permissivo constitucional, para julgar, assim, procedentes os embargos de terceiro. Os ônus de sucumbência ficam a cargo do vencido, arbitrados os honorários em 15% sobre o valor da causa, devidamente atualizado desde a data do ajuizamento.

É o voto.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, o caso é assaz interessante, porque faz com que esta Turma tome posição a respeito da questão da fraude à execução, precisamente no que pertine ao entendimento do item II do art. 592.

Se bem captei a divergência entre o voto do eminente Ministro Athos Carneiro e o do eminente Ministro Relator, ela está em que, para o entendimento exposto pelo Ministro Athos Carneiro, as ações ou as execuções diversas daquela de que se cuida, não tem interferência no caso. Ao entender do eminente Relator, da importância destas outras demandas, decorreria haver o Tribunal local concluído pela insolvência.

Tenho que, no caso concreto, correto se mostra o ponto de vista exposto pelo Ministro Athos Carneiro de que a demanda a que se reporta o texto do inciso II do art. 592 é aquela em que houve a penhora que provocou a rebeldia do agora recorrente.

Por assim entender, peço vênia ao eminente Ministro Relator para acompanhar, nesta divergência e nesta circunstância, o voto do eminente Ministro Athos Carneiro.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, dentro do que fizera em relação ao memorial apresentado pelos Recorrentes, ao qual busquei dar minuciosa atenção, também li e acompanhei atentamente o relatório e o voto do eminente Relator.

A meu ver, porém, o Ministro Athos Gusmão Carneiro, com a didática que lhe é própria, sintetizou — não diria com mão de mestre, mas com voz de mestre — as vias que o legislador coloca à disposição do credor para defender-se de atos praticados em fraude pelo devedor.

O Código de Processo Civil disciplina a matéria de fraude de execução no art. 593, incisos I, II e III, que poderiam ser acrescidos de um outro quanto à matéria relativa aos atos de constrição legal, que, sabidamente, como reconhece a doutrina, são atos praticados em fraude de execução, sendo imprescindível, em qualquer das hipóteses, a existência de uma ação em curso, na qual tenha ocorrido citação válida ou, então, o comparecimento da parte, suprimindo essa citação.

Nestas circunstâncias, também entendo não ocorrente, no caso concreto, a fraude de execução, porque, como bem demonstrado, a ação foi proposta em data bem posterior à alienação do bem objeto dos embargos de terceiro.

Com tais considerações, e fazendo minhas as expendidas pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro, também conheço do recurso e lhe dou provimento, mas o faço não apenas quanto à alínea *a* do art. 105, mas também quanto à alínea *c* do mesmo dispositivo constitucional, fixando os honorá-

rios no mesmo patamar arbitrado pelos dois eminentes Ministros que votaram, antecedendo a mim, no mesmo sentido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, peço vênua a V. Exa. para acompanhar a manifestação do eminente Ministro Athos Carneiro. A alienação indigitada como fraude à execução operou-se no ano de 1979, ao passo que a execução, onde se deu o ato constrictivo, ocorreu, no ano de 1981. Portanto, quando da alienação, ainda não pendia ação contra o devedor capaz de reduzi-lo à insolvência, tal como exige a lei processual civil.

Por essas razões, Sr. Presidente, conheço do recurso especial, por ambas as alíneas, e lhe dou provimento.

EXTRADO DA MINUTA

REsp nº 327 — SP — (Reg. nº 89.0008790-8) — Relator originário: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Pedro Soares de Souza e sua mulher. Recorrido: Paulo Reis de Magalhães. Advogados: Drs. José Paulino Franco de Carvalho e outro e Eduardo Pinto de Almeida e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. No mérito, por maioria, deu-lhe provimento, vencido em parte o Sr. Ministro Relator, que dava parcial provimento ao recurso. (4ª Turma — 29-8-89).

Votaram os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO:

RECURSO ESPECIAL Nº 378 — SP

(Registro nº 89.0009023-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *FEPASA — Ferrovias Paulista S/A*

Recorrido: *SAMU — Sociedade de Administração e Melhoramentos Urbanos Ltda.*

Advogados: *Drs. José Martins Portella Neto e outros e Lúcio Salomone e outros.*

EMENTA: Recurso extraordinário transformado ipso iure em recurso especial, «nos exatos limites do tema tido como relevante pela acolhida da arguição de relevância»: precatório expresso em ORTN.

Não versando sobre o tema admitido como relevante, não é de ser conhecido o recurso especial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O despacho que indeferiu o recurso extraordinário guarda o seguinte teor:

«Trata-se de ação de manutenção de posse em fase de liquidação de sentença.

Homologada a conta, apelou a autora, insurgindo-se contra o cálculo de fl. 395.

A Egrégia Segunda Câmara, por votação unânime, deu provimento ao recurso, para determinar corresponda o crédito da apelante a 687,42 OTNs, prevalendo a atualização e a conversão anteriormente efetuadas no cálculo de fl. 368.

Recorre extraordinariamente a apelada, fundando-se no artigo 119, III, alínea a, da Constituição da República. Alega negativa de vigência ao artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.284/86. Argumenta dever a regra específica do citado artigo prevalecer sobre a genérica do artigo 9º do mesmo decreto, aplicada no v. acórdão recorrido.

Argúi relevância da questão federal.

Houve impugnação.

O recurso não versa sobre alguma das hipóteses elencadas nos incisos I a X do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Redação dada pela Emenda Regimental nº 2 de 4-12-85). É, portanto, inviável o exame de sua admissibilidade (artigo 326).

Argüida a relevância da questão federal, determino seu processamento, observando-se o disposto no artigo 328, § 3º, daquele Regimento. São Paulo, 22 de março de 1987. Marcus Vinicius dos Santos Andrade — Presidente.»

Em face do acolhimento da argüição de relevância (2º apenso), determinou-se o processamento do recurso.

Com as razões de fls. 500 a 510 e contra-razões das fls. 512 a 516, subiram os autos ao E. Supremo Tribunal Federal, tendo, nos termos do despacho de fl. 553, o eminente Relator, Ministro Sydney Sanches, determinado a sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça, em virtude da transformação, *ipso iure*, de recurso extraordinário em especial.

Determinei a remessa dos autos à Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O douto Subprocurador-Geral da República, Dr. João Leoni Taveira, bem deslindou a controvérsia nos seguintes termos:

Ementa: Recurso extraordinário, com argüição de relevância, convertido em recurso especial. Restrição do recurso especial aos limites do tema tido como relevante.

Não se conhece de recurso especial, restrito ao tema tido como relevante, se a norma apontada como violada cuida de matéria diversa da reconhecida como relevante».

Trata-se de recurso especial em que figura como recorrente Fepasa — Ferrovia Paulista S/A e como recorrida Samu — Sociedade de Administração e Melhoramentos Urbanos Ltda.

No recurso, alega a recorrente que o v. acórdão violara o art. 33 do Decreto-Lei nº 2.284/86, na medida em que não autorizara a conversão do crédito de recorrida que vinha expresso em ORTN, pelo novo padrão de reajustamento de créditos, inclusive judiciais, isto é, pelas OTN's.

O recurso, interposto como extraordinário, fundado em violação de lei, encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, em razão do acolhimento da argüição de relevância, foi pelo r. despacho de fls. 553, convertido em recurso especial «nos exatos limites do tema tido como relevante pela acolhida da argüição de relevância». Examinando-se os autos apensos da argüição de relevância vê-se que esta foi acolhida porque cuidaria de «precatório expresso em ORTN. Relevância jurídica. Unanimemente».

Ora, se, como decidiu o Excelso Pretório, este recurso especial está jungido aos limites do tema tido como relevante, o caso é de não conhecimento do recurso, porquanto a recorrente, que é uma sociedade anônima, não paga os seus débitos através de precatórios. E, obviamente, não se insurge contra

suposto precatório expresso em ORTN. Há, no caso, contradição entre a decisão que acolheu a relevância e os próprios termos em que esta foi posta. O objeto da relevância era uma discussão de direito intertemporal sobre os limites temporais de aplicação do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.284/86. Destarte, o recurso especial não preenche o requisito de admissibilidade, posto que a decisão do Excelso Pretório não lhe abre espaço para a análise de alegada negativa de vigência do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.284/86. Quando assim não fora, a r. decisão recorrida ao estabelecer que «a nova disposição, portanto, não pode ser aplicada em prejuízo da apelante, prevalecendo a atualização e a conversão anteriores», deu correta interpretação ao referido art. 33.

Ante o exposto, somos pelo não conhecimento do recurso especial».

Realmente o eminente Ministro Relator Sydney Sanches em seu despacho de remessa dos autos a esta Corte decidiu:

«no sentido de que, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário fundado em alegações de ofensa e dispositivos legais se converte, *ipso iure*, em recurso especial com fundamento na letra a do inciso III do artigo 105 da atual Constituição, nos exatos limites do tema tido como relevante pela acolhida de arguição de relevância».

Segundo o verbete do Supremo Tribunal a relevância foi acolhida conforme a seguinte ementa:

«Acolhido. Precatório expresso em ORTN. Relevância Jurídica unanimemente.»

Ora, a matéria objeto de recurso especial não diz respeito a precatório, nem poderia ser, pois em se tratando de sociedade anônima esta não paga seus débitos por precatório.

A lei que está se discutindo nos presentes autos é o Decreto-Lei nº 2.284/86, art. 33:

«Os créditos em cobrança ou resultantes de títulos judiciais, os créditos habilitados em concordata ou falência ou em liquidação extrajudicial, *anteriores a 28 de fevereiro de 1986*, são, pelos respectivos valores em cruzeiros, devidamente atualizados na forma da legislação aplicável a cada um, e convertidos em cruzados, *naquela data*, nos termos fixados no § 1º do artigo 1º».

Destarte, posta a questão nestes termos, «julgamento de recurso especial nos limites do acolhimento da relevância,» inviável é o recurso, por não cuidar, no caso, de precatório.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto».

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, uma vez que foi acolhida a relevância, penso que é o caso de examinar-se os pressupostos específicos do recurso especial, insertos no art. 105, inciso III, da vigente Constituição Federal. De maneira que passo ao exame da alegação de negativa de vigência do citado art. 33 do Decreto-Lei nº 2.284, de 1986.

A inteligência desse preceito legal foi amplamente debatida no Tribunal de Justiça de São Paulo, e, através de uniformização de jurisprudência, entendeu-se, em suma, que com a implantação do «Plano Cruzado» houve uma simples transformação das ORTN em OTN, não havendo motivo plausível para proceder-se à atualização pelo índice vigorante no mês de fevereiro de 1986, por defasado.

Prefiro não conhecer, por entender que, na espécie, o acórdão recorrido não contrariou esse artigo mencionado.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Fico, na conclusão, com o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, com os subsidios trazidos pelo eminente Ministro Barros Monteiro.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 378 — SP (Reg. nº 89.0009023-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: FEPASA — Ferrovias Paulista S.A. Recdo.: Samu — Sociedade de Administração e Melhoramentos Urbanos Ltda. Advs.: Drs. José Martins Portella Neto e outros e Lúcio Salomone e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 19-9-89).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 443 — SP

(Registro nº 89.9187-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *João Batista Severino*

Advogados: *Drs. Luci Theodoro Marques e João Batista Severino*

EMENTA: Recurso Especial. Requisitos. Art. 325 RI/STF.

I — O simples acolhimento da Arguição de Relevância não exonera o recorrente do atendimento dos requisitos elencados no art. 325 do RI/STF, ainda em pleno vigor.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuida-se de Recurso Especial, por transformação, remetido a este Tribunal por força do despacho de fls.

O Extraordinário fora admitido no STF por força do acolhimento de arguição de relevância, conforme verifica-se dos autos.

O despacho que torna os autos ao STJ deixa a este Tribunal, tão-somente a matéria infraconstitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O extraordinário fora admitido tão-somente por força da decisão proferida na

arguição de relevância, não existindo a oportunidade de apreciar-se a satisfação das regras restritivas impostas pelo art. 325/RISTF.

Como em outras oportunidades já afirmei, a constituição vigente vem de adotar o recurso especial (art. 105, III, *a*, *b* e *c*), diverso do existente na constituição extinta. Os pressupostos de ambos se divergem pela base, o que orienta-me a adotar posição idêntica à corrente jurisprudencial que entende que o recurso rege-se pelas normas vigentes ao tempo da consumação do ato recorrível. Tal entendimento, reafirmei em números julgados, obtendo a adesão desta egrégia Turma.

Lei nova, que vem a alterar as regras de admissibilidade do recurso (sua interposição), certamente afeta direitos, posto que a decisão fora proferida sob império de outra legislação.

É fato cristalizado que as restrições do art. 325 RISTF quanto à admissibilidade do RE, mantêm-se ainda com plena eficácia em relação às decisões proferidas ao tempo de vigor da CF de 1967.

O acolhimento da relevância, que propiciou a admissão do RE não dispensa a exigência do preenchimento das exigências para o cabimento do mesmo.

Assim, como não atendidos os pressupostos, pelo recorrente, não co-nheço do recurso.

É como voto.

VOTO — VISTA VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A Constituição em vigor até 4-10-88, estabelecida no art. 119, inciso III que compêtia ao Supremo Tribunal Federal:

«III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º As causas a que se refere o item II, alíneas *a* e *d*, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal».

Em atenção à última disposição lida, o Supremo Tribunal Federal, em seu regimento, depois de enumerar diversas hipóteses em que teria cabimento o recurso extraordinário, estabeleceu ser tal recurso cabível «em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal».

Tem-se que, uma vez admitida a relevância da questão federal discutida nos autos, o recurso referido é cabível como nas demais hipóteses previstas na disposição regimental.

Ora, no caso dos autos, argüida a relevância, foi esta reconhecida pela Corte Maior que determinou o processamento do recurso, com o que não tem lugar neste instante apreciar-se dito cabimento, e sim verificar se estão presentes as hipóteses das letras *a* e *d*, do texto constitucional anterior, que correspondem às letras *a* e *c* do art. 105, III, da atual Constituição, cuja apreciação já não pode ser objeto de recurso extraordinário, e sim de recurso especial, cujo julgamento compete a esta Corte.

Por assim considerar passo a examinar a presença, no caso sob apreciação, dos requisitos do recurso especial.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Yedda de Lourdes Pereira, assim expôs questão posta nos autos:

«Apoiado nas letras *a*, *d*, do artigo 119, III, da Constituição Federal, com argüição de relevância acolhida, o Estado de São Paulo se insurge contra a decisão que lhe impôs o pagamento de honorários a advogados dativos, eventualmente designados para defesa de réus, em ações criminais. Sustenta a inexistência de lei impondo-lhe esta obrigação, visto estar revogada a Lei estadual 7.489, de 25-12-62 — que admitia o pagamento — pelo Dec.-Lei nº 236, de 30-4-70. Vulnerado estaria assim o § 2º, do artigo 153 da Constituição.

O entendimento nega vigência também aos artigos 92 da Lei nº 4.215, de 27-4-63 e 14 da Lei nº 1.060, de 5-2-50 (alterado pela Lei nº 6.455/77) quando estabelecem que os advogados designados pelos Juizes de Varas Criminais não poderão se recusar a prestação do encargo recebido, sob pena de multa, além de estarem obrigados a patrocinar gratuitamente a causa do necessitado até final, sob pena de censura e multa.

O dissídio pretoriano estaria configurado com acórdão proferido na AC 29.171-1, publicado na RJTJSP, vol. 84/43.

Embora sem citar os dispositivos ofendidos, a apelação sustentou a preliminar de ilegitimidade de parte, por falta de lei impondo a obrigatoriedade do pagamento de honorários de advogados dativos, o que foi apreciado no acórdão recorrido e, salvo melhor interpretação, não prejudica o conhecimento do apelo extremo, já formalizado, que logrou acolhimento da relevância da questão federal».

Opinou a seguir a citada Procuradora:

«O cerne da discussão já foi todavia apreciado pelo Pleno dessa Suprema Corte no RE 103.950-7-SP, onde foi afirmado:

«Honorários de advogado. Defensor dativo de réus pobres em processos criminais. Inexistindo, junto ao órgão judiciário, serviço oficial de assistência gratuita a réus pobres, em processo crime, é cabível o pagamento, nesses casos, pela Fazenda Estadual, de verba honorária aos advogados nomeados pelo Juiz, para tal fim. Fixação que, no caso, é relegada, porém, para a liquidação por arbitramento. Interpretação dos artigos 153, § 32, da Constituição Federal e 30 da Lei nº 4.215/63».

Ante o fato, incidindo sobre a espécie a Súmula 286, o Ministério Público entende prejudicada a fundamentação pela letra *d*. Quanto à letra *a*, adota as razões do voto vencedor no RE 103.950-7-SP, onde o Ministro Sydney Sanches sustentou:

«... o Estatuto da OAB (Lei nº 4.215, de 27-4-63) contém norma genérica impositiva sobre a gratuidade do patrimônio do advogado indicado pelo serviço de Assistência Judiciária, pela Ordem, ou pelo Juiz (art. 92). Mas, quanto à assistência judiciária em processos criminais, o mesmo estatuto tem norma específica *in verbis*:

... defensor réu pobre, em processos criminais, terá os honorários fixados pelo Juiz, no ato de sua nomeação, segundo tabela organizada bianualmente, pelos Conselhos Seccionais, e pagas pela forma que as leis de organização judiciária estabelecerem» (art. 30).

Trata-se de norma jurídica federal não só de direito estatutário de advogado em todo o País, mas também sobre a assistência judiciária e direito processual, pois diz respeito a incidência e fixação de honorários em processo criminal».

Em conclusão, opina pelo conhecimento pela letra *a*, mas no mérito, pelo não provimento do extraordinário, uma vez que a questão submetida a exame está superada nesse Tribunal, encontrando óbice na Súmula 400».

Adotando as razões lidas, *data venia* do Sr. Ministro Relator, conheço do recurso.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Senhor Presidente, acompanhei V. Exa. na preliminar de conhecimento. O Ministro Pedro Acioli não conheceu. V. Exa. conheceu e deu provimento, não foi assim?

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: V. Exa., em seu voto, não conheceu, argumentando que, com a extinção da relevância, já não tinha sentido conhecer-se do recurso processado em razão da arguição da mesma relevância.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Acompanhei o Ministro Relator, na ocasião, e agora gostaria de retificar meu voto.

Sr. Presidente. Pedi vista de alguns processos, um dos quais V. Exa. é o Relator, para manifestar-me sobre o problema da admissibilidade dos recursos. Sem dúvida, quero retificar meu voto, antecipando meu pensamento que está em fase final de elaboração, para que esse julgamento se complete.

V. Exa. disse, com muita propriedade, que uma vez admitido o recurso pela relevância, não há mais que discutir seu cabimento ou não. Estou realmente acorde com V. Exa., nos termos do inciso XI do art. 325 do Regimento do Supremo; e o art. 327 do Regimento, em seu § 1º, define o que se entende por relevância: «Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal».

Tenho para mim, Sr. Presidente, que, uma vez admitido o recurso extraordinário pela relevância, é ele cabível.

Por essa razão, quero retificar meu voto, quando acompanhei o Sr. Ministro Pedro Acioli, que, em preliminar, não conheceu, por entender que a relevância não teria nenhum significado para nós.

Por isso, peço vênia, para acompanhar o entendimento de V. Exa., neste particular.

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Além de considerar cabível, em razão da relevância, conheci do recurso. V. Exa. não entra neste aspecto?

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Acompanho V. Exa. também no conhecimento do mérito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 443 — SP — (Reg. nº 89.9187-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: João Batista Severino. Advogados: Drs. Luci Theodoro Marques e João Batista Severino.

Decisão: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli não conheceu do recurso. (Em 30-8-89 — 1ª Turma).

Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 452 — PR
(Registro nº 89.0009196-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gueirões Leite*

Recorrentes: *Esther Essenfelder Cunha Melo e outros. Elias Geffer Abrahão e outros.*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogados: *Jacy Gabardo e outro. Newton José de Sisti*

EMENTA: Recurso especial. Danos materiais. Inocorrência.

Inocorrendo danos materiais conseqüentes à prática do ato ilícito, não há o que corrigir monetariamente, fato negativo que não enseja o recurso especial por dissídio com a Súmula nº 562, do STF.

Recursos não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso interposto por Elias Geffer Abrahão e outros, e, por maioria, o recurso de Esther Essenfelder Cunha Melo e outros, vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves e Waldemar Zveiter. Tudo na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Tratam estes autos de quatro ações (nulidade de ato jurídico, atentado, declaratório de nulidade e indenização por ato ilícito), propostas por Esther Essenfelder Cunha Mello e outros contra, Elias Geffer Abrahão e outros, todas convergindo para o controle da empresa F. Essenfelder & Cia. Ltda.

Essas ações vieram a ter desfecho final no julgamento dos embargos divergentes dos autores (fls. 566/570), declarados às fls. 578/581, decidindo-se então «sobre a necessidade de, na assembléia geral extraordinária, para a destituição de diretor-gerente, decidir-se com o *quorum* qualificado estatutário».

Além disso ficou assentado que, além do mérito, será necessário delimitar-se a responsabilidade indenizatória de cada um dos réus (que seria apenas de Elias Geffer Abrahão); a forma de liquidação a ser feita por artigos; e a incidência da correção monetária sobre os valores indenizáveis e honorários advocatícios,

«... a partir da lei própria (Lei 6.899/81), isto porque esta é posterior ao ajuizamento das demandas. (*Omissis*)» (fls. 580/581).

Os réus embargados recorreram extraordinariamente, com base no art. 119, III, *a*, da CF/67 (fls. 583/587-A), alegando que o acórdão recorrido teria violado os arts. 128 e 460, do CPC; os arts. 147, II, e 145, do Código Civil; e os arts. 88, 94 e 87, do Decreto-Lei nº 2.627, antiga lei das sociedades por ações, aplicada subsidiariamente.

Os autores embargantes também recorreram extraordinariamente, com argüição de relevância (RISTF, art. 325), alegando dissídio do acórdão com a Súmula 562, do STF (CF, art. 119, III, *d*), mas unicamente quanto à correção monetária, que acharam deveria incidir a partir de data anterior à vigência da Lei nº 6.899/81, por tratar-se de indenização por ato ilícito (fls. 589/598).

A presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná houve por bem negar seguimento ao Recurso Extraordinário interposto por Elias Geffer Abrahão e outras e admitir o RE de Esther Essensfelder Cunha Melo com a seguinte decisão:

«À vista de as ações dos autos não guardarem pertinência com os casos de cabimento enumerados nos incisos III a X do art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e de não haverem os insurgentes argüido ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula ou mesmo à relevância da questão federal — únicas hipóteses de que poderiam eles valer-se para obter acesso à instância incomum (incisos I, II e XI da mesma norma regimental) — não há como admitir-se o recurso intentado, razão pela qual denego seu seguimento. Também as vencedoras Esther Essensfelder Cunha Melo, Cecília Essensfelder Müeller e Edith Essensfelder Ehrl manifestaram irresignação (fls. 589/598), que vem fundamentada na letra *d* do art. 119, III, da Constituição Federal, e adstrita à fixação do *dies a quo* da correção monetária, concedida em razão do acolhimento dos embargos de declaração (fls. 578/579). Escoram-se as citadas recorrentes em alegação de manifesta divergência com a Súmula 562 que, anteriormente à Lei nº 6.899/81 (esta deu aplicação geral à correção monetária, inclusive nos processos pendentes), assentou jurisprudência no sentido da incidência da correção monetária em casos de ato ilícito. Argüem, inclusive, a relevância da questão federal, a qual embasam em julgados da Suprema Corte, concessivos de correção monetária em casos de ato ilícito, a partir do fato, conforme já admitia a jurisprudência anterior ao advento da Lei nº 6.899/81. O apelo em questão demonstra, com suficiente

clareza, a manifesta divergência existente entre o *decisum* e a Súmula 562, corolário da incidência da correção monetária, desde o evento, nas indenizações decorrentes de ato ilícito. Com efeito, tendo o aresto dos embargos declaratórios se referido expressamente aos atos ilícitos praticados pelo réu Elias Geffer Abrahão (fl. 580), não resta dúvida de que, acolhida a ação de indenização proposta por Esther Essensfelder Cunha Melo e F. Essensfelder e Cia. Ltda. contra Elias Geffer Abrahão, caberia, à toda evidência, fixar-se o *dies a quo* da correção monetária desde a data da ocorrência dos ilícitos orientadores da demanda, conforme o verbete nº 562 sumulado pela mais Alta Corte. Todavia, conforme já noticiado, as autoras (ora segundas recorrentes) ajuizaram quatro demandas contra os recorridos (ora primeiros recorrentes), sendo que somente a ordinária de indenização por ato ilícito interessa na espécie, porque a irresignação restringiu-se a contestar o *dies a quo* da correção monetária da indenização por ato ilícito a que foi condenado o recorrido Elias Geffer Abrahão. Assim, como o prevalente voto vencido julgou procedentes, nos termos das peças vestibulares, as quatro ações reunidas, e como, de acordo com a petição inicial da indenizatória por ato ilícito, nela constam como autores a recorrente Esther Essensfelder Cunha Melo e a empresa F. Essensfelder e Cia. Ltda. (esta não faz parte do recurso extraordinário), entendo deva admitir o apelo (fls. 589/598) tão-somente com relação a Esther Essensfelder Cunha Melo, única recorrente a fazer parte da ação de indenização à qual, repita-se, expressamente (fl. 591) se cinge o inconformismo. De conseqüência, admito, com relação à recorrente Esther Essensfelder Cunha Melo, o recurso extraordinário de fls. 589/598, interposto unicamente contra o recorrido Elias Geffer Abrahão. Registre-se e numere-se a argüição de relevância da questão federal suscitada no recurso ora admitido. Conforme os motivos anteriormente especificados, denego seguimento ao recurso extraordinário manifestado por Elias Geffer Abrahão e outras. Publique-se; prossiga-se quanto ao recurso admitido» (fls. 609/611).

O STF, dando provimento ao Agravo de Instrumento nº 124.650-2, mandou subir o RE de Elias Geffer Abrahão, para melhor exame (fl. 91, *in fine*). E juntamente com o outro, de Esther Essensfelder Cunha Mello, admitido na origem, converteu-os em recursos especiais e encaminhou-os a este Superior Tribunal de Justiça (fl. 663).

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República deu parecer às fls. 659/660, sem exame do mérito.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Foram postas em julgamento quatro ações, a saber:

a) Ação de nulidade de ato jurídico, na qual a 1ª autora, Esther Essenfelder Cunha Mello, pretende anular as deliberações contidas na ata da reunião da diretoria, realizada em 5-5-1975 (fls. 18/19), em que foi destituída das funções de diretor-gerente, sendo eleito o réu Elias Geffer Abrahão. A deliberação seria nula à míngua do *quorum* previsto no contrato social;

b) Ação de atentado, na qual Esther Essenfelder Cunha Mello pretende a reposição do estudo de fato da lide à situação anterior, devido haver o réu realizado, em 22-7-1976 (fls. 10/12 do apenso), assembléia geral pelos mesmos motivos da primeira;

c) Ação declaratória de nulidade, na qual a mesma autora pretende declarar que a ata da assembléia de 22-7-1976 (v. ação de atentado) teria sido encaminhada à Junta Comercial do Estado com outro teor;

d) Ação de indenização por ato ilícito, ainda da mesma autora contra o mesmo réu, em que pretende devolva ele à empresa os valores levantados durante o tempo em que permaneceu como diretor-presidente da sociedade, resultado da eleição anulanda.

Todas essas ações envolvem a empresa F. Essenfelder & Cia. Ltda., na disputa pela sua direção, a partir da destituição da autora na assembléia de 5 de maio de 1975, ações que foram julgadas conjuntamente, porque, como justificou o juiz na sentença, são comuns a autores e réus, continentes e conexas (fl. 371).

A improcedência das mesmas, desfeita em grau de embargos infringentes, o foi com fulcro em voto vencido, que assim decidiu:

a) A destituição de Esther Essenfelder Cunha Mello, embora levada a efeito com fulcro no art. 8º, letra c, nº 2, dos estatutos sociais, que prevê a destituição de diretor por fraude ou má gestão, o foi em deliberação sobre matéria estranha à convocação assemblear e à míngua do *quorum* qualificado, dada a gravidade da decisão;

b) A conseqüente indenização devida à sociedade — que também figurou como autora em todas as demandas — pelos ilícitos praticados pelo réu, no período de sua gestão.

Quanto ao acórdão recorrido, salientou que a deliberação assemblear inquinada, baseou-se, erradamente, na soberania da assembléia e foi aprovada pela maioria das quotas dos sócios presentes e não da totalidade das quotas (fl. 569). Acrescentou, nos declaratórios seguintes (fls. 579/581), que a liquidação seria feita por artigos, com perícia contábil. E, ainda, que incidiria a correção monetária a partir da Lei nº 6.899/81.

No voto vencido e no acórdão recorrido analisaram-se, tão só, o ato societário anulando, *en passant*, por defeito de convocação da assembléia respectiva e, fucrualmente, pela falta de *quorum* para a deliberação.

Os recorrentes Elias Geffer Abrahão e outros sustentam, primeiramente, a violação dos arts. 128 e 460, do CPC, porque um dos fundamentos do acórdão — o defeito da convocação — não teria sido objeto da proposta

inicial. Os textos em epígrafe impedem o juiz de conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128); ou que profira sentença de natureza diversa da pedida (fl. 460).

Quanto ao art. 128, não têm razão os recorrentes, porque, embora o voto vencido e o acórdão recorrido façam menção ao defeito de convocação da assembléia anulanda, não basearam as respectivas decisões nesse fundamento que não foi objeto da petição inicial.

Está dito, à fl. 441, no voto vencido:

«Deliberou a assembléia, portanto, sobre matéria estranha à sua convocação.

Em qualquer caso, exigir-se-ia o *quorum* qualificado».

E no acórdão:

«O douto voto vencido em que se alicerçam os presentes embargos infringentes (fls. 439 a 442), entendeu que a assembléia geral, convocada em caráter extraordinário por quotistas que representavam 1/3 das quotas sociais, não especificou no ato da convocação que iria tratar da destituição do diretor-gerente. Deliberou, portanto, sobre matéria estranha à sua convocação.

(*Omissis*)

Data venia dos eminentes desembargadores que subscreveram os votos vencedores, a decisão contida no voto vencido é que foi adotada, por unanimidade, pelos componentes do Grupo de Câmaras Cíveis, no julgamento destes embargos infringentes, eis que tanto a sentença como o acórdão embargado que a confirmou, basearam-se na soberania da assembléia e aceitaram a maioria das quotas dos sócios presentes, não da totalidade das quotas» (Fl. 569).

Por outro lado, uma coisa é decidir *ultra* ou *extrapetita*; ou ainda, em termos de defesa, conhecer o juiz de exceções não propostas. E outra é o exame, até mesmo no Tribunal, dos aspectos fáticos ou jurídicos da causa, em sua inteireza, isto é, revolvendo-se fatos e provas, o que não ofende os arts. 128, 2ª parte, e 460, do CPC, principalmente quanto a este último, que consagra, tão só, o princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte (*sententia debet esse conformis libello*).

Não foi por outro motivo que o recorrente deixou de trazer aos autos dissídio jurisprudencial, limitando-se a interpor o recurso pela letra *a*, do permissivo constitucional.

No mais, esse 1º recurso traz à colocação os arts. 147, II, e 145, do Código Civil, que regulam as nulidades dos atos jurídicos em sua generalidade. E os arts. 88, 94 e 87, do Decreto-Lei nº 2.627 (antiga lei das sociedades anônimas), que procura aplicar subsidiariamente, mas sem qualquer êxito na hipótese dos autos, porque toda a matéria societária versada encontra-se regulada no estatuto social da empresa autora (Decreto-Lei nº 3.708/1919, art. 18).

O 2º recurso, de Esther Essenfelder Cunha Mello e outras, aborda, pela letra *d*, do antigo permissivo constitucional, apenas o termo *a quo* da correção monetária incidente sobre a indenização por ato ilícito (danos materiais) e que o acórdão recorrido fixou a partir da vigência da Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981.

Sustenta-se que nas ações indenizatórias por danos materiais a jurisprudência já se firmou, anteriormente à Lei e a partir do STF, no sentido da atualização dos valores. Tanto assim que em acórdão no RE nº 108.663-7 -- RJ o mesmo STF, pela sua 2ª Turma, prestigiou a vigência da Súmula nº 562, *verbis*:

Ementa: Perdas e danos e lucros cessantes. Inaceito o laudo pericial, pode o Tribunal de Justiça, em conformidade com a sentença, determinar que a apuração das perdas e danos e dos lucros cessantes se faça na execução, podendo, entretanto, de logo fixar os critérios e limites a serem atendidos. *Correção monetária*. Na indenização por perdas e danos e lucros cessantes, se a apuração do *quantum* a ser pago tomar como ponto data anterior à da vigência da Lei nº 6.899/81, a correção monetária há de incidir a partir de tal momento e não somente da data da vigência da lei referida. A Lei nº 6.899/81 ampliou as hipóteses de aplicação da correção monetária, sem prejudicar aquelas hipóteses em que a correção monetária já era autorizada expressamente por lei ou àquelas em que a jurisprudência já a admitia» (fl. 592).

Também no RE nº 96.478-9 — RJ, julgado pela 1ª Turma:

«Correção Monetária. Responsabilidade civil. Mandato. Desvio de numerário. Correção a partir do evento. Inaplicabilidade da Lei nº 6.899/81. Recurso extraordinário não conhecido. Ementa oficial: Mandatário. Desvio de numerário da mandante. Responsabilidade civil. Correção monetária. Inaplicação ao caso *sub judice* da Lei nº 6.899, de 8-4-81, porque a correção monetária, a partir da data em que o mandatário desviou numerário da mandante, foi deferida com arrimo na jurisprudência firmada anteriormente à vigência daquela lei, consoante a qual a reparação proveniente do ato ilícito não se cifra na obrigação de devolver determinada quantia em dinheiro, mas na de restabelecer o patrimônio do lesado ao estado em que se achava na época do dano. Recurso extraordinário não conhecido». (STF. RE 96.478-9 — RJ — 1ª T. — julgado em 23-3-82 — Relator Min. Soares Munõz — unânime — publ. *in Rev. Tribs.*, vols. 566/253, 254)» (fl. 593).

Essas decisões divergem, porém, entre si.

A da 2ª Turma, que é mais recente, defende a anterioridade da correção à Lei nº 6.899/81, porque esta não teria prejudicado aquelas hipóteses em que a atualização já era autorizada expressamente por lei ou aquelas em que a jurisprudência já a admitia (fl. 592).

A da 1ª Turma, mais antiga, adota a anterioridade à Lei nº 6.899/81, mas apenas se a correção monetária *foi deferida* com arrimo na jurisprudência firmada antes da referida lei, isto é, mediante decisão judicial *ad hoc*, naquele sentido.

Prefiro esta última colocação, porque não *generaliza* a fixação do termo inicial da correção monetária nos diversos casos (v. Súmula nº 490), mas apenas situa a aplicação da Lei nº 6.899/81 no tempo, em relação aos casos *já decididos* de acordo com a jurisprudência predominante e sem prejuízo daquelas hipóteses autorizadas expressamente por lei, como ocorre nas desapropriações.

Ora, a decisão preexistente nestes autos, sobre a incidência da correção monetária, é de 7 de maio de 1987 (fl. 581) e por isso não podia afastar-se dos parâmetros legais, que se aplicam aos débitos resultantes de decisões judiciais, às causas pendentes de julgamento e, quanto à correção monetária, a partir do *ajuizamento* da ação, que, no sentido da lei (CPC, art. 263), é o mesmo que *propositura*.

Contudo é de ver-se que no caso dos autos não foi comprovada a ocorrência de danos conseqüentes à prática de ato ilícito, razão pela qual simplesmente não conheço do recurso interposto por Esther Essenfelder Cunha Mello e outros, arredando, pois, qualquer possível dissídio com a Súmula nº 562, do STF.

O mesmo ocorre com o recurso de Elias Geffer Abrahão, do qual igualmente não conheço, mas por outras razões já referidas.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, divirjo de V. Exa. quanto ao recurso de Esther Essenfelder Cunha Mello, pois dele conheço pelo dissídio com a Súmula nº 562/STF e dou-lhe provimento, nos moldes do despacho de sua admissão pelo Presidente Mário Lopes dos Santos, *in verbis*:

«Escoram-se as citadas recorrentes em alegação de manifesta divergência com a Súmula nº 562 que, anteriormente à Lei nº 6.899/81 (esta deu aplicação geral à correção monetária, inclusive nos processos pendentes), assentou jurisprudência no sentido da incidência da correção monetária em casos de ato ilícito.

Argüem, inclusive, a relevância da questão federal, a qual embasam em julgados da Suprema Corte, concessivos de correção monetária em casos de ato ilícito, a partir do fato, conforme já admitia a jurisprudência anterior ao advento da Lei nº 6.899/81.

O apelo em questão demonstra, com suficiente clareza, a manifesta divergência existente entre o *decisum* e a Súmula nº 562, corolário da incidência da correção monetária, desde o evento, nas indenizações decorrentes de ato ilícito.

Com efeito, tendo o aresto dos embargos declaratórios se referido expressamente aos atos ilícitos praticados pelo réu Elias Geffer Abrahão (fl. 580), não resta dúvida de que, acolhida a ação de indenização proposta por Esther Essenfelder Cunha Melo e F. Essenfelder e Cia. Ltda. contra Elias Geffer Abrahão, caberia, a toda evidência, fixar-se o *dies a quo* da correção monetária desde a data da ocorrência dos ilícitos orientadores da demanda, conforme o verbete nº 562 sumulado pela mais Alta Corte.

Todavia, conforme já noticiado, as autoras (ora segundas recorrentes) ajuizaram quatro demandas contra os recorridos (ora primeiros recorrentes), sendo que somente a ordinária de indenização por ato ilícito interessa na espécie, porque a irresignação restringiu-se a contestar o *dies a quo* da correção monetária da indenização por ato ilícito a que foi condenado o recorrido Elias Geffer Abrahão.

Assim, como o prevalente voto vencido julgou procedentes, nos termos das peças vestibulares, as quatro ações reunidas, e como, de acordo com a petição inicial da indenizatória por ato ilícito, nela constam como autores a recorrente Esther Essenfelder Cunha Melo e a empresa F. Essenfelder e Cia. Ltda. (esta não faz parte do recurso extraordinário), entendo deva admitir o apelo (fls. 589/598) tão-somente com relação à Esther Essenfelder Cunha Melo, única recorrente a fazer parte da ação de indenização à qual, repita-se, expressamente (fl. 591) se cinge o inconformismo.

De conseqüência, admito, com relação à recorrente Esther Essenfelder Cunha Melo, o recurso extraordinário de fls. 589/598, interposto unicamente contra o recorrido Elias Geffer Abrahão».

Portanto, dou provimento ao recurso de Esther, para que a correção monetária incida «desde a data da ocorrência dos ilícitos».

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Examino, de início, o recurso de Elias Geffer Abrahão e outros.

Consoante ele próprio expõe, o acórdão recorrido assenta-se em dois fundamentos. A destituição de diretor fizera-se em assembléia cuja convocação não esclarecera que teria essa finalidade. Ademais, não se obedeceu ao *quorum* exigido.

No que diz com a exigência do *quorum*, fundou-se o julgado no exame de cláusulas contratuais o que, em princípio, não autoriza o recurso especial, como não autorizava o extraordinário. Aduziu-se, entretanto, que teria sido violentado o disposto nos artigos 87, 88 e 94 da lei das sociedades anônimas vigente à época, ou seja, o Decreto-Lei nº 2.627. Mais especificamente o artigo 94, a estabelecer que as deliberações da assembléia geral são tomadas por maioria absoluta de votos.

Não têm razão os recorrentes. Trata-se de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, incidindo na espécie o artigo 18 do Decreto nº 3.708/19. A lei das sociedades anônimas aplica-se no que não for regulado no contrato. Nada impede que este estabeleça necessidade de determinado percentual de votos para certas deliberações. No silêncio do contrato é que seria aplicável aquela lei.

Sustenta-se, ainda, que a inicial invocara o disposto no artigo 147, II do Código Civil que cogita de anulação do ato jurídico em virtude de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. E que o julgado dera pela nulidade, violando também o artigo 460 do CPC. A exata menção ao dispositivo da lei civil não é relevante. Cabe ao Juiz aplicar o direito. E o pedido foi de que se reconhecesse a nulidade do ato. Não houve qualquer violência ao artigo 460 do CPC.

Alega-se, por fim, que se teria contrariado o artigo 128 do CPC. Poupo-me de examinar a alegação. É que diz com o outro fundamento do acórdão e, como visto, o já analisado é inatacável, bastando, por si, para embasar o julgado. De nada valeria reconhecer eventual dissenso com a lei, já que a decisão recorrida continuaria a subsistir pelo fundamento remanescente.

Passo ao recurso interposto por Esther Essenfelder Cunha Melo.

Questiona-se a respeito do termo *a quo* para a correção monetária. Sustenta a recorrente que incidem as normas da Lei nº 6.899/81, eis que a hipótese inseria-se entre aquelas a que a jurisprudência já reconhecia sujeitar-se a atualização da expressão monetária. Alegou divergência com a Súmula nº 562 do Supremo Tribunal Federal e com julgados que arrola.

Com a devida vênia, inexistente dissídio com o citado verbete. Refere-se ele a danos materiais, o que evidentemente não compreende a hipótese em julgamento. Afastada a divergência com a súmula, seria necessário, para admissibilidade do recurso, que se reconhecesse a relevância da matéria. Ocorre que a respectiva argüição foi rejeitada, como se verifica de fl. 631.

Por todo o exposto, não conheço de ambos os recursos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, peço vênia a V. Exa., e ao eminente Ministro Eduardo Ribeiro, também, para conhecer, com relação ao dissídio da Súmula nº 561, e dar provimento, para que essa devolução se faça integralmente, ou seja, pelo valor da moeda do dia da devolução, uma vez que ele usufruiu desse dinheiro.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, tendo em vista as ponderações do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, vou acompanhá-lo no sentido de não conhecer do recurso, com a devida vênia dos eminentes Ministros que votaram em sentido contrário.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 452 — PR — (Reg. nº 89.0009196-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Gueiros Leite. Rectes.: Esther Essenfelder Cunha Melo e Outros e Elias Geffer Abrahão e Outros. Recdos.: Os mesmos. Advs.: Jacy Gabardo e Outro e Newton José de Sisti.

Decisão: A 3ª Turma do STJ, por unanimidade, não conheceu do recurso especial interposto por Elias Geffer Abrahão e Outros, e por maioria, também não conheceu do recurso de Esther Essenfelder Cunha Melo e Outros, vencidos quanto a este os Srs. Ministros Nilson Naves e Waldemar Zveiter que dele conheciam e lhe davam provimento. (Em 19-9-89 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE



RECURSO ESPECIAL Nº 505 — RJ

(Registro nº 89.0009303-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Banco Safra S/A*

Recorrido: *Sabina Modas Comércio Ltda.*

Advogados: *Sergio Mazzillo e outro. Márcio Malamud e outro*

EMENTA: Duplicata. Desconto antes do aceite. Protesto pelo banco endossatário, para garantia do direito de regresso.

Duplicatas endossadas a estabelecimento bancário antes do aceite, recusado pela firma sacada argüindo inexistência de negócios subjacentes de compra e venda. Ações cautelar de sustação de protesto, e principal de nulidade dos títulos, com perdas e danos, ajuizadas pela firma sacada.

Tratando-se de protesto necessário ao exercício da ação regressiva contra a endossante (art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474/68), e incomprovada má-fé do endossatário ao tempo do negócio de desconto bancário que deu causa aos endossos, não podem ser anulados os títulos, que gozam de plena eficácia cambiária entre endossante e endossatário.

No caso, o protesto é ato lícito, praticado no exercício regular de um direito, e não pode dar causa a obrigação de indenizar (Código Civil Brasileiro, art. 160, I).

Dissenso pretoriano demonstrado. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de setembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MIN. ATHOS CARNEIRO: 1. Sabina Modas Comércio Ltda. propôs ação cautelar de sustação de protesto de duplicatas não aceitas, alegando que as mesmas não correspondiam a qualquer contrato de compra de mercadorias; após, ajuizou ação de anulação dos mesmos títulos, com perdas e danos. A ré Confecções Shelô Ltda., emitente das cambiais, não ofereceu contestação, e o réu Banco Safra S/A invocou sua posição de endossatário de boa-fé.

Em primeira instância, julgando a demanda anulatória procedente em relação à quase totalidade das DP, argumentou o magistrado que o Banco não deveria ter protestado os títulos, pois os descontou sem o «cuidado suficiente», restando-lhe apenas habilitar-se no processo de concordata da emitente.

A egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, deu provimento à apelação da autora, para decretar a nulidade de todos os títulos, com perdas e danos apuráveis em liquidação de sentença, e condenação solidária dos réus nos ônus da sucumbência. Segundo os votos prevaletentes:

«A autora sustenta que as mercadorias referidas pelas duplicatas jamais foram entregues, exceto duas que vieram completamente fora do prazo. A autora advertiu o Banco dessas circunstâncias.

A douta sentença considerou os fatos provados, mormente porque a ré não contestou a ação. Observe-se que também não apelou.

Resta fixar a posição do Banco que se considera titular de boa fé, nada tendo a ver com o negócio originário da emissão do título.

Invocada a causalidade e demonstrada não pode o portador do título desconhecer as razões alegadas pelo sacado e, evidentemente, os títulos estão viciados e deve ser declarada a sua nulidade. Nesse ponto, a sentença está correta e não merece qualquer reforma, sendo válidos os argumentos apresentados.

Todavia, assiste razão à Sabina quando pretende estender a declaração de nulidade inclusive às duas duplicatas referentes a merca-

dorias cuja entrega se efetuou após o prazo marcado, descaracterizando os títulos, já quitados conforme se verifica às fls. 71/72.

As eventuais perdas e danos serão apuradas em liquidação da sentença, condenadas as rés, solidariamente, nos ônus da sucumbência (custas e honorários de 20% sobre o total da condenação)» (fls. 98/99).

O voto vencido entendeu legítima a conduta do Banco pois «sem levar a protesto os títulos descontados e a ele transferidos por endosso, não teria ação executiva de regresso contra o endossante» (fls. 100/104); assim, dava provimento à apelação do estabelecimento bancário para julgar improcedentes os pedidos, principal e cautelar, contra o aludido banco; declarava, outrossim, em apelação adesiva, a inexistência de crédito da primeira ré contra a autora, pagando esta ré perdas e danos.

O Banco ofereceu embargos infringentes (fl. 106), que à unanimidade foram rejeitados pelo egrégio 4º Grupo de Câmaras Cíveis, (fls. 127/128), sob a seguinte argumentação:

«A duplicata é um título de crédito causal e não abstrato, tendo por fundamento uma compra e venda comprovada, e, por isso «a causa da obrigação a ela anexa é declarada», na lição de Carvalho de Mendonça.

A duplicata impõe, conseqüentemente, o exame da *causa debendi*.

Os títulos de que tratam os autos ou não correspondem à efetiva entrega das mercadorias ou têm data de vencimento incorreta, por entrega das mercadorias fora do prazo, previsto nos respectivos pedidos de compra, portanto falsa causa.

O embargante é endossatário delas, em conseqüência do contrato de desconto bancário, sendo, pois, um terceiro que procura utilizar-se do artigo 13, parágrafo 4º da Lei nº 5.474/68.

Cessão e endosso são inconfundíveis, dilucidando José Maria Whitaker (*Letra de Câmbio*, 4ª ed. pág. 132) que o segundo só produz os efeitos da primeira, «em circunstâncias, por assim dizer anormais e em virtude de uma disposição legal expressa a respeito», não havendo qualquer dúvida que o endosso, ao contrário de cessão que outorga direitos derivados, confere ao beneficiário direito autônomo, em tese, pois o endossatário de má-fé não se enquadra na hipótese. Aliás, o endosso de má-fé, que contraria os princípios éticos do Direito Comercial, não pode, a rigor, transferir o título. É evidente que o dispositivo mencionado acima, da Lei de Duplicatas, refere-se a títulos que tenham validade jurídica e não a instrumentos de dívidas fantásticas, não podendo ser acionado para comprometer, com o protesto, quem não é devedor do endossante.

As duplicatas foram, é certo, emitidas indevidamente e endossadas para transferir um crédito inexistente.

O embargante, como consta abundantemente da Medida Cautelar, foi alertado da falta de *causa debendi* e, a respeito, não tomou qualquer providência, estando pois correto o entendimento da douda maioria».

2. O Banco Safra S/A interpõe recurso especial (fls. 132/146), buscando arrimo ao artigo 105, III, letras a e c da Constituição Federal. Pelo permissivo da letra a, sustenta que o aresto recorrido contrariou frontalmente o artigo 160, inciso I, do Código Civil e negou vigência ao artigo 13, § 4º, da Lei nº 5.474, de 18-7-68. Pelo primeiro, não constitui ato ilícito, capaz de propiciar indenização, o «exercício regular de um direito reconhecido». Afirma que o aresto impugnado «cassou» o direito de o endossatário garantir, por meio de ação regressiva, a cobrança dos títulos endossados, calcado o Tribunal na tese de que o endossatário teria sido «prevenido» pela sacada Balbina. Destarte, o acórdão teria imposto ao recorrente «um ônus inaceitável de indenizar quem não teve prejuízo e, mais grave, lançando enorme dúvida nos procedimentos bancários, «já que, doravante, um simples «aviso» poderá impedir o protesto, para os efeitos do artigo 13, § 4º, da Lei das Duplicatas» (fl. 136).

De outra parte, a divergência jurisprudencial decorre do confronto entre o aresto recorrido e decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 97.571, de 15-8-86, relator o eminente Ministro Néri da Silveira, nos autos às fls. 158/165 por cópia autenticada.

3. Apresentando impugnação (fls. 167/171), a autora recorrida argumenta ser simples a hipótese em discussão:

«poderia o Banco recorrente, endossatário de duplicatas sacadas contra a ora recorrida e por esta não aceitas, levá-las a protesto para assegurar o seu direito de regresso contra a endossante, mesmo depois de reiteradamente alertado pela ora recorrida da falta de validade dos títulos?» (fl. 167).

Após referir que ela sacada sequer tinha conhecimento da emissão das duplicatas e do desconto dos títulos, menciona haver alertado o Banco de que os títulos haviam sido indevidamente emitidos, pelo que não poderiam ser levados a protesto. Aliás, todas as duplicatas foram devolvidas pela recorrida ao recorrente, sem aceite, face ao não-recebimento da mercadoria. Considera que a conduta do Banco somente seria admissível «se a recorrida se houvesse omitido em alertá-lo para a falta de validez das duplicatas» (fl. 169). Assim, o protesto dos títulos, não constituiu o regular exercício de um direito reconhecido, mas sim um «abuso», pois o direito de protesto supõe um título presumidamente válido e não um título sem validez. Quanto à divergência pretoriana, sustenta que o acórdão do STF não servirá como paradigma, visto inadequado à espécie. Ao final, apresenta como razoável a interpretação dada pelo aresto recorrido ao artigo 13, § 4º, da Lei das Duplicatas.

4. Admitindo o apelo extremo, pelas letras a e c, (fl. 174), vêm os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): 1. O v. aresto do Pretório Excelso, 1ª Turma, trazido à balha pelo recorrente, apresenta a seguinte ementa (fl. 158):

«*Recurso extraordinário. Duplicata. Protesto.* Descontado o título, o estabelecimento bancário levou-o a protesto, por falta de pagamento. Não pode ser condenado a pagar perdas e danos, em virtude do protesto. De acordo com o art. 13, § 4º, da Lei nº 5.474/68, o portador que não tirar o protesto da duplicata, em forma regular e dentro do prazo de trinta dias, contados da data do seu vencimento, perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas. O Banco, ao mandar a protesto a duplicata, exerce um direito (o de protestar o título), como condição para conservação de um outro (o de regresso). Não pode ficar sujeito a indenizar eventuais prejuízos sofridos pela ora autora, com o protesto, porque não constitui ato ilícito o que é praticado no exercício regular de um direito (CCB, art. 160, I). Dissídio pretoriano não demonstrado. Recurso extraordinário não conhecido».

Pelo seu teor, verifica-se que também naquele caso o Banco havia sido avisado, «e ainda assim efetivou o protesto», constando do parecer da douta Procuradoria-Geral, acolhido no voto do relator, que «é irrelevante indagar se o Banco sabia ou não que a duplicata estava despida de causa, uma vez que, sabendo ou não, somente podia evitar a perda do direito de regresso, contra o sacador, levando o título a protesto». (Fl. 162).

Já a ementa do aresto recorrido assim resume a tese que prevaleceu no tribunal local:

«A Duplicata é título causal vinculada à *causa debendi*. Endosso proveniente de contrato de desconto bancário. Diferenças entre cessão e endosso. Impossibilidade de transferência de crédito inexistente. O artigo 13, § 4º da Lei nº 5.474/68 tem como alvo títulos juridicamente válidos, não podendo afetar com o protesto quem não é devedor do endossante». (Fl. 127).

Como visto, evidente a discrepância entre os julgados, motivo pelo qual o recurso especial merece ser conhecido.

2. Conhecido, impende julgar a causa, aplicando o direito à espécie — Súmula nº 456.

A posição do acórdão recorrido parte de proposição equivocada, a de que a duplicata «é título causal, vinculada à *causa debendi*. Sob esta premissa chega o tribunal local à conclusão da «impossibilidade de transferência de crédito inexistente» e, mais, a de ilegitimidade do protesto de título «juridicamente inválido», perante quem «não é devedor do endossante».

Todavia, a duplicata mercantil é título cambiário, desvinculado do negócio causal desde que surge obrigação de direito cambiário. Como bem ex-

plicita Pontes de Miranda, há um período, «pré-cambiariforme», enquanto a duplicata, já emitida, ainda não foi aceita, ou endossada. Com o aceite, ou o endosso, surge a eficácia cambiária:

«A duplicata mercantil, criada e ainda não aceita, é endossável: já *existe* e *vale*; ainda não irradiou eficácia cambiariforme. Essa irradiação somente se inicia com o endosso, ou com o aceite. A duplicata mercantil nasce com a subscrição pela pessoa legitimada, segundo o art. 1º da Lei nº 187; a eficácia cambiariforme só exsurge com o aceite, ou com o endosso. Daí em diante, o negócio jurídico da compra e venda somente esponta se entre os contraentes, ou se o possuidor é de má-fé (Tratado de Direito Privado, Tomo XXXVI, § 4.018, nº 3)».

De que o endosso é lícito antes do aceite, igualmente João Eunápio Borges:

«Vimos que a cláusula *a ordem* é essencial à duplicata e dela constará expressamente. É título que circula, pois, por meio do endosso. Com a particularidade de ser sempre o sacador o primeiro endossante, pois que a duplicata é «saque» do vendedor a favor de si mesmo. Pode o título — como acontece com a letra de câmbio — ser negociado e, pois, endossado, antes ou depois do aceite» (Títulos de Crédito, Forense, 1977, nº 246).

3. No caso dos autos, o Banco Safra tornou-se, pelo desconto, o endossatário e portador dos títulos. A firma endossante, pois, independentemente do aceite, está perante o endossatário cambiariamente vinculada: «O pretense comprador das mercadorias pode não os aceitar; mas a firma, que endossou, ou que avalizou, está obrigada em direito cambiariforme» (Pontes de Miranda, *ibidem*, nº 2).

Esgrime a sacada, — que não aceitou e que postula a nulidade dos títulos e dos respectivos protestos —, com o argumento da inexistência dos negócios de compra e venda que deveriam estar subjacentes. Todavia, ainda no magistério de Pontes:

«A defesa fundada no negócio jurídico de compra e venda, inclusive na inexistência dele, ou invalidade, somente cabe contra aquele com que esteve em contato, quanto ao negócio jurídico de compra e venda, o aceitante, ou contra os titulares de direitos cambiariformes cuja má-fé for alegada e aprovada. Por isso mesmo, é absurdo dizer-se acessório do negócio jurídico de compra e venda a duplicata mercantil. A referência à origem, que há no título, só tem valor histórico; é alusão a negócio jurídico de compra e venda, que se supõe ter existido, porém que pode não mais existir (resolução, rescisão, decretação de invalidade), ou nunca ter existido» (*ibidem*, nº 2).

Também João Eunápio Borges, sustentando que sem o contrato de compra e venda, ou, hoje, de prestação de serviços, «será *simulada*, será

irregular, será *criminosa* a duplicata. Mas, se contiver os requisitos legais, será uma duplicata perfeitamente válida, assegurando ao portador de boa-fé a plenitude dos direitos que teria, se perfeitamente regular fosse tal título (obra citada, nº 230).

4. Sustenta a recorrida encontrar-se o Banco de má-fé, pois por ela fora avisado de que não aceitava os títulos por inexistir negócio subjacente, com a advertência de que deveria o endossatário abster-se de qualquer ato prejudicial, como por exemplo o protesto. Todavia, certo é que tal aviso foi dado ao Banco quando este remeteu à sacada os títulos, sendo-lhe as duplicatas devolvidas sem o aceite.

Na oportunidade dos endossos — e endosso não é cessão de direitos, como tranqüilo na doutrina — não caberia e nem poderia o Banco endossatário investigar, como com razoabilidade alega, a legitimidade dos títulos que lhe são apresentados para desconto, em normais transações bancárias: «A presunção de veracidade é praxe nas relações comerciais (Código Comercial, art. 131), sobretudo quando se trata de empresas operando no mesmo ramo» (fl. 145).

5. Teria então o Banco, ao apresentar os títulos a protesto, exercido, de forma *abusiva*, o seu direito, de forma a ensejar sua condenação, solidariamente com a emitente-endossante, aos prejuízos da autora e nos ônus da sucumbência? Impõe-se resposta negativa.

É certo, como sustenta a recorrida, que o protesto, mesmo por falta de aceite, na prática comum mercantil, poderá lançar suspeitas e ensejar rumores quanto à credibilidade da firma que o sofre.

Todavia, no sistema jurídico cambiário vigente, cuida-se de protesto *necessário*, pois se não for tirado no prazo legal, o portador do título «perderá o direito de regresso contra os endossantes e respectivos avalistas» — (Lei nº 5.474/68, art. 13, § 4º).

E os ensinamentos de Fábio Penha:

«E, se descontada antes do aceite, o portador deve tomar todas as providências tendentes a obter o aceite do título, apresentando-o ao sacado comprador e protestando-o, no caso de recusa, para assegurar-se o direito de regresso contra o sacador-tomador-endossante, vendedor da mercadoria *ou que se inculcou como tal*. Neste sentido também se manifestou, em acórdão unânime, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, prolatado de acordo com o voto vencedor do ministro Laudo de Camargo». (Da Duplicata, Forense, Ed. 1954, nº 30) (o grifo é nosso).

No aresto, supramencionado, do Pretório Excelso, o voto vencedor assinala que o inculcado comprador, dando as razões de sua recusa ao aceite, «por certo que não se obrigará cambiariamente, mas dará oportunidade para o protesto por falta de aceite (obra citada, nota 73).

Mestre Pontes de Miranda, cuidando do contrato de desconto bancário, executado mediante a transferência de títulos mediante endosso, é

explícito em que «além do dever de contraprestar o montante convencionado, tem o descontador o ônus (não o dever) de cuidar, no vencimento, de que o devedor solva a dívida. Se o não fez, sofre as conseqüências. Se o caso é de protesto, para que não precluam as ações de regresso, tem o descontador o *ônus de protestar* (obra citada, t. LII, 2ª Ed., § 5.434, nº 1). E adiante alude a que «quem desconta título que ainda não tem *aceite*, acarreta com o ônus de apresentação para *aceite*. A recusa do *aceite* permite que o descontador vá contra o descontatário, ou com a ação cambiária ou cambiariforme, ou com a ação causal do desconto» (ibidem, nº 3).

De tudo se deduz que, embora a ausência de negócio subjacente, no relacionamento entre endossante e endossatário os títulos, porque dotados de abstração cambiária, existem, valem e são cambiariamente eficazes, e, portanto, «nulidade» não poderá ser decretada.

6. Além do aresto trazido à balha pelo recorrente, vale memorar o aresto transcrito por Pontes de Miranda, da egrégia 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (AJ, 88/437), *verbis*:

«Título formal, a duplicata só pode dar lugar à cobrança executiva quando integrada em seus elementos constitutivos. E, sendo-lhe aplicáveis as regras regulamentares da cambial, é bem de ver que a ação cambiária somente poderá surgir da assinatura aposta pelo obrigado. Isto, entretanto, não impede que, antes do implemento da formalidade do *aceite*, possa o título girar pelo endosso. Tocará, então, ao endossatário providenciar sobre a integração. E foi o que, na espécie, fez o banco portador, notificando o sacado para o *aceite*, sob pena de protesto, que, dada a recusa, foi levado a efeito. O ato é incensurável, e por isso mesmo não passível de originar reparação. Se o título, uma vez emitido, pode ser descontado, conquanto não completo com a assinatura do sacado-comprador, este o assinará, ou deixará de fazê-lo. Na primeira hipótese, fará brôtar uma dívida líquida e certa, a merecer cobrança pelo Executivo. Na segunda, dando as razões da recusa, por certo que não se obrigará cambiariamente, mas dará oportunidade para o protesto por falta de *aceite*. E esse protesto está previsto em lei, quer como prova do não *aceite*, quer para o regresso contra o endossador. Descontado o título, o portador só poderá agir contra o endossante provando a recusa do *aceite*, recusa só a tornar-se certa com a prática da medida estabelecida em lei (art. 13 da Lei nº 2.044). Nem se diga que o sacado tinha motivo para não lançar o *aceite*. Esse motivo subsistirá com a declaração, mas não excluirá o protesto, que a lei garante ao portador. Esta é precisa (obra citada, T. XXXVI, § 4.018, nº 3, págs. 60/61, Ed. 1961, Editor Borsoi, RJ).

Razão, pois, assistiu o prolator do douto voto vencido na apelação (fls. 100/104), o eminente Desembargador Doreste Baptista.

7. Por tais fundamentos, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente os pedidos, principal e cautelar, relativamente ao Ban-

co recorrente, com os ônus da sucumbência tal como fixados no voto vencido proferido em grau de apelação (fl. 103).

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 505 — RJ — (Reg. n.º 89.0009303-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Banco Safra S/A. Recorrido: Sabina Modas Com. Ltda. Advogados: Drs. Sérgio Mazzillo e outro, Márcio Malamud e outro.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento». (4.ª Turma — 11-9-89)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 506 — RJ

(Registro n.º 89.0009304-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Raquel Catalina Pschepiurka*

Recorrido: *Pinto de Almeida Engenharia Ltda.*

Advogados: *Dr. Carlos Roberto Schelesinger, outro e dr. Sérgio Zveiter. Dr. Pedro Henrique de Miranda Rosa, outro e Dr. Sigmaringa Seixas*

EMENTA: Processo Civil. Recurso. Direito Transitório. Alteração Constitucional. Direito Civil. Compromisso de Compra e Venda. Pena Convencional. Art. 924. Inteligência. Faculdade.

Não se há de invocar direito adquirido contra o que posto indubitavelmente na nova ordem constitucional, em modificação não apenas do texto mas do próprio sistema, até porque as garantias do direito adquirido se dirigem à lei ordinária e não à Constituição.

Em face do disposto na nova Constituição e no respectivo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 27, § 1º), o Superior Tribunal de Justiça passou a ser competente para apreciar os recursos interpostos após a sua instalação, não se cogitando de arguição de relevância da questão federal a partir de então, aplicando-se o sistema pretérito até aquela data.

A avença estipulada em ORTNs independe de cálculo judicial para a constituição do devedor em mora.

É perfeitamente válida a pena convencional compensatória estipulando a perda das parcelas pagas em caso de resolução contratual, constituindo a regra do art. 924 do Código Civil mera faculdade do Juiz, a não ensejar interposição do recurso especial.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 25 de setembro de 1989 (data do julgamento).

MINISTRO BUENO DE SOUZA, Presidente, Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Na qualidade de incorporadora, a recorrida celebrou com a recorrente, de naturalidade argentina, contrato preliminar de promessa de compra e venda de cinco (5) lojas em imóvel localizado na Visconde de Pirajá, Ipanema, Rio de Janeiro, tendo as mesmas sido oportunamente entregues à promissária compradora, que vinha também cumprindo o que lhe incumbia, pagando as parcelas avençadas.

Desavieram-se posteriormente as partes, não outorgando escritura a Promitente-vendedora e sustando os pagamentos a promissária compradora.

Ajuizada, por esta ação cominatória, revel a parte adversa (fl. 43), decidiu-se que a Incorporadora deveria outorgar a escritura, assentando-se igualmente a inexigibilidade das promissórias vinculadas ao contrato até a outorga da escritura, assegurando-se, mais, que a Promissária deveria, em face da inoccorrência da sua mora, efetuar o pagamento das parcelas, faltantes e em atraso, tão-somente com a correção monetária, na forma do contrato (fl. 47), julgando-se improcedente, via de consequência, a pretensão resolutória ajuizada pela Promitente.

Inerte a promissária, a Incorporadora promoveu a execução do julgamento, com arrimo no art. 570, CPC, tendo a impugnação daquela sido recebida e processada como embargos, nos quais se apreciou a alegação da embargante promissária quanto à necessidade de cálculo judicial para atualizar os valores, afirmando o Judiciário a sua desnecessidade (fls. 423/426).

A Incorporadora, por sua vez, ajuizou «ação de rescisão de compromisso de venda e compra de imóveis» contra a Promissária, ação de que se cuida nestes autos, postulando a «rescisão» do contrato por inadimplemento, sua reintegração nas lojas e a condenação da ré na multa moratória de 10%, fixada contratualmente, na perda de todas as quantias pagas, bem como reparação de prejuízos, tendo havido reconvenção.

Foi esta inacolhida e julgado procedente o pedido resolutorio, com reintegração da Incorporadora nos imóveis, «perdendo a ré as importâncias pagas, como parcelas do preço, na forma pactuada», indeferidas a multa moratória de 10%, em face da «rescisão» acolhida, bem como as perdas e danos, ao fundamento de que se avençara contratualmente a perda das quantias pagas a título de pena convencional compensatória (fls. 374/379), tendo sido desprovida a apelação, vazada nos seguintes termos, no que tange ao mérito:

«Assim decidindo, o dr. juiz se houve com acerto, pois, como fez constar da sentença, a promitente vendedora cumpriu rigorosamente todas as suas obrigações, ao passo que a promitente compradora, convocada para receber a escritura e pagar o restante do preço, manteve-se em falta, mesmo depois de regularmente constituída em mora, através de carta rogatória, tornando evidente o inadimplemento em que incorreu, com efeito resolutorio do contrato.

Afiguram-se acertadas as considerações do eminente julgador, no sentido de que a promitente compradora, possivelmente por falta de recursos para pagar as prestações vencidas, tem se utilizado de diversos artificios para protelar a lavratura da escritura, esquivando-se, por essa forma, do cumprimento de sua obrigação, qual seja o pagamento do restante do preço.

Os argumentos expendidos nas razões da apelação apresentam-se insufragáveis.

Com efeito, o fato de a apelante, quando chamada para assinar a escritura (e pagar as prestações vencidas), haver se oposto sob pretextos absolutamente improcedentes (petição recebida como embargos de devedor) não a exonerou dos efeitos da mora em que já se encontrava constituída, uma vez que a sentença que rejeitou aquela objeção tem cunho declaratório e a reedição das preliminares argüidas na contestação, de indeferimento da inicial e de carência de ação, já de si inconsistentes e sem fomento de direito, encontram-se, a esta altura, inteiramente superadas.

Finalmente, deve-se observar ser inacolhível, no caso, o pedido subsidiário de devolução das quantias pagas. É que, na espécie, a perda das importâncias pagas, além de ter sido expressamente prevista no instrumento do contrato (fl. 14), justifica-se plenamente pelo fato de a apelante haver sido imitada na posse das lojas, tendo, durante todo esse tempo, auferido rendimentos com a locação dos

imóveis, sendo certo, ademais, que dita perda tem, no caso, caráter indenizatório.

Por todo o exposto e por seus próprios fundamentos, a decisão recorrida merece confirmada». (Fls. 434/435).

Inconformada, a promissária interpôs recurso especial em 10-4-89, fundando-o em negativa dos artigos 924, 960 e 963, todos do Código Civil, e do Decreto nº 22.626/33, alegando não ter incorrido em mora e que imprescindível se fazia o cálculo judicial, enfatizando também a má aplicação do art. 924, do Código Civil, uma vez que a cláusula penal não poderia ultrapassar 10% da obrigação principal, trazendo à colação, para alicerçar o dissídio jurisprudencial, acórdão do Tribunal do Rio de Janeiro e outro de São Paulo, pedindo ainda acolhida as preliminares de indeferimento da inicial e de carência da ação, sobre as quais não se fundamentou.

A recorrida, por seu turno, pretende, em preliminar, o descabimento do apelo. Quanto à alínea c, porque um dos acórdãos paradigmas seria do mesmo Tribunal e o outro estaria ao arrepio do Enunciado nº 291 da súmula do Supremo Tribunal Federal, transcrito apenas em sua ementa. Em relação à alínea a, porque as matérias não teriam sido versadas no v. acórdão recorrido, mesmo implicitamente, aduzindo que a penalidade foi pactuada em contrato.

Ainda em *preliminar*, a recorrida, citando precedentes da Corte, postula o não conhecimento do recurso ao fundamento de que, à data do acórdão (7.3pp.), o apelo não se ajustaria aos permissivos do art. 325, RISTF.

É o relatório.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Examina-se nesta oportunidade, pela repercussão que resultará em outras causas submetidas à apreciação deste Tribunal, a preliminar suscitada pela recorrida, fundada em vários precedentes, desta e da eg. Terceira Turma, segundo os quais, em se tratando de direito transitório, o recurso se rege pela lei vigente à data da decisão recorrida.

Tem, efetivamente, sido este o entendimento acolhido neste Tribunal, em reiterados pronunciamentos monocráticos, alicerçados na conhecida lição de Paul Roubier, em sua clássica obra *Les Conflits de Lois dans le Temps*, R. Sirey, 1933, Tomo 2, nº 144, segundo a qual *la loi qui règle les formes et les effets du jugement est la loi du jour du jugement*, lição essa agasalhada na doutrina brasileira e até mesmo na Excelsa Corte, como se vê, *verbi gratia*, em RTJ 68/879 e 81/267, admitindo-se o processamento do recurso especial nas causas em que adequadamente manifestada a relevância da questão federal, uma vez que, se não apreciada essa até a data da instalação do Superior Tribunal de Justiça, a matéria nela suscitada não estaria preclusa.

Por outro lado, tem-se ponderado que, em se tratando de recurso com sede constitucional, esse princípio sofreria restrição, levando-se em linha de conta que uma nova ordem constitucional rompe com a anterior, não se podendo cogitar de restrições por ela não mais autorizadas, aplicando-se em sua plenitude o novo sistema constitucionalmente adotado a partir da promulgação da nova Carta, ressalvadas as disposições transitórias eventualmente impostas, a exemplo da constante do § 1º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que deixou ao Excelso Pretório o exercício das atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente até a instalação do Superior Tribunal de Justiça, em 7-4-89.

Contra esse posicionamento, argumenta-se, também em nível constitucional, com o instituto do direito adquirido, igualmente protegido pela ordem jurídica.

É de Caio Mário o magistério, *verbis*:

«Em princípio, não pode haver nenhum direito oponível à Constituição, que é a fonte primária de todos os direitos e garantias do indivíduo, tanto na esfera publicística quanto na privatística. Uma reforma constitucional não pode sofrer restrições com fundamento na idéia genérica do respeito ao direito adquirido. Mas, se é a própria Constituição que consigna o princípio da não retroatividade, seria uma contradição consigo mesma se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito. Assim, uma reforma da Constituição que tenha por escopo suprimir uma garantia antes assegurada constitucionalmente (*exempli gratia*, a inamovibilidade e vitaliciedade dos juizes), tem efeito imediato, mas não atinge aquela prerrogativa ou aquela garantia, integrada no patrimônio de todos que gozavam do benefício.» (Instituições de Direito Civil», Forense, 1961, vol. 1/128).

Outrossim, aduz-se ainda que uma nova ordem constitucional não rompe com a que lhe sucede se ambas são inspiradas pelos mesmos princípios, cumprindo indagar, em primeiro lugar, como salientou o Ministro Carlos Mário Velloso (*Revista de Direito Público*, 21/177), «se a reforma implica apenas em modificação do texto constitucional ou a sua substituição total».

É cediço, como lembra José Augusto Delgado (*Revista de Julgados*, TAMG, vol. 20/13), que «as garantias do direito adquirido se dirigem à lei ordinária e não à Constituição», princípio esse reafirmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal em variados pronunciamentos, recordado o ensinamento de que os comandos doutrinários de uma decisão se colocam «sob o impacto de regra imperativa que incide imediatamente por força de sua natureza constitucional, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido, por ser consagrado o entendimento de que até «mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídi-

co perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e, não, ao constituinte».

O direito adquirido, que impede que se perca o que se adquiriu, não pode prevalecer sobre o que indubitavelmente posto na Constituição, em modificação não apenas de texto mas do próprio sistema.

Finalmente, é de assinalar-se que os óbices regimentais da Suprema Corte se aplicavam até o dia 7-4-pp., exclusive, em decorrência da norma transitória do referido art. 27, § 1º. Com a instalação deste Tribunal, exaurida restou a eficácia daquele comando legal que fazia vigorar o sistema constitucional anterior mesmo após a promulgação da atual Constituição, passando a incidir, desde então, o novo sistema, onde contemplado o recurso especial, sem as malfadadas amarras regimentais pretéritas.

À luz do exposto, rendendo-me aos argumentos dos que entendem cabível o recurso especial sem as restrições do art. 325, RISTF, quando interposto após a instalação deste Tribunal, em 7-4-89, mesmo que a decisão tenha sido proferida anteriormente àquela data, reservando-me para apreciar, em sessão próxima, os requisitos constitucionais do recurso, assim como eventuais óbices jurisprudenciais, rejeito a preliminar suscitada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Funda-se o recurso interposto pela ré nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Constituição, sendo irrelevante a referência à alínea d em lugar da c.

Quanto à primeira das mencionadas alíneas, argumenta a recorrente que o v. acórdão teria negado vigência aos artigos 960, 963 e 924, todos do Código Civil, assim como ao Decreto 22.626/33, ao fundamento de que não se houve com acerto o eg. Tribunal de origem ao, confirmando a r. sentença, condená-la à perda das importâncias pagas.

De plano, vê-se que manifestamente infundada, *data venia*, a referência à «Lei de Usura», que disciplina matérias bem distintas da versada, sendo de Caio Mário, trazendo a lume o magistério de Orozimbo Nonato, de que essa lei especial «só tem aplicação ao mútuo» (*Instituições*, vol. II, nº 151, Forense, 5ª edição), convindo acrescentar que a Recorrente sequer se deu ao trabalho de justificar sua invocação.

No que diz respeito aos artigos 960 e 963 do Código Civil, não vejo como amparar a pretensão da recorrente.

Diz o primeiro deles que o «inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor», ressalvando o segundo que, «não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora».

Argumenta a recorrente que não teria sido constituída em mora, uma vez que a notificação que se lhe fez por carta rogatória não discriminava o débito, estando a carecer de cálculo judicial, inócurrenente fato ou omissão a lhe ser imputado.

Não lhe socorre a argumentação a meu juízo. A uma, porque o pretendido cálculo não se fazia necessário, mesmo porque os valores pactuados estavam estipulados em ORTNs. A duas, porque essa matéria já havia sido objeto de discussão, apreciação e decisão ao ensejo dos embargos à execução oferecidos pela recorrente em outros autos, como se vê das cópias dos respectivos acórdãos (fls. 425/426) e sentença (fl. 423), quando expressamente tal cálculo foi repellido, por desnecessário.

Tendo restado apurado, nas instâncias ordinárias, que a promissária-compradora, não obstante vencedora em anterior ação cominatória de outorga de escritura (para cujo desfecho concorreu indubitavelmente a apresentação serôdia da contestação da ora Recorrida) foi omissa a partir de então, ensejando a execução pela parte adversa (CPC, art. 570) e, posteriormente, a notificação via rogatória que a constitui em mora, pelo inadimplemento da obrigação de quitar, com correção, as parcelas vencidas e que haviam sido suspensas até a outorga da escritura, obrigação essa judicialmente reconhecida.

Como se vê, demonstrado ficara que a Recorrente inadimplira com obrigação avençada e em juízo proclamada, pelo que não se negou vigência aos citados artigos 960 e 963 do Código Civil.

Por outro lado, no que tange ao art. 924 do mesmo estatuto legal, melhor sorte não ampara a Recorrente.

A instância ordinária, negando a multa moratória e perdas e danos, deferiu à Recorrida a pena convencional compensatória, avençada pelas partes (fl. 14), a saber, a perda de todas as quantias pagas.

A sua aplicação no caso em nada ofende o direito federal, na medida em que convencionalizada livremente e com suporte legal (Código Civil, art. 920 e Lei nº 4.591/64, art. 63), reconhecida a inadimplência, não extrapolado o teto legal, sendo despicienda a perquirição do prejuízo (a propósito, além do citado Caio Mário, confirmam-se as lições de Clóvis e Washington de Barros Monteiro, em suas conhecidas obras no tema), assinalando o último desses eminentes doutrinadores, *verbis*:

«Observe-se ainda que o não uso pelo juiz da faculdade contida no art. 924, verdadeira norma de equidade e em cuja origem se vislumbra prevenção contra a usura, não importa ofensa à literalidade do dispositivo. Por isso, julgou o Supremo Tribunal Federal que a ausência de redução da multa pelo juiz, conquanto autorizada pelo citado art. 924, não abre ensejo à interposição de recurso extraordinário» («Curso de Direito Civil», 4º Volume, Saraiva, 15ª edição).

Aduza-se, para concluir esta parte, embora sem relevo quanto ao *decisum*, que a Recorrente há vários anos vinha usufruindo das cinco valorizadas lojas, alugando-as.

Resta examinar o segundo fundamento, calcado em alegado dissenso jurisprudencial.

Também aqui não acolho a impugnação recursal.

Um dos arestos trazidos como paradigma é do mesmo Tribunal de origem, o que inviabiliza constitucionalmente a pretensão recursal. E o outro não se harmoniza com a orientação que veio a consagrar-se no Enunciado nº 291 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, tendo a Recorrente se limitado a transcrever sua ementa, não demonstrando sua identificação ou semelhança com a espécie vertente.

Em síntese, não conheço do recurso.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também rejeito a preliminar, acompanhando o pronunciamento do eminente Relator.

Com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, passou a vigorar o disposto no art. 105, nº III, da Constituição Federal (art. 27, § 1º do ADCT). Logo, em face da incidência imediata da nova Constituição, o recurso cabível após 7 de abril de 1989 (data da referida instalação) é o recurso especial. E o exemplo bem claro disso é a circunstância de que não teria sentido, depois da mencionada data, interpor-se o recurso extraordinário com arguição de relevância, instituto este então extinto.

Penso, portanto, Sr. Presidente, que neste caso, embora o acórdão recorrido tenha sido anterior a 7 de abril, o recurso cabível era o especial, porque já exaurida a eficácia do citado art. 27, § 1º do ADCT de 1988.

Nesses termos, também afasto a alegação preliminar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também não conheço do recurso, acompanhando o voto do eminente Relator.

Ficou esclarecido que, quando da citação da ora recorrente para os termos da execução, foi ela também interpelada. De maneira que, nesse passo, se cumpriu o disposto no art. 960, segunda alínea do Código Civil. Inexigível, ainda, a menção do *quantum* devido, mesmo porque, como mencionou o ilustre Relator, o débito era representado por ORTNs.

Penso, pois, que não houve ofensa aos arts. 960 e 963, invocados pela recorrente. Também não houve infringência ao art. 924, por cuidar-se, como dito aqui reiteradas vezes, de uma mera faculdade do julgador.

A Lei de Usura, de seu turno, também não foi afrontada, mesmo porque o limite nela imposto, como as mais das vezes se tem julgado, diz respeito aos contratos de mútuo.

Por fim, Sr. Presidente, também não é suscetível de conhecer-se o recurso pela letra c, uma vez que não configurado, como de rigor, o dissídio pretoriano.

Por essas razões, acompanho o Sr. Ministro Relator.

É o meu voto.

PEDIDO DE DESTAQUE DE PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): O eminente Ministro Relator propõe destaque da questão preliminar. A matéria não carece submetida à votação. Simplesmente se recomenda à consideração dos eminentes patronos das partes, para que S. Exas. possam, neste caso, limitar a sustentação da causa ao tema da preliminar de cabimento e conhecimento do recurso especial.

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Senhor Presidente, sugeriria, se me permite V. Exa., que consultasse os ilustres patronos se desejam já fazer toda a sustentação do recurso ou se preferem fazer sustentação quanto à esta preliminar, realizando outra sustentação quando do julgamento do mérito.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Ouço os Drs. Advogados das partes sobre este ponto.

O DR. SÉRGIO ZVEITER (Advogado): Senhor Presidente, em nome da recorrente, entendo que seria melhor para o julgamento da causa que a preliminar fosse destacada. Estou de pleno acordo.

O DR. SIGMARINGA SEIXAS (Advogado): Senhor Presidente, também estou de pleno acordo.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Não havendo questões outras concernentes ao tema e tendo já o Sr. Ministro Relator resumido a causa, concedo a palavra ao Dr. Advogado do recorrente.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Senhores Ministros, também afasto a preliminar, entendendo que o direito ao recurso é o que decorre de normas processuais que refletem as garantias constitucionais de acesso à jurisdição. Mas o fato de as partes litigantes adquirirem o direito processual de impugnar sentenças na consonância das leis processuais vigentes na época de sua publicação, bem assim o direito das partes vencidas, de não verem as decisões judiciais contrastadas, senão na consonância de leis processuais vigentes à época de sua prolação (esse direito, dizia), não interfere, nem com normas de organização judiciária de sede constitucional, nem com normas estritamente procedimentais, inspiradas predominantemente em critérios de ordem técnica, presumivelmente sempre melhores e mais apropriadas, não somente para que na sua conformidade as partes exponham as suas razões, mas também para que o Poder Judiciário as aprecie e sobre elas se pronuncie.

Entretanto, na presente assentada, temos limitado os pronunciamentos apenas à questão de se considerar ou não apropriado o recurso especial dirigido a este Tribunal. Outras questões ainda pendem de apreciação, que o Sr. Ministro Relator ainda não deduziu, como as de saber em que medida as impugnações podem ser admitidas.

Substancialmente, o recurso especial corresponde, em linhas gerais, àquilo que o recurso extraordinário também, por sua vez, admitia, com exclusão do tema da constitucionalidade. Estes outros aspectos a seu tempo serão devidamente apreciados.

Para o momento, portanto, acompanho o Sr. Ministro Relator, no sentido de afastar a preliminar, não conhecendo do recurso especial, ao argumento de que não poderia ser interposto quando já instalado o Superior Tribunal de Justiça; ou, ainda porque devesse a matéria ser submetida à prévia apreciação do Supremo Tribunal Federal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Também assim entendo e dispenso-me de mais considerações, porquanto subscrevo as razões de decidir dos doutos votos que me antecederam.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, quando da interposição do recurso especial já estava em vigor a nova sistemática constitucional no referente ao elenco, ao cabimento e às condições de admissibilidade dos, *lato sensu*, recursos extraordinários. Portanto, afasta-se, diante da superveniência de nova sistemática constitucional, a invocabilidade de direitos adquiridos previstos na legislação ordinária vigente ao tempo da decisão recorrida.

Acompanho os eminentes Colegas.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, este tema tem sido objeto de minhas manifestações divergentes, nesta Corte, no que toca ao princípio de que a lei do recurso é a lei da sentença.

É certo que em algumas decisões singulares mencionei precedentes de eminentes Colegas desta Casa e, também, por mais de uma vez, afirmei, nesta Corte, que um estudo maior levou-me a divergir dos precedentes mencionados.

No caso concreto, o eminente Relator e os demais integrantes deste Colegiado manifestaram-se pela rejeição da preliminar, tendo como esteio a circunstância do recurso ter sido interposto posteriormente à instalação deste Tribunal. A minha posição — e aí está a divergência com os meus doutos Colegas, a quem peço desculpas pela ousadia da discordância — é a de que o princípio de que a lei do recurso é a lei da sentença é absolutamente válido no campo do direito ordinário.

As observações trazidas da obra de Roubier são ajustadas, adequadas, a um conflito de leis ordinárias no tempo. Não assim, quando, na verdade,

inexiste o conflito, porque não há conflito, e nem poderia haver, entre a Constituição e a lei ordinária. Por isso mesmo o próprio Paul Roubier, naquela obra magnífica em que ele sustenta sua tese «Le Droit Transitoire (Conflits des lois dans le temps)», chega a deixar expresso o seguinte, em se tratando do aparente conflito entre a lei ordinária e a norma constitucional. Diz ele: (lê).

«Il n'est arrivé que fort rarement que les lois constitutionnelles aient donné lieu à des conflits de lois dans le temps. La raison en est que l'objectif principal des Constitutions est de créer et mettre en place les organes supérieurs de l'Etat, et de définir leurs fonctions; le plus ordinairement ces lois recevront effet immédiat, sans autre difficulté.»

Na verdade, o que o Mestre Roubier está ressaltando é a raridade de um conflito entre a Constituição e a lei ordinária, e chega a destacar que a razão disso está em que o objetivo das Constituições é o de criar e situar os órgãos superiores do Estado, as funções do Estado, definir as suas funções. Adverte ele que, de ordinário, as normas constitucionais têm efeito imediato, sem outras dificuldades.

Por outro lado, o nosso eminentíssimo Pontes de Miranda chegou a afirmar, ao tratar do Direito Intertemporal Constitucional, que a Constituição rasourá, desbasta o direito anterior, para subsistir somente o que for compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais. É princípio básico o da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais, salvo se a própria Constituição protraí a incidência de alguma ou de algumas de suas regras jurídicas, ou as retrotraí.

Ora, a partir das doutas observações de Roubier e Pontes de Miranda, ponho a minha atenção no texto constitucional, precisamente no § 1º do art. 27 das Disposições Transitórias:

«Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.»

O constituinte reservou a competência da Suprema Corte até quando fosse instalado este Tribunal. Com essa competência sobejante que lhe deu a Carta Política, poderia a Suprema Corte, ante a eficácia residual daquelas normas obstativas incrustadas em seu Regimento, aplicar o seu Regimento; mas este Tribunal não recebeu da Constituição aquela competência que a Constituição caduca dava à Suprema Corte e que a Constituição presente preservou até a instalação desta Casa. Pelo que, nada obstante o Ato Regimental nº 01 deste Tribunal haver determinado a aplicação do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal na parte relativa ao julgamento de recursos, o fez no parágrafo único do art. 24 do mencionado Ato Regimental nº 01, resguardando a nova ordem constitucional — fazê-lo não poderia diferentemente — fê-lo de forma clara, explícita, e, se assim não o fizesse, não mereceria a aplicação da Casa.

Ei-lo: (lê)

«Parágrafo único. Aplicar-se-á ao Superior Tribunal de Justiça, no que couber e não contrariar a Constituição e as disposições deste Ato Regimental, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na parte relativa ao julgamento de recursos, e o do Tribunal Federal de Recursos, quanto ao mais.»

O mandar, como mandou o Ato Regimental nº 01, aplicar-se na parte relativa ao julgamento de recursos o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tal mandamento não tem o condão de contrariar a Constituição Federal, e mesmo assim não o quis o ato regimental referido.

Ora, meus eminentes Colegas, se o recurso especial não existia na ordem constitucional precedente, obviamente não havia óbices regimentais ao recurso especial. Se o Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua competência residual, declarou *ipse jure* transformando um recurso extraordinário em recurso especial, como não há óbice ao recurso especial e como este Superior Tribunal de Justiça não é o Supremo Tribunal Federal, que teve aquela competência residual, então não há óbices, a meu ver, ao recurso especial. Por certo, que o juízo de admissibilidade há de ser feito, tendo-se em vista os pressupostos constitucionais e os pressupostos genéricos do recurso, e aí se esgotaria o juízo de admissibilidade.

Com os meus respeitos aos que pensam em sentido contrário, rejeito a preliminar, mas com esses fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 506 — RJ — (Reg. nº 89.0009304-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Raquel Catalina Pschepiurka. Recdo.: Pinto de Almeida Engenharia Ltda. Advs.: Dr. Carlos Roberto Schlesinger e outro e Dr. Pedro Henrique de Miranda Rosa e outro. Sustentação oral: Dr. Sérgio Zveiter, pela recorrente e Dr. Sigmaringa Seixas, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, rejeitou a arguição de descabimento do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Foi interrompido o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator, para que se decida o mérito em outra sessão (4ª Turma — 5-9-89).

Votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 506 — RJ — (Reg. nº 89.0009304-5) — Rel.: O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Raquel Catalina Pschepiurka. Recdo.: Pinto de Almeida Engenharia Ltda. Advs.: Dr. Carlos Roberto Schlesinger e outro e Dr. Pedro Henrique de Miranda Rosa e outro. Sustentação oral: Dr. Sérgio Zveiter, pela recorrente e Dr. Sigmaringa Seixas, pelo recorrido.

Decisão: Concluindo o julgamento interrompido em 5-9-89, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 25-9-89).

Votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athon Carneiro e Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 523 — SP

(Registro nº 89.9514-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos M. Velloso*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Polimatic Eletrometalúrgica Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Mafalda Tinti e Marcos Ferreira da Silva e outro*

EMENTA: Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Sentença que decide pela inocorrência de direito líquido e certo: sentença de mérito. Apreciação do recurso pelo Tribunal ad quem. Possibilidade de ser completado o julgamento, se o Tribunal entende incontroversos os fatos.

I — Quando a sentença decide pela inocorrência de direito líquido e certo, entendendo controversos os fatos, ou porque certa circunstância deveria ter sido comprovada, decide de meritis. Destarte, se o Tribunal ad quem, entendendo de modo contrário, vale dizer, entendendo incontroversos os fatos, ou que é prescindível a comprovação da circunstância que a sentença entendera de comprovação necessária, poderá completar o julgamento, praticando a operação de fazer incidir a norma de direito positivo aos fatos incontroversos, deferindo ou indeferindo a segurança, sem que isto represente violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

II — Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por Polimatic Eletrometalúrgica Ltda., com o objetivo de impedir que o Sr. Delegado Regional Tributário da Grande São Paulo venha a praticar ato no sentido de lhe obstar o credi-tamento do valor isento do ICM, relativo às entradas de matérias-primas importadas, quando da saída do produto industrializado.

A sentença de fls. 99/102, entendendo controvertidos os fatos, julgou «a impetrante carecedora da segurança impetrada e extinto o processo, sem conhecimento do mérito, resguardado o seu direito de dirimir a controvérsia, através de ação própria».

A ex-Décima Quarta Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao apelo da impetrantrante. Considerou cabível a ação mandamental preventiva e, com arrimo no § 1º, do art. 515, do CPC, julgou o mérito da questão, concedendo a segurança pleiteada.

Às fls. 188/191, foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela apelada, sob a alegação de dúvida e contradição no acórdão de fls. 175/179.

Inconformada, recorre extraordinariamente a Fazenda do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 119, III, a e d, da Constituição Federal de 1967.

Argumenta que o acórdão violou o princípio do duplo grau de jurisdição e o *caput* do art. 515, do CPC, ao julgar o mérito do pedido. Este deveria ser apreciado pelo Juízo de Primeiro grau, após a devolução dos autos, já que foi afastada a carência da ação.

Diz, também, que o aresto ofendeu o art. 1º, da Lei nº 1.533/51, uma vez que «não há direito líquido e certo na postulação», sendo insuficiente a prova apresentada pela recorrida com a inicial.

Quanto à divergência jurisprudencial, afirma que o acórdão conflita com diversos julgados da Corte Suprema no que se refere à possibilidade do julgamento do mérito pelo Tribunal, sem que o órgão inferior o tenha apreciado e, ainda, «no que tange ao momento de apropriação do crédito de ICM».

O eminente Desembargador J. R. Prestes Barra, em substituição ao 4º Vice-Presidente do Tribunal paulista, através do despacho de fls. 215/216, admitiu o recurso extraordinário, concluindo que «a inconformidade não está obstada por nenhum veto regimental».

Razões da recorrente às fls. 219/231, reiterando à argumentação já apresentada.

Razões da recorrida às fls. 233/252, alegando que o acórdão se limitou a completar o julgamento, não afrontou o princípio do duplo grau de jurisdição e está em «total harmonia com a jurisprudência do Pretório Excelso».

No que se refere ao mérito, ressalta que a matéria há muito tempo já foi objeto de assentamento jurisprudencial na Suprema Corte. Acrescenta que já obteve ganho de causa em todos os mandados de segurança que impetrou, preventivamente, relacionados com importações recém-realizadas.

Subiram os autos ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 258/261, opina pelo conhecimento e provimento do recurso. Sustenta que, embora considere que a recorrida está com a razão no mérito, «a violação da lei processual está flagrantemente comprovada pela supressão do duplo grau de jurisdição».

À fl. 264, o eminente Ministro Francisco Rezek determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, posto que o recurso extraordinário foi transformado em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A sentença entendeu controvertidos os fatos, por isso que deveria a autora comprovar o efetivo pagamento do imposto na saída do produto. Destarte, julgou a autora carecedora da ação, por incurrer direito líquido e certo.

O acórdão reformou essa decisão e concedeu a segurança, argumentando, no ponto que diz respeito à alegada violação do princípio do duplo grau:

«

Ora, conquanto o comando da sentença acentue que o processo é extinto sem conhecimento do mérito, conhecimento que diz impedido pela falta de dilação probatória, na verdade a decisão foi de negativa do pleiteado direito líquido e certo — matéria preliminar típica dos mandados de segurança —, no sentido doutrinário do direito líquido e certo, exigido pela Lei nº 1.533/51, vale dizer, aquele que é demonstrado, documentalmente, *prima facie*, sem dilação probatória. Ora, essa matéria, que constitui condição *específica* da ação mandamental da Lei nº 1.533/51, já invade indubiosamente o campo de mérito da segurança, não impondo, pois, que a reforma da decisão de primeiro grau faça retornar os autos ao MM. Juiz para completar o julgamento. Aliás, o art. 515, § 1º, do CPC, dispõe que «serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro». Bastará que o processo já esteja em ponto ou fase que permitisse o julgamento por inteiro ao juiz e, agora, ao tribunal (cf. preciosa lição de Barbosa Moreira em Comentários ao CPC, ed. Forense, vol. V, nº 182, págs. 345/346). E isso, sem dúvida, neste caso, acontecia, pois o processo

já percorrerá todo seu curso, quando foi proferida a respeitável sentença recorrida.

.....» (fls. 176/177).

Está correta a sustentação posta no acórdão recorrido.

Com efeito.

A Sentença, quando decide pela inocorrência de direito líquido e certo, decide o mérito da questão. É que, para assim decidir, examina ela as provas postas nos autos, já que a liquidez e certeza do direito diz respeito a fatos incontroversos, a autorizar o ajuizamento do *writ*. Incontroversos os fatos, segue-se a operação de incidência da norma de direito positivo sobre eles. Dessa incidência, poderá resultar a existência, ou não, do alegado direito subjetivo. Todavia, se os fatos são controvertidos, não há essa segunda operação, decidindo o juiz pela inexistência de direito líquido e certo. Mas, repete-se: para assim decidir, terá o juiz examinado a prova posta nos autos pelo impetrante. Ora, segundo a lição de Pontes de Miranda, «sempre que o juiz examina provas, ou tem de examinar provas, para concluir sobre qualquer assunto do pedido, referente ao mérito, e enuncia proposição sobre o que concluiu, necessariamente decidiu de *meritis*. Salvo a espécie, rara, de inépcia do pedido, toda proposição sobre existir ou não existir pretensão, ou ação, se funda em prova e entra no mérito» (Pontes de Miranda, «Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, 1975, VII/212).

Desse entendimento não destoa Sérgio Ferraz, que, dissertando especificamente sobre o tema, leciona que «... direito líquido e certo é, ao mesmo tempo, condição de ação do mandado de segurança mas é também sua finalidade. A sentença que negue ou que afirme o direito líquido e certo realiza o fim da própria ação, ela é uma sentença meritória, é uma sentença que necessariamente exaure o campo da indagação, de invocação, o campo de estudo do mandado de segurança» (Sérgio Ferraz, «Aspectos Proc. do Mandado de Segurança», em «Curso de Mandado de Segurança», Ed. Rev. dos Trib., 1986, pág. 136).

Destarte, sendo certo que a sentença, quando decide pela inocorrência de direito líquido e certo, decide o mérito da questão, se o Tribunal *ad quem*, entendendo, ao contrário do Juízo *a quo*, que os fatos são incontroversos, ou que é prescindível certa circunstância que a sentença entendera que devia ter sido comprovada, poderá completar o julgamento, vale dizer, poderá praticar a segunda operação, que é fazer a incidência da norma do direito positivo sobre os fatos incontroversos, deferindo ou indeferindo o *writ*, sem que isto represente violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Assim procedendo, o Tribunal, além de não ter violado o princípio do duplo grau, terá prestado obséquio a um outro princípio que informa, de modo especial, a ação sumaríssima do mandado de segurança, que é o da celeridade processual que deflui da natureza do remédio constitucional e do sistema consagrado pela Lei nº 1.533/51.

Do exposto, forçoso é concluir que o acórdão recorrido não negou vigência aos dispositivos de lei indicados. E quanto ao alegado dissídio jurisprudencial, não está ele demonstrado: os acórdãos da Corte Suprema, indicados como padrões, decidiram questão diversa daquela que ora está sendo debatida. O mais que se alega situa-se no campo da matéria de fato, que a instância ordinária aprecia soberanamente.

Do exposto, não conheço do recurso.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, a fundamentação do douto voto de V. Exa. é escoreita. Efetivamente, a sentença de Primeiro Grau não demonstra dispositivo em que reconheceria inexistência dos pressupostos processuais ou uma das condições da ação. Declarou a inexistência da qualificação do direito amparado pelo mandado de segurança, qual seja, direito líquido e certo.

Dessa forma, não houve, efetivamente, ofensa ao duplo grau de jurisdição. Acompanho S. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 523 — SP — (Reg. nº 89.9514-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Recorrido: Polimatic Eletrometalúrgica Ltda. Advogados: Drs. Maria Malda Tinti e Marcos Ferreira da Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (18-9-89 — Segunda Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Miguel Ferrante, Américo Luz e Vicente Cernicchiaro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

RECURSO ESPECIAL Nº 537 — SP

(Registro nº 89.9583-8)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz

Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo

Advogados: Drs. Vera Lúcia S. F. Muniz de Souza e outros

Recdo.: Cia. de Telefones do Brasil Central — CTBC

Advogados: Dr. Roberto Muneratti Filho e outros

EMENTA: Tributário. Projeto de interesse nacional. Isenção do ICM. Convênio ICM — 9/75.

Pretendida revogação do benefício fiscal por convênios posteriores. Impossibilidade.

Recurso desprovido.

Remessa dos autos ao STF.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: «Companhia de Telefones do Brasil Central — CTBC» impetrou segurança contra ato do Sr. Delegado Regional Tributário da Grande São Paulo, a qual foi concedida em primeiro grau, sendo a sentença confirmada pela Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, assegurando à impetrante, assim, o direito de permanência da isenção estabelecida pelos convênios ICM 9/75 e ICM 11/81 que foram restringidos pelo Convênio ICM 24/81.

Para tanto, dispôs o acórdão (fls. 258/259):

«O Convênio 9/75 instituiu estímulo fiscal, incorporando, no âmbito estadual, a mesma política fiscal estabelecida, em relação às exportações pelo Decreto-Lei Federal nº 1.335/74, alterado em parte pelo Decreto-Lei nº 1.398/75.

Incorporou a política mencionada, mas condicionou a obtenção de isenção do ICM nas saídas de máquinas e equipamentos nacionais, promovidas no mercado interno, à comunicação prévia do titular do projeto considerado de interesse nacional à Secretaria da Fazenda, instruída com prova de obtenção dos incentivos previstos no Decreto-Lei nº 1.335/74, junto ao Ministro da Fazenda.

A impetrante conseguiu os incentivos fiscais instituídos pelo decreto-lei acima mencionado, exibindo acordo homologado pelo Sr. Diretor da Carteira de Comércio do Exterior do Banco do Brasil S/A — fl. 38 —, acordo este com validade até dois anos, prorrogado até 12 de janeiro de 1985.

Assim sendo, a impetrante tinha garantia de isenção de ICM pelo prazo do acordo, tendo em vista a comunicação procedida à Coordenação de Administração Tributária da Fazenda de São Paulo, solicitando, em 30 de dezembro de 1980, o benefício de isenção do ICM. Esta situação — direito adquirido — não podia ser atingida pelo Convênio 11-ICM, celebrado em 23 de outubro de 1981, nem pelo Convênio 24/83, tal como assinalou a Douta Procuradoria da Justiça — fl. 250».

Dessa decisão recorreu extraordinariamente a Fazenda do Estado de São Paulo, apoiada nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional anterior, alegando que o aresto divergiu do entendimento do Pretório Excelso sobre a matéria, bem como violou os artigos 23, II, § 6º, da Constituição/67, 1º da LC nº 24/75, e III e 178 do Código Tributário Nacional.

Inadmitido na origem, o recurso foi processado em razão do provimento do agravo de instrumento do despacho denegatório, subindo ao Supremo Tribunal Federal que o transformou em especial, remetendo-o a esta Corte para o julgamento das alegações de negativa de vigência de normas infraconstitucionais e de dissídio restrito ao âmbito legal — fl. 357.

O parecer, em consonância com os precedentes que arrola, é pelo conhecimento e provimento do recurso — fl. 354.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A matéria de que tratam os autos é idêntica à que, como relator, apreciei no Recurso Especial nº 536-SP, cujo voto leio e junto por cópia.

Adotando os mesmos fundamentos expendidos no referido julgado, não conheço do presente recurso pela letra *a* e quanto à letra *c* conheço e nego provimento.

É como voto.

ANEXO

REsp nº 536 — SP

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Ao opinar, em primeira instância, sobre a apelação da ora recorrida, assim se manifestou o órgão do Ministério Público (fls. 287/289):

«Alega a inicial que o benefício fiscal foi obtido nos termos do Convênio ICM-09/75 sob a plena vigência do mesmo, sendo a isenção em questão de ordem condicional não poderia ser revogada para retroagir seus efeitos, sob pena de afetar situação jurídico subjetiva já consolidada, que se encontra amparada pelo art. 153, § 3º da Constituição Federal.

A questão central da controvérsia diz respeito à natureza da isenção em tela, se no caso trata-se de isenção unilateral, que constitui ato típico de liberalidade fiscal, e como tal pode ser suprimida e modificada a qualquer tempo, não gerando direitos subjetivos individuais à sua continuidade ou ao contrário trata-se de isenção bilateral, condicionada, cujos efeitos do benefício são resguardados nos termos do art. 178 do Código Tributário Nacional.

A nosso ver a distinção pretendida pela autoridade impetrada entre isenção especial e condicionada, não encontra o necessário suporte legal para ser acolhida.

O teor do Convênio 09/75 especifica na sua cláusula 1ª que a isenção do ICM é concedida «nas saídas de máquinas e equipamentos nacionais, promovidos pelos respectivos fabricantes, nas seguintes hipóteses e *obedecidas cumulativamente a condição alternativa correspondente à espécie...*».

Portanto, o benefício fiscal para os efeitos do inciso I dessa cláusula, não é concedido sem a exigência de qualquer contraprestação por parte do beneficiário, ao contrário impõe como condição para sua percepção que as vendas de equipamentos e máquinas sejam «destinadas à implementação de projetos que consultem ao interesse nacional», na forma ali especificada.

Na hipótese de isenção bilateral esta resulta, conforme o ensinamento de Hely Lopes Meirelles «de um ato negocial entre o particular e a administração, presumindo-se a ocorrência de vantagens e encargos recíprocos, razão pela qual não pode ser suprimido ou alterado por lei posterior, sem que se respeitem as situações individuais anteriores, constituída na forma da lei precedente. Tais isenções, desde que deferidas por ato jurídico perfeito, geram direitos subjetivos individuais para seus beneficiários, e a sua continuidade pode ser defendida judicialmente, nos termos da lei e do contrato firmado com o poder Tributante» (Cf. «Finanças Municipais», RT, 1979, pág. 50).

Essas isenções configuram estímulos extrafiscais para a implantação de projetos que consultem ao interesse nacional, como tal definido pelo Poder Público no exercício de sua atividade política.

Acresce, ainda, que as isenções especiais previstas no art. 179 do Código Tributário Nacional, são sempre condicionais, pois, para a obtenção do benefício o interessado deverá provar o «preenchimento das *condições* e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão».

Nesse sentido o magistério de Aliomar Baleeiro, para quem «se a isenção é relativa ou de caráter especial, *condicionada* portanto...» o seu reconhecimento e a sua manutenção dependem do cumprimento das condições subjacentes à sua concessão (Cf. «Direito Tributário Financeiro», Forense, Rio, 1973, 5ª ed., pág. 530).

Dessa forma desde que o interessado satisfaça as exigências legais, adquire o direito ao benefício concedido pelo Fisco, não sendo lícito a sua supressão ou modificação sumária, por incompatível com a estabilidade dos atos jurídicos negociais (art. 178 do CTN). A lei pode modificar ou suprimir a isenção para o futuro, respeitadas as isenções existentes.

No caso em questão foi reconhecida a isenção do ICM para o projeto noticiado nos autos, tornando-se definitivamente consolidada essa situação jurídico-tributária com a comunicação ocorrida nos termos da cláusula 3ª do Convênio 09/75, que foi acolhida pela Secretaria da Fazenda em comunicado próprio, que configurou ato de efeito declaratório de reconhecimento da isenção.»

Semelhante ao presente recurso é o de nº 216, cuja segurança também foi impetrada pela ora recorrida, mas contra ato do Sr. Superintendente de Tributação do Estado do Rio de Janeiro. Do voto proferido pelo relator, eminente Ministro Armando Rollemberg, acolhido à unanimidade pela 1ª Turma, destaco os seguintes tópicos:

A divergência é manifesta especialmente em relação a julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais referido no relatório, e assim conheço do recurso.

Nego-lhe, porém, provimento, pois há que distinguir-se, na hipótese, entre saída de máquinas e equipamentos destinados a uso normal, e fato idêntico quando relativo a projeto de interesse público, como decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE 111.638 e 112.613, relatados pelo Sr. Ministro Carlos Madeira, assim ementados:

«Isenção tributária. Convênio para isenção de ICM. A isenção do ICM concedida tendo em vista projeto de obra de interesse público, não constitui pura liberalidade, pois é condicionada à execução daquele projeto. Os Convênios posteriores que previrem novas condições para a concessão da isenção não alcançam aquela relativa a projeto de interesse nacional em plena execução.»

Ora, no caso dos autos a isenção fora concedida para projeto de «implantação e expansão de centrais telefônicas com capacidade de 50.000 terminais e ampliação das redes telefônicas rurais e urbanas, nos municípios de Guaira, Batatais, Franca, S. Joaquim da Barra, Ituverava e Jardinópolis, no Estado de São Paulo e Uberlândia, Patos de Minas, Tupaciguara, Frutal de Carmo de Paranaíba, no Estado de Minas Gerais» para o qual era necessário equipamento que vem arrolado às fls. 32/36, não sendo possível alterar-se as condições da aquisição respectiva, porque concebido dito projeto considerando a isenção de impostos, inclusive o ICM.»

O acórdão respectivo, publicado no *DJ* de 18-9-89, está assim ementado:

«Tributário — ICM — Isenção.

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

Recurso Especial desprovido.»

Esta Egrégia Turma teve oportunidade de apreciar a questão *sub judice* quando do julgamento dos Recursos Especiais n.ºs 385 e 451, ambos de São Paulo, relatados pelo ilustrê Ministro Ilmar Galvão.

Do último, extraio do voto, no que interessa à divergência jurisprudencial, os tópicos seguintes:

«A questão por inúmeras vezes chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, conforme foi demonstrado pelas partes, havendo-se formado, na Egrégia Corte duas correntes de opinião, uma no sentido da possibilidade de revogação (1.ª Turma, RREE n.ºs 105.504, 105.486, 104.504, 109.417, 109.183 e 109.191) e outra em sentido contrário (2.ª Turma, RREE 111.638 e 113.124), inexistindo notícia de que tenha havido uniformização.

Entretanto, diante do que acima ficou exposto, não tenho dúvida em filiar-me à orientação ditada pela Egrégia Segunda Turma, onde figura como caso *leading* o RE 111.638-RJ, relatado pelo eminente Ministro Carlos Madeira (fls. 208/215), cujo voto assim conclui:

«A isenção, portanto, é condicionada a um projeto que consulta ao interesse nacional, com os requisitos prescritos nessa cláusula. O projeto é que há de atender a esses requisitos.

Não há cuidar, pois, de isenção pura e simples, *data venia* do entendimento esposado pelo eminente Ministro Oscar Corrêa, no RE 105.486, pois tal isenção não é simples liberalidade concedida em caráter geral ou impessoal, uma vez que cria uma situação jurídica individual, referida à execução de um projeto de obra de utilidade pública.

Data venia, tenho que para a matéria em discussão a orientação que melhor se ajusta é realmente a ditada pela Egrégia Segunda Turma do Pretório Excelso.

Do exposto, não conheço do recurso pela letra *a* e quanto à letra *c* conheço e nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 537 — SP — (Reg. n.º 89.9583-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Dra. Vera Lúcia S. F. Muniz de Souza e outros. Recdo.: Cia. de Telefones do Brasil Central — CTBC. Advs.: Drs. Roberto Muneratti Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 18-10-89 — 2.ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão, Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel (Juiz do TRF — 1.ª Região, convocado) e Miguel Ferrante. Licenciado o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

RECURSO ESPECIAL Nº 544 — PR

(Registro nº 89.9640-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrida: *Dalva Maria de Souza Mantovani*

Advogado: *Dr. José Francisco Pereira*

EMENTA: Penal. Execução da pena. Infração do art. 12 da Lei de Tóxicos. Presunção de periculosidade. Regime aberto inicial. Impossibilidade.

I — Nas infrações do art. 12 da Lei de Tóxicos, a lei presume a periculosidade do agente, ao impedir que ele possa apelar em liberdade (art. 35 da Lei nº 6.368/76), resultando não poder o réu, embora condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, cumpri-la, desde o início, em regime aberto (Código Penal, art. 33, §§ 2º, c, e 3º).

II — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento para cassar em parte o acórdão recorrido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Terezinha Ramos Real e Dalva Maria de Souza Mantovani foram condenadas, além da pena pecuniária, a 5 e 4 anos e 6 meses de reclusão, respectivamente, pela prática do crime de guarda de substância entorpecente (art. 12 e § 2º, inciso II da Lei nº 6.368/76).

A pena privativa de liberdade, segundo a sentença, deveria ser cumprida em regime semi-aberto (fls. 140/149).

Inconformadas, apelaram as rés, havendo a Segunda Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Paraná reformado a sentença para absolver Terezinha Ramos e reduzir a pena privativa de liberdade de Dalva Maria

para 3 anos de reclusão, a ser cumprida, desde o início, em regime aberto (fls. 214/223).

Contra essa decisão recorreu extraordinariamente o Ministério Público Estadual, com base no art. 119, III, *d*, da Constituição anterior (fls. 225/230), tendo o recurso sido autuado, como especial, de acordo com o art. 105, III, *c*, da atual Carta Magna, por se tratar de matéria infraconstitucional (fl. 244).

O recorrente invoca a existência de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e arestos do E. STF, que consideram inconcebível a concessão do regime aberto, desde o início, aos condenados pelo art. 12 da Lei de Tóxicos (fls. 225/230).

Contra-razões, às fls. 253/256.

Parecer da Doutra Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 260/261, pelo provimento do recurso, para que seja cassado o regime aberto concedido desde o início à recorrida, sem prejuízo de sua obtenção na forma progressiva estabelecida no art. 112 da Lei de Execução Penal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): A demonstrar a divergência jurisprudencial estão os arestos proferidos na 2ª Turma do Colendo STF nos Recursos Extraordinários Criminais 116.327-5-PR e 116.328-3-PR, de que foram relatores, respectivamente, os Senhores Ministros Djaci Falcão e Célio Borja, assim ementados:

«Tráfico de tóxico. Execução da pena E incompatível com o crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, o cumprimento da pena em regime aberto. Precedentes do STF.

Recurso extraordinário conhecido e provido» (fl. 228).

«*Penal*. O condenado por tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei nº 6.368/76) não pode cumprir a pena, desde o início, em regime aberto. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. RE conhecido e provido» (fls. 228/229).

Conheço, pois, do recurso especial.

Quanto ao mérito, ao estabelecer o regime prisional aberto, desde o início, para o cumprimento da pena, pôs-se o acórdão recorrido em testilha com os arestos mencionados, que afirmam que o cumprimento da pena não pode ser fixado em regime aberto, desde o início, para o condenado nas penas do art. 12 da Lei nº 6.368/76.

O Tribunal *a quo* considerou, naturalmente, a forma progressiva da execução da pena, que prevê seu cumprimento em regime aberto desde o início, se o condenado não for reincidente e a pena for igual ou inferior a 4 anos (§ 2º, letra *a*, do art. 33, do Código Penal), sem atentar, porém, para a

natureza do delito pelo qual é punida a recorrida. É que, para os crimes tipificados nos arts. 12 e 13 da Lei nº 6.368/76, o art. 35 do mesmo diploma presume a periculosidade do agente, como assevera Mena Barreto no seu «Estudo Geral da Lei de Tóxicos», nessa passagem:

«Resolveu o legislador que, diante da periculosidade que encerram, e da ameaça permanente que constituem para a sociedade, mais particularmente para a juventude, tais infratores, não poderão apelar sem recolher-se à prisão... A decisão judicial de primeira instância, alicerçada em provas materiais, e no convencimento do julgador que leva à certeza moral, esta a justificar a medida, que procura impedir, outrossim, seja frustrada a execução da pena imposta, com a eventual fuga do réu, o que representaria, sem dúvida, grave prejuízo para a coletividade».

Na hipótese em exame, o acórdão recorrido considerou apenas as circunstâncias referentes à personalidade da condenada de modo a autorizar-lhe o cumprimento da pena, desde o início, em regime aberto. Não levou em consideração os motivos e as conseqüências do crime de guarda de substância entorpecente, que caracterizam conduta da agente como de acentuada periculosidade.

Como demonstrou o recorrente, firme é a jurisprudência da Suprema Corte em impedir o cumprimento da pena, desde o início, em regime aberto, para os condenados às penas do art. 12 da Lei de Tóxicos, conforme acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 65.200, assim ementado:

«*Habeas corpus*. Cumprimento da pena em regime aberto. Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, no qual a lei especial reconhece a presunção de periculosidade, ao impedir possa o condenado apelar em liberdade (art. 35 da Lei nº 6.368/76), infere-se não poder o traficante condenado à pena inferior a 4 anos, cumpri-la desde o início, em regime aberto. Pedido indeferido.» (DJ 23-10-87 — Ementário nº 1.479-2).

No mesmo sentido, é a jurisprudência desta Corte, de que é exemplo o julgado no *Habeas Corpus* nº 71, por mim assim ementado:

«Penal. Execução da pena. Traficante de entorpecentes. Presunção de periculosidade. Regime aberto inicial. Impossibilidade.

No crime de tráfico de entorpecentes a lei presume a periculosidade do agente, ao impedir que ele possa apelar em liberdade (art. 35 da Lei nº 6.368/76), resultando não poder o traficante, embora condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, cumpri-la, desde o início, em regime aberto (Código Penal, art. 33, §§ 2º, c, e 3º). Pedido indeferido.» (DJ 16-10-89, pág. 15860).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para cassar parcialmente o v. acórdão recorrido e substituir o regime prisional inicial aberto, ali conce-

dido, pelo regime semi-aberto, como fixado na sentença de primeiro grau, de que não houve apelação do Ministério Público.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 544 — PR — (Reg. nº 89.9640-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrida: Dalva Maria de Souza Mantovani. Adv.: Dr. José Francisco Pereira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento para cassar em parte o acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (13-11-89).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Dias Trindade e William Patterson. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

●

RECURSO ESPECIAL Nº 551 — RS

(Registro nº 89.9658-3)

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

Recorrente: *Transportes Fink S.A.*

Recorrido: *Sady Antônio Vicentini*

Advogados: *Drs. Flávio Luís Chagas Meksraitis e Salvatore Grillo*

EMENTA: Recurso Especial. Cabimento pela alínea c do permissivo constitucional. Demonstração de divergência com precedente do STF indicado em acórdão do próprio Tribunal de origem. Inviabilidade.

1. Para a caracterização de dissídio jurisprudencial ensejador do cabimento do Recurso Especial para esta Corte, em face do disposto no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal de 1988, é ineficaz a demonstração analítica da divergência com precedente do Supremo Tribunal Federal, indicado na fundamentação de julgado do próprio Tribunal de origem, trazido à colação pelo recorrente.

2. Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do

Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela alínea *c* do permissivo constitucional, contra a decisão proferida pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que, ao manter a sentença de fls. 78/79, também considerou a autora, ora recorrente, carecedora da ação renovatória de locação comercial, não admitindo *accessio temporis* por considerar excessivo o prazo do contrato verbal que intercalou os demais.

Para caracterizar a divergência jurisprudencial, a recorrente trouxe à colação acórdão do próprio Tribunal *a quo*, publicado na Revista Julgados do TARGS, vol. 41, pág. 230, que está fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal.

Ao admitir o recurso, esclareceu o Presidente do Tribunal *a quo*:

«Inicialmente, acórdãos do mesmo Tribunal não servem para caracterizar o dissídio pretoriano.

Entretanto, configura-se o conflito em relação aos arestos do Supremo Tribunal Federal mencionados. É pacífico o entendimento, na Suprema Corte, no sentido de que havendo continuidade na locação, o prazo anterior, ainda que verbal o contrato, soma-se ao do último contrato escrito para que o autor da ação renovatória complete os cinco anos exigidos pela Lei de Luvas.

Isto posto, admito o recurso por divergência jurisprudencial».

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Recurso Especial. Cabimento pela alínea *c* do permissivo constitucional. Demonstração de divergência com precedente do STF indicado em acórdão do próprio Tribunal de origem. Inviabilidade.

1. Para a caracterização de dissídio jurisprudencial ensejador do cabimento do Recurso Especial para esta Corte, em face do disposto no artigo 105, inciso III, alínea *c*, da Constituição Federal de 1988, é ineficaz a demonstração analítica da divergência com precedente do Supremo Tribunal Federal, in-

dicado na fundamentação de julgado do próprio Tribunal de origem, trazido à colação pelo recorrente.

2. Recurso Especial não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Em face do disposto no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, não serve para justificar o cabimento do recurso especial, a demonstração analítica de dissídio jurisprudencial entre a tese firmada pelo acórdão recorrido e a de precedente do Supremo Tribunal Federal, indicado na fundamentação de paradigma do próprio Tribunal de origem, trazido à colação pelo recorrente.

Por esta razão, Sr. Presidente, não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 551 — RS — (Reg. nº 89.9658-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Transportes Fink S.A. Recdo.: Sady Antônio Vicentini. Advs.: Flávio Luís Chagas Meksraitis e Salvatore Grillo.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 12-9-89) — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 568 — CE

(Registro nº 89.0009728-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Pronto Socorro de Acidentados Ltda.*

Recorrida: *Associação São Vicente de Paulo de Fortaleza*

Advogados: *Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior, Pedro Maia e outros e Paulo da Cruz Matos e outros*

EMENTA: *Locação. Renovatória. Retomada. Hospital.*

Vedando a Lei 6.239/75 o despejo de hospitais, para uso próprio do locador, a norma há de entender-se como abrangendo o pedido de retomada formulado em ação renovatória.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento para restabelecer a decisão na apelação, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Pronto Socorro de Acidentados Ltda. ajuizou ação renovatória contra Associação de São Vicente de Paulo de Fortaleza. Contestando, esta pediu a retomada do imóvel para uso próprio, pretensão esta que veio a ser acolhida, rejeitada a alegação do locatário de que estaria amparado pelo artigo 1º da Lei 6.239/75. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará reformou a sentença e julgou procedente a ação, por maioria. Em embargos, entretanto, foi restabelecido o julgamento monocrático, salvo quanto ao prazo para a desocupação.

Recorreu extraordinariamente o vencido, alegando negativa de vigência do dispositivo acima mencionado, havendo argüido relevância. Recurso admitido como especial e devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Locação. Renovatória. Retomada. Hospital. Vedando a Lei 6.239/75 o despejo de hospitais, para uso próprio do locador, a norma há de entender-se como abrangendo o pedido de retomada formulado em ação renovatória.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Inquestionável que ao locador é assegurado, na renovatória, opor-se ao pedido, a fundamento de que o prédio vai ser usado por ele próprio. Está a questão em saber se esta faculdade, assegurada pelo artigo 8º, letra e, do Decreto 24.150, subsiste em se tratando de hospitais, unidades sanitárias oficiais e estabelecimentos de saúde e ensino, tendo em vista o que dispõe o artigo 1º da Lei 6.239/75.

Não se ignora que a ação renovatória tem natureza dúplice e a sentença que concede a retomada se executa, segundo a melhor doutrina, mediante mandado *de evacuando*, findo o prazo estabelecido para a desocupação. Hoje dificilmente se contesta o caráter condenatório de tal sentença, não sendo aceitável igualmente o entendimento, a exigir que sua execução se faça pelas regras pertinentes à entrega de coisa certa.

Vê-se que o pedido de retomada, ao mesmo tempo que impede a renovação, envolve pretensão de despejar. Ora, se a lei veda o despejo, salvo nas hipóteses dos itens I a IV do artigo 1º da Lei 6.239/75, entre eles não se incluindo a retomada para uso próprio, parece-me lógico que esta será inadmissível, ainda que formulada na renovatória.

Não se me afigura que a situação seja equiparável, como se alegou, à hipótese contemplada no parágrafo único do artigo 4º do Decreto-Lei nº 4. Naquele caso, estabeleceu-se ampla possibilidade de retomar o imóvel, notadamente no item I, e era indispensável esclarecer quando incidiria a norma, tratando-se de locação protegida pela «Lei de Luvas». O mesmo não sucede com os textos em exame, em que se objetivou amparar locações feitas com determinadas finalidades, não sendo razoável retirar a proteção quando abrigadas elas pelo Decreto 24.150. Aliás, tão amplo é o benefício instituído pela Lei 6.239/75 que, do ponto de vista prático, ficaria em melhor situação o inquilino com contrato inferior a cinco anos, se aceita a tese do acórdão.

Tenho como certo que violado o artigo 1º da Lei 6.239/75, razão por que conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer o julgado proferido na apelação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, pedi para examinar este processo, que se encontrava no gabinete do Eminentíssimo Ministro Relator, para verificar se estava ou não impedido.

Por coincidência, não participei da sessão de julgamento das Câmaras Cíveis Reunidas, uma vez que pertencia à 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará. Assim, não estou impedido.

Inteirei-me, na ocasião, do assunto e posso prestar alguns esclarecimentos adicionais. Em primeiro grau, a renovatória foi julgada improcedente no julgamento da apelação, a sentença foi reformada e a renovatória foi julgada procedente, por maioria. Nos embargos infringentes, entretanto, foi restabelecida a sentença de primeiro grau, ou seja, determinado o despejo do hospital, por força do pedido de uso próprio da proprietária.

Do exame que fiz tomei conhecimento da tese em discussão, e não tenho a menor dúvida de que o Eminentíssimo Ministro Relator está com toda razão. Na ação renovatória, com base na Lei de Luvas, quando o proprietário exerce o direito de retomada, sem dúvida, ela adquire natureza dúplice. É como se existissem uma ação e uma reconvenção.

Procurei o mestre, autor de obra clássica sobre o assunto, o Ministro Alfredo Buzaid e ele, em certo trecho de seu livro, muito conhecido, «Da Ação Renovatória», diz exatamente o seguinte: «O processo renovatório tem caráter dúplice, o que quer dizer que a contestação insere um pedido reconvenicional» (pág. 372).

Ora, se o proprietário está impedido de pedir o prédio para uso próprio, através de uma ação ordinária de despejo, estará, também, sem a menor dúvida, impedido de postular por ocasião da contestação da renovatória, porquanto esta, quando ele exerce esse direito — repito — tem uma natureza reconvençional. Por outro lado, não há qualquer incompatibilidade na aplicação conjunta da lei de luvas e da Lei nº 6.239, de 19-9-75.

De modo que acompanho o eminente Ministro Relator, para conhecer do recurso, dar-lhe provimento e restabelecer a decisão proferida em grau de apelação, da lavra do douto Desembargador José Maria de Melo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Penso que a questão federal suscitada é de interpretação, simplesmente. O acórdão recorrido ficou com uma das interpretações possíveis da lei, e o recurso excepcional vem apenas pela negativa de vigência. Tenho dificuldade para dele conhecer. Não posso deixar de verificar a razoabilidade. Verificando-a, não conheço do recurso, *data venia*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 568 — CE — (Reg. nº 89.0009728-8) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Pronto Socorro de Acidentados Ltda. Recdo.: Associação São Vicente de Paulo de Fortaleza. Advs.: Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior e Pedro Maia e outros, Paulo da Cruz Matos e outros.

Decisão: «A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, que dele não conhecia, conheceu do recurso e lhe deu provimento para restabelecer a decisão na apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator» (Em 31-10-89 — Terceira Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Gueiros Leite.

RECURSO ESPECIAL Nº 609 — RJ

(Registro nº 89.0009846-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Empresa Telefônica de Ituiutaba S.A.*

Advogados: *Drs. Vera Lúcia Kirdeiko e outros e Ilson Wajngarten e outros*

EMENTA: Direito Tributário. Convênios para isenção de ICM objetivando a execução de projetos de interesse nacional, também contemplados por isenção de tributos federais.

Configuração da hipótese excepcionada no art. 178 do CTN. Nulidade das modificações posteriormente estabelecidas pela mesma via, que importaram a revogação do benefício.

Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pela alínea c e ao mesmo negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 2 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 119, III, alíneas a e d, da Constituição Federal/67, o qual, indeferido na origem, subiu ao Supremo Tribunal Federal em face tão-somente do acolhimento de relevância, havendo o seu eminente Relator, naquela Corte, determinado a remessa dos autos a este Tribunal, para apreciação do apelo como recurso especial, nos limites da arguição de relevância.

Argüiu-se, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* da Impetrante, por se tratar de contribuinte de fato, e, ainda, o descabimento da segurança, ante a inexistência de prova pré-constituída do alegado direito.

Na parte relativa à questão federal, sustentou-se que o acórdão, ao confirmar a sentença monocrática que havia concedido mandado de segurança à concessionária impetrante, para forrar-se aos efeitos do Convênio ICM 24/81, que limitou a eficácia plena do Convênio ICM 09/75 à data de 31 de dezembro de 1981, entrou em franco dissídio com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a legalidade do mencionado documento, já que se trata, no caso em tela, a seu ver, de isenção concedida sem prazo ou condição, razão pela qual não pode o seu benefício invocar direito adquirido.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direito Tributário. Convênios para isenção de ICM. Objetivando a execução de projetos de interesse nacional, também contemplados por isenção de tributos federais.

Configuração da hipótese excepcionada no art. 178 do CTN. Nulidade das modificações posteriormente estabelecidas pela mesma via, que importaram a revogação do benefício.

Recurso conhecido, mas improvido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Rejeito ambas as preliminares.

Com efeito, examinando-se os autos, verifica-se que a isenção em tela foi objeto de ato declaratório expedido em favor da impetrante, valendo dizer que se trata de beneficiária direta do mencionado ato, e, conseqüentemente, da principal interessada na manutenção de seus efeitos.

Patente, portanto, a sua legitimidade *ad causam*.

De outra parte, não apenas a relação jurídica, mas também o ato tido por violador de direito encontram-se comprovados nos autos, inexistindo espaço para se falar em ausência de direito líquido e certo.

Quanto ao mérito, melhor êxito não espera o recorrente.

Consoante dispõe o art. 178 do CTN, a isenção, salvo «se concedida por prazo certo ou em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei a qualquer tempo».

Cinge-se a controvérsia, pois, à questão de saber-se se a isenção em causa se insere, ou não, nas hipóteses excepcionadas no mencionado dispositivo legal.

Uma leitura do Convênio ICM 09/75, cuja cópia se vê às fls. 47/48, revela haver sido ele celebrado em consonância com o Decreto-Lei nº 1.335/74, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.398/75, que havia contemplado com isenção de tributos federais as vendas de máquinas e equipamentos destinados a projetos de interesse nacional, quando pagas com recursos externos e internos que especificou.

É o que se depreende do texto de suas cláusulas terceira e quarta, onde se dispôs que a fruição dos benefícios previstos no mencionado documento ficava «condicionada à comunicação prévia do titular do empreendimento à Secretaria da Fazenda do Estado onde se situem os fornecedores, instruída com prova da obtenção dos incentivos previstos no Decreto-Lei nº 1.335, de 08 de julho de 1974, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.398, de 20 de março de 1975», e que os ditos benefícios «aplicam-se às operações enquadradas, por ato do Ministro da Fazenda, no disposto no art. 1º e seu parágrafo 1º, do Decreto-Lei nº 1.335/74».

As isenções, na esfera estadual, portanto, ficaram condicionadas às isenções na órbita federal.

Ora, no caso sob enfoque, a isenção dos tributos federais foi objeto de ato declaratório (fl. 29), de cujo texto constou expressamente que os incentivos contemplam «os fornecimentos de máquinas e equipamentos, cujos pedidos ou ordens de compra sejam colocados junto aos fabricantes até a data estipulada no Acordo de Participação e Revisões posteriores, homologado pela Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S.A. — CACEX».

De outra parte, às fls. 35/43, vê-se cópia do Acordo de Participação a que alude o ato declaratório, acompanhado de todas as suas especificações, inclusive a homologação feita pela CACEX.

No que tange, pois, aos equipamentos previstos no mencionado acordo, configurou-se a hipótese de isenção condicionada, que, a teor da regra do pré-transcrito art. 178 do CTN, não pode ser revogada ou modificada, ainda que por meio de lei.

Se assim ocorre relativamente aos tributos federais, o mesmo se poderá dizer dos tributos estaduais, cuja isenção — como se viu — está atrelada à isenção dos primeiros.

A questão por inúmeras vezes chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, conforme foi demonstrado pelas partes, havendo-se formado, na Egrégia Corte duas correntes de opinião, uma no sentido de possibilidade de revogação (1ª Turma, RREE 105.504, 105.486, 104.504, 109.417, 109.183 e 109.191) e outra em sentido contrário (2ª Turma, RREE 111.638 e 113.124), inexistindo notícia de que tenha havido uniformização.

Entretanto, diante do que acima ficou exposto, não tenho dúvida em filiar-me à orientação ditada pela Egrégia Segunda Turma, onde figura como caso *leading* o RE 111.638-2-RJ, relatado pelo eminente Ministro Carlos Madeira (fls. 218/215), cujo voto assim conclui:

«A isenção, portanto, é condicionada a um projeto que consulta ao interesse nacional, com os requisitos prescritos nessa cláusula. O projeto é que há de atender a esses requisitos.

Não há cuidar, pois, de isenção pura e simples, *data venia* do entendimento esposado pelo eminente Ministro Oscar Corrêa, no RE nº 105.486, pois tal isenção não é simples liberalidade concedida em caráter geral ou impessoal, uma vez que cria uma situação jurídica individual, referida à execução de um projeto de obra de utilidade pública».

Isto posto, conheço do recurso tão-somente pela letra c, mas lhe nego provimento.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, o Convênio 9/75 estabelece que o benefício há de ser postulado pelo titular do empreendimento, juntando, ao requerimento, uma série de do-

cumentos que comprovem estar satisfeito o que é, previamente, estabelecido. Com isso mostra-se, às inteiras, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*. Primeiro, porque somente através do Judiciário poderá o Impetrante ver realizada sua pretensão. A legitimidade se evidencia, visto ser ele o titular do benefício, o que, conseqüentemente, satisfaz, também, essa condição de ação.

No mais, acompanho o eminente Relator. Em dois casos anteriores, julgados por esta egrégia Turma, tive oportunidade de externar meu entendimento. Observa-se com facilidade, há, efetivamente, um benefício condicional. É pacífico, na Teoria Geral do Direito, o negócio jurídico é oneroso quando ao credor da prestação é imposta, para perceber a vantagem ligada pelo sujeito pretensor, uma obrigação de dar, não dar, fazer ou não fazer. No caso presente, havia a obrigatoriedade, e aqui está a condição, o ônus, consistente em desenvolver um empreendimento. Empreendimento, por seu turno, é projeto que pode realizar-se em várias etapas. O convênio estimula a realização desse empreendimento.

Em sendo assim, não estabelecido prazo certo enquanto realizada pelo interessado a onerosidade, o Recorrido fará jus ao benefício. Conseqüentemente, e subscrevendo as demais considerações do douto Relator, inclusive porquanto sempre me filiei, quanto ao dissídio jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, à ala que entende, como ensinava Aliomar Baleeiro, tratar-se de uma onerosidade. Assim, conheço, porém, nego provimento ao Recurso Especial, não obstante o brilho da exposição do ilustre Advogado. Acrescente-se, como reforço, o Súmula 544 da Egrégia Corte, *verbis*: «Isenções tributárias concedidas sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas».

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Fico de acordo com o Relator, invocando, inclusive, precedente desta Egrégia Turma.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, conheço pela alínea c e nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 609 — RJ — (Reg. nº 89.0009846-2) — Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Empresa Telefônica de Ituiutaba S.A. Advs.: Drs. Vera Lúcia Kirdeiko e outros e Ilson Wajngarten e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela alínea c e ao mesmo negou provimento. (2ª Turma — 2-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Américo Luz. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Miguel Ferrante. Licenciado o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 633 — SP
(Registro nº 89.00099-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recte.: *Banco do Brasil S.A.*

Recdos.: *José Paulo Senaubar e cônjuge*

Advs.: *Drs. Yocio Saito e outros e Harumy Kimpara Hashimoto*

EMENTA: Processo Civil. Compromisso de compra e venda não registrado. Bem penhorado. Cabimento de embargos de terceiro. Precedentes.

Os embargos de terceiro, destinados à proteção da posse, constituem via hábil para debater-se pretensão de excluir da penhora bem adquirido através de compromisso de compra e venda não registrado.

No confronto entre dois direitos pessoais, deve-se prestigiar o do promissário-comprador que se acha na posse do bem, com quitação de suas obrigações.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: No recurso, interposto em 21-3-88 como extraordinário, fundado nas alíneas *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição anterior, e admitido pelo dissenso com juris-

prudência sumulada no Pretório Excelso, tendo havido argüição de relevância, debate-se uma vez mais sobre a possibilidade ou não do manejo de embargos de terceiro para excluir da constrição da penhora imóvel objeto de compromisso de compra e venda não registrado.

No caso em pauta, as instâncias ordinárias acolheram os embargos, com votos vencidos na apelação e nos embargos infringentes.

Alega o casal ter adquirido o lote em 23-8-68 de Kazuaki Yoshioska, através de compromisso não levado a registro por motivo alheio à sua vontade, dada a resistência do promitente-vendedor, aduzindo que vinha pagando os tributos respectivos desde então, e que no lote edificou casa residencial, de valor bem superior àquele.

O Recorrente, Banco do Brasil S.A., traz à colação, além do enunciado nº 621 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, diversos arestos dessa Excelsa Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): A matéria em apreciação não é nova neste Tribunal e nesta Turma, refletindo a polêmica existente a respeito, que não ficou dirimida com a formulação do verbete 621 da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, onde o tema foi agitado com frequência até cristalizar-se no sentido da súmula.

Neste Superior Tribunal de Justiça a matéria foi suscitada pela primeira vez no REsp nº 188-PR, tendo também sido versada no REsp nº 247-SP, julgado na mesma sessão.

Naquela oportunidade, atuando como relator originário em ambos os recursos, optei por prestigiar a súmula, não obstante a simpatia que sempre manifestei pela tese contrária, como deixei assinalado, como vogal, no REsp 212, de 28-8-89. Vencido, juntamente com o eminente Ministro Barros Monteiro Filho, tive ensejo de reexaminar a matéria, convencendo-me do maior acerto da corrente majoritária, sem embargo dos fortes argumentos em que se arrima o entendimento sumulado.

Com efeito, afigura-se-me mais razoável a exegese que veio a predominar, não apenas nesta 4ª Turma mas também na 3ª Turma.

Do voto condutor daqueles dois referidos arestos, proferido pelo em. Ministro Athos Carneiro, colhe-se:

«Sabemos que nosso país, principalmente nas camadas pobres da população, um grande número de negócios, e até direi, a maior parte dos negócios, é efetuada de maneira menos formal, e até absolutamente informal. Compram-se e vendem-se pequenos terrenos e casas apenas mediante a emissão de recibos, sinais de arras e mesmo de promessas de compra-e-venda ou «transferências de posse»

redigidos de forma a mais singela. E é muitíssimo comum que esses documentos não venham a ser registrados no Registro de Imóveis, inclusive porque os termos em que estão vazados não permitiriam o registro. Para o registro imobiliário é necessário que o contrato revista determinados requisitos, o que exige, freqüentemente, a presença do tabelião ou do profissional do Direito.

Então vemos aqui os dois pratos da balança: de um lado, temos o direito do credor, direito pessoal; do outro lado, o direito, também pessoal, do possuidor e promitente comprador. Geralmente, como no caso dos autos, o possuidor já mantinha o seu direito de posse e os direitos à aquisição decorrentes de sua promessa de compra-e-venda desde antes do surgimento do crédito que origina a penhora.

Então se pergunta: entre as duas pretensões, a do credor, direito pessoal, e a do promitente comprador com justa posse, direito também pessoal, qual é aquela que merece maior tutela, maior proteção da ordem jurídica?

Tenho a impressão de que levar nosso raciocínio para o terreno do direito registral importará na aplicação das normas jurídicas dentro de um, digamos assim, tecnicismo exagerado. É certo que, num plano puramente registral, o imóvel penhorado ainda é, tecnicamente, integrante do patrimônio do promitente vendedor. Mas, inclusive, com freqüência é difícil que o credor ignore que sobre aquele imóvel, cuja penhora postula, se exerce direito de outra pessoa, do promitente comprador e possuidor de boa-fé.

O promitente vendedor ainda é dono do imóvel, mas o é sob aquele «minus» derivado das obrigações que assumiu, de outorga da escritura definitiva, em virtude do contrato quitado de promessa de compra e venda. O patrimônio do cidadão não é constituído só dos seus direitos, mas também das suas obrigações. E o promitente vendedor tem a obrigação de garantir a posse transferida contratualmente ao promitente comprador, que a exerce *em nome próprio*.

Então, se dirá: mas o credor não sabia disso; o credor considerava que o imóvel era do promitente vendedor; emprestou-lhe dinheiro, ou com ele negociou, confiante de que aquele imóvel fazia parte, sem ônus, do seu patrimônio. Será que essa assertiva corresponde às realidades práticas da vida? Será que o credor foi realmente averiguar no Registro Imobiliário e não atentou para a circunstância de que naquele imóvel estaria morando alguém, às vezes há muitíssimos anos, comportando-se como dono? E a penhora, por sua vez, terá sido objeto de registro, de molde a ter eficácia perante terceiros?

Creio mais conforme com as necessidades atuais do comércio jurídico a interpretação pela qual, no choque de interesses de dois

direitos, eminentemente pessoais (a própria penhora não é direito real, mas ato processual executivo), tanto um quanto outro, deve prevalecer o direito daquele que está na justa posse do imóvel, como seu legítimo pretendente à aquisição, e com o preço quitado, face ao direito do credor do promitente vendedor, dê que ausente, por certo, qualquer modalidade de fraude a credores ou à execução, como no caso dos autos.

Esta orientação melhor se coaduna às realidades jurídico-sociais do nosso país, e impende sejamos sensíveis a estas realidades».

Observou, outrossim, o Ministro Bueno de Souza, com a acuidade que o caracteriza, que a referida súmula (621) não se justifica, na medida em que ela estaria a vedar procedimento contemplado em lei.

Razão, a meu juízo, também assiste a S. Exa., haja vista que os embargos de terceiro se destinam à proteção da posse, nos termos do *caput* do art. 1.046, CPC, legitimando-se a manejá-los «o terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor» (§ 1º).

Melhor se põe, efetivamente, que não se vede aos milhares de promissários compradores a via que a legislação processual lhes coloca à disposição, deixando que nas instâncias ordinárias a matéria probatória seja amplamente debatida em instrução plena, inclusive no que tange à aferição de eventuais fraudes.

Aduzo, finalmente, que, em julgamento proferido no REsp 226-SP, de 19-9-pp., relator o eminente Ministro Gueiros Leite, a eg. 3ª Turma, com um voto divergente, também decidiu contrariamente à Súmula, com a observação de que a promessa seria anterior à dívida.

In casu, também a promessa é bem anterior, celebrada há mais de duas décadas, tendo o v. acórdão assinalado:

«*Summum jus, summa injuria*, já diziam os latinos, mas não é esse seguramente o espírito da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal que visa apenas coatar a simulação, a fraude, o engodo nas execuções. Não pode servir de sustentáculo e nem de respaldo para que credores privilegiados, que não podem alegar desconhecimento da transação, pois na espécie trata-se de loteamento vendido há mais de vinte anos, sejam beneficiados em detrimento dos atuais possuidores.

No caso dos autos, o terreno foi adquirido pelo embargante em 23 de agosto de 1968; no imóvel foi construída uma residência e desde essa data vem o apelado pagando regularmente impostos, taxas e serviços de pavimentação».

Em face do exposto, não conheço do recurso pela alínea a, dele conhecido pela divergência com a súmula (621), mas o desprovejo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 633 — SP — (Reg. nº 89.0009906-0) — Rel.: O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco do Brasil S.A. Recdos.: José Paulo Senaubar e cônjuge. Advs.: Drs. Yocio Saito e outros e Harumy Kimpara Hashimoto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento (4ª Turma — 17-10-89).

Votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 695 — SP

(Registro nº 89.0009975-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Sérgio Polese Rocha*

Recorrido: *Universidade de São Paulo*

Advogados: *Drs. Arnaldo de Arruda Mendes Netto e Maria Tereza Dutra Carrijo e outro*

EMENTA: Universidade. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Transferência de Servidor Público. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é de caráter nacional. Não se confunde com lei federal. Vincula a União, os Estados, os Municípios e todos os estabelecimentos de ensino. Autonomia das universidades não significa independência. Todas vinculam-se ao sistema único. Este é compulsório. Respeitado, cada entidade dispõe como melhor lhe aprouver, como ocorre, exemplificativamente, com o curriculum mínimo e o curriculum pleno. A transferência de alunos integra o sistema porque relacionado com a continuidade do curso, aspecto que interessa à própria educação. A lei se preocupou também com a dinâmica do ensino. A Universidade, em si mesma, é vazia: só faz sentido com o corpo docente (entre os quais os pesquisadores) e o corpo discente. A transferência de servidor público é constitucional. Além disso, a lei é auto-aplicável quando disciplina a transferência entre estabelecimentos nacionais. A regulamentação é necessária na hipótese de transferência de estudante de escola estrangeira para congêneres do Brasil.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 8 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Segurança impetrada para assegurar o direito de transferência de estudante menor da Universidade Federal Fluminense, para acompanhar o pai, militar transferido do Rio de Janeiro para São Paulo.

O eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, provendo o apelo da USP, Universidade de São Paulo, teve por inconstitucional a Lei Federal nº 7.037/82, ao argumento de que as Universidades gozam de autonomia e são regidas por seus regulamentos, não podendo nem a União Federal, nem o Estado legislar a respeito.

No recurso especial alegou-se violação das Leis Federais nºs 7.037/82 e 4.024/61.

Contra-razões às fls. 275/280.

O Ministério Público local, às fls. 256/257, opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Senhor Presidente, o Recurso Extraordinário fundara-se nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso III do art. 119 da Emenda Constitucional nº 1/69.

O despacho de fl. 290, do eminente Ministro Carlos Madeira, remeteu os autos ao Superior Tribunal de Justiça para «apreciação da matéria infraconstitucional restrita à alínea *a* do inc. III do art. 105 da Constituição vigente».

Eis a íntegra do referido despacho:

«O presente recurso extraordinário funda-se nas alíneas *a*, *b* e *c* do inc. III do art. 119 da E/C nº 1/69, e alega que a decisão recorrida ofendeu preceitos constitucionais e legais, declarou a inconstitucionalidade de lei federal, bem como a validade de ato local contestado em face de lei federal. Embora admitido, na origem, sem restrições, subiu a esta Corte com argüição de relevância, que ora se julga prejudicada.

De acordo com a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no RE 117.809-4, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, limitar-se-á o recurso especial, em que se converte, parte do extraordinário, à apreciação da matéria infraconstitucional restrita à alínea *a* do inc. III do art. 105 da Constituição vigente. As demais questões, por serem constitucionais, estão no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, *a*, *b* e *c* da Constituição).

Assim sendo, com base no precedente, determino a remessa dos autos para o Superior Tribunal de Justiça, que, posteriormente ao julgamento do recurso especial, os devolverá a esta Corte.» (Fl. 290).

O caso em julgamento é um, dentre tantos outros, em que se mostra cinzenta a linha divisória do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial.

Neste Tribunal é impertinente enfrentar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.037, de 5 de outubro de 1982, como proclamou o *v. acórdão* recorrido (fls. 232/233). Cabe-lhe, porém, apreciar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade de qualquer norma. Logicamente, também incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei. Em conseqüência, lícito será não conhecer ou negar provimento ao recurso, caso reconheça que a pretensão do Recorrente afronta a Constituição da República. É certo, porém, a última palavra restará ao Supremo Tribunal Federal, a cujo órgão está reservada a competência para análise específica.

No Superior Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade, repita-se, pode ser proclamada incidentalmente. No Supremo Tribunal Federal, a matéria é tratada como o mérito do recurso.

Nesses limites, conheço do recurso para o fim específico de analisar o ato concreto diante da Lei nº 7.037/82, ou seja, a transferência de dependente de militar de universidade federal para a Universidade de São Paulo.

Não diviso e, por isso, não proclamo incidentalmente a inconstitucionalidade do diploma legal, como registra o *v. acórdão* do Tribunal de origem. Em conseqüência, dou pela constitucionalidade da Lei nº 7.037/82, cuja análise específica, escreva-se mais uma vez, incumbe ao Supremo Tribunal Federal. Essa distinção evidencia a separação do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, revelando que os respectivos julgamentos não se confundem, nem se configura o *bis in idem*. Insisto. Não aprecio a constitucionalidade. Tenho-a como tal. Se entendesse ao contrário, proclamaria a inconstitucionalidade incidental.

A Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 — Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional — organicamente registra as linhas mestras do ensino brasileiro, desde a educação pré-primária até o nível universitário.

Válida, nesta passagem, a distinção entre lei nacional e lei federal. A primeira ultrapassa os interesses da União Federal. A segunda é restrita às relações jurídicas em que essa pessoa jurídica integra como parte. O Estatuto

to dos Servidores Públicos Civis da União é lei federal. O Estatuto da Magistratura é lei nacional. Uma das conseqüências é a lei nacional uniclar também os Estados e os Municípios, embora se reconheça a autonomia daqueles e estes legislem no seu peculiar interesse.

Não se confundem, por isso, porque não se identificam as relações entre a lei federal e a lei estadual e as relações entre a lei nacional e a lei estadual. Aliás, aqui, forma-se também relação entre lei nacional e lei federal.

A Lei nº 4.024/61 estatui no art. 11:

«A União, os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, com observância da presente lei».

A Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968 — Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior — por sua vez, comanda no art. 3º:

«As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos».

Autonomia significa auto-comando, gestão livre, da maneira como melhor convier à universidade. Todavia, nos limites da lei básica, cujas diretrizes e bases não a tornam independente de modo a afastar-se do estatuto-padrão.

A Constituição da República de 1988 registra essa norma no art. 207, conferindo-lhe a dignidade da Lei Maior:

«As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão».

A lei de diretrizes e bases não se restringiu a emitir os princípios da educação nacional, o que constitui as linhas mestras a serem desenvolvidas, ou, em outras palavras, o amplo espectro que o tema enseja. Sem censura, porque também lhe é próprio, constituindo o aspecto procedimental ou dinâmico, dentre outros, disciplina a assistência social escolar, os recursos para a educação e a transferência de alunos. A continuidade do ensino está diretamente vinculada à sua eficiência. O instituto, por isso, não é estranho à própria educação. A universidade, em si mesma, é vazia: só faz sentido com o corpo docente (entre os quais os pesquisadores) e o corpo discente. Não se pode separar a matéria do espírito.

A Lei nº 4.024/61 determinava no art. 100:

«Será permitida a transferência de alunos de um para outro estabelecimento de ensino, inclusive de escola de país estrangeiro, feitas as necessárias adaptações de acordo com o que dispuserem; em relação ao ensino médio, os diversos sistemas de ensino, e em relação ao ensino superior, os conselhos universitários, ou o Conselho Federal de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimento de ensino superior federal ou particular, ou ainda, os

Conselhos Universitários ou o Conselho Estadual de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimentos de ensino estaduais».

Essa norma não impunha a restrição que a Impetrada lhe empresta, qual seja de a Universidade de São Paulo ser corpo incomunicável, estranho, no particular, ao sistema de educação nacional. Ao contrário, como as federais, qualquer que seja a natureza jurídica, as estaduais, as municipais e as particulares compõem um todo e como vasos comunicantes colaboram na dinâmica da educação.

O transcrito no art. 100 era auto-aplicável, no tocante à transferência entre estabelecimentos nacionais. Enfrento o pormenor porque alegado nas informações, instruídas com parecer de festejado jurista, que dependeria de regulamentação.

Cumprido, no art. 100, distinguir duas espécies de transferência: uma de estabelecimento nacional para outra também nacional, outra de «escola de país estrangeiro» para estabelecimento nacional. Somente quanto à segunda hipótese impunham-se «as necessárias adaptações de acordo com o que dispuserem»: a) em relação ao ensino médio, os diversos sistemas de ensino; b) em relação ao ensino superior, os conselhos universitários; c) o Conselho Federal de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimento de ensino superior federal ou particular; d) os Conselhos Universitários ou o Conselho Estadual de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimentos de ensino estaduais.

A distinção é facilmente explicada. O ensino no Brasil, por força das diretrizes e bases comuns, obedece os mesmos princípios. Não há choque entre o ensino federal, estadual, municipal ou particular. O *currículum* mínimo é o mesmo para todo o País. As diferenças, particularidades, jamais poderão contrariá-lo. Ao contrário, sempre se adaptam a ele. Não há, pois, diferença substancial entre o Curso de Direito, Física ou Letras, entre o ministrado na Universidade Federal do Acre, na Fundação Universidade de Brasília, nas Faculdades Metropolitanas Unidas ou na Universidade de São Paulo.

O mesmo raciocínio, porém, não é válido quando aluno de universidade de outro país vem prosseguir o curso no Brasil. Não se está mais diante de sistema único. Ao contrário, de pluralidade de sistemas. É lógico que haja adaptações para ajustar-se à harmonia. Nesse caso, cumpre, antes de tudo, promover uniformidade. Para isso, e só para isso, o art. 100 repartia atribuições entre os colegiados.

A interpretação mantém-se a mesma com a redação que a Lei nº 7.037, de 5 de outubro de 1982, conferiu ao transcrito art. 100. A modificação foi apenas literal quanto ao *caput*. A modificação é restrita aos parágrafos 1º e 2º. Transcrevo, na íntegra, o dispositivo atual:

«Art. 100. A transferência de alunos, de uma para outra instituição de qualquer nível de ensino, inclusive de país estrangeiro,

será permitida de conformidade com os critérios que forem estabelecidos:

a) pelo Conselho Federal de Educação, quando se tratar de instituição vinculada ao sistema federal de ensino;

b) pelos Conselhos Estaduais de Educação, quando se tratar de instituições estaduais e municipais;

c) pelo colegiado máximo, de natureza acadêmica, em cada instituição, quando inexisterem normas emanadas dos órgãos previstos nas alíneas anteriores.

§ 1º Será concedida transferência, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga:

I — para instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, quando se tratar de servidor público federal, ou membro das Forças Armadas, inclusive seus dependentes, quando requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício que acarrete mudança de residência para o município onde se situe a instituição recebedora ou para localidade próxima desta, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Educação;

II — para instituições vinculadas ao sistema estadual, quando se tratar de servidor público estadual e seus dependentes, se requerida na condição prevista no inciso anterior, respeitadas as normas expedidas pelos Conselhos Estaduais de Educação.

§ 2º As matérias componentes dos currículos mínimos de qualquer curso superior, estudadas com aproveitamento em instituição autorizada, serão automaticamente reconhecidas pela instituição que receber o aluno, devendo este, entretanto, cursar as matérias ou disciplinas obrigatórias constantes do currículo pleno, de acordo com as normas fixadas pelo Conselho Federal de Educação».

Assim, o teor do § 2º, transferência de aluno de escola brasileira para outra nacional, confere-lhe o direito ao reconhecimento das matérias estudadas e a obrigação de satisfazer o currículo pleno.

Também não vinga, *data venia*, que distinguindo «servidor público federal, ou membro das Forças Armadas, inclusive seus dependentes» de «servidor público estadual e seus dependentes», a lei afrontou o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Repete-se Aristóteles e Rui Barbosa de que a isonomia é tratamento igual para os iguais e o tratamento desigual para os desiguais. Pensamento correto, mais enunciado político do que jurídico. Impreciso para enfrentar casos específicos. Perante o Direito, a explicação técnica é rigorosa em se tomando, como referência, a causa da relação jurídica, que, por sua vez, é o fato histórico que constitui o vínculo entre duas pessoas. Haverá igualdade se as causas forem as mesmas, desigualdade se as causas forem diversas.

Assim, sem censura, o bacharel em Direito pode exercer a advocacia, o que não é consentido ao médico. Não há discriminação, ofensa à igualdade. Ocorre o mesmo se imposta idade mínima para ingresso em universidade. Ainda aí estará respeitada a isonomia.

O raciocínio é válido para os incisos I e II do § 1º do art. 100 da Lei nº 4.024/61, conforme redação da Lei nº 7.037/82.

Servidor público federal não se confunde com servidor público estadual. São fatos históricos distintos, como ser bacharel em Direito é fato histórico distinto de ser médico.

De outro lado, se a distinção da lei ofendesse a igualdade, a conclusão não seria retirar o direito do servidor público federal, mas ampliar o direito do servidor público estadual, estendendo-o aos limites do congêneres da União Federal.

Não se olvide o disposto no art. 8º, XVII, a, da Constituição da República de 1969, em cuja vigência se formou o processo. Estatui incumbir à União Federal legislar sobre «diretrizes e bases da educação nacional». Por derradeiro, a decisão recorrida e as informações da digna autoridade coatora permaneceram no plano normativo. Nenhuma impugnação ao aspecto fático, como, aliás, discorrera a brilhante decisão monocrática. Evidente a ilegalidade da Resolução nº 3.313, de 10 de dezembro de 1986, do Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo (fl. 21).

Dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de 1º grau de jurisdição.

Sem honorários de advogado, em homenagem à Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Como é sabido, o sistema jurídico brasileiro agasalha, no tópico do controle judicial das leis e dos atos da Administração, um modelo misto. A par do «controle difuso», à americana, também temos o «controle concentrado», à austríaca. No primeiro caso, isto é, do *judicial review*, toca a qualquer juiz, a qualquer Tribunal, fazer o controle da constitucionalidade, ainda que não o faça de modo definitivo.

Desse modo, como bem ressaltou o Ministro Vicente Cernicchiaro, podemos, ainda que *incidenter tantum*, discutir quanto à alegada inconstitucionalidade da Lei nº 7.032/82, por ter ela arrostado a Carta Política de 1969 em dois pontos: art. 8º, inciso XVII, alínea q (autonomia universitária), e art. 153, § 1º (isonomia).

Também examinaremos, por se tratar de matéria infraconstitucional, a inaplicabilidade da mesma Lei nº 7.032/82 por estar, ainda, pendendo de regulamentação.

O tema dos autos é apaixonante. O que se deve entender por «autonomia universitária?». Até onde pode o Governo ou a lei ordinária se imiscuir em assunto *interna corporis* da Universidade? Pode um Estatuto ou uma Resolução de uma universidade oficial de Estado-membro impedir a transferência de aluno-funcionário federal ou militar, se a remoção dele se fez por necessidade de serviço?

A universidade é uma instituição mais velha no tempo do que o próprio Estado. O Estado moderno, como se sabe, começou a adquirir sua feição institucional no século XVI.

Na verdade, a Universidade de Bolonha data de 1088; a de Lisboa, de 1288. Na época de Richilieu, quando se firma o Estado francês, a Universidade de Paris já era velha, com cerca de 400 anos...

O tema que se discute no presente recurso especial — autonomia universitária — não fica, à evidência, gizado nos lindes estreitos dos autos. Vai além.

Entre 30 de agosto e 3 de setembro de 1959 realizou-se em Wiesbaden, na Alemanha, o XI Congresso Internacional de Ciências Administrativas. O Brasil, ao lado da Alemanha Ocidental, dos Estados Unidos, da França, Japão, União Soviética e tantos outros países, participou do Congresso. Um dos tópicos do Congresso foi exatamente a «autonomia universitária».

Brian Chapman, um dos participantes, docente da Universidade de Manchester, fez uma sinopse das conclusões temáticas. Em seu livro «Devolução de poderes a instituições autônomas, inclusive entidades profissionais e universidades», editado pela Fundação Getúlio Vargas, ele mostra a dificuldade, sentida em todos os países participantes, de um meio-termo entre evitar o «feudalismo administrativo», com a excessiva autonomia dada às entidades autônomas, e o campo propício ao desenvolvimento do «nepotismo», no caso de excessiva intervenção governamental.

No caso específico das universidades, diz o autor:

«Todavia, tratando-se de universidades, não se pode afirmar categoricamente que tenham aplicação as mesmas regras que normalmente regem a desconcentração e a devolução de poderes. A natureza especial da autonomia das universidades deve-se às seguintes causas: a) ao fato de que as universidades já existiam e possuíam poderes antes do advento do Estado moderno, o qual não lhes retirou esses poderes; b) ao trabalho das universidades, cuja administração, ao contrário do que ocorre com certos serviços comerciais ou industriais, não encerra maiores dificuldades técnicas. A liberdade de ensino e pesquisa é freqüentemente encarada como um dos mais importantes princípios constitucionais». (Fl. 38)

Bem, feita essa digressão, voltemos aos autos.

O acórdão de fls. 232/233, da lavra do eminente Desembargador Matos Faria, teve a Lei nº 7.037/82 por inconstitucional, ao fundamento de

que «fixar diretrizes e bases à Educação não significa invadir a esfera Estadual impondo a transferência obrigatória de alunos».

«Para as Universidades, nem a União, nem os Estados podem legislar a respeito.»

«A autonomia é especial e não pode ser entendida em caráter restritivo, devendo a transferência ser pela própria Universidade disciplinada como decorrência de sua autonomia didático-científica e disciplinar».

O art. 100 da Lei nº 4.024/61 — Lei de Diretrizes e bases da Educação Nacional — com a alteração que lhe deu a Lei nº 7.037/82, diz em seu § 1º:

«

§ 1º Será concedida transferência, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga:

I — para instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, quando se tratar de servidor público federal, ou membro das Forças Armadas, inclusive seus dependentes, quando requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício que acarrete mudança de residência para o município onde se situe a instituição recebedora ou para localidade próxima desta, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Educação;

II — para instituições vinculadas ao sistema estadual, quando se tratar de servidor público estadual e seus dependentes, se requerida na condição prevista no inciso anterior, respeitadas as normas expedidas pelos Conselhos Estaduais de Educação.

.....».

Por outro lado, a Lei nº 5.540/68, em seu art. 3º, diz que «as Universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos.

No art. 176 da CF-69 está dito:

«A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola».

No caso concreto não teremos que examinar se o inciso II do § 1º do art. 100 da LDB é ou não inconstitucional, se feriu ou não o princípio da isonomia, por discriminar o funcionário estadual em relação ao funcionário federal. Não teremos que examinar esse tópico porque o caso concreto pertence a filho de militar das Forças Armadas, que está abrangido pelo inciso I. É comezinho que todas as vezes que se puder decidir uma questão *sub judice* sem dizer quanto à inconstitucionalidade da lei, esse deve ser o caminho trilhado.

Tenho para mim que a Universidade de São Paulo, por gozar de «autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira» não é

uma «autonomia». E uma «autarquia». Assim, ela não pode legislar para si própria. Sua autonomia não pode chegar ao ponto de arrostar disposições legais, como a do artigo 100, § 1º, I, da LDB.

O § 1º do art. 100 da LDB não está, *data venia*, se intrometendo na autonomia da USP. Ao contrário, se se deixar que cada universidade faça suas leis, acabaremos por violar o «princípio da unidade nacional» e «os ideais de solidariedade», preconizados, como vimos, no art. 176 da Carta de 1969.

Por outro lado, o próprio Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, no tocante ao servidor civil, dá enfoque parecido no art. 158:

«Ao estudante que necessite mudar de domicílio para exercer cargo ou função pública, será assegurada transferência do estabelecimento de ensino que estiver cursando para o da nova residência, onde será matriculado em qualquer época, independentemente de vaga».

A USP, por outro lado, pondera que o art. 100 exige, no caso de transferência, regulamentação por parte dos Conselhos Federal e Estadual da Educação. E essa regulamentação ainda não existe. Logo, esse artigo é inaplicável.

Data venia, esse argumento, pelo menos no caso concreto, não tem como prosperar. É que os regulamentos jamais poderão contrariar o que está na lei. Assim, a transferência de funcionário público, de militar ou de filhos deles, feita por necessidade de serviço, já está garantida e é *self executing*. O regulamento, norma secundária, não pode desdizer o que já vem expresso na lei, norma primária.

O então TFR, através de sua 2ª Turma, tendo como relator o Ministro José Néri da Silveira, assim decidiu na AMS nº 89.527-MG, julgada em 7-8-81:

«Ensino Superior. Matrícula. Transferência. Lei nº 1.711/52. Decreto 77.455/1976, art. 6º, Portaria nº 515/1979, do MEC, art. 2º. Inaplicabilidade, ao caso, do Decreto nº 84.614, de 7-4-1980, posterior ao pedido. Funcionário do Banco do Brasil S/A., transferido da UnB para a UFMG. Aplicação da Portaria 515/1979, art. 2º.

A autonomia administrativa e didática da Universidade não pode ser considerada em termos a negar aplicação a disposições normativas do MEC, referentes a disciplina do ensino superior e a matrículas de alunos, inclusive em virtude de transferência.

Recurso provido.»

Por essas razões, acompanho o Ministro Relator. Dou, pois, provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: No extinto Tribunal Federal de Recursos relatei espécie semelhante, de modo que estou à vontade para acompanhar o brilhante voto do eminente Ministro Adhemar Maciel.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 695 — SP — (Reg. nº 89.0009975-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Sérgio Polese Rocha. Recorrido: Universidade de São Paulo. Advogados: Drs. Arnaldo de Arruda Mendes Netto e Maria Tereza Dutra Carrijo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (2ª Turma — em 8-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Maciel (Juiz do TFR, 1ª Região, convocado), Miguel Ferrante e Américo Luz. O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão não participou do julgamento, tendo em vista sua ausência ao julgamento do dia 16-10-89. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

RECURSO ESPECIAL Nº 713 — SP

(Registro nº 89.0009993-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Recorrente: *Hércules S/A Crédito Financiamento e Investimento*

Recorridos: *Edgar Marcos Marim e outros e Sérgio Serra Thomé*

Advogados: *Rachel Hemsj, Simão Miguel Simão e Maury Luiz de Melo*

EMENTA: Posse Imobiliária. Constrição executória. Embargos de terceiro.

Pode manifestar embargos de terceiro o possuidor, qualquer que seja o direito em virtude do qual tenha a posse do bem penhorado ou por outro modo constrito.

O titular de promessa de compra e venda, irrevogável e quitada, estando na posse do imóvel, pode-se opor à penhora deste mediante embargos de terceiro, em execução intentada contra o promitente vendedor, ainda que a promessa não esteja inscrita.

Recurso especial de que se conhece pelos dois fundamentos (CF, art. 105, III, a e c), mas a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, tudo nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo proferiu a seguinte decisão:

«Efetivamente, os autos mostram que a penhora recaiu em bem que não pertence aos executados. O ato de constrição judicial ocorreu em 1º de julho de 1981, quando foi lavrado o auto de arresto, convertido depois em penhora. Acontece que bem antes dessa data, em 12 de fevereiro de 1967, o imóvel penhorado foi prometido à venda para Leo Paim (fls. 24/27), e, posteriormente, por escritura de 17 de julho de 1981, transferido para os embargantes (fls. 17/18). Essa transferência, por sinal, ocorreu em virtude de ajuste feito por ocasião da separação judicial de Leo Paim, no ano de 1971, como evidenciam os documentos de fls. 30/33. Assim, ficou perfeitamente demonstrada a existência do negócio jurídico, que foi realizado antes do ato de constrição judicial e antes da própria constituição da dívida reclamada nos autos da execução. Depois, o questionado imóvel, desde sua aquisição, encontra-se na posse dos embargantes. A robusta prova documental juntada aos autos e, ainda, os depoimentos das testemunhas ouvidas durante a instrução não deixam dúvidas nesse sentido. Na verdade, o imóvel era ocupado por Leo Paim e sua família, sendo certo que, posteriormente, foi locado para terceiro, fato ocorrido antes da realização do arresto, como revela o documento de fls. 98/103. Feitas essas considerações, ressalta, à evidência, que a penhora não pode subsistir, pois foi levado a efeito em bem que não pertence aos executados, mas, sim, aos embargantes, que, ademais, exercem sobre ele inequívocos atos de posse. Daí porque, no caso, a falta de inscrição do compromisso de compra e venda no registro imobiliário não tem o alcance pretendido. É que os embargos de terceiro não se destinam, exclusivamente, à defesa do domínio, pois podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor, como soa a linguagem do Artigo 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil. Os embargos de terceiro,

como acentua Hamilton de Moraes e Barros, «têm a indisfarçável finalidade de devolver ao titular a sua posse, de que se viu privado, ou de devolver a tranqüilidade nela, ante uma ameaça... São enfim, os embargos de terceiro, ora verdadeira ação de restituição de posse, ora ação de prevenção ou de manutenção» (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, págs. 289/290). Ademais, a prova documental existente nos autos não deixa dúvidas de que a transferência do imóvel se operou por meio de regular negócio jurídico. A sentença, em resumo, bem examinou a espécie e merece subsistir por seus próprios e jurídicos fundamentos. Ante o exposto, negam provimento ao recurso, para manter a r. decisão recorrida. (fls. 291/293).

A embargada, Hércules S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento, recorreu extraordinariamente, *ex vi* do disposto no art. 119, III, letras *a* e *d*, da CF/67, alegando haver o venerando acórdão negado vigência aos artigos 530, I, 531, 676 e 860, parágrafo único, do CC, bem como aos artigos 167, 169 e 172, da Lei n.º 6.015/73, do mesmo passo, divergindo de outras decisões que indicou (fls. 295/298).

O recurso foi admitido pela letra *d*, do permissivo constitucional, em longa decisão da egrégia presidência do Tribunal de origem (fls. 301/303). E processado. Os autos subiram ao STF, que converteu o RE em REsp e baixou-os a esta Corte, por ser o dissídio sobre matéria infraconstitucional (fl. 333).

É o relatório, *quantum satis*.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): O acórdão recorrido é auto-explanatório e as suas conclusões afinam com as decisões desta 3ª Turma, proferidas nos recursos especiais n.ºs 226-SP, 307-SP, 314-SP, 758-RJ e 866-RS, das quais destaco a do REsp n.º 226/SP, de que fui relator e em tudo igual à presente, a saber:

(*Omissis*)

«São, pois, alegações superadas, em face da fundamentação do acórdão sobre os efeitos derivados da *posse* e não do *domínio*, que este se adquire, sim, através do caráter publicitário do registro, da sua legalidade e força probante. É certo que as decisões alinhadas pelo recorrente recusam a equiparação do promissário comprador sem registro ao possuidor, para os efeitos do art. 1.046, § 1º, do CPC. Mas isto decorre da mesma confusão de origem qual a de que a penhora somente atingiria o direito real e não a posse. Para alguns, menos avisados, também porque a promessa de compra e venda sem a eficácia do registro seria mero direito pessoal. Pelo que sei, podem manifestar embargos de terceiro o senhor ou possuidor, qualquer que seja o direito em virtude do qual tem a posse do bem, seja direito real, obrigacional ou pessoal e até mesmo de cré-

dito, neste último caso quando o contrato não opera a transferência do domínio (Cf. Moraes e Barros. Comentários ao CPC, vol. IX, Forense, pág. 296, Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, vol. IV, 1ª ed., 1970, pág. 99). Assim também Pontes de Miranda, ao definir os embargos de terceiro como a ação do que pretende ter direito ao domínio ou outro direito, inclusive a posse, sobre os bens penhorados ou por outro modo constrictos (Comentários, vol. IX, 2ª ed., 1959, pág. 6). Afinal de contas, se formos colocar nos pratos da balança o que sobre esse assunto já foi decidido pelos tribunais, verificaremos não ser possível ter como pacífica a jurisprudência, mas grandemente diversificada. O STF, mesmo, tem várias decisões, sendo que uma delas com a seguinte ementa: «Cabem embargos de terceiro, por parte do promitente comprador, com contrato de compromisso de compra e venda quitada, irretroatável e não registrado, a fim de evitar que o imóvel compromissado seja penhorado e praceado, para pagamento de dívida do promitente vendedor.» (STF, ap. DJ 21-9-63/118ª, apud Alexandre de Paula, CPC Anotado, vol. IV, RT/SP-1977, pág. 326; *idem* RT 294/716; RF 142/151).» Dos Tribunais de São Paulo, Distrito Federal e Bahia as decisões não discrepam (RT 337/351, RT 369/160, ADCOAS 171/4890, RTBA 37/437, DJ 21.851, pág. 2335, RDI 12/79 — todos encontrados em Alexandre de Paula, obra e lugares citados). Destaco dentre esses um do TASP, a saber: «...Entretanto, quando não se vislumbra fraude de execução, o titular de promessa de compra e venda, irrevogável e quitada, estando na posse do imóvel, pode opor à penhora deste, mediante embargos de terceiro, em ação executiva intentada contra o promitente vendedor, ainda que a promessa não esteja inscrita. (*Omissis*).» (TASP, ac. 22-6-71, ap. 161.208, apud Alexandre de Paula, *idem, ibidem*) Não me guio, nestas circunstâncias, pela Súmula STF 400, porque a acho em conflito com as razões que inspiram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial, mas não posso deixar de considerar que a divergência reforçada em bons argumentos é salutar, mas dificilmente poderá convencer da contrariedade à lei ou à negativa de sua vigência, fundamento que repousa por base dessa mesma divergência.»

Vale ressaltar, por último, que a Turma tem mantido vigilância nesses julgamentos, caso por caso, com o intuito de evitar possíveis fraudes à execução, o que não ocorre aqui. De fato, o ato de constrição ocorreu em 1º de julho de 1981. Mas, bem antes dessa data, em 12 de fevereiro de 1967, o imóvel fora prometido vender por Leo Paim (fls. 24/27) e, posteriormente, transferido aos recorridos (fls. 17/18). Ademais, o referido bem encontrava-se na posse dos recorridos desde a aquisição, conforme provado nos autos *ex abundantia*.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, para manter o acórdão recorrido.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, colegas, os Ministros Barros Monteiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, na Quarta Turma, (assim como eu aqui), vencidos no tocante à tese, já se manifestaram no sentido de acompanhar a maioria. De modo que, também não quero permanecer sozinho, isolado e vencido, e, assim, manifesto a minha adesão ao ponto de vista vitorioso dos eminentes Ministros componentes desta Turma.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 713 — SP — (Reg. nº 89.0009993-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Recte.: Hércules S/A Crédito Financiamento e Investimento. Recdos.: Edgar Marcos Marim e outros e Sérgio Serra Thomê. Adv.: Rachel Hemsí, Simão Miguel Simão e Maury Luiz de Melo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Julgado em 7-11-89 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 729 — RJ

(Registro nº 89.0010016-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Orlando Cavallero*

Recorridos: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Olga Aquilino Castilho*

Advogados: *Dr. José Justino Gomes Correa, Dr. José Antonio M. Romeiro Bchara*

EMENTA: Processo Penal. Pronúncia. Recurso do Assistente do Ministério Público.

O art. 271, do CPP, disciplina o campo de atuação do assistente do Ministério Público, que se restringe, em tema de recurso, aos casos previstos nos arts. 584, § 1º, e 598, do mesmo Código, não havendo lugar, assim, para irresignação supletiva, no caso de pronúncia.

A sentença de pronúncia não se desnatura em consequência da exclusão de qualificadora do crime de homicídio.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Reformada pelo acórdão de fls. 548/559, da egrégia Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a sentença que, julgando procedente, em parte, a denúncia, o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, para incluir na pronúncia as qualificadoras do «motivo fútil» e da «surpresa», Orlando Cavallero recorreu extraordinariamente, com espedeque no art. 119, III, alínea *d*, da Constituição então vigente.

Alega-se que a decisão recorrida, ao admitir o recurso em sentido estrito do assistente do Ministério Público, interposto que fora de sentença de pronúncia, dissentiu de julgados de outros tribunais, inclusive do acórdão do Colendo Supremo Tribunal Federal no RE nº 64.927-RJ.

Admitido e processado o recurso extraordinário, os autos foram alçados ao Excelso Pretório, vindo o eminente Ministro Moreira Alves, em face da nova disciplina constitucional, a determinar a remessa dos mesmos a este Superior Tribunal de Justiça, na conformidade do r. despacho de fl. 644.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O dissídio jurisprudencial está perfeitamente configurado, e ao contrário do que sustenta o parecer de fls. 629/632, do ilustre Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, invocando as Súmulas nºs 354 e 355, do colendo Supremo Tribunal Federal, o recurso é tempestivo.

É ver-se que o v. acórdão recorrido, contra cuja parte unânime se insurge o recorrente, foi publicado no órgão oficial em 29-4-87 (fl. 560) e, conquanto juntada aos autos somente em 23-5-88 (fl. 594), a petição recur-

sal deu entrada no protocolo do Tribunal de origem em 6-5-87 (fl. 595), ficando, no entanto, o recurso extraordinário sobrestado, em virtude da interposição de embargos infringentes quanto à parte não unânime do julgado.

Assim sendo, conheço do recurso, convertido, *ipso iure*, em especial, e passo ao exame do mérito, que se cinge, como ressume do relatório, à questão do cabimento do recurso em sentido estrito interposto pelo assistente do Ministério Público, conhecido e provido pela e. Câmara julgadora.

Com efeito, o art. 271, do Código de Processo Penal, disciplina o campo de atuação do assistente do Ministério Público, restrito, em tema de recurso, aos casos previstos nos arts. 584, § 1º, e 598, do mesmo Código, como proclama, aliás, a Súmula nº 210, do Supremo Tribunal Federal.

Segue-se que o assistente só pode recorrer em sentido estrito, em caráter supletivo, da sentença de impronúncia e da decisão que decreta a extinção da punibilidade (art. 584, § 1º, do CPP).

Trata-se de legitimação recursal timbrada pela nota da excepcionalidade, só se justificando em razão do interesse na satisfação do dano *ex delicto* na correta observação de Tourinho Filho («Processo Penal», Ed. Saraiva, 1982, Vol. 2, pág. 407).

Na espécie, não obstante pronunciado o réu, admitiu-se a irresignação supletiva, alargando-se os marcos normativos do art. 584, § 1º, do CPP.

Entendeu-se, é bem verdade, que houve impronúncia quanto às qualificadoras. Mas a exclusão de qualificadoras não desnatura a sentença de pronúncia, mostrando-se irrecusável, a propósito, a argumentação expendida pelo eminente Ministro Djaci Falcão, no voto condutor do acórdão no RE nº 64.327-RJ, trazido a confronto pelo recorrente, *verbis*:

«A sentença de pronúncia, embora desclassificando a infração, de homicídio qualificado para simples, não deixa de ser uma decisão de pronúncia, isto é, uma sentença de conteúdo declaratório, na qual o magistrado proclama a admissibilidade da acusação, propiciando o seu julgamento pelo Tribunal do Júri. Não se confunde, assim, com a decisão de impronúncia, sentença terminativa, por considerar inviável a acusação.»

Do quanto exposto, Sr. Presidente, merece prosperar o recurso, pelo que lhe dou provimento, em ordem a cassar o v. acórdão recorrido e restabelecer a decisão de primeiro grau, em todos os seus termos.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, efetivamente, não se há de dizer que deixou de haver pronúncia por se afastar as qualificadoras. Pronúncia existiu. Então, não estava legitimado o assistente para recorrer.

Acompanho o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 729 — RJ — (Reg. nº 89.0010016-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Orlando Cavallero. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recda.: Olga Aquilino Castilho. Advs.: Dr. José Antônio M. Romeiro Bchara e Dr. José Justino Gomes Correa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 21-11-89).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 754 — RJ (Registro nº 89.10070-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *Município do Rio de Janeiro — RJ*

Recorrido: *Jesus Guidine*

Advogados: *Drs. Márcia Vieira Marx Andrade e outros e Lindolpho Mendonça de Souza*

EMENTA: Desapropriação. Precatório complementar. Alegada impossibilidade de incidência de correção sobre parcela que já corresponde a correção.

A correção monetária não constitui acessório do débito, mas parte integrante deste.

O pagamento de indenização por valor nominal defasado corresponde a pagamento parcial, estando sujeito a complementação.

«Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez» (Súmula nº 561 do STF).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O Município do Rio de Janeiro, com fulcro nas alíneas *a* e *d* do item III do art. 119 da CF/67, recorreu extraordinariamente de acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado que confirmou sentença monocrática que, em execução de exproprietária, determinou a expedição de terceiro precatório, contemplando correção monetária tida por devida em razão do lapso de tempo decorrido entre a data do último pagamento e a data do respectivo cálculo.

Disse haver o julgado, ao admitir o cálculo de correção sobre correção, contrariado o ordenamento constitucional, que é complementado pelo § 2.º do art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, além de ter divergido da jurisprudência do STF ao dar interpretação equivocada à Súmula nº 561 daquela Corte.

O recurso, indeferido na origem, subiu ao STF por força de decisão em arguição de relevância, havendo o seu eminente Relator, Ministro Moreira Alves, determinado a sua remessa a esta Corte, a fim de que seja julgado como recurso especial, quanto às questões de natureza infraconstitucional acolhidas pela relevância.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Desapropriação. Precatório complementar. Alegada impossibilidade de incidência de correção sobre parcela que já corresponde a correção.

A correção monetária não constitui acessório do débito, mas parte integrante deste.

O pagamento de indenização por valor nominal defasado corresponde a pagamento parcial, estando sujeito a complementação.

«Em desapropriação, é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez» (Súmula nº 561 do STF).

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Sustenta a Municipalidade do Rio de Janeiro a tese do descabimento de sucessivos precatórios alusivos a uma mesma indenização, o que, a seu ver, consistiria em calcular-se correção sobre correção.

O seu erro, entretanto, reside na falsa noção de que a correção monetária é parcela acessória do principal, quando não passa de parte integrante deste, cujo valor nominal foi absorvido pelos efeitos da inflação.

Aliás, não se precisa ser muito versado na ciência dos números para conceber-se que um pagamento feito pelos valores nominais de uma conta elaborada algum tempo antes, num regime inflacionário como o vivido pelo País, com índices anuais superiores a 1.000%, é pagamento parcial e, como tal, insuscetível de extinguir a obrigação, impondo-se, por isso, a sua integralização.

A exigência tanto mais se manifesta quando se trata de indenização em expropriatória, que a Constituição exige seja justa, conceito que não pode compadecer-se com pagamento incompleto.

Resulta imperioso, pois, que, configurada a hipótese descrita, se proceda a novo cálculo, destinado à apuração do saldo devedor do principal e, se for o caso, dos seus acessórios.

Tal o espírito da regra insculpida pelo STF em sua Súmula nº 561, segundo a qual, «em desapropriação é devida a correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização do cálculo, ainda que por mais de uma vez».

Anote-se que a CF/88, procurando obviar os inconvenientes dos repetidos e infundáveis cálculos complementares das indenizações, determinou que os precatórios sejam incluídos nos orçamentos com os seus valores atualizados até 1º de julho, com o que se uniformizou o tratamento que deve ser dispensado a todas as despesas públicas, possibilitando-se a complementação dos recursos correspondentes, mediante suplementações de verbas, no correr da execução orçamentária e na medida da evolução dos índices inflacionários, a fim de que os pagamentos, no período enfocado, se façam por inteiro, extinguindo-se por completo as respectivas obrigações.

Isso é o que acontece com as despesas públicas, notadamente as de custo, como despesas de pessoal e de material de consumo, sendo raros, por efeito dessa prática, os casos de despesas que passam para o exercício seguinte, inexistindo razão plausível para que aos precatórios judiciais se viesse dando tratamento diferenciado.

Ante tais considerações, meu voto é no sentido de não conhecer do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator, e não há dúvida de que esse § 2º

do art. 26 da Lei Geral das Desapropriações, se for interpretado ao pé da letra, numa época de inflação, é inconstitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 754 — RJ — (Reg. nº 89.10070-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Gesus Guidine. Advogados: Drs. Márcia Vieira Marx Andrade e outros e Lindolpho Mendonça de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (2ª Turma, 11-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel (juiz do TRF — 1ª Região, convocado), Miguel Ferrante e Américo Luz. Licenciado o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.



RECURSO ESPECIAL Nº 767 — GO

(Registro nº 89.0010090-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Maria de Lourdes Carneiro*

Recorrido: *Gerson Mariano de Rezende*

Advogados: *Dr. Alexandre Magno A. G. Marques, Dr. Sílvio Mesquita*

EMENTA: Processo Civil. Execução. Embargos opostos extemporaneamente. Desistência. Possibilidade. Inteligência do art. 598, CPC.

Constitui princípio, albergado na legislação vigente (CPC, art. 569), que o exequente tem a livre disponibilidade da execução, podendo desistir a qualquer momento, em relação a um, a alguns ou a todos os executados, mesmo porque a execução existe em proveito do credor, para a satisfação do seu crédito.

Se os embargos são opostos extemporaneamente e o processo executivo não se encontra regular, a desistência da execução independe da anuência do embargante.

Existindo norma específica no processo executivo, não se aplicam subsidiariamente normas do processo de conhecimento.

Recaindo a penhora sobre imóvel do casal, o prazo para embargar tem início após a intimação do cônjuge do devedor.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1989, (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Recorreu a exeqüente, em 2-5-pp., com suporte no art. 105, III, a e c da Constituição, alegando que o v. acórdão negou vigência aos arts. 569, 656, 657, parágrafo, e 669, § 1º, todos do Código de Processo Civil, estando também em divergência com dois arestos do eg. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, aduzindo ainda que a decisão recorrida seria nula porque *ultra petita*.

Em execução movida ao Recorrido, a Recorrente veio a desistir daquela após o oferecimento de embargos, tendo a MMª Juíza deferido o pedido, homologando-o por sentença, registrando que os embargos ainda não haviam sido recebidos.

O eg. Tribunal de Justiça de Goiás deu provimento à apelação, ementando:

«Embargos do devedor. Desistência da ação pela embargada, sem ouvir a parte contrária, com infringência do § 4º, art. 267, do CPC. Provido o apelo e cassar a sentença, para determinar que o processo tenha o seu curso normal e de direito».

Argumenta a Recorrente que, não tendo sido intimada a mulher do Recorrido da penhora efetuada em imóvel, como requerera, o prazo para os embargos ainda não se iniciara, pelo que ainda lhe era lícito desistir da execução, nos termos do art. 569, CPC, acrescentando que também não aceitara a nomeação do bem oferecido pelo devedor, razão pela qual se fazia necessária decisão pela Juíza diretora do feito, nos termos do art. 657, parágrafo único, CPC.

Admitido o apelo, argumentou o Recorrido que o prazo para oferecimento dos embargos começaria a fluir da primeira intimação da penhora, feita ao marido, sendo irrelevante a data da intimação do cônjuge, e que a norma do art. 569, CPC, não invalida a do art. 267, § 4º, do mesmo diploma, devendo ser interpretadas harmonicamente, afirmando mais não ter havido julgamento *ultra petita*, e que a Recorrente estaria querendo burlar a regra do art. 26, CPC.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Expressa o art. 598 do Código de Processo Civil que se aplicam «subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento». A *contra sensu*, não se aplicam as normas do processo de conhecimento quando no processo de execução há norma expressa em contrário.

Destarte, dispondo o art. 569, CPC, que «o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas», não se aplica, no processo executivo, a norma do art. 267, § 4º, CPC, uma vez que outro princípio a informa, segundo o qual o credor tem a livre disponibilidade do processo de execução.

É bem verdade que o credor-exeqüente não se isenta do ônus das despesas e honorários, sem anuência do devedor, como observam, dentre outros, Mendonça Lima e Sahione Fadel, quando já ajuizados os embargos.

É preciso, no entanto, distinguir.

A execução, que se funda em título líquido, certo e exigível, existe em proveito do credor (CPC, art. 612), para a satisfação do seu crédito, ocorrendo o contraditório propriamente dito, apenas em caráter eventual, e mesmo assim incidentalmente, tanto que não se cita o devedor para vir defender-se na execução, mas sim para vir cumprir, no prazo legal ou judicial, a obrigação reconhecida no título.

Dá a razão pela qual o legislador editou norma expressa, acolhendo um dos princípios consagrados em doutrina, assegurando a livre disponibilidade da execução.

Recorde-se, ademais, que, *in casu*, como incontroverso, os embargos foram oferecidos pelo devedor antes da intimação de sua mulher da penhora levada a efeito pelo meirinho, e antes mesmo que a MMª Juíza diretora do processo decidisse o incidente levantado pela Exeqüente quanto ao bem indicado à penhora pelo devedor recorrido.

É certo que se tem admitido como tempestivos embargos à execução antes de citados os co-executados, dentro do princípio da instrumentalidade do processo. Entretanto, não se pode tê-los como regulares em hipóteses como a dos autos, em detrimento do direito do Exeqüente, especialmente quando se recorda que estava em curso incidente quanto à eficácia ou não da penhora, e que o cônjuge, em recaído a penhora sobre bem imóvel, é litisconsorte necessário, sendo imprescindível, sob pena de nulidade *pleno iure*, a intimação do cônjuge, como aliás já proclamou esta 4ª Turma no REsp. nº 454, de 22-8-89, de que fui relator. E somente após essa intimação, como se sabe, começa a correr o prazo para embargar.

A meu juízo, a subsistência do v. acórdão importaria em prestigiar, ao arrepio da sistemática legal, o interesse do devedor, contrariando o princípio recordado por *Chiovenda*, segundo o qual é «interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão» («Instituições», 3º vol., § 74, nº 381).

Em face do exposto, conheço do recurso pela alínea a do inciso III do art. 105, e o provejo, reformando o v. acórdão.

Por outro lado, não obstante os dois arestos trazidos a confronto pela divergência pretoriana estejam a facultar, pelo texto transcrito, a desistência da execução, sem qualquer restrição, mesmo após os embargos do devedor, sob esse aspecto não acolho o recurso, tendo igualmente por inócua a figura do julgamento *ultra petita*, dados os limites do *decisum* impugnado, assinalando que a Recorrente, sob esse prisma, não invocou sequer a norma que teria sido violada.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 767 — GO — (Reg. nº 89.0010090-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Maria de Lourdes Carneiro. Recdo.: Gerson Mariano de Rezende. Advs.: Dr. Alexandre Magno A. G. Marques e Dr. Silvio Mesquita.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, (Em 24-10-89 — 4ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 784 — RJ

(Registro nº 89.0010107-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Francisco Eduardo de Paula e Outros e Dorca S/A. e Outro*

Recorrido: *Giovanni Bernardelli*

Advogados: *Drs. Evaldo Pereira Ramos, José Carlos Torres Hardman e David Milech e Outro*

EMENTA: Direito Comercial. Sociedade anônima. Acionista Controlador. Em tese, é suscetível de configurar a situação de acionista controlador a existência de grupo de pessoas vinculadas sob controle comum, bastando que um ou alguns de seus integrantes detenham a titularidade dos direitos de sócio de tal ordem que garanta ao grupo a supremacia nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia.

Questão de fato a ser deslindada na oportunidade da prolação da sentença.

Alegação de negativa de vigência dos arts. 116 e 118 da Lei das Sociedades Anônimas e do art. 3º do CPC repelida. Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer dos recursos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação de reparação de danos proposta nos termos do art. 246 da Lei nº 6.404, de 15-12-76, por sócio minoritário contra acionistas e sociedades, ditos controladores, sob o fundamento central de que a sociedade controlada, o «Banco Boavista S.A.», face à política empresarial imprimida pelos controladores, vem sendo impedida de explorar o mercado securitário e respectiva intermediação em detrimento próprio e de seus acionistas não controladores.

Contestado o pedido com arguições preliminares, dentre elas a de ilegitimidade de parte passiva *ad causam*, sobreveio a r. decisão de fl. 603 e v., *in verbis*:

«Não comprovando o autor ser qualquer dos réus acionista controlador do Banco Boavista S/A ou existir acordo de acionista que lhe desse esse controle, não tem ele, autor, a ação especial prevista no art. 246 da Lei nº 6.404/76 (Sociedade por ações), razão pela qual o dou como carecedor da ação.

Isto posto:

Julgo extinto o processo, na forma do art. 267, VI, do CPC.

Custas pelo autor e honorários de advogado, na base de 20% sobre o valor da causa».

Ao apelo do autor a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento para, afastada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, determinar o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos, com a seguinte ementa: (fl. 1035).

«Ação de reparação de danos proposta por sócio minoritário como substituto processual, em face de acionistas e sociedades controladores, nos termos do art. 246 da Lei das S.A. Extinção do processo por ilegitimidade passiva *ad causam*. Reforma da decisão.

Tratando-se de ação de reparação de danos fundada no art. 246 da Lei das Sociedades Anônimas, são partes legítimas para res-

ponder aos seus termos os acionistas e sociedades ditos controladores, assim definidos no art. 116 da lei societária, havendo, no caso dos autos, elementos probatórios que identificam como tais as pessoas e entidades face as quais foi intentada a presente ação.

Reforma da decisão para prosseguimento do feito».

A Turma julgadora rejeitou os embargos declaratórios opostos pelos co-réus Francisco Eduardo de Paulo Machado e Outros (fls. 1051/1052).

Interpuseram-se dois recursos extraordinários, ambos com simultânea arguição de relevância da questão federal.

As co-rés «Docas S.A.» e «Phidias Administrações e Participações Ltda.», fizeram-no com fulcro no artigo 119, inciso III, alínea a, da Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional nº 1/69), alegando negativa de vigência dos arts. 116 e 118 da Lei nº 6.404, de 1976.

Os co-réus Francisco Eduardo de Paulo Machado e outros, de seu turno, invocaram contrariedade aos arts. 116 da citada Lei nº 6.404/76 e 3º do Código de Processo Civil.

Indeferidos os recursos (fl. 1082), processaram-se eles ao depois por força do acolhimento das arguições de relevância (fl. 1129). Afinal, houve-se como convertidos os recursos extraordinários em recursos especiais (fl. 1170).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A lei equipara a sociedade controladora ao acionista controlador, conforme leciona Fran. Martins («Comentários à Lei das Sociedades Anônimas», vol. III, págs. 256 e 270, ed. 1985) e consoante admitem os réus expressa (fl. 1042) ou implicitamente (ao alegarem violação do art. 116 da Lei nº 6.404, de 1976).

O conceito de acionista controlador vem definido no mencionado art. 116, que reza *in verbis*:

«Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegure, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia».

Infere-se daí que acionista controlador pode ser pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum.

Os recorrentes apegam-se à não existência de acordo quanto ao exercício do direito de voto, para negar a configuração, na espécie, do acionista controlador. Realmente, segundo estabelece o art. 118 da mesma lei, tais acordos devem, para valerem em relação a terceiros, ser averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos (parágrafo 1º).

Ocorre que há uma outra hipótese suscetível de caracterizar a figura do acionista controlador, ou seja, quando é erigido um grupo de pessoas vinculadas sob controle comum (art. 116. *caput*, da Lei nº 6.404, de 1976).

Em tese, é este o caso dos autos.

Argumentam os réus-recorrentes que alguns deles sequer são acionistas do «Banco Boavista S.A.», de modo que não poderiam ser reputados «acionistas controladores».

Todavia, tratando-se de grupos de pessoas ligadas sob controle comum, não é de rigor que todos os seus integrantes sejam titulares de direito de sócio da sociedade controlada. O direito de sócio exercido de tal ordem que garanta ao grupo a supremacia nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia pode ser pertencente a um ou alguns componentes apenas do grupo. Fran Martins, já lembrado aqui, escreve a propósito de sociedade controladora, que o «controle pode ser direto ou indireto, considerando-se direto o em que a própria sociedade é detentora dos direitos de voto capazes de assegurar a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, e indireto quando esses direitos pertencem à controladora através de outras controladas» (obra citada, vol. III, pág. 256).

Saber se há grupo de pessoas vinculadas sob controle comum, com o objetivo de dirigir as atividades sociais, constitui em verdade questão de fato. Aliás, não foi sob outra ótica que examinaram à espécie a r. decisão de 1º grau e o v. Acórdão ora recorrido.

A identificação de uma sociedade controlada depende da verificação de cada caso, em particular — é o magistério de Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro («Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro», vol. 2, pág. 703, ed. 1979). Nesse sentido, outrossim, a anotação do mesmo Fran Martins, para quem «já o grupo de pessoas sob controle comum é mais difícil de ser identificado, pois a lei não possui nenhum dispositivo a respeito do reconhecimento desse grupo, a não ser em caso de ações em condomínio (art. 27, parágrafo único) ou quando se tratar de grupos de sociedade (art. 265 e segs.). Será, então, uma questão de fato, devendo o controle ser demonstrado mediante provas, admitida a prova em contrário por parte dos acionistas que quiserem se eximir das responsabilidades do acionista controlador» (obra citada, vol. II, pág. 99).

Não há que se falar, por conseguinte, em violação do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas e, nem tampouco, dos arts. 118 do mesmo diploma e 3º do Código de Processo Civil. É de toda prudência que a matéria pertinente à configuração do acionista controlador eventualmente responsá-

vel por prejuízos suportados pela empresa controlada se relegue para decisão final da causa.

Pelo exposto, não conheço dos recursos.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Senhores Ministros, a Lei nº 6.404, de 15-12-76, distingue as figuras do acionista controlador (art. 116) e do acordo de acionistas sobre compra e venda de ações ou sobre exercício do direito de voto (art. 118). No art. 116, *b*, aludindo à primeira figura, admite a lei o acionista controlador de fato. A ementa do *v. acórdão* recorrido, bem como o dispositivo do julgado indicam que o egrégio Tribunal *a quo* se deteve na apreciação de grupo de controladores para o desempenho, segundo a petição inicial, de atividade comercial que não reclama, em princípio e necessariamente, o requisito constante do art. 118 da referida lei das anônimas.

Faço minhas, portanto, as considerações do minucioso voto de Vossa Excelência, acompanhando-o em suas razões e na conclusão.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 784 — RJ — (Reg. nº 89.0010107-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro *Barros Monteiro*. Recorrentes: Francisco Eduardo de Paula e Outros e Dorca S.A. e Outro. Recorrido: Giovanni Bernardelli. Advogados: Drs. Evaldo Pereira Ramos, José Carlos Torres Hardman e David Milech e Outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu dos recursos. (Em 24-10-89, 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 817 — PE

(Registro nº 89.10226-5)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves

Recorrente: S.A. Brasileira de Ind. Ótica-Sabio

Recorrido: Banco Royal do Canadá (Brasil) S.A.

Advogados: Drs. Henrique Eugênio de Souza Antunes e outro e João Alberto Magalhães de Siqueira

EMENTA: Juros. Argüição de dissídio com a Súmula 121/STF. Improcedência, pela peculiaridade da espécie, que mais se aproxima da exceção contida no art. 4º do Decreto nº 22.626/33. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO NILSON NAVES: Foi o recurso extraordinário admitido pelo Presidente Desembargador Cláudio Américo de Miranda, nestes termos:

«Nos autos dos Embargos à Execução opostos pela Sociedade Anônima Brasileira de Indústria Ótica — Sabio, ante o processo de Execução por Título Extrajudicial que lhe moveu o Banco Internacional S.A., a Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em grau de apelação, após decidir pelo não conhecimento do agravo retido e pela rejeição das preliminares de nulidade do processo e da sentença, no mérito, ainda sem voto discrepante, negou provimento ao apelo, nos exatos termos do Acórdão de fl. 97, assim ementado:

'Ementa: 1º) Preliminar. Agravo retido — matéria que envolve o mérito; improvimento.

2º) Título emitido pelo próprio devedor, dado em garantia ao credor: não caracterizada a previsão do art. 790 do Código Civil e, por conseguinte, não incide a norma do art. 594 do CPC, para precedência de sua excussão. Por isso, na ausência de prejuízo, não se anula a sentença que não apreciou pleito nesse sentido.

3º) Intervenientes Hipotecantes: desnecessidade de sua citação. Suficiente a intimação da penhora.

Nulidades rejeitadas.

Mérito — Não constitui usura a cobrança de juros sobre confissão de dívida, em cujo valor se incluíram juros vencidos (Dec.-Lei nº 22.626/38, art. 4º

Apelação improvida'.

O venerando Acórdão foi publicado no Diário do Poder Judiciário, nº 151, edição de 13 de agosto de 1986 (cert. fl. 106). Aos 27 dias do mesmo mês, a vencida, inconformada com o aresto,

arrimando-se no art. 119, III, letras *a* e *d* da Constituição Federal, c.c. os arts. 541 e seguintes do Código de Processo Civil, manifestou recurso extraordinário para o Excelso Pretório, sem arguição de relevante questão federal (fl. 107). Argumenta a recorrente que, firmando o Acórdão recorrido não constituir usura dobrada, a cobrança de juros sobre confissão de dívida, em cujo valor incluíram-se juros vencidos, negara, com isso, vigência aos arts. 4 e 11 do Dec. Lei nº 22.626/33, além de divergir da orientação ditada na Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal.

O recurso foi manifestado em tempo útil e recebeu impugnação, em cuja peça busca o recorrido mostrar a sua inviabilidade (fl. 112).

A decisão recorrida data de 15 de abril de 1986 e o recurso contra ela oposto cinge-se às hipóteses previstas nos itens II e XI, do art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na nova redação dada pela Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985.

in casu, o exame da sua admissibilidade pelo Presidente do Tribunal de origem, limitar-se-á à matéria que independe de suscitação de relevância da questão federal, isto é, — divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal (art. 325 RISTF — Redação Emenda nº 2).

O dissídio jurisprudencial com a Súmula nº 121 do Excelso Pretório, nos moldes desenvolvidos pela recorrente parece visualizado.

Com efeito, o julgado recorrido admitiu que 'foram cobrados juros sobre confissão de dívida em cujo valor incluíram-se juros vencidos» em oposição ao império da Súmula citada que firma ser impossível, em nosso direito, contar juros de juros por amor a um acordo particular.

'É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada', proclama a Súmula.

Admito, pois, o presente recurso extraordinário pelo fundamento constante da letra *d* do permissivo constitucional».

Arrazoando-o, afirmou a recorrente:

«Não há negar: o entendimento esposado pelo venerando acórdão merece retificado, eis que irrelevante o *concordo* do devedor, no sentido de que lhe sejam exigidos juros sobre juros. Di-lo o art. 11 do Dec.-Lei nº 22.626/38. O anatocismo constitui expediente repellido, de forma expressa, pela Lei de Usura. A vedação contida naquele diploma legal é matéria de ordem pública, por isso que irrelevante, de nenhum efeito, o *placet* do devedor».

Contra-arrazoando-o, disse o recorrido:

«Entendemos sem procedência as alegações, visto que, conforme transcrito acima, a dívida já era decorrente de Contrato de Repasse de Empréstimo Externo e Crédito à Exportação, regidos pelas Resoluções 63 e 674 do Banco Central do Brasil, que em ambos os casos foram objeto de procedimento judicial por inadimplência, e transformados em confissão de dívida»;

.....
«Como se vê, os juros já eram devidos, passando destarte fazer parte do capital do credor, motivo pelo qual não existiu ofensa à lei;

Mesmo que assim não fosse, o que é dito *ad argumentandum*, ainda assim não assistiria razão a recorrente. O credor é uma instituição financeira privada que integra o sistema financeiro nacional, e como tal, 'as disposições do Decreto nº 22.626/38, não se aplicam às taxas de juros e aos encargos cobrados nas operações realizadas', conforme Súmula nº 596 do STF;»

À fl. 139 o Supremo Tribunal Federal transformou o recurso extraordinário em recurso especial, por despacho do Sr. Ministro Sydney Sanches.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Funda-se o recurso na alegação de dissídio com a Súmula nº 121/STF, que dispõe: «É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada». Instrui o enunciado o disposto no art. 4º do Decreto nº 22.626/33: «É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano». Tudo isto não deixou de reconhecer o acórdão local, pelo voto do Sr. Relator, mas que advertiu sobre a peculiaridade da espécie, *verbis*:

«No caso, o apelado celebrara dois contratos de financiamento com a apelante.

Esta não pagou no prazo e foi por isso proposta sua execução. Celebrou-se um acordo no qual ficou combinado a prorrogação do prazo de pagamento mediante uma confissão de dívida em cujo valor se incluíram os juros vencidos.

Aí, não me parece que se tenha desrespeitado a lei.

Em meu entender, ela foi cumprida à risca.

Se a dívida estava vencida, ela com os juros exigíveis, era capital do apelado que concordou em deixar para recebê-los depois, rendendo juros».

Como se vê, a peculiaridade apontada, que o acórdão sob exame tomou como razão de decidir, mais se aproxima da exceção contida no aludido art. 4º, que a Súmula nº 121/STF não alcança. A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal, no RE-85.094, *in* RTJ-81/918: «A Súmula nº 121 não abrange a exceção legal expressamente ressalvada». Donde, feito o confronto, entendo não caracterizado o dissídio.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 817 — PE — (Reg. nº 89.10226-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: S.A. Brasileira de Ind. Ótica-Sabio. Recorrido: Banco Royal do Canadá (Brasil) S.A. Advogados: Drs. Henrique Eugênio de Souza Antunes e outro e João Alberto Magalhães de Siqueira.

Decisão: A Turma não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Decisão unânime (3ª Turma, 10-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 874 — SP

(Registro nº 89.0010386-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *Cia Energética de São Paulo — CESP*

Recorrido: *Lar Escola Creche Berçário Nossa Senhora Aparecida*

Advogado: *Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin*

EMENTA: Processual Civil. Recurso Especial (art. 105, III, a e c, da CF/88).

Ações desapropriatórias movidas pela União, suas Autarquias e Empresas Públicas Federais ou por Sociedades de Economia Mista, mediante delegação. Recursos cabíveis em face da lei nº 6.825/80.

O recurso de ofício é imperioso nos feitos da espécie, quando a indenização for fixada pela sentença em valor superior a 30 vezes a oferta inicial (art. 1º, § 1º).

A apelação, todavia, só terá cabimento quando o valor da causa for superior a 50 ORTNs. Embargos infringentes nas causas de alçada (art. 4º).

Interpostos embargos infringentes contra sentença sujeita a duplo grau obrigatório, serão eles apreciados e julgados pelo Tribunal a que incumbir o reexame necessário.

Caso em que as normas acima indicadas foram contrariadas.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Em ação desapropriatória, o Dr. Juiz *a quo* recebeu a apelação interposta pela CESP como embargos infringentes, tendo em vista que o valor da causa era inferior a 50 ORTN's.

Dessa decisão agravou de instrumento a expropriante. Sem êxito, porque a Egrégia 6ª Turma do extinto TFR aplicou à hipótese o art. 4º da Lei nº 6.825/80.

Recorreu extraordinariamente a agravante, com fundamento no art. 119, III, *a e d*, da CF, esforçando-se em que tal entendimento malferisse o art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.825/80, bem como diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual caberão recurso de ofício e apelação, independentemente do valor da causa, sempre que o desapropriante for condenado à garantia superior a trinta vezes o valor oferecido na inicial.

O recurso não foi admitido, mas subiu ao STF, em virtude do acolhimento da arguição de relevância, havendo o seu eminente Relator, Ministro Sydney Sanches remetido os autos a esta Corte, para ser julgado como recurso especial.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Recurso Especial (art. 105, III, *a e c*, da CF/88). Ações desapropriatórias movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas federais ou por sociedades de economia mista, mediante delegação. Recursos cabíveis em face da lei nº 6.825/80.

O recurso de ofício é imperioso nos feitos da espécie, quando a indenização for fixada pela sentença em valor superior a 30 vezes a oferta inicial (art. 1º, § 1º).

A apelação, todavia, só terá cabimento quando o valor da causa for superior a 50 ORTN's. Embargos infringentes nas causas de alçada (art. 4º).

Interpostos embargos infringentes contra sentença sujeita ao duplo grau obrigatório, serão eles apreciados e julgados pelo Tribunal a que incumbir o reexame necessário.

Caso em que as normas acima indicadas foram contrariadas.

Recurso especial provido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A hipótese se ajusta perfeitamente ao precedente recente desta Turma, no REsp nº 386 — SP, por mim relatado, cujo acórdão tem a seguinte ementa:

«Processual Civil. Recurso Especial (art. 105, III, a e c, da CF/88). Ações desapropriatórias movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas federais ou por sociedades de economia mista, mediante delegação. Recursos cabíveis em face da lei nº 6.825/80.

O recurso de ofício é imperioso nos feitos da espécie, quando a indenização for fixada pela sentença em valor superior a 30 vezes a oferta inicial (art. 1º, § 1º).

A apelação, todavia, só terá cabimento quando o valor da causa for superior a 50 ORTN's. Embargos infringentes, nas causas de alçada (art. 4º).

Interpostos embargos infringentes contra sentença sujeita ao duplo grau obrigatório, serão eles apreciados e julgados pelo Tribunal a que incumbir o reexame necessário.

Caso em que as normas acima indicadas foram contrariadas.

Recurso especial provido.»

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sempre entendi que o valor da causa se afere pelo da indenização.

Estou de acordo com o eminente Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 874 — SP — (Reg. nº 89.0010386-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Cia. Energética de São Paulo — CESP.

Recorrido: Lar Escola Creche Berçário Nossa Senhora Aparecida. Advogado: Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (2ª Turma — 4-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel (Juiz convocado do TRF — 1ª Região), Miguel Ferrante e Américo Luz. Licenciado o Sr. Ministro Carlos Velloso. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

RECURSO ESPECIAL Nº 952 — RS

(Registro nº 89.0010496-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Mario Brasil Soares e outro*

Recorrido: *Carmino de Benedetto e outro*

Advogados: *Drs. Amaro de Souza Cardoso e João Pedro Leal*

EMENTA: Consignação em pagamento. Título Cambiário. Desconhecimento de quem seja o credor cambiário. Lei uniforme.

É cabível a ação consignatória nos casos de dívida representada por título cambiário ou cambiariforme.

Lei Uniforme, art. 42. Decreto 2.044/08, art. 26.

A faculdade de o devedor de título cambiário «depositar a sua importância junto da autoridade competente» é processualmente exercitável exatamente através da ação de consignação em pagamento, inclusive nos casos de dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento. Magistério de Adroaldo Fabricio.

Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, por maioria, conhecer do recurso. No mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: 1. Cuida-se de ação de consignação em pagamento ajuizada por Carmino de Benedetto, comprador de bem imóvel, visando adimplir obrigação oriunda do compromisso de compra e venda, com títulos emitidos a favor do vendedor Henrique Costa Bittencourt, que, por sua vez, os endossou a um seu mandatário, Mário Brasil Soares.

A ação consignatória, com fundamento na dúvida sobre quem o legítimo credor, foi proposta por Carmino de Benedetto visando quitar débito ainda pendente, representado por duas notas promissórias, pois o vendedor do imóvel, através de notificação, havia cientificado ele devedor e o mandatário do cancelamento do aludido mandato.

Contestando, o mandatário Mário Brasil Soares argüiu sua ilegitimidade passiva, pois, mediante endosso em preto, transferira os títulos à empresa Soares & Bortoluzzi Ltda, da qual era sócio cotista.

2. Em um segundo processo, a empresa endossatária dos títulos executou o emitente e sua avalista. O Juiz, porém, entendeu prevento o juízo processante da ação consignatória. Ordenada a juntada dos processos, o magistrado julgador declarou ser o credor originário, Henrique Costa Bittencourt, o real titular dos créditos, e assim deu por procedente a consignatória; entendeu, outrossim, que a empresa detentora dos títulos, Soares & Bortoluzzi Ltda, era carecedora da ação de execução.

3. A egrégia 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, confirmando a sentença, ementou:

«Ação consignatória, fundada na dúvida sobre a titularidade dos créditos, e execução dos títulos correspondentes.

O anterior procurador do contratante, sendo este o credor originário das cártulas e tendo aquele recebido as primeiras parcelas do negócio, assim como as cambiais endossadas, é parte legítima ao processo de conhecimento.

Evidenciado ardil, estabelecido entre aquele mandatário e a empresa exeqüente, deve esta integrar a lide consignatória, por isso que detentora das promissórias.

Verificada a trama, procedente é a ação de consignação, titular dos créditos é o credor originário e carecedora da execução é a empresa que se apresenta como endossatária.

Apelo desprovido.»

Mário Brasil Soares e Soares & Bortoluzzi Ltda apresentaram contra o acórdão recurso especial (fls. 173 e ss.), pelas letras a e c do permissivo constitucional, sustentando violações à ordem processual, arts. 77, 78, 79, 80, 128 e 460 do Código de Processo Civil; ofensa à Lei Uniforme, art. 42, e à Lei Cambial, art. 26 do Decreto 2.044, de 31-12-1908, além de dissídio jurisprudencial. Argüiram, outrossim, a relevância da questão federal.

4. Tendo o eminente Presidente do Tribunal negado seguimento ao apelo (fls. 271/272), os vencidos manifestaram agravo de instrumento, ao qual, pela decisão de fls. 245/248, este relator deu provimento para admitir o recurso especial, tão-somente pelo permissivo da letra c, observados os termos do art. 254, § 2º, do Regimento Interno.

Disse, então, o seguinte:

«No pertinente ao argüido dissídio jurisprudencial, o aresto da 6ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (fl. 180) não se encontra em repertório habilitado ao confronto; os próprios recorrentes, aliás, declaram que os votos vencedores admitiram, naquele caso, a ação de consignação.

Os dois outros arestos, todavia, publicados *in* RT 521/147 e RT 599/123, adotam a tese de inadmissibilidade da ação consignatória em se tratando de dívida representada por título cambiário, «uma vez que desconhecível o portador da cambial no momento do vencimento» (7ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Agravo nº 341.272, RT 599/124).»

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): 1. Não vejo contrariedade alguma às normas processuais alusivas ao chamamento ao processo, mesmo porque de *intervenção de terceiros* não se cuidou: ocorreu, basicamente, a reunião da ação de consignação em pagamento, promovida pelo devedor contra o credor originário, Carmino de Benedetto, e seu procurador. Mário Brasil Soares, com a ação de execução relativa às mesmas cártulas, ajuizada pela endossatória, a firma Soares & Bortoluzzi Ltda, contra o consignante e sua mulher.

A decisão que determinou a citação, na demanda consignatória, da firma endossatória foi, aliás, mantida em agravo de instrumento pela egrégia 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, constando do aresto o seguinte trecho:

«De outro, tendo Soares & Bortoluzzi Ltda, com o ajuizamento do processo de execução, demonstrado disputar os valores corrigidos, é pertinente seu chamamento na forma do CPC., art. 46 e seguintes, mas não cabendo senão a ela, pessoa jurídica, irresignar-se com isto, o que se deu pela contestação que ela ofereceu, não podendo Mário Brasil Soares por ela agir (fls. 222/225).

Trata-se, assim, Sr. Presidente, de questão preclusa.

Afasta-se, também, a alegação de ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, ofensa que, no entender do recorrente, decorreria da aceitação do pretenso «chamamento ao processo» (fl. 178).

2. A contrariedade a dispositivo da legislação cambial seria consequência de invocada impropriedade da ação consignatória, em se tratando de dívida cambiária.

Rejeitando tal alegação, reporto-me ao ensinamento do eminente Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede doutrinária:

«Sustentamos que mesmo o depósito de que cuida o art. 42 da Lei Uniforme, não pode ser feito senão no bojo de uma ação consignatória. Com efeito, não se dispõe de qualquer outra regulamentação procedimental que o possa reger nessa especial hipótese. Se o art. 26 da velha lei cambiária nacional, por sua cláusula «sem citação», poderia criar embaraços a nossa tese, o calço já está removido, porque o art. 42 citado não contém dita cláusula. Faculta, tão simplesmente, o depósito «junto da autoridade competente». Ora, o direito nacional não designa nenhuma «autoridade competente» para receber esse depósito, salvo nas disposições legais pertinentes à consignação em pagamento.

O argumento contrário segundo o qual a ação consignatória seria, na espécie, inadmissível porque ignorada a identidade do portador da cártula, ao tempo em que deveria ter sido apresentada, não leva em conta que *o ser absolutamente desconhecido o credor* é um dos pressupostos clássicos do cabimento da ação de consignação, e acha-se mui claramente incluído no art. 973, inciso III, primeira hipótese, do Código Civil Brasileiro de 1916 (*retro* nº 30). Já os problemas de caráter processual que a hipótese envolve podem ser perfeitamente resolvidos à luz dos arts. 895 e 898 deste Código, a cujos comentários remetemos ao leitor. A revogada legislação de processo, aliás, já regulava, talvez até mais explicitamente, a matéria, falando de «ignorância ou dúvida sobre quem deva receber» (art. 318 do código caduco) e autorizando para o caso citação edital (art. 315, parágrafo único, do mesmo código).

Os julgados que se opõem à solução aqui defendida pensam encontrar apoio na doutrina de Pontes de Miranda. Contudo, o grande jurista afirmou, com todas as letras, que, mesmo no caso do art. 42 da Lei Uniforme, «a legitimidade é apurada pelo Juízo (conforme Código de Processo Civil, arts. 314/318)». Ora, esses eram justamente os artigos que cuidaram da ação consignatória no velho estatuto processual. Não vemos, pois, a que outro procedimento haver-se-ia de submeter o discutido «depósito e consignação» da lei cambiária («Comentários ao Código de Processo Civil», Forense, volume VIII, tomo III, nº 38, 3ª edição, pag. 60/61).

Também Hernani Fidelis dos Santos expressamente refere a admissibilidade da ação de consignação para pagamento de dívida representada por cambial («Manual de Direito Processual Civil», Saraiva, 1988, vol. IV, nº 1388).

3. Destarte, Sr. Presidente, incorreu contrariedade às normas de lei federal, trazidas à colação pelos recorrentes. Vale outrossim reafirmar que seria de todo descabido, em sede de recurso especial, o reexame das provas que levaram a respeitável sentença, fls. 130/135, e o venerando aresto, fls. 170/172, a afirmar a existência de um «ardil» entre mandatário e empresa exequente, impondo-se, destarte, a presença desta na lide consignatória, e a finalmente afirmar o aresto a ocorrência de uma «trama», com a consequente procedência da consignatória e improcedência da execução promovida pela empresa detentora das cédulas.

Nestes termos, conheço do recurso especial, pelo inciso c mas ao mesmo nego provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Tal como a questão foi posta pelo eminente Ministro Relator, acompanho S. Exa. definindo-me pela tese do Rio Grande do Sul.

Evidentemente que não estou — sequer estaria, nem de longe — apreciando aquela consignatória no seu mérito, estou definindo-me por uma tese.

Conheço do recurso pela divergência com a tese sustentada pelo pretório paulista e acompanho o Relator no admitir a consignatória em relação ao título cambial.

(VOTO — VENCIDO NA PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, acompanharia o entendimento da douta maioria, no tocante a conhecer do recurso pelo alegado dissídio pretoriano, se não me parecessem, em parte, discrepantes as situações de fato consideradas, nestes autos e no precedente trazido para confronto.

Não tenho dúvida em admitir a viabilidade, em termos, da consignação em pagamento movida por emitente (ou a outro título devedor) de nota promissória, nos termos, respectivamente, dos arts. 26 do Decreto 2.044, de 1908 e 42 da Lei Uniforme.

Assim é que não se me afigura cabível a consignatória, para débito tipicamente cambial, a ponto de se estender a todos os casos em que o Código de Processo Civil a autoriza, ou seja, até mesmo para que o devedor, mediante depósito judicial, pleiteie sentença de declaração de extinção da relação jurídica substancial, *quando desconhecido o portador*.

E assim entendo, quando mais não fosse, porque resultariam comprometidas as garantias do credor cambial que, por via oblíqua, ficasse adstrito àquilo que se viesse a decidir, na sua ausência, em processo consignatório, ou seja, quando desconhecido o credor.

Preliminarmente, portanto, e com a devida vênia, não conheço do recurso, à falta da suficiente coincidência dos casos apreciados nos acórdãos, em suposta divergência, pois me parece que no acórdão paradigma não se cuidou de consignatória contra credor incerto.

Ao assim me pronunciar, penso resguardar adequadamente as garantias do portador desconhecido, tendo bem presente que o título cambial se destina precipuamente à circulação, sustentando mesmo messineo que, a não circular, a cambial, a bem dizer, se desfigura e as demandas entre os figurantes originários do título nem mesmo se consideram demandas cambiais (cf., a propósito, I Titoli di Crédito).

Vencido, contudo, na preliminar, não vejo razão para deixar de acompanhar, no mérito, o Senhor Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 952 — RS — (Reg. 89.0010496-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Mario Brasil Soares e outro. Recorrido: Carmino de Benedetto e outro. Advogados: Drs. Amaro de Souza Cardoso e João Pedro Leal.

Decisão: «A Turma, preliminarmente, por maioria, conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Bueno de Souza. No mérito, por unanimidade, negou provimento ao recurso.» (4ª Turma — 10-10-89).

Votaram os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Salvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 971 — SP

(Registro nº 89.0010522-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Centrais Elétricas do Pará S/A — CELPA*

Advogados: *Dra. Ana Lúcia Amaral, Roberto Muneratti Filho e outros*

EMENTA: «Tributário. ICM. Isenção.

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

Recurso especial desprovido».

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, determinando a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento da parte que remanesce como objeto do recurso, em face do despacho de fl. 289, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Centrais Elétricas do Pará S/A — CELPA, requereu mandado de segurança preventivo contra a cobrança, pelo Delegado Regional Tributário da Grande São Paulo, de ICM sobre equipamentos a serem adquiridos para execução do projeto de interesse nacional, beneficiado pelo Convênio ICM 9/75, que a isentara de tal tributo, ao fundamento de que dito convênio fora revogado pelo de nº 11/81, e não lhe era aplicável em atenção ao Convênio 24, desse último ano.

Prestadas informações, a segurança foi concedida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, em sentença que veio a ser confirmada pela Décima Sétima Câmara Civil do Estado de São Paulo, em decisão assim fundamentada no voto do relator:

«A impetrante objetiva afastar restrição temporal introduzida pelo Convênio 24/81. Assim, alega que alcançou benefício fiscal nos termos do Convênio 9/75, pelo que a isenção condicional não poderia ser revogada para retroagir seus efeitos, sob pena de ofender situação jurídica já consolidada.

Sem dúvida, a segurança é preventiva e a impetrante pretende o reconhecimento de direito seu, em caso concreto, realçada a posição contrária do Fisco, em seus pronunciamentos.

A isenção é condicionada, com a finalidade de incentivar «projetos», com tempo de duração, à evidência, equivalente do próprio objeto.

O Convênio 9/75 concedeu a isenção na saída de máquinas e equipamentos nacionais, promovidas pelos respectivos fabricantes no mercado interno, nas hipóteses que enumera, com as condições ali previstas, vale dizer, prova de origem dos recursos do empreendedor, consoantes incisos I e II da Cláusula 1ª e comunicação ao órgão fazendário, com prova de gozo dos benefícios fiscais federais.

Estímulo para implantação de projetos de interesse nacional, definido pelo Poder Público.

Portanto, satisfeitas as exigências legais, adquirido o direito de benefício concedido pelo Fisco, não há como aceitar-se a supressão sumária, já que tais isenções existentes devem ser respeitadas.

A situação jurídico-tributária, na espécie estava consolidada, pelo que a limitação do Convênio 24/81 não pode prevalecer, não alcançando, a nova regulamentação, a situação constituída pela legislação anterior.»

Inconformado, o Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário com arguição de relevância da questão federal, alegando divergência jurisprudencial e invocando, para comprová-la, decisões da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferidas nos RREE n.ºs 105.486-7 e 104.504-3, de que foram relatores os Srs. Ministros Oscar Corrêa e Octávio Gallotti, assim ementadas:

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

Isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação. Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Não se subordinou a concessão a qualquer condição ou contra prestação onerosa»

.....

«Ora, a hipótese inclui-se, reconhecidamente, entre as primeiras puras e simplesmente, sem condição ou ônus, no prazo certo, prevalecendo, desta forma, o princípio, a regra da revogabilidade.»

Ementa: ICM. Isenção condicionada pelo Convênio n.º 9/75 e revogada pelos Convênios n.ºs 11/81 e 24/81.

Acórdão recorrido que se baseou em dois fundamentos, cada qual por si suficiente, sendo um calcado em matéria de fato e interpretação de norma estadual (Súmulas 279 e 280). Isenção, ademais, pura e simples, e por isso revogável, como decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal, ao apreciar o RE n.º 105.486.

Recurso Extraordinário de que não se conhece.» (Recurso Extraordinário n.º 104.504-3 — MG — 6-9-85).»

Prejudicado o agravo de instrumento interposto da decisão que denegou o apelo extremo em face do acolhimento da arguição de relevância, foram os autos remetidos a este Tribunal em razão do desdobramento em recurso especial, para julgamento da matéria infraconstitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A decisão recorrida, como acentuado no relatório, foi no sentido da impossibilidade de suprimir-se isenção do ICM concedida com apoio no Convênio 9/75, para realização de projeto de interesse nacional, e, em sentido contrário, que demonstraria divergência jurisprudencial apontou a requerente julgados assim ementados:

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

Isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação. Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido. Não se subordinou a concessão a qualquer condição ou contraprestação onerosa.

.....
Ora, a hipótese inclui-se, reconhecidamente, entre as primeiras puras e simplesmente, sem condição ou ônus, no prazo certo, prevalecendo, desta forma, o princípio, a regra da revogabilidade.»

«*Ementa*: ICM. Isenção condicionada pelo Convênio nº 9/75 e revogada pelos Convênios nºs 11/81 e 24/81.

Acórdão recorrido que se baseou em dois fundamentos, cada qual por si suficiente, sendo um calcado em matéria de fato e interpretação de norma estadual (Súmulas 279 e 280).

Isenção, ademais, pura e simples, e por isso revogável, como decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal, ao apreciar o RE nº 105.486.

Recurso Extraordinário de que não se conhece.» (Recurso Extraordinário nº 104.504-3 — MG — 6-9-85).»

A divergência é manifesta. Assim, conheço do recurso.

Nego-lhe, porém, provimento, pois há que distinguir-se, na hipótese, entre saída de máquinas e equipamentos destinados a uso normal, e fato idêntico quando relativo a projeto de interesse público, como decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RREE 111.638 e 112.613, relatados pelo Sr. Ministro Carlos Madeira, assim ementados:

«Isenção tributária. Convênio para isenção de ICM. A isenção do ICM concedida, tendo em vista projeto de obra de interesse público, não constitui pura liberalidade, pois é condicionada à execução daquele projeto. Os Convênios posteriores que previrem novas condições para a concessão da isenção não alcançam aquela relativa a projeto de interesse nacional em plena execução.»

Ora, no caso dos autos, a isenção fora concedida para projeto de modernização, ampliação e operação de sistemas de transmissão, distribuição, transformação e produção de energia elétrica no Estado do Pará, para o qual era necessário equipamento que vem arrolado às fls. 34/36, não sendo possível alterar-se as condições da aquisição respectiva, porque concebido dito projeto, considerando a isenção de impostos, inclusive o ICM.

Quanto à arguição de negativa de vigência do art. 178 do CTN, de acordo com o qual «a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104», não se verificou ao que entendo, no caso presente, pois a isenção foi concedida considerando ser o projeto de interesse nacional.

Nego provimento ao recurso, determinando a restituição dos autos à Corte Suprema para o julgamento da parte que remanesce como objeto de recurso extraordinário, como estabelecido no despacho de fl. 289.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 971 — SP — (Reg. nº 89.0010522-1) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: Centrais Elétricas do Pará S/A — CELPA. Advs.: Dra. Ana Lúcia Amaral, Roberto Muneratti Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, determinando a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento da parte que remanesce como objeto do recurso, em face do despacho de fl. 289. (Em 18-10-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.007 — RS

(Registro nº 89.0010605-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Carmem Regina Albernaz Cordeiro e outros*

Advogados: *Drs. Ícaro Braile Franca e outros. José Eduardo Boeira e outros*

EMENTA: Imóvel. Mutuário. Reajuste das prestações. Fundamento Inatacado.

O Decreto-Lei nº 19/66 ao determinar obrigatória a adoção de cláusula de correção monetária nas operações do Sistema Financeiro da Habitação, não proibiu continuassem sendo aplicados índices de correção monetária de acordo com a equivalência salarial.

Assentando a decisão recorrida em mais de um fundamento suficiente e não abrangendo o apelo extremo todos eles, inadmissível se torna o conhecimento do recurso especial em que foi convertido.

Aplicação da Súmula 283 do E. STF.

Afastada a negativa de vigência aos artigos 1º, do Decreto-Lei 19/66 e 13 da Lei nº 5.107/66, bem como a alegada divergência jurisprudencial.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente, Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por mutuário do Sistema Financeiro da Habitação, objetivando lhes sejam assegurados reajustes das prestações de suas casas próprias de acordo com a equivalência salarial.

Em primeira instância a segurança foi concedida e os recursos interpostos desprovidos, ao fundamento de que o plano de equivalência salarial além de instituído pelo BNH está previsto nos contratos.

Irresignada, recorre extraordinariamente a CEF, com fundamento no art. 119, III, letras *a* e *d* da Constituição Federal anterior, e arguindo relevância da questão federal.

Sustenta a recorrente, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, alega que o v. acórdão recorrido negou vigência aos artigos 1º, do Decreto-Lei nº 19/66, 13 da Lei nº 5.107/66 e 187 e o RISTF, bem como divergiu do aresto proferido pelo Excelso Pretório na Representação nº 1.288-3-DF.

Negado seguimento ao recurso e não interposto agravo de instrumento, os autos subiram ao E. STF em razão do acolhimento da argüição de relevância.

O eminente Ministro Relator determinou a conversão do recurso em especial e a remessa dos autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente: Subiu o recurso apenas pelo acolhimento da argüição de relevância.

É pacífico na doutrina e em nossa Excelsa Corte o entendimento de que o acolhimento da argüição de relevância não dispensa o Recurso Extraordinário do atendimento dos seus pressupostos. Neste sentido Samuel Monteiro, no seu Recurso Extraordinário e Argüição de Relevância, 1ª ed. 1987, Raul Armando Mendes, Ed. Saraiva, 1984, Arruda Alvim, em Argüição de Relevância no Recurso Extraordinário, editora Revista dos Tribunais, ed. 1988 e as decisões da nossa Corte Maior nos REs. nºs 109.654-DF, Relator Eminente Ministro Célio Borja, RTJ 124/325, 104.685-SP, Relator Eminente Ministro Rafael Mayer, RTJ 114/863, RE 101.232-SP, Relator Eminente Ministro Rafael Mayer, RTJ 110/388, RE 102.137-RJ, RTJ 109/1283, com o mesmo Relator, RE 112.516-1, Relator Eminente Ministro Djaci Falcão, DJ, de 5-6-87, RE 110.259-4, DJ de 31-10-86, Relator Eminente Ministro Aldir Passarinho e RE nº 110.759-A, DJ de 19-8-88, Relator Eminente Ministro Néri da Silveira. Assim, deve ser examinado se o Recurso Especial atende ou não os seus pressupostos. Como o RE foi interposto na vigência da Constituição Federal de 1967 deve o mesmo ser examinado sob a égide do ordenamento constitucional anterior.

Entende a recorrente ter o v. acórdão recorrido negado vigência ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 19/66 e dado interpretação diversa ao artigo 5º da Lei 4.380/64, por ter concluído pela vigência deste dispositivo legal mesmo depois da decisão do Supremo Tribunal Federal na Representação nº 1.288-3/DF, em sentido contrário.

A alegada ilegitimidade *ad causam* da CEF, a nosso ver não existe, porque ela, efetivamente sucedeu o extinto BNH inclusive, na gestão do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do Fundo de participação de Variação Salarial, do Fundo de Assistência Habitacional e do Fundo de Apoio à Produção de Habitação para a População de Baixa Renda». (Artigo 1º do Decreto-Lei nº 2.291/86).

Além de sucessora é ela também terceira interessada no deslinde da controvérsia.

O v. acórdão rescindendo, por ter entendido que o Plano de Equivalência Salarial, deve ser respeitado, no reajuste das prestações da casa própria, não negou vigência ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 19/66, ao artigo 13 da Lei 5.107/66 e ao artigo 187 do RISTF.

Se é verdade ter nossa Corte Maior, na Representação nº 1.288-3/DF, entendido que o artigo 5º da Lei 4.380/64, foi revogado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 19/66, referida norma legal ao determinar obrigatória a adoção de Cláusula de correção monetária nas operações do Sistema Financeiro da Habitação; não proibiu continuassem sendo aplicados índices de correção monetária de acordo com a equivalência salarial. Tanto isto é verdade que o próprio BNH, mesmo após referida decisão do Supremo, continuou a baixar atos normativos, adotando equivalência salarial no reajustamento das prestações da casa própria. O chamado Plano de Equivalência Salarial foi instituído pela RC 25/67, (Plano C). Viria depois a RC 36/69 substituindo o Plano C pelo PES. Este Plano foi mantido até a edição da RC 12/73.

O entendimento adotado pela v. decisão rescindenda foi consagrado em reiteradas decisões do extinto TFR e também por esta Corte, no Recurso Especial nº 135.

Não houve violação ao artigo 13 da Lei 5.107/66 que exige sejam as aplicações do Fundo de Garantia feitas «segundo normas fixadas pelo BNH» e, aplicando-se correção monetária igual à das contas vinculadas. Hoje, os salários e o Fundo de Garantia são reajustados com o mesmo índice e, caso não fossem, eventual diferença seria coberta pelo chamado Fundo de Compensação de Variações Salariais, instituído pela RC 25/67.

Consta, também do v. acórdão rescindendo o forte argumento de que nas escrituras públicas de compra e venda com parte adjeto de hipoteca, firmada pelos mutuários com o agente financeiro a cláusula adotando o Plano de Equivalência Salarial e que aludidos contratos foram violados pela alteração unilateral, determinada pelo BNH ou seu sucessor. Este fundamento, por si só, é suficiente para sustentar o direito postulado. Esta questão não foi abordada na citada representação.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 108 859-1-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Rafael Mayer, apreciando questão idêntica, (aquisição de casa própria. Reajuste das prestações. Fundamento inatacado), entendeu que:

«Inadmissível é o recurso extraordinário se não atacou fundamento suficiente do acórdão, para conceder a segurança com base em direito adquirido, explicitamente respaldado no art. 153, § 3º da CF.

Recurso Extraordinário não conhecido.»

Por ocasião deste julgamento, salientou o Eminentíssimo Ministro Relator:

«Acolhendo argumento básico da inicial, de que o contrato firmado entre as partes estava sob o amparo da garantia do direito adquirido, invocados os arts. 153, § 3º da Constituição e 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o acórdão fez dessa razão, inequívoca e explicitamente, um dos fundamentos de sua decisão.

E se trata, sem dúvida, de um fundamento suficiente, capaz por si de lastrear o reconhecimento do direito postulado, independentemente das demais questões postas no acórdão, acertada ou erradamente.

Entretanto, o acerto ou o erro de tal fundamento, sob o crivo das próprias condições do contrato e da aptidão das leis de ordem pública ou imperativas, vigentes ou supervenientes, para regularem sua formação e seus efeitos sucessivos, já não se podem equacionar nesta instância por se haverem omitido os recursos extraordinários interpostos, qualquer deles, de suscitar a magna questão, pertinente à equação do ato jurídico perfeito diante da lei incidente ou superveniente, quer pela letra *a*, quer pela letra *d*. A Corte não pode, de ofício, aquilatar a correta aplicação dos preceitos, se eles não foram suscitados no recurso, sob o enfoque de seu errado ou desvirtuado tratamento, e menos ainda proceder a um reexame de data ou cláusulas do contrato, que são matéria de fato, não colocadas à devida luz na instância ordinária, que não foi instada a fazê-lo nos embargos de declaração interpostos.

Vale notar, aliás, que a relevante questão não foi abordada na citada Representação de Interpretação, e é portanto matéria excedente dos seus efeitos vinculativos.

Assim, o fundamento inatacado sustenta o acórdão, sem que possam ser providos os recursos extraordinários, para desfazê-lo, pois ainda que procedente na parte em que impugnaram, o acórdão persistiria pela parte que nele não se impugnou.

Essa a razão da Súmula 283, de aplicação incontestada, a dizer inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.»

A Súmula nº 283 da Excelsa Corte estabelece que:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.»

No mesmo sentido os REs nºs 111 670-SP, *DJ* de 6-3-87 e 113 424-1-SP, *DJ* de 26-6-87, Relator Eminentíssimo Ministro Octávio Gallotti.

A divergência não foi comprovada por nenhum documento.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.007-RS — (Reg. nº 89.0010605-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Recdos.: Carmem Regina Albernaz Cordeiro e outros. Advs.. Drs. Ícaro Braile Franca e outros e José Eduardo Boeira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (1ª Turma — 11-10-89).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli e José de Jesus. Impedidos os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg e Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.023 — RJ

(Registro nº 89.10748-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Venâncio e Andrade Consultoria de Imóveis Ltda*

Recorridos: *Jayme Alves de Souza Filho e cônjuge*

Advogados: *Drs. Sebastião Fiorett e Hélcio Simas Luccas*

EMENTA: Corretagem. Comprovada a efetiva prestação de serviço, daí decorrendo expresse acordo entre os contratantes (recebimento de sinal, no caso, com dia e hora para a escritura), tem o corretor direito à comissão, embora o negócio não se ultime por fato atribuível a uma das partes, exclusivamente. Recurso especial conhecido pelo dissídio e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação ordinária objetivando o recebimento, por corretor, de comissão pela intermediação de negócio, que a sentença julgou procedente, nos termos seguintes:

«Segundo se depreende da contestação, os réus negam a ul-
timação do compromisso de compra e venda referido pela autora, à
conta de que se arrependeram oportunamente, daí a recusa de paga-
mento da corretagem.

Ora, se de fato houve arrependimento é porque o negócio che-
gou a ser concluído, com a aproximação útil das partes, de modo
que a conduta posteriormente assumida pelos réus nenhum reflexo
traz em prejuízo da pretensão da autora, que ora acolho (Pontes de
Miranda, *Tratado*, tomo XLIII, pág. 262, § 4.716, 2.^a edição).

Isto posto, julgo procedente o pedido e condeno os réus ao pa-
gamento da quantia de CZ\$ 450.000,00, atualizada a contar de ja-
neiro de 1988, acrescida dos juros da mora, a partir de citação, cus-
tas e honorários de 10% sobre o valor do débito».

Mas o Tribunal *a quo*, pelo acórdão de fls. 75/76, julgou improcedente
a ação, conforme esta ementa:

«Ação Ordinária — Obrigação de resultado — Tratando-se na
espécie dos autos de cobrança de comissão de corretagem por inter-
mediação de venda de imóvel, que não se efetivou, visto que, *in*
casu só restaria consumada pela lavratura e assinatura de escritura
pública de promessa de compra e venda, descabe por inteiro a co-
brança feita pelo ora apelado, por isso que, se dá provimento ao re-
curso para julgar a ação improcedente com a inversão do ônus da
sucumbência.»

Daí o recurso especial, com apoio no art. 105-III, alínea c, da Consti-
tuição, tirado em 6-6-89, assim admitido:

«Alega a Recorrente que o aresto discrepou da jurisprudência
dos Tribunais invocados às fls. nºs 85/89, razão do recurso.

Houve impugnação, à fl. 91.

O recurso merece acolhida, comprovando o dissídio, ainda que
excluídos os arestos do nosso e do Tribunal de Alçada Cível do
nosso Estado, em face da Súmula 369 do Egrégio Supremo Tribunal
Federal.

Admito, pois, o recurso, com fundamento no art. 105, nº III,
letra c da nova Carta.

Abram vista às partes, observando-se, no que couber, o art.
543, § 2º e seguintes do Código de Processo Civil, à falta de regula-
mentação específica».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. Sr. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): A exemplo do
despacho de admissão, quero crer suficientemente comprovado o dissídio.

Por exemplo, dos arestos arrolados pela recorrente, fls. 84/89, recolho, das respectivas ementas apontadas, pequenos trechos, que reputo suficientes, *verbis*: «Assiste ao corretor direito ao recebimento da remuneração, desde que o negócio se realize em virtude de sua regular intervenção, pouco importando a inexecução do contrato por culpa dos contratantes»; e «Na intermediação de negócio, o direito do mediador à percepção de corretagem emerge do instante do acordo de vontades expresso pelos contratantes». De conseguinte, conheço do recurso.

De acordo com os fatos que examino, porquanto conheci do recurso, a recorrente não só aproximou as partes, mas, quando dessa tentativa, um dos contratantes, o comprador, deu o sinal, ou arras, ficando, naquele momento, estabelecidos dia e hora para a escritura, documento de fl. 7. Leio-o (lê). Minutada a escritura, no dia da assinatura os recorridos não compareceram. Leio o seguinte nas alegações de fl. 82 (lê). Pelo visto, quando do arrependimento, por parte dos vendedores, ora recorridos, toda mediação, em termos de trabalho útil, já estava concluída pela corretora, ora recorrente. O negócio só não se ultimou por fato atribuível a eles, vendedores, qual reconhece, e bem, a sentença.

Dou provimento ao recurso, para restabelecer a sentença.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. presidente, também acompanho o Sr. Ministro Relator, com a observação de que, no caso, como destacado pelo eminente Ministro Nilson Naves, o negócio só não se consumou por obra e graça daquele que solicitou a intermediação. Ele arrependeu-se.

Nesse caso, também, acompanho.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.023 — RJ — (Reg. nº 89.10748-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Venâncio e Andrade Consultoria de Imóveis Ltda. Recorrido: Jayme Alves de Souza Filho e cônjuge. Advogados: Drs. Sebastião Fiorett e Hércio Simas Luccas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma 24-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.054 — RJ

(Registro nº 89.0010823-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente: *Restaurante Pousada dos Saveiros Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Srs. José Roberto de Almeida Dias, outro, e Eleusa de Magalhães Garcia.*

EMENTA: Tributário, ICM. Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.

Estabelecendo o Código Tributário Estadual (Decreto-Lei nº 5/75), no inciso I do seu art. 14, que o ICM incidirá sobre «o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria», norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como àquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem, não somente os produtos utilizados para sua feitura, mas, também o trabalho efetuado para tal fim, não se verificou conflito entre o julgado recorrido e a Súmula nº 574 do STF, e nem divergência com acórdão do mesmo Tribunal no qual se assentou ser «inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes».

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A sentença, em seu relatório, expôs com precisão a matéria discutida nos autos. Ei-lo:

«1.1 Vistos estes autos de Mandado de Segurança, impetrado por Restaurante Pousada dos Saveiros Ltda., na pessoa de seu re-

presentante legal, em face do Sr. Inspetor Chefe da Inspetoria Regional de Itaguaí (3.2), alegando, em resumo, que se dedica à elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas, que são consumidas no próprio local em que são elaboradas, preparadas e, finalmente, fornecidas, e que tal atividade não pode originar cobrança de ICM, por falta de legislação adequada e, mesmo assim, acha-se sob ameaça de sofrer autuação fiscal e conseqüente inscrição da dívida para cobrança executiva, evidenciando-se o *periculum in mora*, assim, por entender arbitrária, abusiva e ilegal a atitude da autoridade impetrada, requer esta prestação jurisdicional, com base na Constituição Federal, no CTN e Decreto-Lei nº 406/68, esperando a concessão da liminar e, afinal, da segurança, pelas razões que deduz, com amparo na Doutrina e Jurisprudência, para que se abstenha a autoridade de exigir o recolhimento do ICM e tornada nula e sem eficácia qualquer inscrição na dívida ativa, documentos do não recolhimento do ICM nas operações a que se dedica. Anexa documentos às fls. 15/26.

1.2. As informações da autoridade impetrada vêm às fls. 34/47, apresentando as cópias de fls. 48/77, esclarecendo que o Código Tributário Estadual, Decreto-Lei nº 5/75, em seu art. 4º, inciso III, prevê a hipótese da incidência do ICM nos negócios efetuados nos estabelecimentos referidos pelo impetrante, e, quanto à base de cálculo, o mesmo Estatuto, em seu art. 14, especifica-se, determinando tenha por base o valor da operação somente se buscando outros critérios, se não determinado este valor, o que pode ocorrer face à infinidade de produtos diferentes, ocasionando a opção pela base de cálculo genérica, sendo impossível para o legislador prever todas as situações concretas, tanto que o CTN, em seu art. 97, inciso IV, visa apenas a evitar que a alíquota e a base de cálculo sejam determinadas em atos normativos da menor expressão que a lei, a seguir, referindo-se também ao art. 14, inciso I, do Decreto-Lei nº 5/75, §§ 1º e 2º do art. 8º, do Decreto-Lei nº 406/68, dissecou em profundidade toda a questão, além de transcrever os referidos dispositivos legais.»

Na decisão que a seguir proferiu, o Dr. Juiz denegou o mandado de segurança, vindo tal julgado a ser confirmado pela Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em acórdão cujos fundamentos foram assim resumidos na respectiva ementa:

«ICM — Fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares.

Base de cálculo prevista na lei estadual. Legítima a cobrança pretendida pelo fisco.»

Inconformada, a impetrante interpôs recurso extraordinário alegando que o julgado recorrido contrariara o art. 119, III, letra a da Constituição, e o art. 325, I, do RISTF, negara vigência ao item XI da mesma disposição

regimental, violara a Súmula nº 574 da Corte Suprema, julgara válida lei de governo local contestada em face de lei federal, e dera, a esta última, interpretação divergente daquela emprestada pelo mesmo Tribunal.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido e processado, sendo remetido a este Tribunal em face de sua transformação em especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):
Das arguições feitas pela recorrente, as que terão que ser consideradas neste julgamento são as de violação da Súmula 574 do Supremo Tribunal Federal e divergência do julgado com acórdão desse Tribunal.

Reza a Súmula nº 574 do STF:

«Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar.»

Decidiu, de sua vez, a Primeira Turma do mesmo Tribunal no acórdão trazido a confronto:

«ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e similares em restaurantes e bares. Prestação de serviços. Base de cálculo.

É inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes.»

Ora, como argumentou o Estado do Rio de Janeiro na impugnação ao recurso, o Código Tributário Estadual, Decreto-Lei nº 5/75, no art. 14, inciso I, estabeleceu que o ICM incidirá sobre «o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria», norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem, não somente os produtos utilizados para sua feitura, mas, também o trabalho efetuado para tal fim.

Não há, assim, a divergência apontada, e, quanto à ofensa à Constituição, será matéria a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual deverão ser os autos remetidos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.054 — RJ — (Reg. nº 89.0010823-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Restaurante Pousada dos Saveiros Ltda. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. José Roberto de Almeida Dias, outro, e Eleusa de Magalhães Garcia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, (Em 11-10-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 1.071 — RJ
(Registro nº 89.10840-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Hotéis Othon S.A.*

Advogada: *Dra. Aline Gonzales Rocha*

Recdo.: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogado: *Dr. Marcus de Moraes*

EMENTA: Tributário. ICM. Fornecimento de Alimentação e Bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Inexistência, na legislação estadual, da definição da base de cálculo do tributo. Ilegitimidade da cobrança. Precedente.

Recurso provido.

Remessa dos autos ao STF.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Cuida-se de mandado de segurança, requerido por «Hotéis Othon S/A», empresa do ramo hoteleiro, visando a se eximir do ICM relativamente ao fornecimento de alimentos e bebidas em seus estabelecimentos, sob o fundamento de que a legislação estadual é omissa no que concerne à fixação da base de cálculo do tributo, exigida pelo Código Tributário Nacional.

A sentença, denegatória do *writ*, foi confirmada pela Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois proferida em consonância com jurisprudência uniformizada, segundo a qual o Código Tributário Estadual (Dec.-Lei nº 5/75, dispõe tanto sobre o fato gerador (art. 4º), como sobre a base de cálculo do tributo (art. 14), que é o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria — fls. 208/211 e 258/259).

Dai o extraordinário interposto pela impetrante, apoiado nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional anterior, com alegações de contrariedade aos artigos 19, I, e 153, §§ 2º e 29, da Carta Magna; negativa de vigência do art. 97, IV do CTN, bem como dissídio jurisprudencial e com a Súmula nº 574-STF.

Admitido na origem pela letra *d*, apresentadas as razões, subiram os autos ao Pretório Excelso, que os remeteu a esta Corte, competente para julgar o recurso na parte em que foi convertido em especial — fl. 345.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na espécie, o ponto nodal da questão, trazida à discussão pelas partes, é o de saber se a legislação estadual do Rio de Janeiro fixou, ou não, a base de cálculo do ICM, para que este possa ser exigido em operações concernentes ao fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares.

O fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares é fato gerador de ICM, consoante estabelece o art. 1º do Decreto-Lei nº 406 de 31-12-68, *verbis*:

«Art. 1º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento; e

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

No âmbito estadual foi tal tributo instituído pelo Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975, com três hipóteses de incidência, definidas no art. 4º, a saber:

«I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do esta-

belecimento, inclusive quando se tratar de matéria-prima destinada à industrialização de produto tributado e de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento; e

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

No que concerne à base de cálculo, diz o art. 14 do referido decreto-lei estadual:

«Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria».

Esta a base de cálculo sustentada pelo Fisco, isto é, sempre o *valor da operação*. Na falta deste é que se buscariam outros critérios para apuração do valor do tributo devido. Assim, não poderia o contribuinte subtrair-se ao pagamento do ICM sob o fundamento de que as operações de fornecimento de alimentos e bebidas não têm base de cálculo definida em lei. O valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria é a base para todas as operações, pouco importando que, juntamente com o fornecimento de alimentos e bebidas, ocorra simultaneamente a prestação de serviços.

Essa interpretação, também adotada pelo acórdão recorrido, é contestada no brilhante parecer de fls. 200/206, que adotou e do qual transcrevo o seguinte tópico:

«Assim, como o ICM não pode, jamais incidir sobre a soma do fornecimento de mercadoria com o valor do próprio serviço, parece certo que, no fornecimento de alimentação, em restaurantes, o imposto estadual não pode ser cobrado sobre o «valor total da operação de saída» ou sobre o valor total cobrado pelo restaurante ao consumidor, porque, neste valor, estão incluídos, tanto o fornecimento da mercadoria (sujeita ao ICM), como o valor do serviço de sua preparação (não sujeito ao ICM).

Para resolver tal situação, é necessária a previsão expressa de lei, porque a base de cálculo de tributos é matéria a ela reservada, não podendo a autoridade administrativa, à falta de disposição legal, usar seus próprios critérios para separar o que é tributado do que não o é.

É isto, precisamente, o que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

«ICM sobre alimentação e bebidas fornecidas em bares, restaurantes e similares. Embora um único imposto incida na operação, dela se há de deduzir o que é estranho à base impositiva. A ausência de definição da base de cálculo do tributo torna sua cobrança (RE nº 109.707-8 — SP e RE nº 109.922-4 — SP, 2ª Turma, Rel.: Min. Carlos Madeira, D. Just. de 5-9-86, pág. 15843).»

No despacho de admissão do RE, assim se manifestou o ilustre Desembargador Geraldo Arruda Guerreiro, *verbis* (fl. 302):

«Estabelecer a cobrança de um tributo é instituí-lo, definir seu fato gerador e fixar sua base de cálculo.

A decisão recorrida aplicou, por analogia, o artigo 14, I do Decreto-Lei nº 5/75, que se refere ao «valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria», ou seja, ao fato gerador do artigo 1º, inciso I do Decreto-Lei nº 406/68.

Divergiu, portanto, da Súmula nº 574.

Na verdade, só a partir do exercício de 1988 o Estado do Rio de Janeiro fixou, por lei, a base de cálculo relativa ao fato gerador de que tratam os autos.»

Com essas considerações e, tendo em vista o que esta Turma decidiu no Recurso Especial nº 610 — RJ, relatado pelo eminente Ministro *Ilmar Galvão* (assentada de 27 de setembro último), com apoio, também, na farta jurisprudência trazida pela recorrente (fls. 269/286), que se aplica à hipótese destes autos, conheço do recurso, pela letra a e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.071 — RJ — (Reg. nº 89.10840-9) — Rel.: O Exmo. Min. Américo Luz. Recte.: Hotéis Othon S.A. Recdo.: Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. Aline Gonzales Rocha e Marcus de Moraes.

Decisão: «A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator». (2ª Turma — 18-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros *Ilmar Galvão*, *Vicente Cernicchiaro*, *Adhemar Maciel* (Juiz do TRF — 1ª Região, convocado) e *Miguel Ferrante*. Licenciado o Sr. Ministro *Carlos Velloso*. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro **MIGUEL FERRANTE**.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.147 — RJ

(Registro nº 89.0011069-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Carlos Pinto Gomes*

Recorrida: *Maria da Glória Flecher Bittencourt Schlobach*

Advogado: *Dr. Celso Maria da Conceição. Dr. Antonio C. V. de Losio e Seiblitiz.*

EMENTA. Locação. Estabelecimento de saúde. Lei nº 6.239/75.

O artigo 1º da Lei nº 6.239/75, restringindo drasticamente os direitos do proprietário, está a demandar interpretação que não leve a abarcar se não as estritas hipóteses que justificaram sua edição.

Por estabelecimento de saúde, para os fins da lei, devem ser entendidos aqueles em que se faz internação, excluídos os utilizados apenas para consultas ou tratamento meramente ambulatorial.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 7 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Inconformado com a decisão do Egrégio Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro que, reformando a sentença de primeiro grau, julgou procedente ação de despejo que lhe é movida por Maria da Glória Flecher Bittencourt Schlobach, recorreu extraordinariamente Carlos Pinto Gomes, havendo argüido relevância. Sustenta que o imóvel retomando é utilizado por estabelecimento de saúde, só se podendo deferir o despejo nas hipóteses previstas no artigo 1º da Lei nº 6.239/75. No caso, entretanto, admitiu-se a denúncia vazia.

Recurso devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Locação. Estabelecimento de saúde: Lei nº 6.239/75.

O artigo 1º da Lei nº 6.239/75, restringindo drasticamente os direitos do proprietário, está a demandar interpretação que não leve a abarcar se não as estritas hipóteses que justificaram sua edição.

Por estabelecimento de saúde, para os fins da lei, devem ser entendidos aqueles em que se faz internação, excluídos os utilizados apenas para consultas ou tratamento meramente ambulatorial.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Por certo que não se poderia, *data venia*, aceitar o argumento, lançado no acórdão, de que as partes teriam, livremente, afastado a aplicabilidade da Lei nº 6.239/75. Trata-se de lei de ordem pública, a respeito de cuja incidência não podem os contratantes dispor. Adequada, entretanto, a fundamentação trazida na declaração de voto de fl. 201, como se procurará mostrar.

Está a questão em interpretar a abrangência que devam ter as expressões «hospitais e estabelecimentos de saúde» contidas no artigo 1º da citada lei.

A proteção dispensada a locações, que tenham determinadas finalidades, é antiga entre nós. Já o Decreto-Lei nº 9.669/46 estabelecia um prazo especial, para a desocupação, quando se tratasse, dentre outros, de estabelecimento de ensino ou hospitalar. A Lei nº 1.300/50 ampliou o benefício, vedando ações de despejo, salvo nos casos que excepciona, «contra estabelecimentos de saúde e de ensino, asilos e creches» então existentes. A Lei nº 3.085/57 manteve o favor relativamente a «hospital ou estabelecimento de ensino». Já a Lei nº 4.494/64 referiu-se a «hospitais, unidades sanitárias oficiais, estabelecimentos de saúde e de ensino». Extinto o tratamento especial por legislação posterior, foi restabelecido pela lei invocada no recurso.

Vê-se que o legislador ora faz referência apenas a hospital, ora a estabelecimento de saúde e ora utiliza-se das duas expressões. Não tenho dúvida em admitir que estabelecimento de saúde constitui expressão mais abrangente que hospital. Entende-se este último como local destinado à internação de pessoas doentes. O estabelecimento de saúde não cuida necessariamente de enfermos como sucede, por exemplo, com as maternidades, que se devem ter como incluídas no favor legal. De qualquer sorte, entretanto, a tendência sempre foi de interpretar estritamente o dispositivo, não lhe ampliando o campo de incidência. A norma restringe drasticamente os direitos do proprietário, obstaculizando até mesmo a retomada para uso próprio. Cria, ainda, condição especial para a propositura da ação, mesmo se por infração contratual. Dispositivo dessa natureza deve ser aplicado com cautela, para que não abarque realmente mais que as hipóteses que justificaram sua edição.

Considero que estabelecimentos de saúde amparados pela lei são apenas os que comportam internação. Para aqueles em que o paciente comparece apenas para consulta, ou atendimento meramente ambulatorial, não se justifica o privilégio. O que não se recomenda é o despejo que envolva a remoção de pessoas que não se possam locomover. Fora daí não há porque o tratamento diferenciado.

Se se entendesse que qualquer lugar em que se cuidasse da saúde estaria compreendido no dispositivo legal em exame, todos os consultórios médicos e dentários seriam atingidos. E até mesmo os utilizados por psicólogos que, de algum modo, cuidam da higidez mental. Não se podendo elastecer o entendimento do termo de que a lei se valeu, tenho que o critério distintivo é o acima apontado.

No caso em exame, trata-se de estabelecimento de reabilitação fisioterápica que não se subsume à previsão legal.

Em visto do exposto, não conheço do recurso que se fundou apenas na alegação de violação da lei.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.147 — RJ — (Reg. nº 89.0011069-1) — Rel.: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Carlos Pinto Gomes. Recda.: Maria da Glória Flecher Bittencourt Schlobach. Advs.: Drs. Celso Maria da Conceição, Antonio C. V. de Lossio e Seiblitz.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator». (Em 7-11-89 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Min. GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.151 — RJ

(Registro nº 89.0011083-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Baluarte Construções Ltda.*

Recorrido: *Sérgio Fernando Pedrosa*

Advogados: *Dr. Sílvio Goldgenwicht. Dr. Sérgio Fernando Pedrosa*

EMENTA: Sentença terminativa. Apelação. Limitações a que se sujeita o julgamento desta.

Se a sentença extingue o processo, sem julgamento do mérito, não é lícito ao julgador de segundo grau, a pretexto de modificar-lhe os fundamentos, decidir o mérito da causa.

ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 14 de novembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Baluarte Construções Ltda. ajuizou medida cautelar de exibição de documento contra Sérgio Fernando Pedrosa. Alegou que, por contrato particular, a antecessora sua prometera vender determinado imóvel ao réu, devendo o respectivo preço ser pago em prestações. Este vinha saldando regularmente o débito mas, a partir de certa época, sustou subitamente os pagamentos. Acrescenta que mantinha sociedade com outra empresa que contabilizava em seus livros todas as operações imobiliárias, inclusive as feitas pela autora. Ocorre que, após divergências com aquela, vieram os livros a se extraviar, ficando a autora sem condições de precisar o real débito do réu. Conclui pedindo seja a este determinado que exiba todos os comprovantes de pagamentos efetuados.

Processado o feito, a sentença terminou por extinguir o processo, sem julgamento do mérito, com fundamento em que as partes pretendiam declaração judicial sobre existência ou não de dívida, o que seria impossível nos limites do processo cautelar.

Apelou a vencida, sendo a sentença mantida por fundamento diverso. Considerou o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua Primeira Câmara Cível, que não tinha direito a autora de postular a exibição, posto que os documentos não eram comuns.

Manifestou a autora recurso especial, alegando que violados os artigos 515 e 358, III, do CPC. O recurso foi admitido por entender-se que efetivamente fora contrário o primeiro dos dispositivos citados.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Sentença terminativa. Apelação. Limitações a que se sujeita o julgamento desta.

Se a sentença extingue o processo, sem julgamento do mérito, não é lícito ao julgador de segundo grau, a pretexto de modificar-lhe os fundamentos, decidir o mérito da causa.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O Direito Processual Civil Brasileiro permanece fiel ao entendimento de que o exame do mérito, em segundo grau, condiciona-se a que o tenha sido em primeiro. Não se me afigura o melhor sistema e não é sem razão que outros ordenamentos como, por exemplo, o italiano, francês e português, não o adotam com os rigores do nosso. A propósito, já tive ocasião de escrever, em trabalho que se acha publicado na Revista Forense, vol. 286, propugnando por mudança em nosso direito positivo. Entretanto, não é lícito duvidar de que subsiste entre nós a estrita observância do duplo grau, não podendo o mérito da causa ser decidido, em segundo, se não mereceu exame no primeiro. Isso resulta, não apenas do invocado artigo 515, como também do artigo 463 do Código de Processo Civil.

No caso em exame, a sentença limitou-se a afirmar a incompatibilidade do processo cautelar com a pretensão das partes. Obviamente não decidiu o mérito. Note-se, aliás, que o pedido formulado na inicial não é o apontado pelo MM. Juiz. O que se pretende é exibição de documentos, pouco importando que, no desenrolar do processo, a discussão haja desbordado para temas paralelos. O acórdão, entretanto, examinou a questão, como posta na inicial, e, a pretexto de modificar os fundamentos da sentença, decidiu o que dela não tinha sido objeto. Proclamou a falta de direito da autora para demandar a exibição. Ao fazê-lo, violou realmente o artigo 515 do CPC.

Pelo exposto, conheço do recurso pela letra a e dou-lhe provimento para cassar o acórdão, devendo outro julgamento ser proferido, em que se decida sobre a questão preliminar que serviu de fundamento para a sentença.

EXTRATO DA MINUTA

Resp nº 1.151 — RJ — (Reg. nº 89.0011083-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Baluarte Construções Ltda. Recdo.: Sérgio Fernando Pedrosa. Advs.: Drs. Silvio Goldgenwicht e Sérgio Fernando Pedrosa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela letra a e deu-lhe provimento (3ª Turma — 14-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Min. NILSON NAVES.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.178 — SP

(Registro nº 89.0011133-7)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Alberto Nunes Júnior*

Advogado: *Dr. Carlos Biasotti*

EMENTA: Criminal. Tráfico de tóxico. Sentença Condenatória. Recorribilidade. Prisão do réu.

Regime de execução da pena. A determinação sentencial de que poderá a pena ser cumprida em regime aberto não impede o dispositivo da prisão inicial, também expressamente imposto pela sentença em consonância com o art. 35 da Lei nº 6.368/76.

Recurso Especial conhecido e provido, com base nas letras a e c do permissivo constitucional.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para cassar a ordem de *Habeas Corpus*, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O Ministério Público recorrente mostra-se irresignado com o v. acórdão da Eg. Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, lavra do Desembargador Ary Belfort, a cujo teor decidiu-se conceder o *habeas corpus* suplicado para que, solto, apelasse o réu de tráfico de tóxico (art. 12 da Lei nº 6.368/76), tudo a fundamentos assim exemplificados:

«O que não tem nenhuma explicação é a concessão do regime aberto (matéria que se não pode mais questionar, à vista da omissão recursal do Dr. Promotor) mas se insira a prisão, prévia e determinadamente, para efeito recursal.

Essa incômoda postura traz variada sorte de reflexos. Uma delas, mais aparente, induz à ilação de que a prisão figurou, exclusivamente, como condição recursal; sem nenhuma outra projeção. É o que diz, em imarcescível clareza, a parte final da respeitável sentença. Em antecipação do futuro, pois não era possível, então, saber se o condenado iria, ou não, apelar.

O que decorre, dessa situação, é que, para se safar à prisão, bastaria que o condenado manifestasse o propósito de não recorrer. Quer dizer, solto durante o processo, premiado com regime aberto, deve ver-se prender apenas para recorrer. Porquanto, se não recorrer, ou recorrendo tiver mantida a condenação, será de novo solto.

Nessa conjuntura, que é o caso presente, o recurso em lugar de constituir exercício de direito normal e natural (por vezes, até impositivo e inafastável) acabou constituindo verdadeira penalidade. Nenhuma interpretação de lei pode levar a essa extravagância».

Com fulcro nas letras *a* e *d* do permissivo de então, o recurso sustenta que violada fora a vigência do art. 35 daquela lei, interpretado, ademais, em franco dissídio com a torrencial jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme os acórdãos colacionados, proferidos estes no sentido de que, e.g.:

«Apelação em Liberdade. Forma de privação de liberdade.

O art. 35 da Lei nº 6.386/76 é norma especial que vigora a par das disposições gerais estabelecidas em benefício de crimes de outra natureza e, estabelecendo categoricamente a exigência de prisão para apelar, mostra-se incompatível com a admissão, para esse fim de qualquer outra forma atenuada» de privação de liberdade» (RHC 64.623-9 — RS — 1ª T — Min. Octávio Gallotti — DJ de 19-12-86, pág. 23338)» — RTJ — 120/237.

Admitido e processado o recurso extraordinário, perante o Supremo Tribunal Federal se manifestou o Subprocurador-Geral da República, Dr. Valim Teixeira, nestes termos:

«2. A nosso ver, o presente recurso extraordinário deverá ser conhecido e provido, eis que devidamente comprovada a divergência jurisprudencial afirmada. Na verdade, o Colendo Supremo Tribunal Federal, examinando questão idêntica à discutida nos autos, já decidiu:

«Lei antitóxicos (Lei nº 6.368/76, art. 35).

Apelação.

O réu condenado pelo crime previsto no art. 12 da Lei Antitóxicos não pode apelar sem recolher-se à prisão. É o que resulta do art. 35 daquele diploma legal e da jurisprudência firmada a respeito (RHC 65 162-3 — SP — 2ª T. Min. Aldir Passarinho — DJ 154:16088, 14-8-87).

«Tráfico de entorpecente. O Direito de apelar está sujeito ao recolhimento à prisão (artigos 12, 13 e 35 da Lei nº 6.386-76) (RHC 65 666-8 — RJ — 1ª T. Min. Octávio Gallotti — DJ 231:27641, 4-12-87).

«Apelação em liberdade. Forma de privação da liberdade.

O art. 35 da Lei nº 6.386/76 é norma especial que vigora a par das disposições gerais estabelecidas em benefício de crimes de outra natureza e, estabelecendo categoricamente a exigência de prisão para apelar, mostra-se incompatível com a admissão, para esse fim de qualquer outra forma atenuada.

«De prisão de liberdade» (RHC 64 623-9 — RS — 1ª T. Min. Octávio Gallotti — DJ de 19-12-86, pág. 23338).

Habeas Corpus. Lei antitóxicos. Apelação. Em face do art. 35 da Lei nº 6.386/76, o réu condenado pelo crime previsto em seu art. 12 não pode apelar sem recolher-se à prisão. Inaplicação do art. 594 do CPP. Precedentes do STF» (RHC 65.834-2 — SP — 2ª T. Min. Célió Borja — DJ 33:2474, 19-2-88).

«Recurso de *Habeas Corpus*.

O condenado por tráfico de substância entorpecente não pode apelar sem se recolher preso (Lei nº 6.387/76, art. 35).

Inadmissibilidade de prisão albergue sob o regime domiciliar» (RHC 66 126-2 — SP — 1ª T. Min. Oscar Corrêa — DJ 85:10630, 6-5-88).»

3. Comprovado o que se encontra o dissídio jurisprudencial invocado, o nosso parecer é no sentido de que seja conhecido e provido o presente recurso extraordinário».

Considerada a oportuna instalação deste Eg. Tribunal, o Pretório Excelso decidiu converter o *extraordinário* em *especial*, consoante a declinatória de fls. 78.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, para melhor compreensão da controvérsia recursal, destaquem-se da sentença de primeiro grau as cláusulas reputadas inconciliáveis pelo v. acórdão recorrido:

«A pena privativa de liberdade poderá ser cumprida em regime aberto».

E mais adiante:

.....
Expeça-se o mandado de prisão, uma vez que o condenado não poderá recorrer em liberdade ante o disposto no art. 35, da Lei nº 6.368/76».

Por fim, acrescente-se a informação do mesmo Juiz, Dr. Tristão Ribeiro, prestada no *habeas corpus* de que se tratava:

«De outro lado, este Juízo não concedeu ao paciente o chamado regime aberto. O que está escrito na sentença condenatória é que «a pena privativa de liberdade poderá ser cumprida em regime aberto». A colocação do verbo («poderá») significa que o sentenciado deverá comprovar, perante o Juízo da Execução, que atende a todos os requisitos para entrar no regime aberto, uma vez presente apenas o pressuposto de ordem objetiva, ou seja, a quantidade da pena (art. 33, § 2º, CP).

Assim consultada a literalidade das examinadas disposições sentenciais, ao estilo declaratório a que se assemelhou a referida informação do sentenciante, convenha-se que é apenas aparente a *extravagância* a que alude o v. acórdão.

De fato, inegável por sua própria redação o sentido condicional do regime aberto prometido pela sentença, mais condicional se mostra a dita previsão sentencial ao se inteirar pela necessidade do recolhimento inicial à prisão como condição para recorrer. Conciliam-se, portanto, ambas as cláusulas, objetivamente distintas na compreensão de sucederem-se entre si com

vistas: uma, à futura execução da pena, e a outra, ao imediato recurso da condenação; uma ao favorecimento da pena a executar, certo ou não, imposto a Juízo do sentenciante, e a outra, ao maior rigor do pressuposto de recorribilidade, imposto pela própria lei — art. 35 da Lei nº 6.368/76.

Por outro lado, se não se contivesse em si mesma, essa conciliação dos dispositivos da sentença resultaria indispensável construir-se, em salvaguarda do igual peso dos valores que se defrontam. É que, *ad argumentandum*, mesmo que o trânsito em julgado do regime de execução penal, favorecente do réu, possa ser considerado incompatível com o regime recursal, no caso a coisa julgada a ser respeitada somente poderá sê-lo até o limite da expressa regra legal que, com destinação distinta dos modos do cumprimento da pena, estabelece o prévio recolhimento à prisão como imperioso pressuposto do recurso.

E por assim entender, tenho por ofendida a vigência do art. 35 da Lei 6.368, desde quando, também afrontando a colacionada jurisprudência dos tribunais, o v. acórdão atacado entendeu sobrepor como prejudicial à prisão inicial do réu (regra legal expressa) o regime aberto da execução da pena, se bem que conciliáveis ambas as condições cuidadas pelo mesmo dispositivo condenatório.

Aliás, lembro aos eminentes pares que, recentemente esta Eg. Turma julgou hipótese semelhante, na qual se discutiu a incorreção dessa indevida sobreposição de valores operada por *habeas corpus*. Refiro-me ao REsp nº 398-SP, Rel.: Min. Edson Vidigal, conhecido e provido em sessão de 11 deste mês de outubro.

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para cassar a ordem de *habeas corpus*.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Pedi vista para melhor examinar o quadro fático, que, neste caso, afigurou-se-me fugir completamente aos padrões.

É que o Juiz, na sentença, na parte dispositiva, admitiu expressamente o cumprimento da pena em regime aberto, mas logo adiante negou ao condenado o benefício de apelar em liberdade, em aparente antinomia.

Disso resultaria o absurdo apontado pelo acórdão: se não recorrer, o réu goza da liberdade, em regime aberto; se recorrer, vai para a cadeia.

Entendeu o Ministro Relator, num ingente e louvável esforço conciliatório, que o regime aberto, meramente prometido na sentença, teria, ainda, um sentido condicional.

E, nessa linha, divisando, na espécie, ofensa ao art. 35 da Lei 6.368/76, bem como a caracterização do dissídio, conheceu e proveu o recurso.

Penso, todavia, ser difícil ultrapassar, neste caso, o juízo preliminar de admissibilidade, já que não vejo na sentença mera promessa condicional de regime aberto, mas, como salientou o acórdão recorrido, a própria concessão desse regime, *ex vi* do que expressamente dispõe o art. 59, III, do Código Penal. Se esse dispositivo legal impõe ao Juiz o dever de fixar, na sentença, o regime inicial do cumprimento de pena, e se o Juiz de fato, sem especificar outro regime, declara, na sentença, que

«a pena privativa de liberdade poderá ser cumprida em regime aberto»

como se lê à fl. 11, não vejo como se possa deixar de ver nesse tópico da sentença a concessão do regime aberto.

Note-se que o Ministério Público não apelou nem opôs embargos declaratórios, razão pela qual, nesse ponto, o julgado se tornou imutável.

Tem, pois, a meu ver, inteira procedência estas agudas considerações do acórdão:

«O que não tem nenhuma explicação é a concessão do regime aberto (matéria que se não pode mais questionar, à vista da omissão recursal do Dr. Promotor) mas se insira a prisão, prévia e determinadamente, para efeito recursal.

Essa incômoda postura traz variada sorte de reflexos. Uma delas, mais aparente, induz à ilação de que a prisão figurou, exclusivamente, como condição recursal; sem nenhuma outra projeção. É o que diz, em imarcescível clareza, a parte final da respeitável sentença. Em antecipação do futuro, pois não era possível, então, saber se o condenado iria, ou não, apelar.

O que decorre dessa situação é que, para se safar à prisão, bastaria que o condenado manifestasse o propósito de não recorrer. Quer dizer, solto durante o processo, premiado com regime aberto, deve ver-se prender apenas para recorrer. Porquanto, se não recorrer, ou recorrendo tiver mantida a condenação, será de novo solto.»

Tais peculiaridades do caso concreto distinguem — no dos paradigmas trazidos à colação, que não cuidaram dessa excepcional hipótese de concessão de regime aberto.

Não vejo, pois, caracterizado o dissídio.

Por outro lado, parece-me fora de dúvida que a norma do art. 35 da Lei de Tóxicos supõe condenação à pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semi-aberto ou fechado, pois não se coaduna ele com o recolhimento à prisão de quem não está condenado a tanto, por sentença definitiva (trânsito em julgado para a acusação).

Dir-se-á que o Juiz equivocou-se ao conceder a réu condenado por tráfico o regime aberto.

Mesmo que assim se entenda, o mal tornou-se irreparável ante a ausência de irresignação por parte do Ministério Público. Suponha-se que, por equívoco, a sentença tivesse condenado o réu à pena de multa, omitindo a pena privativa de liberdade. Transitada em julgado para a acusação e havendo apelo só do réu, exigir-se-ia deste o recolhimento à prisão para impugnar, por exemplo, a multa ou o seu valor?

A situação é idêntica.

Conjugo o art. 35 da Lei de Tóxicos com o art. 393, I, do CPP. E daí extraio a seguinte conclusão: só se pode exigir o prévio recolhimento à prisão para apelar quando, por ausência de efeito suspensivo ao recurso, por incidência do art. 35, for possível expedir-se contra o réu mandado de prisão, em decorrência da sentença (art. 393, I). Se da sentença não decorre necessariamente o mandado de prisão, porque o seu dispositivo impõe outra forma de condenação, não há como sujeitar-se o réu a tão grave punição só para recorrer, sem outro objetivo mediato ou imediato.

Em conclusão, *data maxima venia* do eminente Relator, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.178 — SP — (Reg. nº 89.0011133-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recco.: Alberto Nunes Júnior. Adv.: Dr. Carlos Biasotti.

Decisão: Retomado o julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para cassar a ordem de *habeas corpus*. (5ª Turma — em 10-11-89).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Edson Vidigal. Ficou vencido o Sr. Ministro Assis Toledo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 1.230 — PR (Registro nº 89.0011287-2)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite

Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná

Recorridos: Wagner Marcelo Ribeiro da Silva (réu preso) Eduardo Kruger (réu preso)

Advogados: Dr. Antônio Roberto Tavarnaro, Dr. Luiz Renato Cardoso Crovador

EMENTA: Penal. Tóxico. Concurso de agentes.

O concurso de agentes, no caso de tráfico de entorpecentes, determina a incidência do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento nos termos e condições do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Por bem resumir a espécie, adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, nestes termos:

«O Ministério Público do Estado do Paraná, fundamentos das letras *a* e *c*, art. 105, III, do Texto Constitucional vigente (anteriormente letras *a* e *d*, art. 119, III), ingressou com Recurso Especial admitido às fls. 168.

Como argumenta, à *vexata quaestio*, objeto do presente recurso, cinge-se ao seguinte: *se a majorante prevista no art. 18, inciso III, 1.ª parte, da Lei de Drogas (Lei nº 6.368/76) é, ou não, aplicável ao concurso de agentes na hipótese do art. 12 da mesma lei.*

É que o acórdão recorrido, fl. 115, considerou, teor da ementa:

«Num ponto, porém, colhem êxito os recursos, na forma bem exposta pela ilustre defesa, de que no caso tratou-se de simples concurso de agentes, sem que se possa ver a prática delituosa como decorrente de uma associação, modalidade capaz de permitir a agravação penal (art. 18, III, da Lei nº 6.368/76), delito esse que não alcançou comprovação, na instrução.»

Razões vieram, socorrendo-se dos termos da petição recursal. E sofreram contrariedade, fls. 174 e 178.

Esta última suscita preliminares de ilegitimidade e ausência de interesse, vez o *parquet* se manifestara no sentido da decisão recorrida».

Opinando, o parecer é pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A circunstância de o r. acórdão recorrido haver decidido na conformidade do parecer do Ministério Público, em segunda instância, na função de fiscal de lei, não interfere no interesse de recorrer do *parquet*, enquanto parte na ação penal, pelo que rejeito a preliminar suscitada nas contra-razões de fls. 178/179.

A questão de fundo, como filtra do relatório, consiste em saber se o concurso de agentes, no caso de tráfico de entorpecentes, determina a incidência da causa especial de aumento da pena do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76.

O r. aresto recorrido entendeu que não, aduzindo o voto-condutor que «a associação de que trata o art. 18, III, da Lei nº 6.368/76 exige que a *societas* fique estabelecida além da ocasional, transitória e esporádica co-operação na prática dos crimes dos arts. 12 e 13, da Lei de Tóxicos.

Todavia, a multicitada lei, em reprochável elaboração legislativa, trata da associação em dois dispositivos distintos: no art. 14, como delito autônomo e no art. 18, III, como causa especial de aumento da pena.

Com efeito, não se pode conceber a dupla incidência sobre o mesmo fato, gerando um *bis in idem* odioso, na expressão usada por Vicente Greco Filho, o que conduz necessariamente o intérprete à tarefa de harmonizar os dois dispositivos.

Dáí a existência de duas correntes de opinião. A que entende referir-se o art. 14 à associação estável, resultante de prévio ajuste, concernindo o art. 18, III, à associação eventual, assim entendida a convergência ocasional de vontades, ou seja, a mera reunião de agentes, contrapõe-se a que sustenta aludirem ambos os dispositivos à mesma figura, punindo-se a associação como delito autônomo quando é o único cometido.

Para essa última corrente, «se o agente, além da associação cometer, em decorrência dela, outras ações que se possam caracterizar como de comércio ilícito de drogas, por exemplo, terá a sanção destes majorada de um a dois terços, na forma do disposto no art. 18, III, da legislação», como explicita Menna Barreto (Estado Geral da Nova Lei de Tóxicos, Ed. Rio, pág. 88).

Conquanto haja perfilhado este entendimento, na Primeira Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos (confira-se, *inter plures*, o acórdão na ACr nº 7.313-SP), certo é que acabou não prevalecendo na Seção especializada, ao que ressuma dos acórdãos proferidos nas Revisões Criminais nº 483 e 505, assim enunciado, o último, na parte que interessa:

«Concurso material entre o delito de associação (art. 14 da Lei de Tóxicos) e o delito de tráfico (art. 12, *caput*). Possibilidade, desde que a associação revele a existência de ajuste prévio e conluio duradouro, distinguindo-se da mera reunião ocasional de agentes em concurso (co-autoria ou participação).»

De inteira adequação ao caso dos autos é o acórdão proferido na ACr nº 8.820-MS, em cuja ementa se lê:

«Quando atípica em relação ao delito de associação (art. 14 da Lei nº 6.368/76), na falta de ânimo associativo mais duradouro, então a co-autoria no tráfico impõe a incidência da majorante prevista no art. 18, III, da mencionada lei.»

Assim, e tendo em vista os rumos da jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, claramente indicados no precedente trazido a confronto pelo recorrente (RE nº 114.294-4-PR), não vejo razão para persistir no meu ponto de vista.

Admitindo, pois, o fundamento em que se estabelece a distinção entre a associação de que trata o art. 14 e a do art. 18, III, forçoso reconhecer que o concurso de agentes, no caso de tráfico de entorpecente, determina o aumento da pena.

Do exposto, Senhor Presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento, para cassar o r. acórdão recorrido, na parte em que expungiu das reprimendas impostas aos réus-recorridos o aumento de pena operado pela aplicação do art. 18, III, da Lei nº 6.368, restabelecendo, no ponto, a sentença de primeiro grau. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.230 — PR — (Reg. nº 89.0011287-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recdos.: Wagner Marcelo Ribeiro da Silva (réu preso) e Eduardo Kruger (réu preso). Advs.: Dr. Antônio Roberto Tavarnaro e Dr. Luiz Renato Cardoso Crovador.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento nos termos e condições do voto do Sr. Ministro Relator. (6ª Turma — 28-11-89).

Votaram os Srs. Ministros Dias Trindade, William Patterson e José Cândido. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.287 — RS

(Registro nº 89.0011441-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Recorrente: *Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB*

Recorrida: *Laura da Silva Germano*

Advogados: *Drs. Regina Morais Regius e outros. Jorge Sant'Anna Bopp e outros*

EMENTA: Recurso Especial. Previdência privada. Moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios.

A moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido na Lei 6.435/77, não havendo direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito.

Precedentes do STF e do STJ.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pelos dois fundamentos para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Trata-se de ação de cobrança de benefícios da previdência privada, em que viúva de segurado pretende haver da Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil (APLUB) os valores de sua pensão, vinculados ao salário mínimo em vigor no País e não consoante indexação pretendida pela ré e ora recorrente.

O Dr. Juiz julgou improcedente a ação e sua sentença foi reformada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dentro do critério de que as contribuições têm de ser na mesma proporção do benefício assegurado (fls. 373/379). Essa decisão foi mantida nos embargos infringentes (fls. 416/421).

A APLUB interpôs recurso especial, com base no art. 105, inciso III, letras a e c, da CF/88. A recorrente alegou negativa de vigência das Leis nºs 6.205/75, 6.423/77, 6.435/77, como o do art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

E comprovou o dissídio jurisprudencial.

A presidência do Tribunal de origem admitiu o recurso (fls. 562/564) e determinou a remessa dos autos a esta Egrégia Corte (fl. 613).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A recorrente arrima-se na Lei 6.205, de 29-9-1975, que afastou o salário mínimo como fator de atualização dos benefícios. Também se vale da Lei nº 6.423, de 17-6-1977, que passou a indexar tais benefícios pela antiga ORTN. O mesmo fez em relação à Lei nº 6.435, de 15-7-1977, e do seu regulamento baixado com o Decreto nº 81.402, de 27-2-1978. Alega, em suma, não ser possível, por isso mesmo, continuar a cumprir o contratado, pois impera, em tais casos, o interesse do sistema de prevalência do social sobre o particular.

Mas o acórdão recorrido assegura que o interesse público está antes em que não se atrepele o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, que levaram o contribuinte ao direito à contraprestação exigível nos estritos termos do pacto e sem possibilidade de denúncia unilateral. Se bem que a legislação *sub censura* tenha caráter de ordem pública, nem assim seria capaz de atingir os direitos constitucionalmente amparados, tanto mais se na missão odiosa de restringi-los retroativamente.

Acho, porém, que o recurso merece ser conhecido pelos dois fundamentos, pois se o dissídio, tal como provado, decorre da interpretação da lei, não há, logicamente, como desconsiderar-se a própria causa do dissídio.

Firmei opinião, em face das decisões desta Egrégia 3ª Turma (Cf. REsp nº 3, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, e REsp nº 29, Relator Ministro Cláudio Santos), a respeito de que o contrato em exame é duração continuada e que as Leis 6.025 e 6.423 são de direito público e de natureza monetária. Elas atribuem poder liberatório à indexação fixada nos padrões de variações das antigas ORTNs. E, nesta condição, incidem sobre os contratos em curso, como ocorreu, notoriamente, no caso das locações e na generalidade desses contratos, sendo de estranhar se abrisse exceção apenas para os contratos da previdência privada (Cf. Galeno Lacerda, voto na AC nº 583.032.123, 3ª Câmara Cível do TJRS, fls. 586/590).

Transcrevo, para fins de ilustração, o referido voto:

«O Des. Galeno Lacerda: Tenho opinião firmada a respeito do assunto. Entendo que os contratos em exame possuem prazo indeterminado e que as Leis 6.205 e 6.423 são de Direito Público e de natureza monetária. Na verdade, elas atribuíram poder liberatório à indexação legal fixada nos padrões de variações das ORTNs. Nessas condições, incidem sobre os contratos em curso, como ocorreu notoriamente no caso das locações e na generalidade dos contratos, e seria de estranhar que houvesse uma exceção para os contratos de previdência privada. Dispensamo-me de me alongar na fundamentação da tese porque a nossa pauta acha-se muito sobrecarregada e irei incorporar a meu voto, o que proferi na Apelação Cível nº 582.38/6, da qual fui Relator e que entrou em julgamento nesta Câmara na primeira sessão do mês. Lamento divergir do eminente Relator. Dou provimento à apelação para julgar a ação improcedente, con-

denando o autor nas custas e à sucumbência de 15% sobre o valor da causa, a título de honorários. Eis o voto incorporado: «Dispôs o art. 1º da Lei 6.205: Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito». E o art. 1º da Lei 6.423 completou: «A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)». É evidente que essas leis possuem natureza monetária. O fato econômico-político mais grave, que corrói há décadas a vida do País, é sem dúvida a inflação. Nada mais natural, portanto, que o Governo cumpra o dever elementar de ditar normas de indexação monetária, no desesperado afã de disciplinar o mal. Já que não pode extirpá-lo de vez. As leis monetárias, pela própria transcendência de Direito Público de que se revestem, são de aplicação imediata, segundo o consenso dos mestres de Direito Transitório, sobre os contratos em curso e, bem assim, sobre qualquer relação jurídica de outra natureza, pública ou privada, não ressalvada pelo novo texto. A propósito da incidência da lei nova sobre os contratos, Roubier destaca as normas que modificam o estatuto legal, e explica que elas os afetam porque «o estatuto legal constitui a situação jurídica primária, ao passo que o contrato resulta de situação secundária». E, depois de afirmar que as leis monetárias incidem sobre os contratos vigentes, esclarece com notável argúcia: «Et précisément, si elle a effet dans les contrats em cours, c'est parce qu'elle n'est pas une loi relative à une situation contractuelle, mais une loi relative à un statut légal, le statut de la monnaie; la loi, considérée comme loi de droit public, atteint tous les sujets de l'État, elle les atteint aussi bien dans leurs contrats qu'en dehors de tout contrat; c'est une erreur de considérer que la loi est relative aux contrats». («E precisamente, se produz efeito sobre os contratos em curso, é porque não se trata de lei relativa a uma situação contratual, mas a um estatuto legal, o estatuto da moeda; essa lei, considerada de direito público, atinge a todos os súditos do Estado, tanto em seus contratos como fora deles; é um erro considerá-la como lei concernente a contratos»). (Roubier, «Le Droit Transitoire», 2ª ed., 1960, pág. 426). De outro lado, ao tratar das causas futuras de extinção da situação jurídica em curso, ensina Roubier que é a lei do dia do pagamento que determinará «l'objet du paiement, c'est-à-dire les moyens monétaires qui serviront à la libération du débiteur. (Op. cit., pág. 332). Ora, no contrato previdenciário em exame, se estatuiu que os benefícios seriam pagos na escala do maior salário mínimo vigente. Estabeleceu-se, portanto, uma regra de pagamento, de extinção das obrigações em curso, segundo determinado critério de indexação monetária. Ocorre, porém, que lei nova, imperativa, de direito público, substituiu esse critério. Não há como negar-lhe a incidência

sobre as situações jurídicas em curso. Trata-se de lei que mudou o padrão monetário móvel, dentro da fruidez da infração; que «des-caracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária», segundo reza a ementa da Lei 6.205. Não há como negar-lhe aplicação imediata. Não afeta ela direito adquirido, pela simples razão, como acentua Roubier, de que inexistente direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal da moeda, matéria da competência exclusiva do Estado. Se, acaso, esse poder não se exerceu durante determinado período, no qual houve liberdade de convencionar determinada indexação, isso não significa que, manifestado o poder regulamentar nessa área, possam manter-se as convenções anteriores, *contra legem*, simplesmente toleradas em fase de lacuna legislativa, mas abolidas quando o Estado preencheu o vazio legal. Mesmo que se admita houvesse leis autorizadas do salário mínimo como padrão corretivo da moeda, claro está que a lei nova que altera esse padrão deve ser cumprida de imediato. Simplesmente porque não há direito adquirido a padrão monetário. Se novamente o Governo mudar o índice, não haverá também direito adquirido em relação aos contratos celebrados na base da ORTN, se a lei nova os não ressaltar. Não cabe dúvida de intenção do legislador, ao editar a Lei 6.205, de interferir nos contratos pendentes, intenção manifesta claramente no § 4º do art. 1º: «Aos contratos com prazo determinado, vigentes na data da publicação dessa lei, inclusive os de locação, não se aplicarão, até o respectivo término, as disposições deste artigo». Em outras palavras, sobre os demais contratos vigentes, a lei é de aplicação imediata. Com efeito, quando entrou em vigor esse diploma, todos os contratos de locação a prazo indeterminado, assim como todas as demais relações jurídicas privadas ou públicas, que haviam eleito o salário mínimo como critério corretivo do pagamento, foram por ele atingidas, se não ressaltadas. Em nenhum caso, se cogitou de argüir direito adquirido, porque inexistente e inaplicável. Por que, então, nesse universo de relações jurídicas, haverá de abrir-se exceção para os contratos de previdência privada, aos quais não favorece nenhuma ressalva legal? A incongruência seria gritante e inaceitável. Diz o autor que o contrato por ele celebrado foi a prazo determinado e que, assim, se abrangeria na exceção legal à incidência da Lei 6.205. A determinação do prazo resultaria da estipulação de pagar as prestações, num caso, durante 12 e, noutro, 14 anos. O argumento não convence. A indeterminação não está no prazo de pagamento das prestações, mas no das contraprestações pela ré. E este, na hipótese de pensão ou de pecúlio, terá como termo a morte do estipulante, evento *incertus quando*, o que basta para caracterizar o prazo como indeterminado. Como bem assinala Orlando Gomes, em seu parecer, o legislador usou a palavra «prazo», e não «tempo» determinado, a significar, sem sombra de dúvida, que somente excluía da incidência da lei os contratos a ter-

mo certo (*dies certus an certus quando*), e nessa categoria não se incluem as avenças que elegem a morte como termo. Ou, como, com igual brilho, lembra Miguel Reale, no parecer, não se pode considerar a prazo determinado um contrato no qual o associado ao Plano, como ocorre na espécie, pode dele desligar-se a qualquer tempo, mediante declaração unilateral de vontade. Inegável, portanto, a incidência da Lei 6.205 na espécie, não me impressiona o fato de a APLUB, em tempo posterior, ter continuado a pagar ao autor pensão mensal com base no salário mínimo. Fê-lo, não por dever jurídico, pois a lei modificara a situação pendente, senão que por mera liberalidade, aliás, de efêmera duração, visto como a Lei 6.435, de 15-7-77, que dispôs sobre a Previdência Privada, e normas regulamentares posteriores, inclusive das autoridades fiscalizadoras do setor, impuseram, de modo inarredável, a todas as entidades de previdência privada, a adoção do índice corretivo das ORTNs em todos os contratos vigentes. Somou-se, pois, à nova legislação monetária, outra lei imperativa específica. Daí a Circular de 2-5-80, através da qual a APLUB se viu compelida a comunicar aos associados a mudança do critério legal. Como disse Ripert, com absoluta propriedade, «a nova lei, que estabelece uma regra de ordem pública, pode tolerar que algumas convenções antigas continuem a aplicar-se, ainda que contrárias à regra, mas pode julgar, pelo contrário, que toda a derrogação à ordem estabelecida é suscetível de comprometê-la, e torna-se então necessário anular cláusulas cuja regularidade era incontestável na época em que foram aceitas pelas partes». «Quando a anulação é motivada pelo estabelecimento legal de um novo regime econômico, trata-se de uma nova aplicação da idéia de ordem pública». («O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno», trad. bras., 1937, pág. 312). Enfim, como último argumento, a arredar em definitivo a idéia de direito adquirido na espécie, basta atentar-se para o fato de que o Regulamento do Monte Aclub, a que os autores aderiram, previu expressamente, nos arts. 39 e 60, a hipótese de extinção legal do salário mínimo como padrão corretivo. Onde, pois, o direito adquirido?» (fls. 586/590).

Por outro lado, o dissídio se comprova, à mão de semear, principalmente com decisões de Turmas do STF, das quais destaco as seguintes, da 2ª Turma

«*Ementa*: a moeda do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada tem o seu valor definido pela Lei 6.435/77, segundo os índices das ORTNs, para todas as partes. Não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo. O pagamento se fará sempre

pela moeda definida pela lei do dia do pagamento. RE conhecido e parcialmente provido» (RE 105.137-0) (fl. 503).

«*Ementa*: Aclub. Benefício previdenciário. Reajuste. Salário mínimo: ORTN. Não há direito adquirido a que os benefícios de previdência privada sejam fixados segundo o valor do salário mínimo, se lei posterior fixa nova escala móvel, alcançando obrigações de origem contratual ou não» (RE 105.322-4-RS) (fl. 443).

Ante o exposto, conheço do recurso pelos seus dois fundamentos, para lhe dar provimento, e julgar improcedente a ação mediante a reforma do acórdão recorrido, respeitadas as situações pretéritas. Em consequência, impondo os ônus da sucumbência com honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.287 — RS — (Reg. nº 89.0011.441-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Gueiros Leite. Recte.: Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB. Recda.: Laura da Silva Germano. Advs.: Regina Moraes Regius e outros e Jorge Sant'Anna Bopp e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pelos dois fundamentos para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Julgado em 21-11-89 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.