

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 49 — SP

(Registro nº 89.0008183-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Relator para acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Ellen Lowenstein e outros*

Advogados: *Drs. Adriana Motta e Antônio Roberto Sandoval Filho*

EMENTA: Vantagem funcional. Prescrição. Decreto nº 20.910/32.

Tratando-se de vantagem funcional relacionada com a situação jurídica fundamental, a prescrição só atinge as parcelas que forem devidas, na forma prevista no artigo 3º, do Decreto nº 20.910/32.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator para acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Ação proposta por funcionários públicos contra o Estado de São Paulo foi julgada procedente por sentença, da qual foi interposta apelação, em cujo julgamento, pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, o relator assim expôs a questão posta nos autos:

«Ajuizaram os autores ação ordinária contra a Fazenda do Estado objetivando o cálculo, de forma cumulativa, dos adicionais temporais, com incidência sobre o conjunto dos vencimentos, com os adicionais antes incorporados, e dos adicionais sobre a sexta parte, em recíproca incidência, com reenquadramento na LC nº 180 e sua repercussão sobre as posteriores, mais os atrasados, com juros, correção e verbas da sucumbência.

A sentença julgou procedente, em parte, a ação, restringindo quanto ao enquadramento, a ser feito sem a repercussão pretendida, arbitrada a verba honorária em 10% sobre o total da liquidação, afastada a alegação de prescrição.

Ao pedido de reexame, somou-se apelo voluntário da Fazenda, reiterando a arguição de prescrição e sustentando que o pedido de cálculo em forma cumulativa envolve a denominada «cascata», não se compreendendo na tese acolhida na Uniformização nº 51.750-1.»

Na decisão a seguir proferida, a Turma desprezou a arguição de prescrição, ao argumento de que, na hipótese, o termo inicial respectivo ocorria a cada mês, e, inconformado, o Estado réu interpôs recurso extraordinário, alegando que o acórdão recorrido violara o Decreto nº 20.910/32, pois, com a promulgação da Lei Complementar nº 180/78, que alterara o sistema de cálculo dos adicionais aos quais faziam jus os autores, começara a correr o prazo de prescrição para insurgir-se contra tal alteração, que já se completara ao ser a ação ajuizada, em 22 de novembro de 1985.

Além disso, o mencionado acórdão, acrescentou, dera ao diploma legal referido interpretação diversa da que lhe emprestou o Supremo Tribunal Federal, e indicou como paradigma aquele proferido no julgamento do RE 99.336-3-SP, de que fora relator o Sr. Ministro Rafael Mayer, assim ementado:

«Prescrição. Decreto nº 20.910/32, artigo 2º. Gratificação *prolabore*. Extinção da ação para obter o benefício. Precedentes. Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamada, a cuja postulação se deixou ficar inerte o interessado, no decurso de prazo extintivo, e não prescrição referente às prestações de trato sucessivo ou de uma situação permanente.

Espécie distinta. Recurso extraordinário conhecido e provido.»

Os autos foram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, que os remeteu a esta Corte, e, tendo-me sido distribuídos, determinei fosse dada

vista à Subprocuradoria-Geral da República que, após acentuar consistir a questão em saber se ao ingressar a ação em Juízo depois de decorridos cinco anos da Lei Complementar nº 180/78, «estavam prescritas as prestações ou a base do direito», acrescentou:

«A questão, em seu mérito, envolve direito a perceber vencimentos segundo critérios fixados em normas estaduais constitucionais e legais, no caso, quinquênios e sexta parte.

Consabido que vencimentos e pensões estão alçados à categoria de alimentos. Há neste sentido inúmeras decisões da Suprema Corte e de outras cortes de Justiça.

Da Suprema Corte pode-se citar a que foi proferida no RE 88.110. Rel. Ministro Rodrigues Alckmin, cuja ementa tem o seguinte teor:

Ementa: Funcionalismo. Vencimentos (restituição).

1.
2. Vencimentos e salários têm privilégios de verba destinada a alimentos (CPC, art. 649, IX) não devendo impor-se sua restituição.
3. Precedente do STF 80.913 — Pleno 13-2-70.
4. RE — conhecido e provido — Publicado Aud. 18-10-78. Ementário STF 1.112-2.»

No voto, assim ressaltou o il. Relator:

«Conforta-se, o entendimento, na consideração de que vencimentos e salários têm privilégios de verba destinada a alimentos (CPC, 649, IX) e não deve impor-se à restituição destas.»

Ora, sendo os alimentos irrenunciáveis por força do art. 404 do CC, a prescrição não pode atingir o direito de reclamá-los a qualquer tempo, prescrevendo, apenas, em cinco anos, as parcelas que se deixou de reclamar, art. 177, § 10, I, do CC.

Do exposto, opina-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.»

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A questão posta nos autos já foi apreciada concretamente pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 112.778-3, cujo acórdão foi assim ementado:

Ementa: Prescrição. Vantagens funcionais. Óbices regimentais ultrapassados.

Prescrição quinquenal a atingir o próprio fundo de direito.

Se é certo que a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores a cinco anos quando o direito decorrente de uma lei não é implícita ou explicitamente negado pela Administração, atinge ela, porém, o próprio fundo do direito quando o ato atacado é a própria lei que teria retirado o benefício pleiteado, tendo sido, em consequência, deixado ele de ser pago aos postulantes. É o que resulta do art. 1.º do Decreto n.º 20.910, e seu § 1.º.»

Como acentuou, no julgamento referido, o Sr. Ministro Aldir Passarinho, relator, na causa então em exame, as autoras pleiteavam que fosse «proclamado que o adicional percentual por tempo de serviço, oriundo da Lei n.º 6.043/61 e mantido pelos arts. 94 e seguintes da LC n.º 180/78, deve prosseguir sendo calculado, no regime da LC, 180/78, e legislação subsequente, sobre os integrais vencimentos percebidos pelos suplicantes (inclusive, portanto, sobre o valor da vantagem da 6.ª parte), em estrita obediência ao art. 92, VIII, da Constituição Federal. Assim, reclamam as autoras contra lhes ter a LC n.º 180/78 retirado direito que, alegam, já possuíam.»

E acrescentou:

«De sua parte, sustenta o Estado, na sua contestação, que a LC n.º 180/78 revogou expressamente a legislação anterior que regulava a matéria, modificando toda a sistemática de cálculo dos adicionais por tempo de serviço, determinando no § 2.º do seu art. 178 que, *in verbis*:

«Sobre os valores da sexta parte, apurados na forma do *caput* deste artigo, não incidirão adicionais ou quaisquer outras vantagens pecuniárias.»

Ora, se assim é, tem razão o Estado quando sustenta que a prescrição incidiu sobre o próprio fundo do direito e não apenas sobre as prestações anteriores ao quinquênio contado da propositura da ação, tendo em vista o disposto no art. 1.º do Decreto Federal n.º 29.910/32, que na data tinha força de lei, pois como declarou o Estado na sua contestação:

«...o ato a partir do qual se originou o direito dos autores foi a promulgação da Lei Complementar n.º 180/78, que revogou a matéria que regulava o cálculo dos adicionais quinquenais, estabelecendo novo sistema que proíbe a incidência dos mesmos sobre o valor da sexta parte. Assim, se os interessados entendem que não é legítima a sistemática introduzida pela LC n.º 180/78, deveriam ter se insurgido quanto à mesma no máximo até 5 anos após a publicação da citada lei.»

Concluiu adiante:

«Pelo exposto, conheço do recurso — pois os óbices regimentais foram ultrapassados pelo acolhimento da relevância da questão

federal — e lhe dou provimento para reconhecer encontrar-se atingido pela prescrição o direito a ação por parte das autoras, sem embargo de reconhecer o excelente trabalho dos nobres advogados das postulantes, até porque comungo com os pontos básicos que defendem no referente à prescrição. Apenas, no caso, se o que pretendem é postular direito que, se existente, a LC nº 180/78 lhes retirou, daí começa a correr o prazo prescricional. Não é demais observar que logo no primeiro pagamento por certo já terão as autoras verificado a aplicação do novo critério legal, por parte do Estado.»

No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma da Corte Maior ao apreciar os Recursos Extraordinários nºs 96.732 e 99.336, cujos acórdãos, que tiveram como relatores os Srs. Ministros Soares Muñoz e Rafael Mayer, respectivamente, ficaram assim ementados:

«Prescrição quinquenal. Funcionário público.

A prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, estabelecida pelo art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, alcança «todo e qualquer direito e ação, seja qual for a sua natureza», sem exceptuar os assegurados por lei ao servidor público. A prescrição apenas das prestações pressupõe que a Administração Pública não tenha praticado ato de que decorra o não pagamento delas. Recurso extraordinário conhecido e provido.»

«Prescrição. Decreto nº 20.910/32, art. 1º.

Gratificação *pro labore* — Extinção da ação para obter o benefício. Precedentes. Prescrição referente ao próprio direito ou vantagem reclamada, a cuja postulação se deixou ficar inerte o interessado, no decurso do prazo extintivo, e não prescrição referente às prestações de trato sucessivo decorrente de um direito reconhecido ou de uma situação permanente. Espécies distintas. Recurso extraordinário conhecido e provido.»

Acentuando que à hipótese não tem aplicação o julgado invocado pela Subprocuradoria em seu parecer, pois não se cuida, no caso, de alimentos, e sim da forma de calcular vencimentos, conheço do recurso na forma autorizada no art. 105, inciso III, letras a e c, da Constituição e lhe dou provimento para declarar extinta a ação pela prescrição.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 49 — SP — (Reg. nº 89.0008183-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Relator para acórdão: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Ellen Lowenstein e outros. Advogados: Drs. Adriana Motta e Antônio Roberto Sandoval Filho.

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Pedro Acioli, aguardando os Srs.

Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira (1ª Turma — em 7-8-89).

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O presente recurso especial em que se converteu o extraordinário, que, por sua vez, foi admitido, tão-somente, por força da decisão proferida na argüição de relevância — autos em apenso, fl. 234 — por versar prescrição de vantagem funcional e ser de relevância jurídica, não preenche os pressupostos de admissibilidade para o seu conhecimento.

Entendo que a questão de direito intertemporal se aflora, posto que o presente recurso deve ser examinado à luz das normas regentes à época da interposição do recurso e não sob a ótica das regras novas de admissibilidade recursal.

A Constituição nova adotou outro recurso, o especial, diverso daquele da Constituição precedente, o extraordinário, cujos pressupostos são diferenciados, daí que não adoto a corrente que admite a aplicação da regra nova do recurso interposto na vigência de norma precedente.

A jurisprudência tem se posicionado a respeito dessa linha de pensamento, de que o recurso cabível «regula-se pela norma legal da do ato recorrível» — RTJ 81/851 e RTJ 81/865; RT 559/11.

Os recursos são definidos pela lei em vigor no dia do julgamento ou à data da publicação da decisão.

O direito ao uso do recurso fica à disposição do vencimento à data do julgamento, dele podendo fazer uso.

Ora, se lei nova altera as regras ou pressupostos de admissibilidade recursal em benefício do vencido, afeta direito do vencedor da causa à data do julgamento, o que seria inadmissível.

De tudo, entendo que as restrições do art. 325, do RISTF, quanto à admissibilidade do recurso extraordinário, ainda se mantêm eficazes relativamente às decisões proferidas ao tempo de vigência da Constituição precedente.

As restrições objetadas no art. 325, do RISTF, aplicam-se, portanto, aos julgados recorridos até o advento da atual Constituição.

No caso presente o r. despacho de fl. 367 inadmitiu o recurso interposto ao fundamento de não versar a questão nenhuma das hipóteses elencadas nos I a X, do art. 325 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 2/85, com o qual me ponho de acordo.

Por outro lado o recurso foi processado por força do acolhimento da argüição de relevância, cujo acolhimento não afasta do recorrente o atendimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso — RE 100.341-RS, *in*

DJ 30-9-83; RE 113.966-RJ, in DJ 30-10-87; RE 106.605-SP, in DJ 31-3-89; RE 108.567-SP, in DJ 8-5-87; e RE 109.656-SP, in DJ 4-12-87.

Os pressupostos do recurso não foram atendidos pelo recorrente.

Assim, não conheço do recurso, *data venia* do Relator.

É como voto.

VOTO (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Sr. Presidente, com a devida vênia dos que pensam em contrário, acompanho o voto de V. Exa., ou seja, conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 49 — SP — (Reg. nº 89.0008183-7) — Relator Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Relator para acórdão: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte. Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos. Ellen Lowenstein e outros. Advogados Drs. Adriana Motta e Antônio Roberto Sandoval Filho.

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli, não conhecendo do recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro José de Jesus, aguardando o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, (1ª Turma em 9-8-89).

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Ação proposta por funcionários públicos estaduais contra o Estado de São Paulo, pretendendo que sobre o conjunto de seus vencimentos sejam os adicionais calculados sobre este e, de forma cumulativa, adicionais sobre a sexta parte em recíproca incidência, com reenquadramento na Lei Complementar nº 180 e suas repercussões.

No Juízo de Primeiro Grau o pedido foi julgado procedente, em parte, afastando a repercussão pretendida, bem como, a prescrição levantada, recorrendo de ofício.

Apreciando este e o voluntário interposto, a Colenda 4ª Câmara rejeitou a preliminar de prescrição renovada e, no mérito, deu provimento aos recursos.

Vencido parcialmente, recorreu o réu, pretendendo, apenas, o reexame da prescrição, cujo recurso tornou-se cabível pelo acolhimento da questão de relevância suscitada.

Examinando-o, o eminente Ministro Relator, Armando Rollemberg, conheceu e deu-lhe provimento, para declarar extinta a ação pela prescrição.

Pedi vista o douto Ministro Pedro Acioli que, por entender que os pressupostos do recurso não foram atendidos, dele não conheceu.

A divergência levou-me a pedir vista para melhor exame, e hoje trago os autos para retomarmos o julgamento.

Não há mais dúvida, e nesta Turma o entendimento, por maioria, é no sentido de que, uma vez acolhida a relevância, o recurso é cabível, devendo a causa ser apreciada, aplicando-se o direito à espécie, como estabelece a parte final do art. 325, do RISTF, uma vez atendidos os demais critérios de admissibilidade, conforme ficou decidido quando do julgamento do REsp nº 39-SP.

O ora em exame tem, precipuamente, por fundamento a letra *d* do inciso III do artigo 119 da Constituição anterior, à luz da qual deve ser apreciado, ou seja, se a prescrição constante do art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, na espécie, foi interpretada, em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal.

A Colenda 4ª Câmara do Tribunal paulista acolheu a tese defendida pelo ilustrado Dr. Juiz da causa, segundo a qual «o prazo inicial para a prescrição só passa a ser contado a partir da data em que o funcionário requereu sem sucesso o benefício na esfera administrativa, o que não ocorreu, na espécie. Fora dessa hipótese, o direito emergente da relação funcional entre o servidor e o Estado é, de regra, imprescritível. Somente os efeitos produzidos, as irradiações de caráter patrimonial, é que caem na prescrição quinquenal (cfr. STF *in* 100/1276-1279).

E não há que falar em prescrição do direito em si, com base no advento da Lei Complementar nº 180/78, mesmo porque a espécie não se refere a enquadramento».

Examinando questão prejudicial relativa à prescrição, no RE nº 110.419-SP, em voto vista, na Sessão de 23-3-88, o ilustrado Ministro Moreira Alves reexaminou os julgados da Corte que deram origem à Súmula nº 443, assentando critérios para sua real interpretação.

A certa altura de seu voto, assim dimensionou a questão em exame nestes autos:

«*Fundo do direito* é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc. A pretensão ao *fundo do direito* prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não-reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a

mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento) e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza:

«Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.»

No mesmo sentido, vê-se recente decisão daquela Corte, ao apreciar o RE nº 114.597-8, Relator Ministro Octávio Gallotti — DJ de 14-4-89.

Isto posto, verifica-se que, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Turma, dentre outros o REsp nº 26-SP, não há divergência com a Súmula nº 443 do Pretório Excelso ou com qualquer outro Tribunal, estando harmonizada a interpretação do Decreto nº 20.910/32.

Conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente. Pretendem os autores apenas a retificação de cálculo de adicional por tempo de serviço, para que este incida sobre seus vencimentos integrais, inclusive sobre a 6ª parte. A discussão gira apenas sobre a forma de cálculo e do *quantum* a ser pago. Segundo os autores, a Administração não lhes pagou o adicional instituído pela Lei nº 6.043/61 e mantido pelo artigo 94 e seguintes da Lei Complementar Estadual sobre seus vencimentos integrais, com a integração da 6ª parte, com desobediência ao artigo 92, VII, da Constituição do Estado de São Paulo. Entendem que a incorporação a seus vencimentos dos aludidos adicionais e 6ª parte foi em importância inferior ao que têm direito e, por isso, vêm eles recebendo mensalmente um *quantum* inferior e desejam corrigir o erro de cálculo.

A questão é bem conhecida do Colendo Supremo Tribunal Federal, que, na decisão plenária, no RE nº 110.419 sessão de 8-3-89, firmou o entendimento de que, quando se trata de redução do cálculo da gratificação, a prescrição não atinge o fundo do direito e só alcança as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Por ocasião deste julgamento, o Eminentíssimo Ministro Relator, Moreira Alves, em seu voto, apreciou detidamente a jurisprudência de nossa Corte maior, sobre a hipótese. Deu ele o exato sentido da Súmula nº 443 da Excelsa Corte. Para ele, o que referida Súmula afirma é que: «A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei ocorre, quando tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta». Ora, no caso em exame, não houve qualquer requerimento administrativo e a administração não negou a pretensão dos autores. Mas, para o E. Ministro Moreira Alves a Súmula nº 443 é incorreta e não está de acordo com os acórdãos em que se apóia. Segundo ele, «... dos seis acórdãos em

que se apóia a súmula em causa, cinco deles dizem respeito à prescrição na Justiça do Trabalho e um à prescrição contra a Fazenda Pública. Deles todos, os dois últimos se referem inequivocamente a hipóteses de prescrição do denominado *fundo do direito*: o RE nº 46.814, em que, para se saber se o salário deveria ser acrescido pelo pagamento dos dias de repouso, ter-se-ia de verificar se o empregado seria mensalista (caso em que não faria jus ao acréscimo) como sustentava o empregador, ou não, como pretendia o empregado e lhe proporcionaria o aumento salarial; e os ERE 5.813, em que os embargantes se insurgiam contra a transferência *ex officio* para outra carreira. Já os quatro primeiros são concernentes à prescrição apenas das prestações vencidas, e não do *fundo do direito*. O primeiro deles — os ERE 20.508 — versava sobre empregado que exerceu interinamente uma outra função e nada reclamou contra o salário que lhe foi pago durante ano e meio; voltou, então, à sua função primitiva e só veio a reclamar sobre o *quantum* recebido durante a interinidade depois de decorridos dois anos; a minoria entendeu que o direito de pleitear a diferença salarial estava prescrito; já a maioria sustentou a tese de que «no caso de remuneração de serviço a prescrição ocorre à proporção que as prestações foram incorrendo no respectivo prazo». O segundo — o RE 56.342 — dizia respeito a reclamação sobre duas gratificações uma de meio de ano (que havia sido suprimida em 1951, vários anos antes da propositura da ação) e outra natalina (que, em 1951, teve seu percentual diminuído para 1/2 do salário ao passo que até então era de 2/3 e, só em 1957, extinta); a Justiça do Trabalho deu pela prescrição da própria pretensão ao restabelecimento da primeira gratificação (por já estar extinta havia mais de dois anos antes da reclamação) e pela prescrição apenas das prestações vencidas antes dos dois anos anteriores à propositura da reclamação no tocante à natalina (que, evidentemente, quanto à sua extinção estava dentro do prazo dos dois anos), estabelecendo que os empregados fariam jus a ela por ter sido ilegalmente extinta, e o percentual a ser pago seria o de 2/3 do salário e não o de 1/2, tudo isso com base no fundamento da *habitualidade*); esta Corte manteve a prescrição à própria pretensão do estabelecimento da primeira gratificação, sob o argumento de que «negado o próprio direito, há mais de dois anos, a prescrição não se limita a prestações anteriores»; e quanto à natalina não foi ela chamada a manifestar-se sobre a prescrição mas, quanto à habitualidade para o efeito do restabelecimento da gratificação, decidiu que a Justiça do Trabalho havia julgado acertadamente. O terceiro aresto — RE 36.735 — dizia respeito a benefício coletivo, e a prescrição se limitou às prestações vencidas, sob este fundamento: «Não dou pela prescrição, eis que não se trata de alteração contratual e sim de benefício coletivo, caso em que a prescrição abrange apenas as prestações anteriores a dois anos quando do ajuizamento da reclamação». Finalmente o quarto acórdão — RE 37.743 — decidiu questão concernente à diferença de salário com base em aumento concedido em dissídio coletivo e se manifestou no sentido de que, vigente o dissídio coletivo, a prescrição relativa à diferença salarial alcançava apenas as prestações vencidas.

Portanto embora nenhum desses seis acórdãos tenha tratado de hipótese rigorosamente análoga à sob julgamento, o que é certo é que eles, quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem ou não, direito a essa diferença, em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do *fundo de direito*, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado (se mensalista ou não), ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira.

Assim sendo, se o enunciado da súmula já por si só não trata da questão em causa — como se demonstrou no início nem qualquer dos acórdãos que lhe serviram de base decidiu em sentido contrário ao aresto ora recorrido, é manifesto que não há divergência com a Súmula nº 443.

Para ele o que dizem estes acórdãos é que «negado o próprio direito, a prescrição não se limita a prestações anteriores, mas alcança a própria pretensão àquele». Na espécie não se pretende a própria gratificação e sim a aplicação de critério correto para a fixação do *quantum* devido aos autores. Direito de ter referida gratificação não é a mesma coisa que direito a um determinado critério para o cálculo do *quantum*. Esta distinção é muito bem feita pelo Eminentíssimo Ministro Moreira Alves em seu citado voto. Esclareceu ele que os acórdãos nos quais se apóia a Súmula nº 443 distinguem «o direito de ter uma vantagem do direito ao critério para o estabelecimento do *quantum* dessa vantagem, para considerar que, no último caso, só ocorre a prescrição das prestações vencidas». Acentua ele que, nestes acórdãos, «quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem, ou não, direito a essa diferença em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram, por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do *fundo do direito*, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma, ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado. Se mensalista, ou não, ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira». Citou ele o precedente no RE 93.875 sobre a prescrição referente à pretensão sobre critério de cálculo do *quantum* de gratificação incontroversa da 2ª Turma com a seguinte ementa:

«Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas a proventos.

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, uma vez que, em última análise o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão

administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (Súmula nº 400).

Recurso extraordinário não conhecido (RTJ nº 101/816)».

Após citar e examinar vários outros precedentes da Excelsa Corte, concluiu que:

«*Fundo do direito* é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc). A pretensão ao fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos, a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza:

«Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto».

Se — como está expresso nesse dispositivo legal — a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente um *quantum* renasce, para efeito de prescrição, periodicamente, por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento, tudo o que a esse *quantum* que é a prestação, está indissolúvelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) só rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, reconhece, portanto, a existência incontroversa do *fundo do direito*, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente. Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário — se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servi-

dor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.

Dessa orientação não se afasta o decidido no RE 112.649 (e o mesmo ocorre com as decisões idênticas aí citadas), ao contrário do que sustenta o eminente relator, no voto proferido no presente recurso extraordinário».

Este entendimento foi reiterado na recente decisão proferida no dia 17 de março de 1989, no RE nº 114.597-8, Relator Eminentíssimo Ministro Octávio Gallotti, publicado no *DJ* de 14-4-89, que trata de ação proposta por oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, visando retificação de cálculo da gratificação de nível universitário e tem a seguinte ementa:

«Prescrição de vantagem funcional.

Dissídio superado, ante o decidido pelo Tribunal Pleno, no RE 110.419 (sessão de 8-3-89), onde ficou assentado que quando o ato administrativo impugnado apenas reduz o cálculo da gratificação (sem aboli-la) não concerne, então, ao fundo do direito, mas à sua consequência. Por isso, a prescrição só atinge as parcelas.

Recurso de que não se conhece, de acordo com a súmula nº 356».

Demonstrado está, pelo exame da Jurisprudência do Supremo, não haver divergência com a súmula nº 443 da Excelsa Corte ou com qualquer outro Tribunal.

O Recurso Extraordinário, interposto com fundamento nas letras *a* e *d*, do item III, do artigo 119 da Constituição Federal, e artigos 321 e seguintes do Regimento Interno do STF, só foi processado porque acolhida a arguição de relevância da questão federal. Deste despacho reconhecendo não versar o RE nenhuma das hipóteses previstas nos itens I a X do artigo 325 do RISTF, não houve recurso. Não pode pois, o recurso, ser admitido com base em nenhuma destas hipóteses. O fundamento nas letras *a* e *b*, do item III do artigo 119 da Constituição Federal anterior também não dá suporte ao recurso porque a decisão recorrida não contrariou nenhum dispositivo da Constituição Federal então em vigor ou negou vigência de tratado ou lei federal, como também não deu à Lei Federal «interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal». A alegada divergência de interpretação do Decreto Federal nº 20.910/32, como vimos pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, não houve. A decisão recorrida não se referiu, em momento algum, à referida norma.

É pacífico na doutrina e em nossa Excelsa Corte o entendimento de que, o acolhimento da arguição de relevância não dispensa o Recurso Extraordinário do atendimento dos seus pressupostos.

Samuel Monteiro, no seu «Recurso Extraordinário e Arguição de Relevância», 1ª Ed. 1987, esclarece que:

«Como já vimos, a finalidade da ARv. é uma só: a de fazer subir à decisão da Turma ou do Pleno do STF o RE, que de outra maneira não seria admissível. Não interfere no julgamento do RE, podendo este não ser sequer conhecido pela Turma, embora a ARv. tenha sido acolhida (votos favoráveis de quatro ministros do STF).»

E ainda que:

«O acolhimento da ARv. em qualquer matéria, natureza de ação, valor da causa, relevância da questão federal, reconhecida com esse acolhimento, não tem o condão milagroso de fazer *res judicata* não ocorrendo, assim, o trânsito em julgado, nem se torna precluso o exame, pelo Ministro Relator do STF, do preenchimento de todos os pressupostos de admissibilidade e viabilidade do RE. Se este não preencher qualquer um desses variados pressupostos, especialmente os já sumulados pelo STF, esse RE não poderá ser conhecido (RE número 102.137-RJ, 1ª Turma, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 109/1283).

Assim, se a ofensa direta à Constituição Federal, a manifesta divergência com a Súmula do STF, a negativa de vigência de leis federais, a definição errônea do fato da causa pelo juiz monocrático, o literal desprezo aos fundamentos jurídicos do pedido do autor pelo Juiz singular etc. não tiverem sido prequestionados no recurso oferecido contra a sentença monocrática, ou, excepcionalmente, o interlocutório gerador de Agravo de Instrumento, ou o Recurso em Sentido Estrito, nos crimes apenados com reclusão, ou, em sendo omisso, o acórdão do Tribunal local, não ventilando essas questões, ou julgando *ultra citra* e *extra petita*, sem oposição dos E. Decl. (Súmulas nºs 282 e 356), o RE oferecido para exame desses itens pelo STF será inviável, mesmo se transposto qualquer indeferimento local ou no STF, via do acolhimento da ARv. (RE nº 103.685-SP, 1ª Turma, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 114/863; RE nº 101.232-SP, 1ª Turma, Relator: Ministro Rafael Mayer, RTJ 110/388).

Não é a ARv. o Instrumento ou o meio próprio para suprir deficiências ou inépcia processual e regimental do recorrente, nem poderá supri-las o Ministro Relator do STF.»

No mesmo sentido, Raul Armando Mendes, Ed. Saraiva, 1984, ao entender que:

«A argüição de relevância da questão federal também serve para afastar os entraves regimentais ao conhecimento do recurso extraordinário. Não prescinde do prequestionamento na instância *a quo* se acolhida. Assim, se o Supremo Tribunal Federal acolher a argüição, o recurso pode não ser conhecido por falta de prequestionamento da matéria na instância recursal.

Nesse sentido é bem esclarecedor o RE 92.152: «A acolhida, pela Corte, da argüição de relevância tem por efeito liberar o recurso extraordinário do entrave regimental, mas não dispensa, para efeito de conhecimento, da satisfação dos pressupostos exigíveis, inclusive o prequestionamento (Súmulas n.ºs 282 e 356)» (RTJ, 100:775). No mesmo sentido, RTJ, 99:1180.

Por outro lado, como diremos no Capítulo XV, a acolhida da argüição não obriga o conhecimento do recurso extraordinário, como a rejeição não prejudica o recurso, se a este não se aplicam os vetos regimentais que àquela visa afastar (RTJ, 100:1266).»

Arruda Alvim, em «Argüição de Relevância no Recurso Extraordinário», editora Revista dos Tribunais, ed. 1988, ensina que:

«No caso de cabimento de RE, precedido de argüição de relevância, se acolhida, o ulterior juízo de admissibilidade do RE fica, da mesma forma, rigorosamente adstrito à verificação consistente, em sede de julgamento, em se decidir se há subsunção às letras *a* e *d*, do inc. III, do art. 119, CF e constatação dos demais requisitos, intrínsecos e extrínsecos, de cabimento do RE».

Este entendimento foi acolhido e consagrado no STF.

Nossa Corte Maior, Segunda Turma, unânime, no RE n.º 109.656-SP, Relator Eminentíssimo Ministro Célio Borja, RTJ 124/325, não conheceu do RE, e entendeu que:

«O acolhimento da argüição de relevância não desonera o recorrente de atender aos pressupostos do recurso extraordinário.»

A Primeira Turma, também por unanimidade, no RE número 104.685-SP, Relator, Eminentíssimo Ministro Rafael Mayer, RTJ 114/863, entendeu que:

«A acolhida da argüição de relevância não dispensa, para efeito de conhecimento do recurso extraordinário, do atendimento dos seus pressupostos...»

Por ocasião deste julgamento, salientou o eminentíssimo Relator que:

«...na conformidade de pacífica jurisprudência da Corte, a acolhida da argüição de relevância não dispensa, para efeito de conhecimento do recurso extraordinário, do atendimento dos seus pressupostos.»

No RE n.º 101.232-SP, Relator Rafael Mayer, RTJ 110/388, a Primeira Turma, unânime, decidiu que:

«...acolhida a argüição de relevância, não se conhece do recurso extraordinário se a matéria nele suscitada não foi objeto de prequestionamento.»

A mesma Primeira Turma, também por unanimidade e com o mesmo Relator, no RE n.º 102.137-RJ, RTJ 109/1283, firmou o entendimento de que:

«A acolhida à arguição de relevância não afasta o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, necessários ao seu conhecimento.»

O mesmo entendimento foi reiterado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários n.ºs 112.516-1, Segunda Turma, unânime, Relator eminente Ministro Djaci Falcão, *DJ* de 5-6-87; 110.259-4, Segunda Turma, unânime, *DJ* de 31-10-86, Relator eminente Ministro Aldir Passarinho; Embargos de Declaração no RE citado n.º 110.259-A, *DJ* de 27-2-87; e RE n.º 110.759-4, Primeira Turma, unânime, *DJ* de 19-8-88, Relator eminente Ministro Néri da Silveira. A ementa neste último julgamento foi a seguinte:

«Recurso extraordinário. Embora afastados os óbices regimentais, com a acolhida da arguição de relevância da questão federal, não se conhece do recurso extraordinário, se os dispositivos, que se apontam como violados, não se prequestionaram. Súmulas 282 e 356.»

Como se vê, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes, o acolhimento da arguição de relevância da questão federal não dispensa, para efeito de conhecimento do RE, da satisfação dos seus pressupostos de cabimento.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 49 — SP — (Reg. n.º 89.0008183-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Relator para acórdão: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Ellen Lowenstein e outros. Advogados: Drs. Adriana Motta e Antônio Roberto Sandoval Filho.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Exmo. Sr. Ministro José de Jesus, a Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli e Garcia Vieira, conheceu do recurso, e, também por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Relator, negou-lhe provimento (1.ª Turma — em 4-10-89).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL N.º 70 — RJ

(Registro n.º 89.0008291-4)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro

Recorrente: Banco Econômico S/A

Recorrido: União Federal

Advogado: Dr. Joseval Siqueira

EMENTA: Mandado de segurança. Trabalho da mulher.

O princípio da igualdade veda distinção entre homem e mulher. Só se justificam as diferenças resultantes da natureza. Não é o caso de condições do trabalho. Distinguir a esse fundamento resulta prejuízo na disputa do mercado de trabalho, o que afeta a isonomia.

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 ao mesmo 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, 21 de agosto de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: O presente recurso tem origem em mandado de segurança, impetrado pelo ora recorrente, contra ato do Sr. Delegado Regional do Trabalho, por ter sido autuado sob alegação de que empregava mulheres trabalhando em jornada superior a 8 horas diárias.

Sentença de 1º grau denegando a segurança.

Parecer do Ministério Público, pela manutenção da sentença.

Apreciando o feito, o extinto Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negou provimento à apelação, lavrando a seguinte ementa:

«Mandado de Segurança. Bancários. Prorrogação da jornada de trabalho da mulher. A legislação trabalhista dá tratamento diferenciado ao trabalho da mulher, estabelecendo restrições que revestem o caráter de imposição excepcional. A prorrogação da jornada de trabalho da mulher bancária somente poderá ocorrer nos casos em que a lei permitir, e obedecidas as condições por ela estatuídas.

CLT, artigo 373.

Apelação improvida.»

Recurso extraordinário, citando voto do Sr. Ministro Armando Rollemberg.

A União Federal impugnando o recurso extraordinário (fls. 107/109).

Despacho não admitindo o recurso (fls. 111/112).

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do então recurso extraordinário.

Em apenso, agravo de instrumento contra despacho que não admitiu o Recurso Extraordinário.

É o relatório.

VOTO CONHECIMENTO

O Recurso Extraordinário foi interposto, ao fundamento da alínea a, item III, do art. 119 da Constituição da República revogada.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Agravo de Instrumento para mandar subir o recurso.

Com a criação do Superior Tribunal de Justiça, deslocou-se a competência, por força do disposto no art. 104, III, a, da Lei Maior de outubro de 1988.

O Recorrente indica os artigos 58, 59, 224, 225, 373 e 374 da Consolidação das Leis do Trabalho, como objeto de negativa de vigência, pelo acórdão recorrido.

Trata-se, não obstante a relação de Direito do Trabalho invocado, de mandado de segurança, cuja competência se fixa pela natureza jurídica da autoridade apontada como coatora.

Tais pormenores definem a competência de Turma integrante da Seção de Direito Público. Ademais, o recorrente descreve fato que, em tese, pode receber tratamento normativo diverso do consagrado no v. acórdão.

Conheço do recurso.

Mérito.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento na matéria, como notícia o douto parecer do Ministério Público, reproduzindo decisão de que foi Relator o eminente Ministro Carlos Madeira:

«O eminente Ministro Carlos Madeira assim entendeu, com aceitação igualmente unânime:

«A nova redação do art. 374, pelo Decreto-Lei nº 229, de 1967, exclui a possibilidade do acordo individual para a prorrogação habitual.

O acréscimo de horas da jornada de trabalho da mulher, independentemente de acréscimo salarial, só pode ser feito por convenção ou acordo coletivo, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro de modo a ser observado o limite da jornada semanal de trabalho da mulher.

Mas a prorrogação sujeita a convenção ou acordo coletivo é a que independe de acréscimo salarial. Havendo este, não há cuidar da assistência do órgão de classe.

Ora, a empregada do estabelecimento bancário recebe adicional de 20% sobre as duras horas de prorrogação.

Leio o texto do art. 374 da CLT:

«Art. 274. A duração normal do trabalho da mulher poderá ser, no máximo, elevado de 2 (duas) horas independentemente de acréscimo salarial, mediante convenção ou acordo coletivo, nos termos do Título VI desta Consolidação, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixado.»

No acórdão paradigma, da lavra do eminente Ministro Décio Miranda, «empregador e empregada haviam ajustado individualmente entre si, o que teria apoio no art. 59 desta Consolidação, a aplicação da jornada diária de trabalho, das 2^{as} às 6^{as} feiras, para compensar folga aos sábados». É o que se lê no relatório.

No seu voto, disse o ilustre Relator:

«No art. 374 da CLT, entretanto, é a própria lei que permite a majoração da jornada do trabalho feminino, desde que seja compensada por jornadas menores em outros dias, observado o máximo de 48 horas semanais; o que o artigo impugnado não admite é que a mulher decida, por si só, da aceitação da jornada especial que a própria lei admite. Depende, para isso, de convenção ou acordo coletivo» (RTJ 109, págs. 615 e 620).

A espécie examinada no RE 94.257-RS, portanto, cuida de prorrogação independente de acréscimo salarial, mas somente possível mediante acordo ou convenção coletiva. No caso ora sob exame, trata-se de prorrogação com acréscimo salarial, que a lei fez depender de convenção ou acordo coletivo.

Não há, dessa forma, o dissídio jurisprudencial vislumbrado pela recorrente.»

No Egrégio Tribunal Federal de Recursos, a tese mereceu acolhimento, de que é exemplo a AMS nº 92.763-RS, de que foi Relator o ilustre Ministro Armando Rollemberg. A ementa é a seguinte:

«Bancárias — Jornada de Trabalho — Não é possível ter-se como contrária à lei a prorrogação do trabalho de bancárias, de seis para oito horas por dia, durante cinco dias, eis que, de acordo com os arts. 373 e 374 da CLT, a duração do trabalho da mulher é de oito horas diárias, podendo ser elevada por mais duas horas, desde que observado o limite de quarenta e oito horas semanais.»

O Sr. Ministro Carlos Velloso bate no mesmo diapasão, o que faz certo a AMS nº 104.602-RJ. Esta é a ementa:

«Trabalho. Bancário. Mulher bancária. Jornada de trabalho. Prorrogação. CLT, artigos 59, 224, 225, 373 e 374.

I — Possibilidade da jornada diária de trabalho da mulher-bancária ser prorrogada até 8 (oito) horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais (CLT, art. 225), desde que observado o disposto no art. 59, *caput*, § 1º, CLT. Inaplicabilidade da regra inscrita no art. 374, CLT.

II — Recurso provido. Segurança concedida.»

Estou de acordo com a tese consagrada, notadamente porque a igualdade jurídica entre o homem e a mulher implica mesmos direitos e mesmas obrigações. E mais. A proteção do trabalho da mulher, cada vez incentivada, repele qualquer distinção.

É certo, devem-se considerar as diferenças da própria natureza. Esse o único limite. Fora daí, ingressa-se, às vezes, inconscientemente, mercê de nossa cultura, no âmbito da distinção em razão do sexo.

No caso dos autos, o tema é restrito à anuência da mulher à prorrogação da jornada de trabalho. Evidentemente, se impuser condições diferentes da que ocorreu com o homem, será prejudicada, gerando como consequência perda na disputa de conquista do mercado de trabalho.

A lei ordinária subordina-se aos princípios gerais do direito, notadamente quando incorporados pela Constituição (art. 5º, I). Inexistindo imposição resultante das características de ser mulher, ilegal é o tratamento diferenciado. No caso dos autos, o direito em debate não tem essa origem. Situa-se apenas no âmbito de conquista de direitos do trabalhador. Pouco importa ser homem ou mulher.

Dou provimento ao recurso.

VOTO

«Administrativo. Trabalho. Mulher bancária. Súmula 226-TFR.»

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Estou de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, que ressalta a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, que resultou na Súmula 226-TFR.

Farei anexar cópia do voto que proferi no Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação em Mandado de Segurança nº 99.130-RJ, que resultou na referida Súmula 226.

Com essas breves considerações, conheço do recurso e dou-lhe provimento, exatamente como faz o eminente Sr. Ministro Relator.

ANEXO

IUJ na AMS nº 99.130 — RJ

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Na AMS nº 104.602-RJ, por mim relatada, a Egrégia 4ª Turma decidiu:

«Trabalho. Bancário. Mulher bancária. Jornada de trabalho: prorrogação. CLT, arts. 59, 224, 225, 373 e 374.

I — Possibilidade de a jornada diária de trabalho da mulher bancária ser prorrogada até 8 (oito) horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais (CLT, art. 225), desde que observado o disposto no art. 59, *caput*, § 1º, CLT. Inaplicabilidade da regra inscrita no art. 374, CLT.

II — Recurso provido. Segurança concedida.»

No voto que proferi por ocasião do julgamento da citada AMS nº 104.602-RJ, disse eu:

«A questão é esta: o impetrante, um estabelecimento bancário, foi autuado por infração ao art. 224, c.c. o art. 374, ambos da CLT, porque mantinha empregadas suas trabalhando em jornadas de trabalho superiores a seis horas, sem haver convenção ou acordo coletivo.

Sustenta o impetrante, entretanto, ser ele titular do direito subjetivo de acordar com suas empregadas-mulheres a prorrogação da jornada de trabalho, desde que não ultrapasse o teto de 48 horas semanais de trabalho.

A sentença decidiu assim a questão:

«Na inicial, é desenvolvida uma robusta argumentação a respeito da juridicidade da prorrogação habitual de jornada diária do empregado bancário, de seis para oito horas, dêz que pago o devido adicional. *Maxima concessa venia*, entanto, aquela argumentação não se ajusta ao caso *sub judice*, mas tão-somente à hipótese de trabalho de bancários *homens e maiores*, o que vale dizer que não se ajusta à hipótese de trabalho de bancários *mulheres ou menores*.

Realmente, as normas jurídicas laborais possuem caráter eminentemente protecionista.

Ora, a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não pode exceder de oito horas diárias, dêz que não fixado expressamente outro limite (CLT, artigo 58). Para os bancários, tal limite foi fixado em apenas seis horas diárias (CLT, artigo 224, *caput*), limite esse ao qual não se atrelam os exercentes de funções de confiança com gratificação não inferior a um terço do salário básico (CLT, art. 224, § 2º), além de ser permitida, para os demais, a prorrogação da jornada até oito horas diárias, se observados os preceitos gerais sobre a duração do trabalho (CLT, artigo 225), o que significa que, para tal prorrogação, se impõe acordo escrito ou contrato coletivo e remuneração da hora suplementar com vinte por cento de acréscimo, no mínimo, sobre a remuneração da hora normal (CLT, art. 59, *caput* e § 1º).

Tais preceitos especiais se aplicam a bancários *homens e maiores*.

No que concerne, entanto, ao trabalho dos bancários *mulheres ou menores*, há pequenas variantes.

É que a duração normal diária do trabalho dos bancários foi fixada em seis horas, de modo que, se tratando de bancários *mulheres ou menores*, dita jornada normal de seis horas poderá vir a ser elevada, no máximo de duas horas, mas tão-somente mediante convenção ou acordo coletivo e com uma compensação que não chegue a alterar a carga horária semanal de trinta horas (CLT, arts. 224, *caput*, 374, *in fine*, e 413, inc. I, *in fine*), vez que, em tais hipóteses, merecem prevalecer as regras específicas (CLT, arts. 372 e 411).

In casu, o demandante mantém suas empregadas laborando em jornadas diárias superiores a seis horas, não comprova a existência de convenção ou acordo coletivo a respeito e o excesso de horas de um dia não é compensado pela diminuição em outro, com observância do limite máximo de trinta horas semanais (CLT, arts. 372 e 374, *in fine*).

A propósito, em pleito judicial promovido pelo Bradesco, já assentou o Egrégio Tribunal Federal de Recursos:

«Mandado de segurança. Bancários. Prorrogação de jornada de trabalho de mulheres e menores. A legislação trabalhista dá tratamento diferenciado ao trabalho da mulher e do menor, estabelecendo restrições que revestem o caráter de imposição excepcional. A prorrogação de jornada de trabalho da mulher e do menor bancários somente poderá ocorrer nos casos em que a lei permitir e obedecidas as condições por ela estatuídas. CLT, arts. 373 e 413. Apelação improvida» (TFR — 6ª Turma. AMS nº 91.600-RJ. Rel. Min. Miguel Jerônimo Ferrante, acórdão de 14-9-83, DJ de 20-10-83, pág. 16217).

Submetido, portanto, o ato administrativo impugnado ao controle judicial e não evidenciada a indigitada injuricidade, impõe-se a denegação do pretendido *writ of mandamus*, com a conseqüente insubsistência da providência vestibularmente deferida.»

.....

Examinemos a questão.

A regra é no sentido de que a duração normal do trabalho não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite (CLT, art. 58). Tratando-se de *bancário*, a lei fixou limite diferente: a jornada de trabalho diária do bancário é de

seis horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas por semana (CLT, art. 224), observada a ressalva do § 2º do mesmo artigo 224. Admite a CLT, ademais, que a duração normal do trabalho do bancário possa ser excepcionalmente prorrogada até oito horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais, observados os preceitos gerais sobre duração do trabalho (CLT, art. 225), vale dizer, observado o disposto no art. 59, CLT.

Quanto ao trabalho das mulheres, todavia, a questão apresenta peculiaridades.

É que os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial (CLT, artigo 372).

Estabelecem os arts. 373 e 374, CLT:

«Art. 373. A duração normal de trabalho da mulher será de oito horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior.»

«Art. 374. A duração normal diária do trabalho da mulher poderá ser no máximo elevada de 2 (duas) horas, independentemente de acréscimo salarial, mediante convenção ou acordo coletivo nos termos do Título VI desta Consolidação, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite de 48 (quarenta e oito) horas semanais ou outro inferior legalmente fixado.»

Estabelece a lei, então:

a) que a duração do trabalho da mulher será de oito horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior (CLT, art. 373). Tratando-se de *bancário*, a duração é de seis horas diárias, perfazendo um total de 30 (trinta) horas semanais (CLT, art. 224);

b) essa jornada diária de 6 (seis) horas poderá ser elevada de 2 (duas) horas, independentemente de acréscimo salarial, mediante convenção ou acordo coletivo, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite de 30 (trinta) horas por semana (CLT, artigos 374 e 224).

A disposição inscrita no art. 374, CLT, adaptada para a mulher bancária (letra *b*, suso), diz respeito ao acréscimo de 2 (duas) horas à jornada de trabalho, *independentemente de acréscimo salarial*.

Indaga-se, agora: se a duração normal de trabalho da mulher bancária for acrescida de 2 (duas) horas, não excedendo a 40 (quarenta) horas semanais (CLT, art. 225), com observância do disposto

no art. 59, CLT, vale dizer, com os acréscimos salariais respectivos, aplicar-se-ia a norma do art. 374, CLT?

Penso que não.

É que a norma do art. 374, CLT, conforme vimos, diz respeito ao acréscimo de 2 (duas) horas à jornada de trabalho da mulher, independentemente de acréscimo salarial. Ora, se a jornada de trabalho da mulher é prorrogada até 8 (oito) horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais (CLT, art. 225), com observância do disposto no art. 59, CLT, vale dizer, com o pagamento das horas extras acrescidas de pelo menos 20% (vinte por cento), não há que se falar na exigência inscrita no art. 374, CLT — exigência de convenção ou acordo coletivo. Em caso assim, basta o acordo escrito entre empregador e empregado (CLT, art. 59, *caput*). É claro que a exigência inscrita no artigo 375, CLT, é sempre necessária. No caso, todavia, não foi ela trazida ao debate.

Essa interpretação parece-me a melhor, diante do princípio isonômico consagrado na Constituição (CF, art. 153, § 1º), certo que esta não admite diferença de salários e de critério de admissões por motivo de sexo (CF, art. 165, III). A interpretação da CLT, que leva à proteção excessiva da mulher trabalhadora, acaba agindo em sentido contrário: a mulher acaba sendo discriminada, preferindo-se o trabalho masculino; de outro lado, deixa ela de perceber acréscimo salarial que ela, de regra, deseja, porque dele necessita. Ademais, num século em que se prega a igualdade absoluta entre o homem e a mulher, é pelo menos fora de moda uma interpretação que, a pretexto de proteger a mulher que trabalha, discrimine o trabalho desta.»

Do exposto, dou provimento ao apelo e concedo a segurança.»

Levada a questão à apreciação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE nº 106.224-RJ, Relator o Sr. Ministro Rafael Mayer, a Corte Suprema ratificou o nosso entendimento, em acórdão que porta a seguinte ementa:

«*Ementa: Bancário. Prorrogação de horário. Mulher. Art. 374 da CLT (inaplicação).*

A norma do art. 374 da CLT, pertinente à compensação do acréscimo da jornada do trabalho da mulher, mediante autorização em acordo ou convenção coletiva, não tem aplicabilidade à hipótese de prorrogação do horário bancário, nos termos do art. 225 da CLT, mediante acordo individual por escrito.

Recurso Extraordinário não conhecido.»

É possível, pois, ser prorrogada a jornada de trabalho da mulher bancária, até 8 (oito) horas diárias, não excedendo de 40 (quarenta) horas semanais (CLT, 225), desde que observado o disposto no art. 59, *caput*, § 1º, CLT. Ou, noutras palavras: a norma do art. 374, CLT, que diz respeito à

compensação do acréscimo da jornada de trabalho da mulher, mediante autorização em acordo ou convenção coletiva, não tem aplicabilidade à hipótese de prorrogação do horário bancário, nos termos do art. 225, CLT, mediante acordo individual por escrito (CLT, art. 59), do qual conste a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal (§ 1º, do art. 59, CLT).

Meu voto, pois, é no sentido de uniformizar a jurisprudência no sentido do decidido pelas Egrégias 4ª e 5ª Turmas, na linha do *leading case*, AMS 104.602-RJ, da 4ª Turma.

Proponho que a matéria seja assim sumulada:

Tratando-se de prorrogação da jornada de trabalho da mulher bancária, até oito horas diárias, não excedente de quarenta horas semanais (CLT, art. 225), com observância do disposto no art. 59 e seu § 1º da CLT, não tem aplicação a regra do art. 374 da CLT.

Referência: Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 59, § 1º, 225 e 374.

IUJ na AMS nº 99.130-RJ, 2ª Seção, em 9-4-86.

É como voto, Sr. Presidente.»

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 70 — RJ — (Reg. nº 89.0008291-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Banco Econômico S/A. Recorrido: União Federal. Advogado: Dr. Joseval Siqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e ao mesmo deu provimento (2ª Turma — em 21-8-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso e Ilmar Galvão.

Impedidos os Srs. Ministros Miguel Ferrante e Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



RECURSO ESPECIAL Nº 212 — SP

(Registro nº 89.0008482-8)

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

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Reclamante: *Banco do Brasil S/A*

Reclamados: *Oreste Antônio Ferro e cônjuge*

Advogados: *José Ângelo Montanheiro e outros e Antônio Câmara de Souza Leite e outros*

EMENTA: Processual Civil. Embargos de terceiro.

1. O enunciado da Súmula 621 do STF não deve constituir obstáculo intransponível à admissão de embargos de terceiro fundados em compromisso de compra e venda destituído de registro imobiliário.

2. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido.

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, por maioria, negar-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de agosto de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de embargos de terceiro oferecidos por compromissários-compradores, visando à desconstituição da penhora incidente sobre o imóvel objeto do contrato, em execução movida contra o promitente-vendedor. Julgados improcedentes em 1ª instância, a Eg. Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por maioria de votos, deu provimento ao apelo interposto, para julgá-los procedentes, invertendo-se os ônus da sucumbência. Opostos embargos infringentes com arrimo no voto minoritário, foram eles rejeitados também por maioria de votos.

Recorreu extraordinariamente o embargado, com suporte no art. 119, III, letras *a* e *d*, da Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional nº 1/69), alegando negativa de vigência aos arts. 530, I, 531 e 533 do Código Civil, 22, do Decreto-Lei nº 58/37, com a redação dada pela Lei nº 6.014/73, e 172 da Lei nº 6.015/73. Invocou, ainda, divergência com a Súmula 621 e com julgados oriundos da Suprema Corte, que discriminou.

Apresentadas as razões e contra-razões, teve-se convertido o recurso extraordinário em especial.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Manifesto o dissídio jurisprudencial entre o Acórdão recorrido, de conformidade

com o qual para o exercício dos embargos de terceiro basta a simples posse, e a Súmula 621 do STF, cujo enunciado assim soa: «Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis». Discrepou, outrossim, aquele julgado de diversos arestos oriundos do Excelso Pretório, tais como: RTJ 63/222; 89/285; 95/283; 97/1.390; 102/232; 104/239; 107/686 e 111/354.

Conheço, pois, do recurso, com fundamento no art. 105, nº III, alínea c, da vigente Lei Maior.

2. Conforme teve oportunidade de ressaltar o Ministro Alfredo Buzaid, a norma do art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil, «há de ser interpretada, quando se tratar de compromisso de compra e venda, segundo os princípios que regem este instituto. A posse, neste caso, é mais que mero fato; é posse derivada, oriunda de promessa de compra celebrada com o proprietário do imóvel, de quem o compromissário comprador a houve. Ora, o compromisso de compra e venda de imóvel só adquire eficácia *erga omnes* e é oponível a terceiros, desde que inscrito no registro competente. Este princípio foi consagrado no artigo 22 do Decreto nº 58, de 10 de dezembro de 1937, tendo recebido nova redação na Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973 (artigo 1º), bem como o art. 25 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

A inscrição do compromisso de compra e venda no registro é que lhe confere caráter de direito real oponível a terceiro» *in* RTJ, vol. 111, pág. 355).

Assim, antes de registrada a promessa de venda e compra, os efeitos dela decorrentes adstringem-se aos pactuantes e são de natureza pessoal. O compromissário-comprador, com efeito, à falta de registro imobiliário, como assinalou o Ministro Moreira Alves, «é simples titular de direito pessoal e, embora esteja na posse do imóvel, não pode atacar o ato de constrição judicial, que é a penhora, como não poderiam o comodatário, o locatário, o depositário, também possuidores e titulares de mero direito pessoal com relação à coisa penhorada» (RTJ, vol. 89, pág. 292).

Para valer contra terceiros, a promessa de venda e compra deverá submeter-se ao registro; do contrário, restará apenas o direito obrigacional restrito aos contratantes. Confirmam-se, neste sentido, as lições de Darcy Bessone de Oliveira Andrade («Da Compra e Venda — Promessa & Reserva de Domínio», pág. 173, ed. 1960) e Altino Portugal Soares Pereira («A Promessa de Compra e Venda no Direito Brasileiro», pág. 74, ed. 1957).

Lembra o Ministro Sydney Sanches que «quando o compromissário-comprador obtém o registro de compromisso na circunscrição imobiliária competente, passa a ter direito sobre a coisa, exercitável também perante terceiros. E não apenas em face do compromitente-vendedor (direito pessoal)» («Compromisso de Venda e Compra», Cadernos Apamagis 4, pág. 12).

Segundo ainda magistério de J. M. de Carvalho Santos, antes da transcrição o alienante conserva todos os direitos inerentes ao domínio, sendo válidas as alienações, hipotecas e outros ônus reais instituídos no imóvel, o qual fica sujeito às dívidas do mesmo alienante e, mais, antes da transcrição o ato da alienação é mero contrato, que só obriga as partes contratantes, não passando o comprador de mero credor do alienante, contra o qual só lhe compete ação pessoal para obrigá-lo a entregar o imóvel ou indenizar perdas e danos (cfr. «Código Civil Brasileiro Interpretado», vol. 7, pág. 347, ed. 1937).

Incensurável, assim, a apreciação que dedicou à espécie o Juiz José Roberto Bedran, em voto declarado, quando do julgamento do recurso de embargos infringentes, *in verbis*:

«A pretensão centrou-se, essencialmente, na condição de possuidores dos autores, derivada, então, de compromisso particular de compromisso de compra e venda. Mas, o fundamento assim invocado não se mostrava hábil ao sucesso da pretensão.

Descabido invocar-se, para tal desiderato, a anterioridade, em relação ao aforamento da execução, que se iniciou em 9-10-81, do suspeito instrumento particular de fls. 9/10, o qual, datado de 7-2-79, só teve as firmas dos contratantes reconhecidas em 19-11-85 e, a demonstrar perfeita possibilidade de ser efetuado antes, apenas foi levado a registro recentemente, ou seja, em 28-7-87.

O certo é que, tanto à época do ajuizamento da execução, como na da concretização do ato construtivo (novembro/84), o domínio do imóvel penhorado inegavelmente figurava em nome da devedora. E nisto certamente se fiou o banco credor para, com toda boa-fé e assegurado pelos princípios do Registro Público, não só fornecer o crédito, como também a pleitear a penhora do bem, quando não honrado o débito.

Por isso, se os embargantes, meros titulares de direito pessoal, não detinham qualquer direito real sobre o imóvel, que até então se achava inscrito em nome da executada, não se poderiam opor à constrição operada.

A antiga divergência jurisprudencial que grassava a respeito acha-se hoje superada na Corte Suprema, que, sem qualquer consideração à eventual configuração de fraude ou à má-fé do adquirente, vem prestigiando a força *erga omnes* do Registro Imobiliário, firmando-se o entendimento de não prevalecer, em sede de embargos de terceiro, a mera posse, decorrente de título formal representativo de direito pessoal, frente ao domínio evidente.

A velha posse invocada pelos autores dos embargos não os beneficiaria, no caso. A constrição não feriu direitos de posse, mas o domínio do imóvel, sobre o qual recaiu a penhora e incide a pretensão a ser satisfeita na execução.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, não bastasse a consolidação de sua uniforme jurisprudência (Súmula nº 621), vem reiteradamente proclamando o descabimento da invocação de posse nos embargos de terceiro, opostos para desconstituição de penhora de imóvel de propriedade do executado, ao fundamento de que, na hipótese, incorrente turbação ou moléstia à posse (RTJ 89/285, 106/228 e 107/686; RT 596/258 e 600/256).

Expressivo, a propósito, o voto do Ministro Aldir Passarinho, proferido, no RE nº 94.116-MG:

«Ao admitir o § 1º, do art. 1.046, do CPC, a oposição à execução dos embargos de terceiro, que sejam senhor ou possuidor ou apenas possuidor, é de se ter que, neste último caso, ele pode fazê-lo para defender sua posse, quando atingido direito a ela relativo, mas não no tocante a direito real, se ele não o detiver. O domínio do imóvel só se transfere ao adquirente após o devido registro no Registro de Imóveis do contrato de compra e venda» (RTJ 106/228).

Pouco importa, ademais, que, atualmente, o contrato portado pelos embargantes foi levado a registro. Este, ocorrente após a propositura da execução e a realização da penhora, redundaria em manifesta fraude de execução, consoante entendimento jurisprudencial (RT 590/130)».

No Registro Público — convenha-se — repousa a estabilidade das relações jurídicas, consoante, aliás, teve ocasião de salientar o Ministro Cordeiro Guerra, em pronunciamento que se acha inserto na RTJ 104, pág. 244.

3. Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedentes os embargos de terceiro, carreando aos embargantes as custas e honorários de 10% sobre o valor da causa.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Srs. Ministros, esta Quarta Turma, em 8 do corrente mês de agosto, no julgamento do REsp 188 — PR, e do 247 — SP, dos quais foi relator originário o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, por maioria de votos, considerou extremada a rigidez do enunciado do Verbete 621 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deste teor:

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

Nos referidos precedentes, entendeu a douta maioria que a falta de registro do instrumento de compromisso de compra e venda no Registro de Imóveis não deva constituir empecilho irremovível para a admissão de embargos de terceiro, fundados na alegação de posse oriunda de contrato.

Nada avançamos, contudo (e nem era o caso de fazê-lo), quanto ao modo como tais embargos de terceiro devam ser decididos pelas instâncias locais, em tudo quanto se refira às demais questões neles suscitadas, máxime quanto ao seu merecimento.

No caso presente, porém, verifico que o requerente (agora recorrente), Banco do Brasil S.A., se apresentou como credor hipotecário, fato que afeta substancialmente a feição da causa, razão pela qual acompanho o Sr. Ministro Relator.

ANEXO

Recurso Especial nº 188 — PR

VOTO

«O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Srs. 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 juizes 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 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 compromisso 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 bens 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 Decreto 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 mesmo 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, *constringe-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 exequente.

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 conhecimentos?

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 egrêgia 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 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 vejo 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 vistas 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 segs.); 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 segs.) e Orlando Gomes («Direitos Reais», 2ª ed., For., 1962, págs. 486 e segs.).

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 e 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 de 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, mais 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 Decerto-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 com-

pra 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 a alegação da prescrição pelo réu, em defesa (RE 23.491-SP, Primeira Turma, unânime, 11-10.54, Rel. Ministro Abner Vasconcelos, 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 constroem 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 inovar 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 a 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, a final, 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.

Cumpra, 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 VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminente Presidente, revisei os autos e estou com a nítida convicção de que a hipótese, aqui, é semelhante a dois outros casos precedentes, em que esta Turma, por maioria de votos, afastou a invocação à Súmula nº 621 do Pretório Excelso, acórdãos esses de que é Relator V. Exa.

Também, no caso ora em julgamento, cuida-se de contrato de promessa de compra e venda, com cláusula de irrevogabilidade. Trata-se do loteamento de uma gleba rural, em que os embargantes prometeram comprar um dos lotes. Essa compra e venda é de 7 de fevereiro de 1979, constando dos autos que o seu preço encontra-se inteiramente quitado, paga a última parcela em 30 de julho de 1982. Faço notar que a penhora foi efetivada, em 26 de novembro de 1984, sobre oitenta e dois dos lotes rurais, inclusive este dos embargantes. O ilustre advogado, se bem me recordo, frisou da tribuna tratar-se de execução de crédito hipotecário. Mas, verificando os autos, como aliás esclarecera o eminente Ministro Relator, a hipoteca não recaía sobre esses lotes agora penhorados, os quais estavam, portanto, livres. A hipótese não cuida assim da prevalência de um direito real de garantia sobre direitos pessoais decorrentes de promessa de compra e venda não registrada. Não. O caso é semelhante àqueles dois outros precedentemente apreciados por esta Turma, ou seja, de uma parte o direito pessoal de crédito contra o promitente vendedor, crédito esse traduzido executivamente numa penhora; e, de outra parte, o direito também pessoal decorrente da promessa de compra e venda. E quis parecer aqui, à maioria, que no choque entre esses dois direitos de natureza pessoal, tinha maior importância social, merecia prevalência, merecia maior tutela jurídica do direito pessoal do promitente comprador, quem, além do direito pessoal, pode invocar a seu favor o *fato de posse* de boa-fé, tranqüila e prolongada, portanto merecedora de maior tutela jurídica.

É bem verdade que foi referido, inclusive no voto do eminente Ministro Relator, que seria «suspeita» esta promessa de compra e venda quanto à sua data, porque é datada de 7 de fevereiro de 1979, porém as firmas so-

mente foram reconhecidas em novembro de 1985. Entretanto, tanto no acórdão proferido em grau de apelação, como no acórdão recorrido, proferido em embargos infringentes, é afirmado que do exame da prova, documental e testemunhal, se chegava à conclusão de que a posse era antiga, que se estendia desde os tempos da data mencionada no pré-contrato. Aqui então se cogita de exame de prova, exame que pertence soberanamente às instâncias ordinárias, eis que este Tribunal, como tribunal de recursos extraordinários, deve julgar da aplicação do direito aos fatos, tais como estes fatos foram colocados, foram postos nas instâncias locais.

Portanto, apresenta-se aqui um contrato de promessa de compra e venda anterior ao crédito e à penhora, contrato com transmissão de posse irrevogável e com o preço quitado. Sobre o imóvel, o Banco não tinha nenhuma hipoteca.

Entendo, Sr. Presidente, que estamos diante de situação análoga às precedentemente apreciadas por este Colegiado.

Rogo vênia ao eminente Ministro Relator para, pelos fundamentos manifestados agora e naqueles votos, negar provimento ao recurso do Banco do Brasil.

RECONSIDERAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. Ministro BUENO DE SOUZA: Srs. Ministros, ante os esclarecimentos advindos do douto voto-vista que acaba de proferir o Sr. Ministro Athos Carneiro, devo reiterar que, na primeira assentada de julgamento, tive presente o que foi acentuado em sustentação oral pelo d. Patrono do recorrente, ou seja, que o Banco do Brasil S/A propusera ação de execução hipotecária a incidir a penhora sobre objeto de hipoteca.

Agora, contudo, se vê que os lotes que os embargos de terceiro defendem não são objeto de hipoteca.

Eis porque peço vênia ao Sr. Ministro Relator para reconsiderar meu voto, proferido na assentada anterior; e, *brevitatis causa*, reportar-me ao voto que proferi como Relator para o acórdão do REsp 188-PR, julgado na Sessão de 8-8-89, precedente no qual, por maioria, consideramos que a Súmula 621 do STF não deve constituir obstáculo intransponível à admissão de embargos de terceiro fundados em compromisso de compra e venda destituído de registro imobiliário.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, o caso prende-se à aplicação ou não da Súmula nº 621. Esta Turma já decidiu, em um outro caso, que a súmula não teria a rigidez que as palavras aparentam. Ora, o eminente Ministro Athos Carneiro agora está a lembrar que se trata de um promitente comprador que pagou o preço de de que este imóvel possuído não era garantia hipotecária.

Continuo no ponto de vista anterior, e me somo ao voto do eminente Ministro Athos Carneiro.

VOTO (VENCIDO NO MÉRITO)

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sem embargo da simpatia que sempre tive para com a tese contrária à que veio a consagrar-se no Enunciado nº 621 da súmula do Supremo Tribunal Federal, já me deparei, neste Tribunal, com dois casos, nos quais originariamente atuei como Relator. Naquelas oportunidades, considerando o posicionamento sumulado do Supremo Tribunal Federal, após reiterados julgamentos e inclusive com aval doutrinário, preferi optar pelo entendimento da Súmula nº 621, até que, neste Tribunal, a matéria, novamente agitada, venha a fixar-se a favor de uma ou outra tese. Vencido naquelas duas oportunidades, ao lado do Ministro Barros Monteiro, não tenho, ainda, razões mais convincentes para mudar de orientação, sobretudo quando a divergência se faz por pequena margem nesta Turma, e que a matéria também está posta à apreciação na outra Turma da 2ª Seção.

Por estas razões, prefiro manter o entendimento anterior, acompanhando o Ministro Relator, *data venia*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 212 — SP — (Reg. nº 89.0008482-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Rel. p/acórdão: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Banco do Brasil S/A. Recdo.: Oreste Antônio Ferro. Advs.: Drs. José Ângelo Montanheiro e outros e Antonio Câmara de Souza Leite e outros.

Decisão: A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do recurso, e, por maioria, negou-lhe provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo.

Votou, além dos vencidos, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 228 — MG

(Registro nº 89.0008511-5)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Antonio Ferreira de Paiva e outros*

Recorrida: *Rosa de Souza ou Rosa Laureano de Souza e outras*

Advogados: *Drs. Raimundo Cândido Júnior e outros, Erotides Dinis e outro*

EMENTA: Testamento cerrado. Escritura a rogo.

Não importa em nulidade do testamento cerrado o fato de não haver sido consignado, na cédula testamentária, nem no auto de aprovação, o nome da pessoa que, a rogo do testador, o datilografou. Inexistência, nos autos, de qualquer elemento probatório no sentido de que qualquer dos beneficiários haja sido o escritor do testamento, ou seu cônjuge, ou parente seu. Exegese razoável dos artigos 1.638, I, e 1.719, I, combinados, do Código Civil.

Entende-se cumprida a formalidade do artigo 1.638, XI, do Código Civil, se o envelope que contém o testamento está cerrado, costurado e lacrado, consignando o termo de apresentação sua entrega ao magistrado sem vestígio algum de violação.

Recurso especial não conhecido.

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, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro ATHOS CARNEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuidam estes autos de ação de nulidade de testamento cerrado ajuizada por Antonio Ferreira de Paiva e outros contra Rosa de Souza ou Rosa Laureano de Souza e seus filhos, na Comarca de São Gonçalo de Sapucaí-Minas Gerais.

Em testamento cerrado, datilografado «por um amigo» e assinado de próprio punho, José Eduardo de Paiva, viúvo, que viveu por mais de 20 anos com Rosa Laureano de Souza, legou a esta, bem como aos filhos que com ela teve, determinados bens de sua propriedade.

Antonio Ferreira de Paiva e outros, filho legítimo e genros do testador, postulam a nulidade do referido testamento invocando a falta de identificação da pessoa que escreveu o testamento, além de alegarem inobservância de formalidades legais e, ainda, doença mental do testador.

Em primeira instância foi a ação julgada improcedente, por incomprovado desrespeito ao disposto no artigo 1.638, inciso I, do Código Civil, bem como qualquer irregularidade formal no testamento cerrado, ou a insa-

nidade mental do testador. Apelaram os vencidos ao Tribunal de Justiça sustentando, como tese principal, a nulidade de ato jurídico (artigo 145, IV, do CC), por não constar da cédula o nome de quem escreveu o testamento a rogo do testador, ensejando tal omissão a possibilidade de ofensa à norma do artigo 1.719, inciso I, do CC, que proíbe seja nomeado legatário quem, a rogo, escreveu o testamento, ou o cônjuge ou parentes do escritor.

Os apelados, em contra-razões, aduziram a falta de provas no sentido de que o testamento tenha sido escrito por pessoa beneficiária do legado, ou parente seu. Refutaram, ainda, as duas outras questões ventiladas, vale dizer, irregularidade na forma do cosimento do testamento e a pretensa insanidade mental do testador.

O Tribunal *a quo*, à unanimidade de votos, após ter por renunciado o agravo retido, negou provimento ao apelo. Invocando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em feito análogo, considerou assente ser preciso prova, a mínima que seja, para que se configure ofensa à proibição contida no artigo 1.719, inciso I, do Código Civil. Assim também no que pertine à capacidade do testador. Já quanto ao cosimento do testamento cerrado, a solenidade não é exigível em termos desmedidamente formais.

Embargos de Declaração, à unanimidade de votos, foram rejeitados pela Câmara, que os considerou com o fim exclusivo de prequestionamento de questão federal, relativa ao artigo 145, IV, do Código Civil.

Em recurso extraordinário, buscando arrimo ao artigo 119, III, *a e d*, da Constituição então vigente, os recorrentes sustentaram negativa de vigência aos artigos 153, § 2º, da Constituição pretérita, e 125, I, do CPC, como também aos artigos 145, III e IV; 1.638, I e XI, e 1.719, I, todos do Código Civil, além de divergência com acórdão da Colenda 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 88.217, *in Juriscivel*, 134/139 (fls. 210/214).

O eminente Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais inadmitiu o recurso extremo (fl. 221), cujo processamento foi, entretanto, determinado pelo Pretório Excelso (fls. 239/240). A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da irresignação (fls. 259/268).

No Supremo Tribunal Federal o recurso interposto foi, pelo eminente Relator, convertido em recurso especial, determinada a remessa do processo a este Superior Tribunal de Justiça, com posterior retorno dos autos àquela Corte para julgamento da matéria constitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Não há nos autos qualquer indício que revele, ou deixe transparecer, que a pessoa que datilografou o testamento cerrado de José Eduardo de Paiva, ou parente desta pessoa, tenha sido um dos beneficiados pela deusa testamentária.

O que se tem por comprovado é que o testador José Eduardo de Paiva compareceu perante a Tabeliã local e, na presença das cinco testemunhas exigidas por lei, entregou a sua última manifestação de vontade, sendo lavrado regularmente o respectivo auto de aprovação.

O Código de Processo Civil é expresso quando, em seu artigo 364, preceitua que «o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença».

Comentando este dispositivo legal, assevera Moacyr Amaral Santos:

«Conforme essa regra, o documento público faz prova da formação da declaração das partes. O fato de que as partes declararam o que nele se contém se há como verdadeiro até que se demonstre a falsidade da afirmação do oficial público» (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, Forense, pág. 170).

No acórdão da Egrégia Primeira Câmara Cível Especial do TJRS, Relator o Eminentíssimo Desembargador Oscar Gomes Nunes, invocado no aresto recorrido, em julgamento de caso análogo, lê-se a seguinte passagem:

«Não há nos autos elemento algum que autorize a afirmação, nem mesmo a presunção de haver o testamento sido escrito por pessoa que haja sido contemplada pela testadora, ou o seu cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos.

Provada, porém, que fosse a desobediência à proibição do art. 1.719, I, do CC, a nulidade se restringiria às disposições em favor daquele ou daqueles que, não podendo ser nomeados herdeiros, ou legatários, o foram.

É, aliás, a sanção que comina o art. 1.719 do CC». (RT, 415/330).

Do bem-lançado parecer de fls. 259/268 vale, ainda, transcrever o seguinte trecho:

«*Darcy Bessone*, em parecer a respeito de testamento cerrado datilografado e sua validade, valioso trabalho que encontra na *Revista Forense*, vol. 158, págs. 91/97, escreve e sustenta:

‘A única objeção de certa relevância que poderia ser oposta à fatura por datilografia do testamento cerrado é a de que, para os fins do art. 1.719, I, do Código Civil, torna-se mais *difícil* identificar o datilógrafo, para saber se ele é herdeiro ou legatário, ou cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de herdeiro ou legatário. Tal dificuldade poderá ocorrer também em relação ao testamento manuscrito por *terceiro*.

Quem alegar que o testamento foi escrito, a máquina ou a mão, por uma das pessoas referidas no art. 1.719 e seu número I, deverá produzir a prova da alegação’.

Mais adiante, pondera:

‘Assim, enquanto não se prove que o testamento foi escrito, a máquina ou a mão, por herdeiro ou legatário, ou por

cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de herdeiro ou legatário, não se poderá decretar a nulidade do testamento». (Gri-fos nossos — *Rev. For.*, vol. 158, pág. 96).

Pinto Ferreira, lembrado pelos ilustres patronos dos Recorridos (fls. 140/141-TJ), adverte:

‘Em caso de terceira pessoa` haver escrito o testamento, também não há necessidade de se declarar quem o escreveu, mesmo que tenha sido o notário’. (*Tratado das Heranças e dos Testamentos*, pág. 308).» (Fls. 261/262).

Rememorando abonada doutrina, lembro Carlos Maximiliano («Direito das Sucessões», Ed. Freitas Bastos, 1942, nº 427, pág. 484), valendo transcrever seu magistério a respeito:

«Não se precisa declarar, nem na cédula, nem no auto de aprovação, o nome de quem escreveu o testamento, ainda mesmo que tal serviço haja sido prestado pelo próprio notário que lavra o auto referido.

Quid, se, além de escrever, o indivíduo assinou a rogo do testador? Como o auto de aprovação deve assinalar o que ao oficial se depara, e a subscrição de cédula por outrem está às suas vistas, não pode deixar de a consignar.

Do exposto se conclui pouco importar que o elaborador da cédula não tenha recebido os dados, para a mesma, das mãos do testamenteiro, e, sim, de interposta pessoa; pois, se nem o nome do escritor se precisa saber, muito menos — onde, quando e como chegou às suas mãos a incumbência. É de presumir que o papel traduz a o pensamento daquele que o leva ao notário e pede que o aprove».

Com idêntica orientação, pela não necessidade de declaração do nome do escritor da cédula, é o magistério de Orosimbo Nonato, embora com a advertência de tratar-se, tal prática, de «precaução útil» («Estudos sobre Sucessão Testamentária», *Forense*, vol. I, 1957, nº 224, pág. 283). *Idem* Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. X, Tomo I, pág. 342).

Não vislumbro, pois, embora possa o tema ser objeto de controvérsias, contrariedade às normas do artigo 1.638, inciso I, do Código Civil, nem do artigo 1.719, I, do mesmo diploma legal; ao contrário, considero que aos mesmos foi dada razoável exegese. Afastam-se, assim, as alegações de nulidade do ato.

Quanto ao disposto no artigo 1.638, inciso XI, do Código Civil, relativo ao dever de o tabelião cerrar e coser o testamento, o Tribunal *a quo* entendeu que o testamento ora impugnado não apresentou nenhum vestígio de violação, atendendo-se ao constante do respectivo termo de apresentação, onde se afirma ter sido entregue lacrado e costurado. É aliás o que se constata visualmente no envelope que o continha (autos apensos, fl. 5).

Ademais, na esteira do que decidiu o aresto recorrido, ao registrar que a solenidade do ato não deve ser «desmedidamente formal», cabe trazer à colação o ensinamento de Pinto Ferreira:

«O lacre e o carimbo não são requisitos obrigatórios, mas são aconselháveis. A sua falta, porém, não anula o testamento: é contra o direito formalidades desnecessárias, superabundantes, prejudicarem documentos» («*non licet quod abundat vitiare scripturas*») In Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 73, pág. 112).

Quanto ao dissídio jurisprudencial invocado, não vislumbro divergência alguma. O acórdão trazido à colação trata de caso concreto, sem qualquer conotação com os temas versados neste recurso, pois apenas desqualifica testamento que «desatende às formalidades legais».

Pelo exposto, e também com os fundamentos do bem-lançado parecer da lavra da douta Procuradora da República, Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues (fls. 259/268), não conheço do recurso.

Oportunamente, retorne o processo ao Colendo Supremo Tribunal Federal.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 228 — MG — (Reg. nº 89.0008511-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Antonio Ferreira de Paiva e outros. Recorrida: Rosa de Souza ou Rosa Laureano de Souza e outros. Advogados: Drs. Raimundo Cândido Junior e outros; Erotides Dinis e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 14-8-89 — 4ª Turma).

Votaram 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 250 RJ

(Registro nº 89.08535-2)

Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite

Relator Designado: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves

Recorrente: Banco do Estado de São Paulo S.A.

Recorridos: Sylvio Falcão Camacho Crespo — Espólio e outros, Jorge Eira Furquim Werneck — Espólio e outros, Edison Berford Dias e outro, Frederico Carlos Oberlaender Pinho e outros, Maria Lúcia Ferreira Tavares e outro

Advogados: Drs. Albano Molinari Júnior e outros, Luiz Alfredo Targino Alves e outro, Rui Berford Dias, Affonso Alípio Pernet de Aguiar, Aurily Armando dos Santos e Maria Lúcia F. Tavares

EMENTA: Operações financeiras. Inexistência de afronta aos arts. 102, III e 104 do Cód. Civil. 2. Correção monetária. Comprovado o ilícito civil, impõe-se a correção desde o início, por se cuidar de dívida de valor. Inocorrência de ofensa à Lei nº 6.899/81. 3. 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 maioria, 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, 5 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator designado.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: O despacho que inadmitiu os recursos extraordinários têm o seguinte teor:

«Dois foram os recursos extraordinários interpostos para atacar acórdão da Egrégia Primeira Câmara Cível (fls. 2442/2445), proferido em 5-5-87, e assim ementado: «Ementa: Operações financeiras. Ainda que irregulares tais operações, a obrigação de reembolsar aqueles que nelas investiram suas economias — quando mais não seja em nome do princípio que veda o enriquecimento sem causa — é inquestionável. Operações efetuadas por Caixa de Assistência de Funcionários de estabelecimento bancário, com plena ciência e colaboração deste, que se omitiu em providências tendentes a impedi-las, gera sua responsabilidade solidária. Quando todos pensam e tudo permite pensar que a situação aparente é a manifestação exterior da situação jurídica, não se pode desconhecer a situação criada nesta base, sem atingir a segurança dos negócios e a livre circulação dos bens». O primeiro (da CAFNESP), com arguição de relevância, fundado na alínea *a*, do permissivo constitucional, indicando como vulnerados dispositivos de lei ordinária (fls. 2448 a 2449). O segundo (do BANESP), pelas alíneas *a* e *d*, alegando contrariedade ao artigo 153, §§ 2º e 3º, da Carta Matriz, negativa de vigência de dispositivos de lei ordinária, colidência com a Súmula nº 562 e dissídio pretoriano, além de relevância de questão federal (fls. 2467/2487). Houve impugnação (fls. 2461/2462, 2464/2465 e 2494/2495). 2. Os recursos não reúnem condições de admissibilidade. Em relação às alegações de ofensa à legislação ordinária e divergência jurisprudencial, porque estranhas às hipóteses de cabi-

mento previstas nos incisos I a X do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 2/85. Quanto à *quaestio* constitucional, suscitada no segundo recurso, porque o preceituado nos §§ 2º e 3º do artigo 153, da Lei Fundamental não foi ventilado no venerando acórdão recorrido, nem em embargos declaratórios (Súmulas nºs 282 e 356). A divergência com o entendimento sumulado, também objeto do segundo apelo, não se acha caracterizada, nem o recorrente cuidou de efetuar o confronto analítico exigido pelo artigo 322 do Regimento. 3. Nego, pois, seguimento aos recursos, exceto quanto à relevância. Formem-se os instrumentos, em ocorrendo a hipótese prevista na parte final do § 3º do artigo 328 do Regimento.»

O recurso do Banco do Estado de São Paulo S/A veio a ser processado devido ao provimento do Agravo de Instrumento nº 125.392-4-RJ (fl. 2613).

Com as razões (fls. 2616/2657) e contra-razões (fls. 2675/2678, 2680/2686), subiram os autos ao Supremo Tribunal Federal e de lá vieram a esta Corte, convertido o RE em recurso especial, na parte relativa à matéria legal e ao dissídio sumular.

Com onze volumes e dois apensos.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Os autores, ora recorridos, faziam lucrativas aplicações financeiras na Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Estado de São Paulo. Os investimentos eram feitos através do Banco, mas em nome da Caixa, e rendiam bons juros, pagos mensalmente, por cheques, depósitos em conta-corrente, ou dinheiro.

A Caixa fora criada para dar assistência aos funcionários do Banco e operava dentro das instalações deste. Os seus administradores também pertenciam aos quadros do Banco, onde a Caixa mantinha conta-corrente e por cujo intermédio exercitava, normalmente, as suas atividades.

A Caixa, além da atividade assistencial própria, passou à captação de clientela estranha aos seus objetivos, como se fosse u'a entidade financeira. Entre esses clientes estavam os autores-recorridos, que repousavam na confiança inspirada pelo Banco, o qual dava respaldo à Caixa e recolhia os recursos dos investidores, cumprindo as suas funções creditícias normais.

A Caixa mantinha-se nessa situação há muitos anos, até que deixou de ter o respaldo do Banco e ficou sem condições econômicas para honrar os compromissos assumidos. Então, quando os investidores foram receber seus rendimentos, depararam-se com o encerramento da conta-corrente da Caixa, pelo Banco, que decidira liquidá-la, vetando, ademais, a movimentação

de quaisquer documentos contábeis de débito ou crédito relativos a consorciados ou caixa de empréstimos.

Daí a ação ordinária de perdas e danos, ajuizada por vários investidores contra o Banco e para a qual também foi citada a Caixa, alegando-se a solidariedade passiva do Banco e a sua responsabilidade culposa, extracontratual, pois participava das operações da Caixa, diretamente, ou garantindo-as pelo seu conceito e pela participação de seus prepostos, funcionários de um e administradores da outra.

A sentença — que passou a fundamentar o acórdão recorrido — acolheu, em parte, o pedido dos autores, e condenou o Banco e a Caixa a comporem, solidariamente, os prejuízos causados, os quais se constituem, tão-só, da restituição do principal aplicado (representado pelos cheques não pagos) e corrigido monetariamente, mas não dos rendimentos prometidos, por serem ilegais (fls. 2316/2317).

O Banco, após desprovida a sua apelação, interpôs recurso extraordinário, que foi transformado em especial. Fê-lo pela negativa de vigência dos artigos do Código Civil, que indica (fls. 2472/2480); e por dissídio jurisprudencial, que alinha (fls. 2481/2484).

Dos textos legais que deu como pretendidamente violados, o recorrente explicitou apenas os arts. 102, III, e 104, fulcros do seu recurso. Nada comentou, porém, sobre os arts. 145, II, 147, II, 97, 971, 1003, 1005 e 1521, III, do Código Civil, de modo que, eliminados estes últimos, examino apenas os dois primeiros.

Argumenta o recorrente que os autores-recorridos e a co-ré contrataram investimentos proibidos por lei, com a emissão de documentos (cheques) pré-datados. A simulação não poderia, pois, ser alegada em litígio de um contra o outro ou contra terceiros (art. 104).

A sentença (e, por conseguinte, o acórdão) não nega que a Caixa, a partir de certa data, «passou a desenvolver intensas atividades irregulares», captando recursos de estranhos ao seu quadro associativo, operando ilegal e paralelamente no mercado financeiro, oferecendo rentabilidade superior às legalmente permitidas. Não nega, tampouco, a imperiosidade do encerramento de suas atividades, como ocorreu.

Mas, o reconhecimento de tal conduta, mesmo se condiderada pelo Banco como capaz de viciar os atos inquinados, por simulação, não impediria o julgador, mesmo com a prova desse defeito — de fazer prevalecer os atos reais, ou ocultos, sobre os simulados, ou ostensivos. Por outro lado, a proibição contida no art. 104, do Código Civil, opera contra o próprio Banco que, como envolvido nas operações referidas, pretende, agora, vir a juízo alegar simulação.

É ler-se:

«Art. 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os con-

traentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.»

Ora, dando-se de barato que tivesse havido, no caso, simulação maliciosa, ou seja, realizada com a intenção de prejudicar terceiros, somente estes poderiam postular a anulação do ato simulado, mas não as pessoas que foram, elas próprias, movidas do propósito de violar a lei ou prejudicar alguém.

Pelo que se vê dos autos, o Banco não poderia assumir a posição de terceiro prejudicado, dado o seu envolvimento nos fatos, da maneira como foram escandidos na respeitável sentença, fulcro do acórdão recorrido.

Senão, vejamos:

a) que a Caixa só pode vicejar e operar ilicitamente com a inequívoca complacência do Banco, o qual permitia que as ilícitas operações tivessem curso dentro de suas próprias dependências, isso ocorrendo desde 1967 até 1971 (fls. 2311/12);

b) que a Caixa não tinha registrados os seus atos constitutivos, sendo, pois, uma sociedade de fato ou irregular, sem existência legal (CC, art. 18), mas, mesmo assim, admitida como correntista pelo Banco, movimentando cheques e utilizando os serviços de compensação (fl. 2313), de tal modo a ser considerada um verdadeiro departamento do Banco, instalada em suas dependências e usufruindo de seus serviços;

c) que tais fatos e provas evidenciam a responsabilidade culposa do Banco pelos danos causados aos associados da Caixa e aos que nela investiram — solidariamente com ela — responsabilidade extra-contratual *in omittendo*, e também porque, agindo abrupta e tardiamente, encerrou a conta bancária da Caixa, eliminou-lhe a receita proveniente dos descontos dos empréstimos feitos a seus funcionários, frustrando a possibilidade de, normalmente, receberem eles o valor do capital aplicado (fls. 2316/2317).

Ao final das razões do seu recurso, o Banco diz o seguinte:

«Abandonando, por ora, o *meritum causae*, o qual impõe a improcedência da ação, também não foi feliz a r. decisão recorrida no que se refere à correção monetária.»

Alega, citando o art. 153, § 2º da CF/67, que à época da propositura da ação não havia lei prevendo a incidência da correção monetária. Assim, a determinação no sentido de mandar incidir a correção monetária no período entre 7-8-1981 até 8-4-1981, teria ferido o art. 4º, da Lei nº 6.899, 8-4-1981, e o seu regulamento, baixado com o Decreto nº 86.649, de 25-11-1981.

Argumenta, ainda, o recorrente que de fato u'a construção jurisprudencial foi consolidada na Súmula STF nº 562, no sentido da incidência da correção monetária anteriormente ao advento da Lei nº 6.899/81, mas relativa à reparação de danos materiais, por ato ilícito, ou dívida de valores, não sendo o caso do empréstimo de dinheiro (fls. 2475/2476).

Vale a pena repetir, aqui, o decidido: o Banco cometeu ilícito civil, causativo de lesão patrimonial. Foi condenado, por isso, a restituir os dinheiros

aplicados, representados pelos cheques não pagos — mas que não estão sendo executados. Além do principal, pagará, igualmente, os juros legais e a correção monetária, contados, uns e outros, de 9 de agosto de 1971, data em que ocorreu o encerramento da conta bancária da Caixa de Assistência, até a data do seu efetivo resgate.

A partir da Lei nº 6.899/81 a regra é a da incidência da correção monetária sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive custas e honorários advocatícios (art. 1º). O legislador não faz distinção entre dívida de valor e dívida de dinheiro, nem sobre ilícito absoluto e ilícito relativo, criações do STF e que se impuseram aos Tribunais do País, de certo modo, pelo respeito à proveniência.

A mesma lei estabelece, ainda, que nas execuções de títulos de dívida líquida e certa (dívidas de dinheiro), a correção será calculada a contar do respectivo vencimento (art. 1º, § 2º). Nos demais casos (dívidas de valor resultantes de danos pessoais e patrimoniais), o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação (art. 1º, § 2º). É lógico e jurídico que a Lei nº 6.899/81 não poderia atingir os casos julgados, mas nada impedia a sua aplicação imediata a todas as causas pendentes de julgamento, conforme previsto no seu art. 3º.

No caso dos autos a sua aplicação é imediata, pois a sentença somente foi proferida no dia 15 de setembro de 1986, obtendo-se, como divisor, o valor da ORTN (ou de outro índice vigente à época) no mês do ajuizamento da ação, *ex vi* do disposto no art. 1º, § único, do regulamento baixado com o Decreto nº 86.649/81, por tratar-se — vamos repetir, usando a terminologia pretoriana — de dívida de valor.

No entanto, o recorrente tem razão em parte, pois o acórdão recorrido mandou contar a correção monetária a partir de 9 de agosto de 1971, data em que ocorrera o encerramento da conta bancária da Caixa.

Ora, sendo a sentença (corpo do acórdão) de 15 de setembro de 1986 cabia-lhe atender ao disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81, e fixar o termo *a quo* da incidência da correção a partir do ajuizamento da ação (Cf., também, os arts. 1º, § único, e 3º, do Decreto nº 86.649/81), ajuizamento que, no sentido da lei (CPC, art. 263), é o mesmo que propositura.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra *a*, do art. 105, III, da CF, e lhe dou provimento parcial, a fim de reformar o acórdão e a sentença no ponto indicado.

Devem os autos retornar ao STF, que se reservou a competência para apreciar a matéria constitucional.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Estou de acordo com o Sr. Ministro Relator, ao repelir a alegação de afronta aos arts. 102, III, e 104, do Cód. Civil. Dirirjo, no entanto, de S. Exa., quando acolhe a arguição de ofensa à Lei nº 6.899, de 8-4-81. Ficou, aqui, decidido que houve

ilícito. Ouvi pela palavra do Sr. Relator: «o Banco cometeu ilícito civil, causativo de lesão patrimonial». Pois bem, a dívida que daí resultou não é dívida de dinheiro, própria da aludida lei, mas, sim, dívida de valor, que requer atualização desde o evento, a teor da Súmula 562/STF e julgados que se lhe seguiram. Bela construção jurisprudencial! Reputo, também no particular, sem censura o acórdão recorrido.

Rogando licença, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, em processo trazido a julgamento nesta mesma sessão, Relator o Sr. Ministro Cláudio Santos, adotei entendimento mais amplo sobre correção monetária, considerando que a Lei nº 6.899 não veio restringir, mas ampliar as hipóteses em que já se reconhecia como devida. Essa é uma delas.

Vou pedir vênia para acompanhar o Sr. Ministro Nilson Naves.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, também pelos mesmos fundamentos, peço vênia a V. Exa. Nesta mesma sessão, no julgamento proferido pelo Ministro Eduardo Ribeiro, tive oportunidade de dizer que mantinha coerência ao entendimento que trazia do egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Cuidando-se de ressarcimento, a reparação de dano decorrente de ato ilícito deve ser feita *in integrum*.

Por essa razão, peço vênia a V. Exa. e não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 250 — RJ — (Reg. nº 89.08535-2) — Relator Orig.: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Relator: Des.: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Banco do Estado de São Paulo S.A. Recorridos: Sylvio Falcão Camacho Crespo-Espólio e outros, Jorge Eira Furquim Werneck-Espólio e outros, Edison Berford Dias e outro, Frederico Carlos Oberlaender Pinho e outros, Maria Lúcia Ferreira Tavares e outro. Advogados: Drs. Albano Molinari Júnior e outros, Luiz Alfredo Targino Alves e outro, Rui Berford Dias, Affonso Alípio Pernet de Aguiar, Aurily Armando dos Santos, Maria Lúcia F. Tavares.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, que conhecia e dava provimento parcial ao recurso, decidiu dele não conhecer, nos termos dos votos dos Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Nilson Naves.

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 290 — PR

(Registro nº 89.0008619-7)

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

Recorrentes: *Lourival Neves e Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogado: *Dr. Elio Narezi*

EMENTA: Criminal. Recurso Especial.

Reexame da prova. Cumpridamente ponderada a prova pela decisão recorrida, constitui cometimento incompatível com o recurso especial quererem as partes o seu reexame a título de valoração adversamente conclusiva.

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 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, 2 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: O v. acórdão recorrido confirmou a sentença que condenara Lourival Neves pela prática do denunciado atentado ao pudor mediante fraude e o absolvera do crime de perigo de contágio venéreo, reduzindo a pena a dois anos de reclusão, quantitativo propiciatório do *sursis* (declaratórios de fl. 210). Da sentença haviam recorrido o Ministério Público, naquela parte absolutória (fls. 134 e 137), e o réu, na parte condenatória — fl. 136.

Daí que a respectiva irrisignação das partes agora se removeu para a via especial, na qual o réu suscita violação de vigência do art. 216 do Cód. Penal, e dos arts. 155 e 156 do CPP — desde quando a prova dos autos desfiguraria o pressuposto da fraude, relativamente à mulher que sob promessa de emprego consentira no coito anal de que veio a se queixar (fl. 215). Por sua vez, o Ministério Público impugnou o v. acórdão, também a título exclusivo da letra a do permissivo (arts. 617, do CPP, e 216, 218 e 130, do CP), tanto na insistência da condenação do réu pelo perigo do contágio venéreo como pela desclassificação do crime de atentado ao pudor para o

de corrupção de menores, tudo segundo a prova que não fora devidamente valorizada, isto é, sobre o contágio, o indício de que a vítima se dera conta da doença logo em seguida ao tempo do coito anal e o de que o réu então se tratava com benzetacil, verificando-se padecer de sífilis ao tempo da retardada perícia, e, quanto ao coito anal, certamente que a promessa de emprego, longe de configurar a fraude pressuposta do atentado ao pudor, antes tipificara a corrupção de menor. Ler-se (fl. 218).

Admitidos os recursos, afinal vieram os autos a este eg. Tribunal, conforme a declinatoria de fl. 256.

À fl. 261, assim se pronunciou o Subprocurador-Geral Valim Teixeira:

«1. Contra decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que condenou o acusado Lourival Neves à pena de dois anos de reclusão pela prática do crime de atentado ao pudor mediante fraude e o absolveu do delito de contágio venéreo, foram interpostos dois recursos extraordinários. O primeiro, manifestado pelo acusado, alegando ofensa aos artigos 216 do Código Penal, e 155 e 156 do Código de Processo Penal. O segundo, interposto pelo Ministério Público, alegando negativa de vigência aos artigos 617 do Código de Processo Penal e 216, 218 e 130 do Código Penal.

2. Parece-nos, *data venia*, que razão não assiste aos recorrentes, cujas alegações envolvem o exame profundo da prova, amplamente apreciada pelo julgado recorrido. Se ocorreu, ou não, atentado ao pudor mediante fraude, trata-se de alegação que só poderia ser apurada, como foi, na instância probatória. A afirmada violação aos artigos 155 e 156 constitui, também, matéria relativa à prova, bem como saber-se se ocorreram ou não os crimes de corrupção de menores e de perigo de contágio venéreo. Ora, não se prestando o recurso especial à apreciação de questões que levam ao exame profundo da prova, o nosso parecer é no sentido de que não sejam conhecidos os recursos interpostos» — fl. 261.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, do primeiro recurso, lembrem-se que a sua fundamentação se respalda, em síntese, na dedução de que, negado o fato de ser o réu portador de doenças venéreas, e positivado que delas padeceu a vítima (sífilis e condiloma acuminado de ânus), tudo como admitido desde a sentença, então, não haveria falar-se na *mulher honesta* de que trata o tipo do art. 216 do Cód. Penal, senão que na mulher despudorada, habituada àquela prática libidinosa, pois de outro parceiro que não o réu teria apanhado as ditas moléstias.

Esse raciocínio na verdade impressionaria, em matéria de valoração da prova confrontada, se não fosse um ponto obscurecido na sua exposição: o

de que o exame médico a que se submeteu o réu, além de alheio ao formalismo pericial, foi realizado tardiamente, em dezembro de 1986, quando o crime de que acusado se dera muito antes, janeiro daquele ano. Ademais, conforme bem considerado pela sentença confirmada, ainda que fosse indubitosa a sanidade do réu ao tempo da prática libidinosa, o mais que se poderia concluir seria que a vítima se contaminara por outros meios, já que nada consta que fosse, aos 17 anos, uma mulher dissoluta ou corrompida (fl. 127).

Por conseguinte, convenha-se que o recurso do réu mais não pretende do que um indireto reexame da prova que forrou a sua condenação, desiderrato esse que não condiz, porém, com o título recursal de contrariedade ou negativa de vigência de lei.

Do recurso do Ministério Público, comece-se por dizer impertinente o enfoque da desclassificação do delito de atentado ao pudor para o de corrupção de menor. Isto porque, dessa parte da sentença não apelou o órgão público, faltando-lhe, pois, legitimidade para o recurso especial sobre ponto da sentença com indiscutível trânsito em julgado para a acusação.

Portanto, a isso não importa o fato de a perseguida *emendatio libelli* se conter, como dito pelo recorrente, na manutenção da pena já aplicada (conquanto que inferior à cominação da nova classificação), pois que, no caso, o impedimento que se depara à revisão da condenação do réu não consiste da imutabilidade da classificação jurídica do fato, senão que da imutabilidade maior e universal da coisa julgada em si mesma.

Doutra parte, no que pretende a condenação do réu pelo delito do perigo de contágio venéreo, embora o esforço por demonstrar a mácula de não valoração da prova, a seu ver exurgente dos documentos dos autos, diga-se também sem vez, nessa insistência, o Ministério Público recorrente. É que, na real verdade, a prova indiciária a que se apegava como indutora da autoria foi cumpridamente analisada pela decisão absolutória, posicionada nesta conclusão:

«Concluindo o que ficou asseverado por esse d. profissional da medicina, observa-se que há a hipótese ainda que remota e apesar de tudo o que ficou exposto e argumentado, de a vítima haver contraído a doença, de outra forma, mesmo sendo raro, e até porque poderia estar, quando adquiriu a moléstia, com sua resistência orgânica diminuída; que, também, o réu pode ser um *ex-portador* de doenças venéreas, embora o resultado de recente exame seu tenha resultado negativo.

Aqui fica uma grande dúvida.

Essa dúvida, por sua vez, gera uma outra certeza: a da aplicação, *in casu*, do brocardo latino do *in dubio pro reo*, pelo que o réu deve ser absolvido dessa imputação, por *insuficiência de provas*» — fl. 130.

Donde o acerto das considerações do *parecer* sobre exercitarem ambos os recursos a mais plena dependência de um prévio reexame das provas, procedimento este que, por si mesmo, inibe a argüição do invocado malferimento dos dispositivos legais colacionados.

Pelo exposto, não conheço dos recursos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 290 — PR — (Reg. 89.0008619-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Rectes.: Lourival Neves e Ministério Público do Estado do Paraná. Recdos.: Os mesmos. Adv.: Dr. Elio Narezi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu dos recursos (em 2-10-89, 5ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 319 — SP

(Registro nº 89.0008782-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S/A — SANASA — Campinas*

Recorrido: *Carlos Soares Júnior*

Advogados: *Drs. Sérgio Luiz Monteiro Salles e outros e Carlos Antônio de Castro Soares*

EMENTA: Processual. Acórdão confirmatório de sentença que teria incidido em ultra petita. Alegação de que haveria, ademais, reformado parte da sentença, em favor do impetrante, que não apelou.

Hipóteses não configuradas, já que a decisão monocrática, no ponto em que foi confirmada, ateu-se rigorosamente aos termos do que fora pleiteado na inicial; havendo, ademais, sido contida nos limites do pedido, na parte restante, por efeito do reexame necessário a que estava sujeita (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.535/51), excesso contra o qual, aliás, se insurgira a recorrente, em apelação considerada deserta.

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 egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, apreciando apelação manifestada pela Sociedade de Abastecimento de Água e Esgoto S/A — SANASA, de Campinas, contra sentença que concedera mandado de segurança a usuário de seus serviços, para o fim de desobrigá-lo do pagamento de majorações de tarifas estabelecidas por meio de resolução, ao fundamento de que se trata de tributo, sujeito ao princípio da legalidade, manteve a ordem, reformando o *decisum* tão-somente no ponto em que determinou ao impetrante o pagamento do consumo de água e utilização da rede de esgotos pelos valores previstos antes da citada resolução.

Irresignada, recorreu extraordinariamente a SANASA, com apoio nas letras *a* e *d*, do art. 119, inc. III, da CF/67, alegando, em resumo, que o acórdão, ao conceituar como tributo (taxa) as tarifas exigidas pela Recorrente e, conseqüentemente, declarar inconstitucional a Resolução nº 11/83, pela qual foram elas majoradas, violou os arts. 167, II e III, e 170, § 2º, da aludida Carta, que facultam à sociedade de economia mista cobrar tarifas, reajustando-as periodicamente, para fim de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do serviço.

Aduziu que houve julgamento *extra petita* já que, conquanto considerado o mandado de segurança ação imprópria para impugnar lei em tese, declarou-se a nulidade da resolução, que emanou de lei municipal. Ademais, deu à impetração caráter preventivo, sem que a hipótese dos autos o permitisse.

Disse, mais, que o acórdão, ao reformar a sentença, no ponto em que determinou pagasse o impetrante o consumo de água e utilização de esgoto pelos valores previstos antes da resolução impugnada, agravou a situação da recorrente, sem que nesse sentido houvesse pedido recursal do Impetrante.

Sustentou, por fim, que o acórdão divergiu de copiosa jurisprudência do STF, acerca da interpretação do art. 167 da CF/67.

O recurso foi admitido tão-somente pela letra a, para que fosse apreciada a alegada infringência ao art. 167 da CF/67, havendo a arguição de relevância sido rejeitada (fl. 407) pela Suprema Corte, onde foi colhido parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pelo seu provimento.

Posteriormente, houve por bem o seu eminente Relator, Min. Aldir Passarinho, determinar a remessa dos autos a esta Corte, a fim de que o apelo julgado como especial, na parte relativa de ofensa à legislação infra-constitucional e de dissídio jurisprudencial a ela alusivo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual. Acórdão confirmatório de sentença que teria incidido em *ultra petita*. Alegação de que haveria, ademais, reformado parte da sentença, em favor do impetrante, que não apelou.

Hipóteses não configuradas, já que a decisão monocrática, no ponto em que foi confirmada, ateu-se rigorosamente aos termos do que fora pleiteado na inicial; havendo, ademais, sido contida nos limites do pedido, na parte restante, por efeito do reexame necessário a que estava sujeita (art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.535/51), excesso contra o qual, aliás, se insurgira a recorrente, em apelação considerada deserta.

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O alegado julgamento *extra petita* não se confirmou.

Com efeito, investiu o impetrante contra os efeitos, sobre o seu patrimônio, da Resolução nº 11/83, expedida pelo Conselho de Administração da Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S/A — SANASA, de Campinas, justamente o ato que foi fulminado pela sentença monocrática, *in verbis*:

«Posto isso, procedente esta ação mandamental, decreto a nulidade por inconstitucionalidade, em concreto, da Resolução nº 11/83 e declaro-lhe a ineficácia normativa quanto ao Impetrante Carlos Soares Júnior, que pagará, pelo consumo de água e utilização da rede de esgotos, a quantia prevista anteriormente a esse ato de regulamentação» (fl. 174).

Ateve-se o *decisum*, pois, em sua primeira parte, aos limites estritos do pedido, contrariamente ao afirmado pelo recorrente, não podendo ser tachado de *extra petita*, o acórdão que a confirmou.

Na parte restante, justamente por ter extrapolado as lindes do que fora postulado, o julgado foi reformado, por efeito do reexame necessário a que estava sujeito, *ex vi* do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.535/51.

Anote-se que esta providência fora pleiteada pela própria recorrente, na apelação que acabou por ser considerada deserta.

Nenhuma lei, pois, foi contrariada.

O alegado dissídio, por restringir-se a questão constitucional, refoge à apreciação deste Tribunal.

Meu voto, pois, é pelo não conhecimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 319 — SP — (Reg. nnº 89.0008782-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Recte.: Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento S/A — SANASA — Campinas. Recdo.: Carlos Soares Júnior. Advs.: Drs. Sérgio Luiz Monteiro Salles e outros e Carlos Antônio de Castro Soares.

Decisão: a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 11-10-89 — 2ª Turma).

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. Presidu o Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.



RECURSO ESPECIAL Nº 355 — RJ

(Registro nº 89.0008897-1)

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

Recorrente: *Companhia Industrial Santa Matilde*

Recorrida: *Elétrica Rica Ltda.*

Advogados: *Drs. Marcos Oswaldo P. Rodrigues Lima e outros, Venilson Jacinto Beligolli e outro*

EMENTA: Processo Civil e Comercial. Pedido de falência. Depósito elisivo.

1. É inquestionável, mormente nos dias atuais, o cabimento da incidência da correção monetária sobre o valor da dívida.

2. A demonstrada solvabilidade do devedor comerciante caracteriza a má utilização de pedido de falência como substitutivo de ação de execução de título extrajudicial.

3. Exclusão da condenação em honorários advocatícios que se impõe, eis que a via eleita invoca aplicação do art. 208, § 2º da Lei Falimentar, em seu necessário confronto com o artigo 20 do CPC.

4. Recurso especial conhecido e provido 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 maioria, conhecer em parte do recurso e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, na forma do relatório e notas taquigráficas constante 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 e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Pedido de falência por falta de pagamento de duplicatas de venda mercantil, ajuizada por Elétrica Rica Ltda. contra a Companhia Industrial Santa Matilde, foi elidido, por depósito da quantia principal.

O Dr. Juiz de Direito da 1ª Instância julgou extinto o processo e condenou a requerida ao pagamento da atualização monetária do débito, bem assim de juros legais, custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10%.

A colenda 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo Relator o então Desembargador Waldemar Zveiter, hoje eminente Ministro desta Corte, confirmou, à unanimidade, a sentença, tendo o acórdão a seguinte ementa:

«Falência. Elidido o pedido falimentar deve a requerida pagar o débito corrigido, impondo-se-lhe também o pagamento de honorários advocatícios, eis que na fase pré-falencial o pedido é de execução.»

Contra esta respeitável decisão colegiada, interpôs a requerida recurso extraordinário, admitido pelo Tribunal *a quo*, em 21 de abril último, como recurso especial.

Alega-se violação dos arts. 208, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências) e 20 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial, tudo a propósito de propugnar pela exclusão dos acréscimos concedidos pelas instâncias locais.

O parecer do Ministério Público, da lavra do ilustrado Subprocurador-Geral Nelson Parucker, é pelo desprovimento do recurso, visto que o depósito elisivo com efeito de pagamento implica reconhecimento do pedido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Srs. Ministros, mostram os autos que, efetuado o depósito do valor principal, a requerente da falência pediu o cálculo de juros, correção monetária, honorá-

rios e custas, providência logo impugnada pela requerida ao objetar com o disposto no Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, art. 208.

Condenada pela r. sentença à complementação do pagamento, suscitou, em apelação, contrariedade ao referido preceito (art. 208), a cujo propósito reportou-se a precedentes jurisprudenciais que lhe dão prevalência, a despeito da norma do art. 20 do Código de Processo Civil.

2. O douto voto condutor do venerando acórdão recorrido resume a questão dizendo que:

«Na fase pré-falencial o processo é de execução, impondo-se-lhe o pagamento do valor corrigido e da verba honorária.»

3. O art. 208 da Lei de Falências dispõe do seguinte modo:

«Os processos de falência e de concordata preventiva não podem parar por falta de preparo, o qual será feito oportunamente, incorrendo os escritvães que os tiverem parados por mais de 24 (vinte e quatro) horas, em pena de suspensão, imposta mediante requerimento de qualquer interessado.

§ 1º Somente as custas devidas pela massa, e depois de regularmente contadas nos autos pelo contador do juízo, podem ser pagas pelo síndico. Entre aquelas custas incluem-se as relativas às contestações e impugnações do síndico e do falido.

§ 2º A massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido.»

4. O dissídio pretoriano não resultou demonstrado pela recorrente tal como reclamado, quer pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal (art. 322), a observar na época da interposição do recurso extraordinário (1-3-89), quer pelo que preceitua o Regimento Interno desta Corte (art. 255, parágrafo único). Eis porque o recurso não merece conhecimento, por este fundamento.

5. Assim também, no ponto em que suscita a questão, inteiramente nova para o teor do litígio, qual seja aquela pertinente à incidência dos juros moratórios sobre o principal, evidentemente estranha ao que preceitua o art. 208 da Lei de Falências, dado como vulnerado pela recorrente, tanto mais quanto à disciplina do tema constante de outro dispositivo do Decreto-Lei nº 7.661/45 tem sua incidência expressamente restrita à hipótese em que a quebra tenha efetivamente ocorrido. É o que consta do art. 26 da Lei Falimentar, *verbis*:

«Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal.»

Assim, não tendo a recorrente apontado para este dispositivo e, de outro modo, não se configurando, no caso, a massa falida, o dispositivo não encontra invocação apropriada.

Então, por este aspecto, também o recurso não merece conhecido.

6. É oportuno, aliás, anotar que esta 4ª Turma, no julgamento do Recurso Especial 62, do Rio Grande do Sul, de que foi Relator, em 8 de agosto último, o eminente Ministro Athos Carneiro, decidiu, à unanimidade, de acordo com esta ementa:

«Falência. Habilitação de crédito com garantia real. Correção monetária.

A lei nº 6.899/81 é de caráter geral, e de amplo alcance, de incidência portanto compatível com as hipóteses de habilitação de crédito com garantia real.

A correção monetária não é um *plus* que se acresce à dívida do inadimplente, mas um *minus* que se evita; propicia, nos casos de quebra, uma relação isonômica entre o ativo da massa, cujos bens são valorizados nominalmente pela inflação, e o seu passivo, que não pode permanecer nos valores nominais originários, sob pena de os créditos, face à permanente inflação, terminarem com o passar do tempo reduzidos a valores reais, meramente simbólicos, resultando no locupletamento sem causa do falido.

Recurso especial não conhecido.»

Muito embora aqui não se cuide de crédito com garantia real, o alcance da norma não sofre reserva necessária, cumprindo, ainda, atentar para o fato de que, no caso em exame, sequer se cuida de falência, mas de mero pedido que a ela, entretanto, não conduziu.

A egrégia 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 108.642-PR, Relator o Sr. Ministro Rafael Mayer, em decisão unânime, em 13-5-86 (RTJ 118/374), decidiu de acordo com esta ementa:

«Depósito elisivo da falência. Correção monetária.

Obstativo da própria falência, e respondendo a uma verdadeira ação de cobrança, o depósito elisivo deve ser atualizado nos termos da Lei nº 6.899/81.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

7. Resta, por conseguinte, a questão relativa aos honorários advocatícios, a cujo pagamento a recorrente foi condenada.

Quanto ao ponto, vale referir o julgado da egrégia 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, unânime, em 15-6-82, no RE 97.106-BA, Relator o Sr. Ministro Cordeiro Guerra (RTJ 103/893).

Diz a ementa do v. aresto:

«Falência. Princípio da sucumbência. Não se tratando de instituto como os embargos de terceiro ou o pedido de restituição, o sistema da lei especial que disciplina a falência é contrário ao regime da sucumbência (art. 23, parágrafo único, II, e art. 208, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45).

Esse entendimento prevalece em face do atual Código de Processo Civil, até porque, com relação a ele, nada foi alterado pela adaptação da lei de falência ao novo sistema processual feita pelo art. 5º da Lei nº 6.014/73.

RE conhecido e provido.»

Em seu erudito voto, S. Exa. se refere a precedentes do Supremo Tribunal Federal, que referiram o tema, como o Recurso Extraordinário 87.725-CE, de que foi Relator o Sr. Ministro Moreira Alves (RTJ 84/693), com esta ementa:

«Falência. Princípio da sucumbência. Não se tratando de institutos como os embargos de terceiro ou o pedido de restituição, o sistema da lei especial que disciplina a falência é contrário ao regime da sucumbência (art. 23, parágrafo único, II, e art. 208, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45).»

É a mesma ementa de que se valeu, também, o acórdão relatado pelo Sr. Ministro Cordeiro Guerra.

Nesta mesma linha de exposição, mais recentemente o Supremo Tribunal vem decidindo em sentido diverso.

Assim, a seguinte decisão da egrégia Primeira Turma, unânime, em 13-5-86, no RE 108.585-CE, Relator Sr. Ministro Oscar Corrêa (RTJ 118/358):

«Falência. Pedido elidido pelo pagamento do débito antes da decretação.

Sucumbência em honorários. Exame da jurisprudência da Corte. Feito o depósito elisivo, não se pode mais falar em falência e cabe a condenação em custas e honorários do credor.

Questão da correção monetária insuscetível de exame (Súmula 291 e artigo 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Recurso extraordinário conhecido, em parte, mas improvido.»

Consta desse venerando aresto minuciosa resenha dos precedentes daquela mais alta Corte, apontando-se as seguintes ementas, ali referidas pelo eminente Relator:

«Falência. Princípio da sucumbência.

Em regra não se aplica aos processos de falência.

Exegese dos artigos 28, parágrafo único, II, e 208, § 2º, do Decreto-Lei nº 7.661/45.

Recurso não conhecido» (RE 72.397 — Relator Ministro Thompson Flores, publ. 24-11-71).

«O devedor que efetua o pagamento do débito no ato de citação, para instauração do processo de falência, não fica sujeito a honorários de advogado.

Esta é a melhor exegese das normas específicas. Recurso Extraordinário conhecido, em face do dissídio jurisprudencial, mas improvido» (RE 93.652 — Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 102/292).

Em sentido contrário, porém, o eminente Relator se refere aos arestos mais recentes do Supremo Tribunal Federal, entre eles aludindo, inicialmente, ao RE 98.934, Relator Ministro Soares Muñoz (RTJ 105/863), cuja ementa diz o seguinte:

«Pedido de falência transformado em ação de cobrança em consequência de a devedora ter depositado o valor da dívida...

Condenação em honorários cabível, pois o depósito elidiu a falência, e a causa prosseguiu como de cobrança...»

E ainda do RE 92.794, Relator Ministro Cunha Peixoto:

«Falência. Feito o depósito elisivo, não se pode mais falar em falência, e, assim, na hipótese de improcedência das alegações do devedor, fica ele responsável pelas custas e honorários de advogado.

Recurso Extraordinário não conhecido.»

Em seu voto, que conduziu à unanimidade da Turma julgadora, expôs o Sr. Ministro Oscar Corrêa com o costumeiro acerto:

«Em tese, somos favoráveis sempre à incidência dos princípios da sucumbência, em todas as ações: todas as vezes que alguém é convocado a juízo para defender pretensão sua, considerada legal pela sentença definitiva, deve ser reembolsada das despesas de toda a ordem que tiver feito para a defesa do direito reconhecido.

Por isso, sustentei o cabimento de honorários em mandado de segurança, rendendo-me ante a manutenção, pela Corte, da Súmula nº 512.

Quanto à sucumbência, *in casu*, convém lembrar o RE 86.153 — Relator o eminente Ministro Rafael Mayer, que, com sua habitual e proclamada competência, examinou a questão, assinalando:

«Impende, no entanto, reconhecer, como bem adverte a douta Procuradoria-Geral da República, no parecer emitido pelo ilustrado Procurador Walter José de Medeiros, que, embora controvertido o tema da honorária da sucumbência, no processo falimentar, corre, hoje, «franca predominância da corrente em prol de sua aplicação, tal a identidade dos pressupostos existentes no processo civil comum e no procedimento de quebra capazes de justificar a imposição do princípio num e noutro caso.»

O Supremo Tribunal não é infenso a esse entendimento, pois ao contrário.

É certo que, em acórdão de 2-10-69, relatado pelo eminente Ministro Amaral Santos (RE 66.074), se entendeu incabível a aplicação do princípio da sucumbência aos processos falimentares, tratando-se, na espécie, de processo de impugnação de crédito.

Entretanto, à mesma época, em acórdão de 24-10-69, (RE 68.010), o eminente Ministro Eloy da Rocha entendia cabíveis os honorários em pedido de restituição ou embargos de terceiro, nas falências posto que inaplicáveis, ao caso, os arts. 23, parágrafo único, e 208, § 2º, da Lei de Falência.»

E, assim, o douto voto prossegue referindo-se a tópico de Trajano Miranda Valverde, «Comentários à Lei de Falências», para depois reportar-se a interessante trecho do compêndio de Rubens Requião — «Curso de Direito Falimentar» —, que me parece útil para a compreensão, para recapitular o posicionamento que está predominando no Supremo Tribunal Federal.

Aludo apenas a este tópico do texto de Rubens Requião.

Diz o ilustre Comercialista paranaense:

«Sob três ângulos, na verdade, se pode apresentar o tema, na sua projeção prática: primeiro — no caso de depósito elisivo da falência, no qual o devedor, depositando a quantia reclamada pelo requerente, impede a falência; segundo — na hipótese da condenação do requerente da falência, por dolo (art. 20); terceiro — quando o pedido de falência é indeferido, tendo o requerente agido por culpa ou abuso, o que dá ao devedor o direito de acioná-lo, em processo ordinário, segundo o parágrafo único do art. 20.»

Neste ponto é mister ter sob os olhos o art. 20 da Lei de Falências, *verbis*:

«Quem, por dolo, requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes.»

E, assim, prossegue o texto do Prof. Rubens Requião:

«Ora, se adotarmos o princípio radical de que a sentença denegatória da falência não comporta condenação em honorários de advogados, em todos esses casos o devedor seria prejudicado, pois arcaria com a despesa dos honorários em processo de que foi vítima. Vejamos, então, inclusive com apelos à jurisprudência, como pensamos deva ser aplicado o princípio da sucumbência.

Na primeira hipótese, havendo o depósito elisivo da falência, o juiz, declarando procedente a pretensão do credor ao recebimento do crédito ou de parte dele, determina que levante a quantia reconhecida como exata. Em tais circunstâncias não há razão para que

o devedor, que obrigou o credor a ingressar em juízo para haver o que lhe era devido, não seja condenado em honorários advocatícios. Nesse sentido decidiu a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, pronunciando que «inexiste empecilho legal à sucumbência na hipótese de elisão de falência, em que o requerido deposita o principal, pedindo o arquivamento do feito». O voto do Relator sustentou que «na verdade há dispositivo na Lei de Falências dispondo que a massa falida não paga custas devidas aos advogados dos credores (art. 208, § 2º); é uma reminiscência do tempo em que os regimentos de custas previam custas pela intervenção do advogado nos autos, uma espécie de honorários prefixada, a cargo do vencido. E, à evidência, se nem essas custas podem ser cobradas da massa, muito menos os honorários livremente contratados ou então aqueles resultantes de condenação judicial. Ocorre, contudo, que no caso em exame não há má-fé, uma vez que a falência não foi decretada; não era caso de falência, pois a requerida era e é solvável, como demonstrou, exibindo a importância do débito, tanto assim que a falência não foi decretada. Não se tratando, de má-fé, a condenação em honorários advocatícios não vai onerá-la, não vai prejudicar os demais credores, que não existem. O recorrente, não paga no vencimento simplesmente porque não quis ou por negligência no cumprimento de suas obrigações, e não porque esteve em situação falimentar. Nessas condições, não há empecilho algum, de ordem legal, à aplicação do princípio da sucumbência na espécie» (Bol. de Juris. ADCOAS, nº 19.838/73).

O enfoque do tema apresentado em acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo é perfeito: «nem é empecilho o art. 208, § 2º, da Lei de Falências, pois a isenção de honorários aí feita é restrita à massa falida. Neste caso, não chegou a constituir-se nenhuma massa falida e quem pagará honorários será o requerente da falência denegada» (Rev. dos Tribs. 455/97).

O Tribunal de Justiça do Paraná, em Câmaras Cíveis Reunidas, corretamente, também decidiu que «elidida a falência pelo pagamento do pedido mais as custas, nada impede que se aplique o princípio do sucumbimento, relativamente aos honorários advocatícios, como despesas da lide, visto que, o processo falimentar não chegou a prosperar» (Rev. dos Tribs. 401/211-404/176).

Por outro lado, se o pedido foi elidido com o depósito, para ensejar a discussão quanto à legitimidade do crédito, e provada a relevante razão do devedor em não pagá-lo, o juiz determina levantamento da quantia depositada e, conseqüentemente, deve condenar o requerente, como vencido, nas custas e honorários de advogados. O Supremo Tribunal Federal, pela Segunda Turma, sancionou esse entendimento, declarando que: «Dadas as circunstâncias em que foi pedida a falência, atende aos fins sociais da lei e às exigências do

bem comum a aplicação, no caso, do princípio da sucumbência». Vale destacar o voto do Ministro Relator Billac Pinto, que põe fim a quaisquer dúvidas: «Conheço do recurso pela letra a. Fundou-se a decisão recorrida em que: «O princípio da sucumbência não se aplica aos processos de falência, que estão sujeitos a lei especial, salvo prova de dolo do requerente, em que será condenado em perdas e danos, inclusive honorários de advogado. Não é o caso». Em dois acórdãos — RE 68.010 — Rel. Min. Eloy da Rocha (*in RTJ*, 54/186) e RE 66.801 — Rel. Min. Luiz Gallotti — Ementário 777, nº 2 — o STF admitiu que em pedido de restituição ou em embargos de terceiro, em falência ou concordata, tem aplicação a regra da sucumbência do art. 64 do CPC. Em outra decisão — RE 66.074-RS — Rel. Min. Amaral Santos (*in RTJ* 54/601) — foi julgado que, em habilitação de crédito na concordata, quando acolhida a impugnação da concordatária, não pode o credor habilitante ser condenado ao pagamento de honorários de advogado, nos termos do art. 64 do CPC. Como se verifica, nossa jurisprudência se orienta no sentido de considerar, em cada caso, se é ou não pertinente a aplicação do princípio da sucumbência. Na espécie, estamos em que se impõe a aplicação da regra do art. 64 do CPC. Trata-se de pedido de falência de empresa imobiliária, feito de insolvência da devedora. Dadas as circunstâncias em que foi pedida a falência, creio, que melhor atende aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, a aplicação, ao caso, do princípio da sucumbência. Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeira instância. É o meu voto» (RTJ, 65/792).

Na segunda hipótese, se a sentença denegar o pedido de falência e considerar provado o dolo do credor requerente, condená-lo-á a indenizar o requerido em perdas e danos (art. 20). O Tribunal de Justiça de São Paulo, pela Segunda Câmara, decidiu que «a jurisprudência predominante entende que o princípio de sucumbência, introduzido pela Lei nº 4.623, de 1965, não se aplica aos processos regidos por lei especial, como os falimentares, salvo nos casos expressos. Por conseguinte, são indevidos honorários de advogado em pedido de falência julgado improcedente. Todavia, é cabível a honorária, em face do art. 20 da Lei de Falências, e não com base no art. 64 da lei processual comum. É inegável a má-fé do requerente que tem conhecimento de que o título não autoriza o pedido, mas o faz como meio coercitivo de obter o resgate» (Bol. de Jurisprudência. ADCOAS, nºs 18.731/73 e 17.219/73).

Quando, em ação própria, o devedor promover a ação de indenização contra o requerente que agiu com culpa ou abuso (art. 20, parágrafo único), o rito será ordinário, segundo o Código de Processo Civil. O vencido será então, na forma desse diploma, condenado nas custas e nos honorários. O Tribunal de Justiça de São Paulo, pela sua Segunda Câmara Cível, embora considerando ina-

plicável a sucumbência à falência, por se tratar de lei especial, deixou claro a procedência da condenação na hipótese de que ora tratamos. «Ora — disse o Tribunal — se a sucumbência não vale a favor do credor, se precedente seu pedido, não seria curial que pudessem valer contra ele, se sua pretensão não for acolhida. Admite-se que honorários advocatícios possam ser devidos pelo pretense credor que requerer a falência com dolo ou culpa, mas nessa hipótese o cabimento da condenação se sustenta na obrigação de indenizar perdas e danos. Mas não é essa a hipótese dos autos, em que o crédito não foi reconhecido, porque prescrição da ação sobreveio» (Rev. dos Tribs. 452/83).

A controvérsia jurisprudencial, por certo, há de ser revista e extinta, em virtude das novas disposições do Código de Processo Civil, que tornou os princípios da sucumbência não mais de direito especial mas sim de direito comum».

E, no 2º volume, explica o alcance do artigo 208, § 2º, da Lei de Falências:

«Reza o § 2º desse art. 208 que «a massa não pagará custas a advogados dos credores e do falido». Essa norma constantemente é invocada para se negar a condenação do vencido, em processo de falência e seus incidentes, na sucumbência, isto é, no pagamento dos honorários de advogado do vencedor. Ora, a regra desse § 2º se refere a «custas e advogados». Alguns regimentos de custas estaduais costumam atribuir a contagem e pagamento de custas pelos atos praticados pelos advogados. Não são propriamente «honorários», mas «custas». A estas custas é que se refere o preceito legal. Atualmente muitos regimentos de custas mandam contar custas pelos atos dos advogados no processo, as quais revertem para a Ordem dos Advogados, para alimentar «caixa de benefícios», que essa instituição mantém previdenciariamente para seus membros.»

«Desta forma, não obstante as vacilações existentes, explicáveis pelas circunstâncias de cada caso, não há recusar a tese do acórdão recorrido, que bem viu a hipótese dos autos.

Elidida a decretação da falência, não se há de pretender a aplicação das normas que só a ela cabem. Não decretada, assume a cobrança as características do processo de execução, e cabível a sucumbência.

Nesse sentido, aliás, cita Jorge Pereira Andrade («Manual de Falências e Concordatas», RT, 1982, págs. 78/79) decisões do TJSC — Ag. 903 — Relator Desembargador Ayres Gama; e TJSP — AC 247.763-SP — Rel. Desembargador Dantas Freitas.»

8. Assim, exaurida a exposição da controvérsia jurisprudencial, tenho que esse entendimento, segundo o qual elidido o pedido de falência, tudo se contém na fase prefalencial do processo, pode levar e certamente há de levar a aplicações distorcidas dos dispositivos legais, tendo em vista, precisamente, o art. 20 da Lei de Falências, *verbis*:

«Art. 20. Quem, por dolo, requerer a falência de outrem será condenado na sentença que denegar a falência em Primeira ou Segunda Instância a indenizar ao devedor, liquidando-se, na execução de sentença, as perdas e danos.»

9. Portanto, a tese esposada pelo *v. acórdão* recorrido, de que o pedido de falência, elidido pelo depósito efetuado pelo requerido, se transmuda em mera execução, muito embora conte com excelentes argumentos e razões, até de equidade, sob certo aspecto, perturba a harmonia do sistema, porque encoraja o emprego do pedido de falência como ação de cobrança de crédito, criando para o devedor uma situação de inegável constrangimento. É que, na ação de execução por título extrajudicial, o devedor é citado para, em 24 horas, pagar ou indicar bens à penhorar; segue-se o ensejo para impugnação da nomeação de bens, procede-se à penhora, abre-se o termo para embargos e o devedor não se expõe a riscos maiores, ao contrário do que acontece com o pedido de falência.

10. Por outro lado, para que o credor se utilize do pedido de falência pelo sistema da lei brasileira, parece-me não ser suficiente o fato de possuir um crédito, não basta nem mesmo o fato de ter título protestado. É preciso que se disponha a demonstrar a insolvência do devedor estabelecido como comerciante.

11. O emprego indiferente de uma ou outra via, se encorajado pela jurisprudência, cria, para o trato comercial, uma situação de fraqueza para o devedor. O devedor não é nenhum autor de ilícito, pois o débito é experiência normal da vida mercantil. Logo, como pode ser citado com prazo curtíssimo para elidir o crédito alegado pelo credor, sob pena de, não o fazendo ou deixando de apresentar defesa compatível, ter a falência decretada. Isto é, o credor, ao seu talante, se utiliza de um método mais favorável e expedito que, no entanto, dificulta e agrava a situação do devedor.

12. Assim, o deferimento da verba honorária somada ao indiscutível cabimento da correção monetária, em casos tais, se consolidada pela jurisprudência, podem traduzir-se em uma forma de abuso de direito e da própria Lei de Falências, em total desprestígio ao disposto no seu art. 20.

13. Portanto, penso que se deve deixar espaço para que o julgador identifique aqueles casos em que o credor, abusando do seu direito de crédito ou, quiçá, procedendo até com dolo, cria para o devedor uma desnecessária e injusta situação de constrangimento, valendo referir que o simples pedido de falência, nas grandes praças do País, é objeto de ampla divulgação, sendo suficiente, muitas vezes, de per si, para abalar o crédito do devedor e criar situações que não se compadecem com a reta e justa condução do processo pelo juiz.

Ante o exposto, a despeito da falta de suficiente demonstração, embora seja patente a sua existência, não conheço pelo dissídio de jurisprudência; mas conheço, por entender que a decisão que impõe o pagamento de honorários advocatícios em pedido de falência, de fato deixa de aplicar o artigo 208, § 2º, do Decreto-Lei 7.661, de 21-6-45, no seu necessário confronto com o artigo 20 do Código de Processo Civil; e, conhecendo do recurso por contrariedade à lei, dou-lhe provimento para reformar em parte o v. acórdão recorrido e excluir a condenação à verba honorária.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, também acompanho V. Exa., para decotar a verba de honorários.

A legislação vigente contempla o credor com uma via rápida, que é a executiva, quando munido o credor de título exequível, mas, na prática, o que se vê, na maioria das vezes, é o credor buscando uma via ainda mais violenta para forçar o devedor ao cumprimento de uma obrigação a que muita vezes não deu cumprimento, tornando-se inadimplente, por motivos alheios à sua vontade.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, nesse fato tenho, há tempos, opinião definida. Elidida a falência, considero que o pedido se transforma em ação de cobrança, sujeitando-se, pois, o vencido, ao princípio da sucumbência.

Peço vênias a V. Exa. e aos demais integrantes da Turma para não conhecer, mesmo porque me parece que não houve contrariedade, nesse caso, aos arts. 20 e 208 da Lei de Falências.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 355 — RJ — (Reg nº 89.0008897-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Cia Indl. Santa Matilde. Recda.: Elétrica Rica Ltda. Advogados: Drs. Marcos Oswaldo P. Rodrigues Lima e outros, Venilson Jacinto Beligolli e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso e deu-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro (em 17-10-89 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 359 — SP
(Registro nº 89.8901-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Henrique Luiz Carniel*

Advogados: *Drs. Toshio Ozawa e outro*

EMENTA: Penal. Furto privilegiado. Pequeno valor da coisa furtada.

O pequeno valor da coisa furtada não se equipara, para efeito da caracterização da figura privilegiada, ao pequeno ou nenhum prejuízo sofrido pela vítima.

Recurso 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 especial e lhe dar provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Henrique Luiz Carniel foi condenado, em primeira instância, por furto simples, a um ano de reclusão e multa de Cz\$ 1,00, com direito à suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos, porque, em 8-10-84, por volta das 10:00 horas, subtraiu de uma residência, na Cidade de Ribeirão Preto, SP, um revólver marca «Detetive», calibre 32, pertencente a Valdonor Alves da Silva.

O MM. Juiz sentenciante excluiu da condenação a incidência da qualificadora do parágrafo 4º, I, do art. 155 do Código Penal, pela qual havia sido denunciado o condenado, porque não ficou provado que o furto fora praticado mediante o rompimento de obstáculo à subtração da coisa, pois, ao que parece, o réu encontrara aberta a porta da residência de onde retirou a arma.

Por outro lado, não poderia ser o delito desclassificado para furto privilegiado porque, à época do fato, a arma teria valor superior ao salário-

mínimo vigente, embora houvesse o réu confessado a prática do crime, demonstrando arrependimento pelo delito, e sido a coisa restituída ao dono (fls. 54/55).

Apelou o condenado, para que o delito fosse desclassificado para furto privilegiado (CP, art. 155, § 2º), uma vez que, embora o objeto furtado pudesse não ser de pequeno valor, deveria ser considerado o pequeno, aliás, nenhum prejuízo da vítima, porque a arma acabou por ele sendo recuperada, sendo certa a primariedade do agente (fls. 60/61).

O apelo foi provido pela 9ª Câmara do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, pelo que o crime foi desclassificado para furto privilegiado e a pena fixada em 4 meses de detenção.

Manteve aquele Colegiado, por maioria, o entendimento, ali prevalente, de que o pequeno valor da coisa subtraída se equipararia ao pouco ou nenhum prejuízo do ofendido (fls. 74/76).

Recurso extraordinário foi interposto pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, porque o acórdão recorrido dissentiria da jurisprudência do E. STF, que não aceitaria a substituição do pequeno valor da coisa pela inexistência do prejuízo, como requisito para a caracterização do furto privilegiado (fls. 81/88).

O eminente Presidente do TACRIM-SP deferiu o processamento do extraordinário, por entender manifesto o dissídio jurisprudencial (fl. 91), havendo o Exmo. Sr. Ministro Cêlio Borja, então relator, determinado a remessa dos autos a este Tribunal, convertido que foi o recurso em especial, *ipso jure* (fl. 107).

A douta SGR, embora admitindo a existência de «farta jurisprudência em contrário à tese esposada pelo acórdão de fls. 74/76», opinou pela denegação do recurso, dadas as circunstâncias de ser primário o condenado, sem antecedentes criminais, de ser diretamente relacionado com a vítima e de não ser prejudicial à finalidade da Justiça a desclassificação operada (fls. 111/112).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Embora não seja unânime o acórdão recorrido, a maioria pronunciou-se favoravelmente ao réu, pelo que, como não cabem embargos infringentes e de nulidade, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 609 do CPP, deve ser considerada de última instância a decisão impugnada, para efeito de interposição do recurso especial, não incidindo, assim, o óbice da Súmula 281 do E. STF.

A demonstrar a divergência jurisprudencial estão os arestos trazidos pelo recorrente, proferidos nas duas Turmas do Colendo STF, nos recursos extraordinários criminais números 94.190-PR, 96.677-SP e 102.307-4-SP, de

que foram relatores, respectivamente, os Srs. Ministros Cordeiro Guerra, Rafael Mayer e Moreira Alves, assim ementados:

«Não aceita a jurisprudência do STF a substituição de valor por prejuízo, mesmo quando ocorre a restituição parcial ou total da *res furtiva*. Precedente. RE conhecido e provido». (RE nº 94.190-PR — Relator: Ministro Cordeiro Guerra, 2ª Turma, v.u., j. 12-5-81, RTJ 98/934).

«Furto. Valor da *res furtiva*. Prejuízo. Código Penal, art. 155, § 2º.

Pequeno valor da coisa, para o efeito de privilegiar o furto, nos termos do § 2º, do art. 155 do Código Penal, deve ser o resultante da estimação no momento da consumação do crime, não cabendo relativizá-lo pela ulterior reparação do dano, coacta ou consentida. Recurso Extraordinário conhecido e provido». (RE nº 96.677-SP — Rel.: Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, v.u., j. 29-6-82 — RTJ 103/420).

«Furto. Parágrafo 2º do art. 155 do CP. Já se firmou o entendimento nesta Corte (assim nos RREE 81.583, 94.190, 91.788, 100.024) de que, para fins de aplicação do disposto no § 2º, do art. 155 do CP, não se identificam o pequeno valor da *res furtiva* e o pequeno ou nenhum prejuízo resultante da ação delituosa» (RE nº 102.307-4-SP — 2ª Turma. Rel.: Ministro Moreira Alves, DJ 179 de 14-9-84, página 14922)».

Conheço, pois, do recurso especial.

Quanto ao mérito, ao decidir que o pequeno valor da coisa equivale ao nenhum prejuízo do ofendido, pôs-se o acórdão recorrido em desacordo com os arestos mencionados, que não aceitam a substituição de valor por prejuízo, mesmo que ocorra a restituição parcial ou total da *res furtiva*, como ocorreu.

A jurisprudência do E. STF, antes oscilante sobre a questão (a favor da tese impugnada, veja-se, por exemplo, o HC nº 48.182-SP, 1ª Turma, relator o Sr. Ministro Barros Monteiro *in* RTJ 55/672), firmou-se, posteriormente, no sentido oposto ao acórdão recorrido.

Além dos arestos trazidos a confronto pelo recorrente, podemos mencionar, dentre outros, aqueles proferidos nos recursos extraordinários criminais 81.583-PR (RTJ 75/315), 88.506-SP (RTJ 88/1069), 91.788-SP (RTJ 95/887), 90.461-SP (RTJ 96/258), 96.677-SP (RTJ 103/419), 100.020-SP (RTJ 106/1232), e 117.692-SP, este último datado de 14-2-89.

Também neste Superior Tribunal de Justiça, a E. 5ª Turma, no Recurso Especial 416, sendo relator o Sr. Ministro Edson Vidigal, em sessão de 25-9-89, já se posicionou, unanimemente, contra a equivalência do pequeno valor à restituição, à vítima, da coisa furtada.

Na doutrina, também se manifestam nesse mesmo sentido juristas da envergadura de Magalhães Noronha («Direito Penal», Volume 2, 22ª edição, Saraiva, 1987, pág. 230) e Heleno Cláudio Fragoso («Lições de Direito Penal», Parte Especial, volume I, Forense, 1989, página 324).

Damásio de Jesus, por exemplo, em seu «Direito Penal, Parte Especial», depois de fazer minuciosa apreciação das duas correntes, estabelece um confronto entre o furto privilegiado e o estelionato privilegiado tipificado no parágrafo 1º do art. 171 do Código Penal onde, aí sim, o prejuízo de pequeno valor é considerado para a concessão do benefício.

Merece transcrição a abordagem do assunto pelo festejado penalista:

«Os elementos e circunstâncias do tipo devem ser apreciados ao tempo da realização da conduta. No crime instantâneo, como é o furto, os fatos e circunstâncias concretas definidos abstratamente na figura simples ou derivada, em suas elementares e *accidentalía*, exigem concretização no momento da consumação. No art. 155, § 2º, do CP, a figura típica faz referência à «coisa de pequeno valor». Logo, a quantidade deve ser medida ao tempo da realização da conduta descrita no núcleo do tipo, que é a «subtração», não em ocasião posterior, diante da possível ausência de prejuízo decorrente da apreensão ou restituição da *res furtiva*. A devolução do objeto material, sua apreensão ou a reparação do prejuízo são dados que interferem na fixação da pena como circunstâncias judiciais ou legais genéricas em causas de redução da pena. O CP não se mostra alheio a tais fatos, considerados em função da personalidade do agente ou da gravidade objetiva do crime. A devolução do objeto furtado e a reparação do dano são dados que o juiz deve apreciar sob a ótica da personalidade do agente, demonstrativa de seu comportamento após a prática delituosa, circunstâncias tão importantes que eram expressamente previstas no CP de 1969 (atitude de arrependimento após o crime, art. 52, *in fine*). Tais atitudes do agente, mais a apreensão da coisa, que, se não excluem o efetivo prejuízo da vítima, o atenuam, também funcionam como «conseqüências do crime» (CP, art. 59). No CP de 1969, interferiam na «maior ou menor extensão do dano» (art. 52, *caput*). Como dizia Roberto Lyra, o CP faz referência às conseqüências do crime associadas aos sinais de identificação da personalidade do agente. Sua atitude antes, durante e depois da prática criminosa revela sua personalidade, fator de suma importância na graduação da pena (Comentários ao Código Penal, Rio, Forense, 1958, II/214). O legislador se mostrou tão sensível com a atitude do réu após o crime que transformou algumas dessas circunstâncias judiciais em circunstâncias legais genéricas. Assim, o art. 65, III, *b*, permite a atenuação da pena no caso de o sujeito ter «procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-

lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano». Logo, a devolução do objeto material, sua apreensão e a reparação do dano já têm lugar próprio no CP: são previstas como circunstâncias genéricas ou judiciais de atenuação da pena. Nada têm que ver, por isso, com as circunstâncias legais especiais do furto privilegiado. Repetindo, as circunstâncias fáticas supervenientes à consumação do furto, como a reparação do dano, a devolução espontânea do objeto material etc., funcionam como fatores de indicação da personalidade do agente (art. 59) ou como critérios genéricos de graduação da pena (art. 65, III, b, do CP); outras, como a apreensão do bem furtado, reduzem as «conseqüências da infração, constituindo circunstância judicial (art. 59). Assim, não é permitido ao intérprete, tendo em vista que o legislador previu expressamente os requisitos do benefício, não se tratando de lacuna da lei, estendê-lo a outras situações, reguladas de forma diferente. No furto, cuida-se do valor do objeto material; no estelionato, de *prejuízo* decorrente da conduta. Os conceitos são diversos, embora possam aparecer intimamente ligados pelo laço de efeitos. Essa diversidade leva a soluções diferentes. No furto mínimo, tem-se em vista o objeto material; no estelionato, não. Neste, deve ser considerado o resultado visado pelo sujeito, apreciado do ponto de vista do ofendido. No art. 171, *caput*, definindo o fato, o legislador previu como elementos objetivos do tipo a vantagem ilícita e o prejuízo do sujeito passivo, que configuram o resultado duplo. No privilégio, levou em conta o montante da lesão material. No furto, entretanto, a medição recai sobre o próprio objeto material, que deve ser de pequeno valor, excluindo-se, pela vontade expressa da lei, manifestada na desigualdade de tratamento das duas situações, a apreciação do prejuízo. Diante disso, considerando-se que o legislador descreveu com todas as letras os dois privilégios, distinguindo seus requisitos, não é dado ao intérprete estender ao mais severo os efeitos do mais benéfico. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, apreciando exatamente essa questão «a lei penal somente comporta as atenuantes e temperamentos nela previstos e na forma nela regulados» (RE-Crim... 81.583-PR — 2ª Turma, em 20-6-1975-v. un. — Rel. Min. Cordeiro Guerra — DJ de 5-9-1975, pág. 6320).

Ao aplicar-se o critério do prejuízo efetivo para o benefício do furto, teríamos a seguinte conseqüência: jamais haverá tentativa da forma típica simples, toda tentativa seria privilegiada, em face da ausência de prejuízo, inerente à ausência de consumação do fato.

Além disso, se se pretendesse aplicar princípios lógicos, chegaria-se à inexistência do crime. Vejamos.

No estelionato, o prejuízo da vítima constitui elemento do tipo: «obter vantagem ilícita em *prejuízo* alheio». Inexistente o prejuízo,

o fato é atípico. Presente, sua gravidade objetiva tem reflexos na quantidade da pena. Assim, encontramos três hipóteses:

- 1^a) prejuízo de vulto: estelionato simples;
- 2^a) prejuízo de pequeno valor: estelionato privilegiado;
- 3^a) Inexistência de prejuízo: atipicidade do fato.

A transportar o critério do prejuízo, que informa o privilégio do estelionato, para o delito de furto, força é aceitar todas as suas conseqüências lógicas. E isso levaria a efeitos absurdos. Quando de vulto o prejuízo cansado pelo furto, teríamos a forma típica simples ou qualificada; quando de pequeno valor, privilegiada; quando, entretanto, pela apreensão, restituição ou reparação do dano, ou na hipótese de tentativa, inexistisse prejuízo, ficaria excluído o crime, tal qual ocorre no estelionato. Evidente que esta não foi a vontade da lei (obra citada, 2^o volume, 11^a ed., 1988, Saraiva, págs. 281/283).

Parece-me, também incabível essa suposta analogia *in bonam partem*, de modo a serem tratadas, de maneira semelhante, as duas situações previstas nos arts. 155, § 2^o, e 171, § 1^o, do Código Penal, pois as conceituações desse estatuto punitivo quanto ao pequeno valor (no caso do furto) e ao pequeno prejuízo (no caso de estelionato) significam circunstâncias distintas, sendo distintas, por isso mesmo, as condições para as respectivas classificações.

O meu ponto de vista a respeito, portanto, é no sentido de que, para efeito de desclassificação do furto simples para furto privilegiado, o pequeno valor da *res furtiva* não equivale ao pequeno ou nenhum prejuízo para a vítima.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de 1^a instância.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 359 — SP — (Reg. nº 89.8901-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Henrique Luiz Carniel. Advs.: Drs. Toshio Ozawa e outro.

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (5-12-89).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 386 — SP

(Registro nº 89.9031-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Recorrente: *CESP — Companhia Energética de São Paulo*

Recorrido: *Praias Paulistas S.A.*

Advogados: *Drs. José Eduardo Rangel de Alckmin e outros e Francisco Prado de Oliveira Ribeiro*

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 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.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A questão posta nestes autos foi assim sumariada na decisão do Exmo. Sr. Presidente do extinto TFR:

«Em autos de ação expropriatória, o juízo de primeiro grau recebeu a apelação interposta pela CESP — Companhia Energética de São Paulo — como embargos infringentes.

Neste Tribunal, por força de agravo de instrumento oposto pela apelante, o Relator Ministro Pedro Aciole, por despacho, negou seguimento ao recurso (fl. 74). Contra esse *decisum* houve agravo regimental, improvido pela 5ª Turma (fls. 81/88), que manteve o despacho recorrido, ao entendimento de que, para ensejar o exame em segunda instância, o valor da exordial deverá ser superior a 50 ORTNs, ainda que a expropriante seja condenada em valor superior a 30 vezes o valor ofertado.

Recorre extraordinariamente a agravante, com arrimo nas alíneas *a* e *d* da norma constitucional autorizadora, arguindo, também, relevância da questão federal.

Sustenta ter havido negativa de vigência do art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.825/80, que submete o recurso de ofício a sentença que condenar o desapropriante a trinta vezes o valor oferecido na inicial.

Argúi, no tocante à letra *d*, ter o aresto recorrido, ao aplicar a Súmula 218 deste Tribunal, divergido do entendimento da Suprema Corte sobre a matéria».

Denegado na origem, subiu o recurso ao STF, com as respectivas razões, por força de argüição de relevância, havendo o seu eminente Relator, Ministro Francisco Rezek, remetido os autos a esta Corte, para que seja 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 à 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 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 Lei nº 6.825/80 foi editada com o propósito de imprimir maior celeridade aos processos em trâmite perante a Justiça Federal.

Nesse sentido, após suprimir, de modo genérico, o duplo grau de jurisdição obrigatório nas causas, cujo valor não ultrapasse a 100 ORTNs, estabeleceu critério específico para as desapropriatórias, ao dizer que, nessa hipótese, o duplo grau se torna imperioso quando a indenização fixada na sentença for superior a 30 vezes o valor da oferta inicial. Já no art. 4º, transformou em embargos infringentes, a serem decididos pelo próprio Juiz da causa, o recurso voluntário contra sentença dos juízes federais, em causa de valor que não ultrapasse a 50 ORTNs.

O aparente paradoxo entre as duas regras adviria da possibilidade de, no mesmo processo expropriatório, caber recurso de ofício, para o Tribunal, e embargos infringentes, que teriam de ser apreciados pelo juiz, desde que a indenização fosse fixada acima do limite de 30 vezes o valor da oferta inicial e o valor da causa houver sido fixado em cifra até 50 ORTNs.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, ao uniformizar a sua jurisprudência acerca da matéria, que era divergente, fê-lo no sentido de estender as desapropriações à norma do artigo 4º (Súmula nº 218), admitindo, pois, contra as sentenças nelas proferidas, quando o seu valor fosse inferior a 50 ORTNs, tão-somente os embargos infringentes, a serem julgados pelo próprio Juiz. Preponderou, para esse entendimento, a finalidade perseguida pelo diploma legal em apreço, seja, a celeridade dos feitos e a desobstrução do TFR.

Já o STF firmou entendimento em sentido contrário, como demonstrou o apelante, forte em que a norma do art. 1º, § 2º, por ser restrita às desapropriações, deve prevalecer sobre a do art. 4º, que tem caráter genérico.

Sem se perder de vista que ambas as normas são derogatórias do direito regular, já que tanto o recurso voluntário quanto o duplo grau de jurisdição constituem postulados de nosso sistema processual, é de reconhecer-se que se está, efetivamente, no primeiro caso, diante de direito especial, porque restrito às desapropriatórias, e, no segundo, em face de direito geral, já que aplicável amplamente a todas as demais ações.

Essa verificação, todavia, é irrelevante para a solução do pretenso conflito de normas, o qual, na verdade, só existe na aparência, já que não há incompatibilidade entre os recursos nelas preconizados.

Com efeito, conjugados os recursos previstos nos dispositivos enfocados, apura-se, sem maior esforço, que cinco são as hipóteses configuráveis, na prática das expropriatórias, a saber: a) mera apelação; b) meros embargos infringentes; c) remessa acompanhada de apelação; d) remessa acompanhada de embargos infringentes; e, finalmente, e) mera remessa.

Tem-se, então, que, verificadas que sejam as hipóteses *a*, *c* e *e*, inexistirão óbices, já que competente o Tribunal para ambos ou qualquer dos recursos. Na hipótese *b*, a competência é do mesmo Juiz da causa, sem qualquer concorrência, também.

Relativamente à hipótese *d* é que surgiria a dificuldade, já que se estará diante de remessa, de competência do Tribunal, e de embargos infringentes, da alçada do Juiz.

O problema, entretanto, já não é de cabimento de recursos, mas de competência, resolvendo-se pela aplicação dos princípios que regem o instituto.

Ora, é sabido que, em nosso sistema jurídico-processual, a competência em razão do valor da causa se rege pela regra, segundo a qual, é ela absoluta para o mais e relativa para o menos (cf. Amaral Santos, invocando lições de Chiovenda e Frederico Marques, *in* Primeiras Linhas, I/217). Vale dizer que o Tribunal pode julgar embargos infringentes, mas o Juiz não pode julgar as apelações. Assim, dando-se o caso de cabimento de remessa oficial e de ocorrência de embargos infringentes, ambos os recursos serão julgados pelo Tribunal, que é o órgão incumbido do primeiro e que, em face da hierarquia e da conexão, deve julgar também o segundo.

Nesse sentido, aliás, foi o voto do Ministro José Dantas na AC nº 75.661, no qual invoca, inclusive, precedente do STF:

«Na verdade, na singularidade de o recurso voluntário limitar-se a embargos infringentes, perante o Juiz de primeiro grau, mas cumular-se ao recurso de ofício, este examinável em segundo grau, convenha-se na preponderância da jurisdição superior, para ambos os recursos, já que, pelas raías do absurdo, seria incompreensível que uma só sentença pudesse pender de reapreciação, ao mesmo tempo, em instâncias diferentes.

Ao propósito, relembro a jurisprudência do STF, construída ao tempo de idêntica alçada recursal, então disposta pelo art. 839 do CPC de 1939. Ali, o Pretório Excelso entendeu ser acertada a afirmação de que, até mesmo por imperativo da ... «Uniformidade do julgamento dos recursos, nas causas de valor inferior a dois salários mínimos, impõe-se o conhecimento de todos os recursos pela segunda instância, quer necessários, quer voluntários, nas causas em que a Fazenda Pública foi vencida, total ou parcialmente» (RE nº 58.615, Rel. Min. Pedro Chaves, *in* RTJ 37/589).

No mesmo sentido, consultem-se os seguintes acórdãos: RE 62.679, *DJ* de 13-2-69; RE nº 62.356, *DJ* de 27-6-69; e RE nº 61.781, *DJ* de 29-12-69.

Daí que, no caso, de cabimento do recurso de ofício, os óbices da alçada recursal devem ser afastados, por entender-se cabível o recurso voluntário para instância superior, função própria da apelação».

No caso sob exame, verifica-se que a ação tem valor inferior à alçada, enquanto a indenização foi fixada em quantia que corresponde a mais de 38 vezes o valor da oferta inicial. Estampou-se, pois, a última hipótese acima enfocada, em que, a par da competência para a remessa, também cabia ao TFR julgar os embargos infringentes.

Assim, ao entender incabível o primeiro recurso, ao mesmo tempo em que reconheceu a incompetência da extinta Corte para o segundo, violou a decisão recorrida as normas do art. 1º, § 1º e do art. 4º, da Lei nº 6.825/80, como alegado pelo recorrente.

Ante o exposto, o meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso, determinando, em consequência, que tanto o recurso oficial quanto o voluntário, este se tempestivo, tenham curso, já agora, perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em São Paulo, ao qual ficou vinculado o magistrado que sentenciou no feito.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Senhor Presidente, meu entendimento coincide com o do eminente Relator; em primeiro lugar, porque S. Exa. realçou a existência de conexão. Em segundo lugar, porque prevalece, na hipótese, a lei especial, *lex specialis derogat legem generalem*.

Além do mais, sempre tive como de duvidosa constitucionalidade o chamado recurso de alçada. A Lei Maior garante, das decisões de Primeira Instância, o reexame, através das várias hipóteses processuais, pela Segunda Instância. Acompanho o eminente Relator.

VOTO (VENCIDO)

Administrativo. Processual Civil. Desapropriação. Recurso. Alçada. Duplo grau obrigatório. Não cabimento da apelação. Não cabimento, em consequência, do duplo grau obrigatório. Lei 6.825, de 1980, artigo 1º, § 2º, e artigo 4º.

A alçada prevista no art. 4º, da Lei 6.825/80, é aplicável às expropriatórias. Em tal caso, não cabendo recurso de apelação, incabível, também, o duplo grau obrigatório previsto no art. 1º, § 2º, da mesma Lei 6.825/80.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sinto divergir do eminente Ministro Relator. Ao fazê-lo, invoco voto que proferi, no TFR, na REO nº 73.759-RJ, no qual acentuei:

«Incabível, no caso, o duplo grau de jurisdição obrigatório. É que a disposição inscrita no § 2º do art. 1º da Lei 6.825, de 22-9-80, deve ser interpretada em consonância com o que está posto no art. 4º da mesma lei.

Ao estabelecer o § 2º do art. 1º da Lei 6.825/80, que, «nas desapropriações movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas federais ou por sociedades de economia mista, mediante delegação, somente fica sujeita a recurso de ofício a sentença que condenar o desapropriante em quantia superior a 30 (trinta) vezes o valor oferecido na inicial», deve ser entendido que esse duplo grau de jurisdição só terá lugar nas causas de valor superior a 50 (cinquenta) ORTNs. Porque, na forma do preceituado no art. 4º, da mesma Lei nº 6.825/80, das sentenças proferidas pelos juízos federais em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) ORTNs, só se admitirão embargos infringentes do julgado e embargos de declaração. Ou se interpreta assim os dois dispositivos legais mencionados, § 2º, do art. 1º, e art. 4º da Lei 6.825/80, ou deve-se admitir que o art. 4º, da Lei 6.825/80, não tem aplicação nas desapropriatórias. Porque não seria razoável, como ocorreu no caso, a sentença ser revista, em grau de recurso, pelo mesmo Juízo, em embargos infringentes e, depois, pelo TFR, em recurso de ofício, para se usar a linguagem do § 2º do art. 1º da Lei 6.825/80. E tendo em vista que o artigo 4º, da Lei 6.825/80, se refere, genericamente, às sentenças proferidas pelos Juízes Federais «em causas de valor igual ou...», sem distinguir entre tipos de causas, não vejo como possa ser entendido que tal dispositivo legal não seja aplicável às desapropriatórias.

Diante do exposto, estou em que a sentença não está sujeita ao reexame necessário.»

Não poderia ser de outra forma o entendimento. É que o duplo grau obrigatório não é recurso: as sentenças a ele sujeitas constituem, apenas, um ato complexo, ato este que não cria direito para a parte. Já o recurso, não. Se cabível o recurso, por ocasião da sentença, nasce para a parte o direito a ele. Ora, se a lei, expressamente, estabelece o não cabimento do recurso, na hipótese do art. 4º da Lei 6.825, de 1980, não seria razoável, ao argumento de que a sentença estaria, em princípio, sujeita ao duplo grau obrigatório, conceder à parte um direito que a lei não lhe deu, em detrimento do adversário. O contrário é que me parece correto: se não cabe o recurso — a apelação para a instância superior — então também não está a sentença sujeita ao reexame obrigatório por parte do Tribunal. Noutras palavras: o ato que seria, em linha de princípio, ato complexo, passou a ser ato simples, por força da disposição legal que estabeleceu, expressamente, a incompetência da instância superior para apreciação do recurso.

Não há falar que uma interpretação assim nega vigência ao art. 1º, § 2º, da Lei 6.825, de 1980. Interpretação literal e isolada do citado dispositivo pode, em verdade, conduzir a uma tal conclusão. Acontece que a interpretação literal não é científica, nem é, em realidade, interpretação, mas um mero método de trabalho. No caso, cumpre fazer interpretação sistemática, buscando e estabelecendo a correlação entre duas regras aparentemente an-

tinômicas, para o fim de harmonizá-las, esforço que, nos Estatutos da vetusta Universidade de Coimbra, de 1772, era denominado de terapêutica jurídica, conforme dá notícia Carlos Maximiliano («Hermenêutica e Aplicação do Direito», Forense, 9ª edição, 1979, p. 134).

Aqui, simplesmente estamos tentando conciliar duas regras aparentemente antinômicas, pretendemos interpretar, harmonicamente, duas normas que, aparentemente, não combinam, com vistas à realização do objetivo da lei.

Foi exatamente isso que o TFR pretendeu fazer, ao trazer a lume o verbe de da Súmula nº 218.

Com estas considerações e com a vênia do eminente Ministro Relator e do Sr. Min. Cernicchiaro, o meu voto é no sentido de não conhecer do recurso pela letra *a*. No que tange à letra *c*, conheço do recurso e ao mesmo nego provimento.

VOTO VOGAL

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Senhor Presidente, proferida a sentença, a parte ingressou com embargos infringentes. O Juiz recebeu esses embargos como apelação e submeteu decisório ao duplo grau de jurisdição. O Tribunal, por sua vez, não conheceu da apelação, nem da remessa com base na Súmula nº 218, que diz que: «a sentença, proferida em ação expropriatória, à qual se tenha atribuído valor igual ou inferior a 50 ORTNs, não está sujeita ao duplo grau obrigatório, nem enseja recurso de apelação».

Fui, reiteradamente, contra esta Súmula e, na oportunidade, mantenho essa posição.

No antigo Tribunal Federal de Recursos, por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes na AC 32.229-RS, que versava a matéria ora em exame, proferi, como vogal, o seguinte voto:

«A questão suscitada há de ser examinada ao enfoque da Lei nº 6.825, de 1980, de marcantes implicações no delineamento do problema do duplo grau de jurisdição.

O artigo 4º, *caput*, desse diploma legal estabelece que das sentenças proferidas pelos juizes federais, em causas de valor igual ou inferior a 50 ORTNs, em que forem interessadas na condição de autoras, rês, assistentes ou opoentes à União, autarquias e empresas públicas federais, só se admitirão embargos infringentes do julgado e embargos de declaração.

O dispositivo contém regra geral para definição de alçada.

Já o § 2º do art. 1º da mesma lei, ao cuidar da alçada nas sentenças sujeitas ao duplo grau de jurisdição, a teor do art. 475 do CPC, dá às desapropriações movidas por entes públicos federais tratamento específico, ao dispor:

«Nas desapropriações movidas pela União, suas autarquias e empresas públicas federais ou por sociedades de economia mista, mediante delegação, somente fica sujeita a recurso de ofício a sentença que condenar o desapropriante em quantia superior a 30 (trinta) vezes o valor oferecido na inicial».

O preceito supera o § 1º do art. 28 da Lei de Desapropriações por Utilidade Pública (Decreto-Lei nº 3.365, de 1941), na redação dada pela Lei nº 6.071, de 1974, artigo 10, que sujeitava ao duplo grau de jurisdição a sentença que condenasse a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferta vestibular.

Assim, se a oferta inicial se contiver nos limites da alçada e a condenação não superar a 30 vezes o seu valor, aplica-se a norma do prefalado art. 4º, isto é, descabe a apelação. Mas se o preço indenizatório fixado superar a 30 vezes a oferta, então cabe a remessa compulsória, nos termos do mencionado § 2º do art. 1º. Neste caso, a obrigatoriedade do reexame devolve ao tribunal *ad quem* o pleno conhecimento da matéria debatida nos autos, envolvendo as questões abordadas em eventual recurso voluntário, sem exceção. Vale notar que, na conjuntura, a sentença somente adquirirá eficácia, com trânsito em julgado, após esse reexame, que independe de qualquer manifestação das partes ou do juiz, mas decorre de imposição legal, sendo, portanto, inevitável, porque fundada em razões de ordem política.

É o interesse público em jogo, realçado pelo legislador, que prevalece e informa a remessa obrigatória a despeito da alçada.

É irrelevante, pois, na hipótese, o fato de o valor da oferta não ensejar o apelo voluntário.

Prevalece o preceito maior, determinante da cognição da causa pela instância superior, sobrepondo-se à regra geral da alçada, sob pena de subtrair-se à sentença a possibilidade de sua eficácia.»

Reportando-me a essas razões de decidir, na conclusão adiro ao voto do ilustre relator.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, a minha posição sobre o tema é conhecida, porque no antigo Tribunal Federal de Recursos, tanto na 6ª Turma quanto na Sessão e Pleno, sempre defendi a tese que agora foi brilhantemente explanada pelo eminente Ministro Miguel Ferrante, em adendo ao também brilhante voto do Ministro Relator, mas estou em que o recurso cabível é apelação e não embargos. Faço esta ressalva, pois sei que não se vai afetar o desdobramento da questão. Peço vênias a V. Exa. para, mantendo o meu ponto de vista anterior e expresso em vários votos que proferi no antigo Tribunal Federal de Recursos, conhecer e dar provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 386 — SP — (Reg. nº 89.9031-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Recte.: CESP — Companhia Energética de São Paulo. Recdo.: Praias Paulistas S/A. Advs.: Drs. José Eduardo Rangel de Alckmin e outros e Francisco Prado de Oliveira Ribeiro.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu e deu provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Carlos Velloso que pela letra a do mesmo recurso não conhecia e, pela letra c, do recurso conhecia, mas lhe negava provimento (em 6-9-89 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Carlos Velloso, Miguel Ferrante e Américo Luz.



RECURSO ESPECIAL Nº 404 — RJ

(Registro nº 89.9105-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Paulo Renan Gonçalves Marques*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Rovane Tavares Guimarães e outro*

EMENTA: Processual Penal. Corpo de delito. Distinção de exame de corpo de delito. Recurso especial.

Não contraria a lei processual a decisão que afirma a existência de corpo de delito, aperfeiçoando o tipo do art. 12 da Lei nº 6.368/76, louvando-se em provas indiretas do tráfico de entorpecente e seu fornecimento a menores com o objetivo de viciá-los no consumo de cocaína.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do 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 WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Paulo Renan Gonçalves Marques interpõe recurso especial, com fundamento no inciso III, a, do art. 105, da Constituição, de acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que lhe indeferiu revisão criminal para modificar sentença com trânsito em julgado do MM. Juiz de Direito da Comarca de Angra dos Reis, que o condenou por tráfico de entorpecente.

Diz contrariada a disposição do art. 386, II, do Código de Processo Penal, por isso que condenado sem que existente o corpo de delito.

Recebido e processado o recurso, subiram os autos a este Tribunal, nelas oficiando o Ministério Público, pelo não conhecimento.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Um pai de menor surpreendeu o seu filho com certa quantidade de cocaína e ouviu do mesmo a notícia de que a havia adquirido de um certo «Aranha», traficante em Angra dos Reis. Levou o fato à Polícia e a droga foi apreendida. Nas investigações apurou-se que o ora recorrente também vinha traficando com a droga, fornecendo pequenas quantidades a menores não viciados, gratuitamente, para, depois de viciá-los, passar a vender-lhes o pó.

Procedeu-se a exame de corpo de delito da droga que fora fornecida por «Aranha», enquanto que a sentença teve como comprovado, por via indireta, o corpo de delito em relação à que o ora recorrente fornecia a outros menores.

Como bem sustenta o parecer do Procurador de Justiça que oficiou no Tribunal, ao contra-arrazoar o recurso, sequer há causa de pedir na revisão criminal, posto que não fora indicado o dispositivo legal que a sentença infringira, mais se afeiçãoando a mesma a pedido revisional por discrepância com a prova, no caso insusceptível de ensejar revisão, pois que a sentença, bem ou mal, se louvara em prova existente nos autos.

Além do que diz esse parecer, tenho, na espécie, por não infringida a norma alegada no recurso, por isso que a mesma seria de invocada apenas para fundamentar decisão absolutória, quando inexistente prova do fato delituoso.

Aqui, procurando distinguir entre corpo de delito e exame de corpo de delito, para afirmar o recorrente a inexistência do crime que lhe foi imputado, não poderia ter por ofendida regra relativa à prova do fato, senão outra referente à exigência da configuração do próprio tipo criminal, que seria o corpo de delito, em sua feição material.

É de observar, no entanto, que, em caso de tráfico de entorpecente, não se há de como dizer ausente o corpo de delito pelo só fato de não ha-

ver apreensão, porquanto a prova da existência e do efeito da droga bem pode ser suprida por meios indiretos, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. Com efeito, a prova testemunhal, que indique o fornecimento de material, aliada a dados outros sobre o consumo do mesmo e os efeitos causados ao consumidor bem poderá levar o julgador a concluir pela existência do tráfico de droga, como no caso se verificou.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 404 — RJ — (Reg. nº 89.9105-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Paulo Renan Gonçalves Marques. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Rovane Tavares Guimarães e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 12-9-89 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago (Juiz do TRF/1ª Região, convocado), William Patterson, Carlos Thibau e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 410 — SP

(Registro nº 89.9111-5)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Centrais Elétricas de Goiás S/A*

Advogados: *Drs. Aurea Trabulsi Cortazzo e outros e Eliseu Roque e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Isenção. Convênios. CTN, art. 178.

Concedida a isenção de ICM em projeto de interesse nacional, não pode a mesma ser alterada por convênio posterior àquele que a estabeleceu.

Recurso não conhecido pela letra a, e conhecido e improvido pela letra c.

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 pela letra a, e, pela letra c, do recurso conhecer,

mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: A Fazenda do Estado de São Paulo, nos autos da apelação em mandado de segurança impetrada por Centrais Elétricas de Goiás — CELG, inconformada com a decisão prolatada pela 17ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça daquele Estado, que unanimemente proveu o apelo, interpõe recurso extraordinário, com arguição de relevância, fundamentado nos arts. 119, III, alíneas *a* e *d*, da Constituição Federal anterior, e 325, 327 e 328 do RI/STF, alegando negativa de vigência ao disposto no art. 23, II, da Constituição Federal, como também nos arts. 176 e 179, § 2º, do Código Tributário Nacional, além de dissídio jurisprudencial.

Aduz, em síntese, a recorrente: que o acórdão impugnado garantiu à ora recorrida direito à isenção do ICM nas saídas de máquinas e equipamentos nacionais, promovidos no mercado internacional pelos respectivos fabricantes, por entender tratar-se, no caso, de isenção condicionada, impossível, portanto, de ser revogada, conforme o disposto pelo art. 178, do CTN; que a recorrida elaborou projeto considerado de interesse nacional, beneficiado por incentivos fiscais instituídos, na esfera federal, pelo Decreto-Lei nº 1.338/75 e, na área estadual, pelo Convênio ICM 9/75, alterado pelo Convênio ICM 11/81, que limitou a concessão das isenções do ICM aos projetos financiados por recursos externos; que, em seguida, novo Convênio, o ICM 24/81, estabeleceu limitação temporal quanto à eficácia do acordo ICM 9/75, com efeitos retroativos ao ICM 11/81; que a recorrida entende ter direito adquirido, a fruir da isenção prevista no Convênio ICM 9/75, julgando inconstitucional o limite de tempo instituído pelo Convênio 24/81; que, entretanto, a ela não assiste razão em face da legitimidade do Convênio ICM 24/81 e, não se ajustando sua pretensão ao prazo ali estipulado, ausente fica a isenção, cabendo, pois, a incidência do imposto; que a cobrança imediata do tributo não fere o texto constitucional, vez que, na espécie, não se trata de isenção condicionada, devendo prevalecer a regra geral da revogabilidade da isenção, a qualquer tempo em que os Estados signatários do Convênio venham a entender que ela não corresponde ao interesse público; que a jurisprudência do STF posiciona-se no sentido de que o Convênio 9/75 trata de isenção pura e simples e, por isso, revogável a qualquer tempo.

Às fls. 188/189, por despacho do 4º Vice-Presidente do TJSP, foi indeferido o processamento do extraordinário que, entretanto, por força da ar-

güição de relevância, teve ordenada sua subida ao Supremo Tribunal Federal.

À fl. 221, despacho do relator no STF, determinando a remessa dos autos a este Superior Tribunal de Justiça.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 225/228.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Consoante bem anota a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, a questão relativa à negativa de vigência do artigo 23, inciso 2, da Constituição anterior, precluiu, posto que do despacho que negou seguimento ao apelo extremo não foi interposto agravo de instrumento.

No concernente à negativa de vigência dos artigos 176 e 179, § 2º, do Código Tributário Nacional, não merece conhecido o recurso, por isso que tais disposições legais não foram ventiladas no acórdão impugnado, nem ocorreu prequestionamento da questão por via de embargos declaratórios, ensejando-se, portanto, a aplicação das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

Resta o dissídio jurisprudencial que, configurado, justifica o conhecimento do apelo pela letra c do item III, do art. 105 da Lei Maior.

No particular, aduz com acerto o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República:

«O recurso veicula matéria já conhecida da Egrégia Turma, ou seja, a revogação da isenção do ICM, concedida pelo Convênio nº 9/75, em face da superveniência dos Convênios 11/81 e 24/81, que objetivava a execução de projetos de interesse nacional.»

Deveras, nesse sentido é o pacífico posicionamento desta Turma, ao exame de casos análogos ao versado nestes autos, como dão notícia os seguintes acórdãos:

«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 importam a revogação do benefício.

Recurso conhecido, mas improvido.» (Recurso Especial nº 609-RJ — Reg. nº 89.00098446-2 — Rel.: Min. Ilmar Galvão — julgado em 2-10-89 — unânime — *in DJ*, 23-10-89, páginas 16196 e 16197).

«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.» (Recurso Especial nº 536-SP — Reg. nº 89.009582-0 — Rel.: Min. Américo Luz — julgado em 11-10-89, pág. 16506).

O mesmo entendimento tem prevalecido na E. 1ª Turma da Corte, segundo se vê pelos Acórdãos nºs RE 216-RS e 632-SP, relatados pelo Ministro Armando Rollemberg, ambos com a seguinte ementa:

«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.»

Em face do exposto, não conheço do recurso pela letra a, mas dele conheço pela letra c para negar-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 410 — SP — (Reg. nº 89.9111-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recda.: Centrais Elétricas de Goiás S/A. Advs.: Drs. Aurea Trubulsi Cortazzo e outros e Eliseu Roque e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso pela letra a, e, pela letra c, do recurso conheceu, mas negou-lhe provimento (em 18-12-89 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Vicente Cernicchiaro e Carlos Velloso. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



RECURSO ESPECIAL Nº 520 — CE

(Registro nº 89.0009511-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro*

Recorrentes: *Ernani de Sousa Monteiro e outros*

Recorridos: *Dalila Pena Rocha e outros*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto Lobo e José Lindival de Freitas e outro*

EMENTA: Inventariante. Nomeação de companheira, esposa eclesiástica.

Não contraria o artigo 990 do Código de Processo Civil, que não se reveste de caráter absoluto, a decisão que mantém como inventariante a pessoa que, casada pelo religioso com o extinto, com ele viveu, em união familiar estável, durante longos anos, tendo o casal numerosos filhos.

Improcedência da impugnação manifestada por alguns dos filhos do leito anterior.

Interpretação a mais razoável da lei federal.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro ATHOS CARNEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Nos autos do inventário que se procede por morte de Anastácio Fabio Barroso Braga, na comarca de Fortaleza, o MM. Juiz de Direito proferiu decisão destituindo Dalila Pena Rocha do *munus* de inventariante, sob o fundamento de ser defeso em lei que a companheira do autor da herança exerça tal encargo, «por faltar-lhe a qualidade de meeira». Em substituição, nomeou inventariante o herdeiro Newton Sampaio Braga.

Manifestaram agravo a inventariante destituída e mais diversos herdeiros, expondo os recorrentes que Dalila se havia consorciado eclesiasticamente com o inventariado aos seis de março de 1935, desta união nascendo oito filhos, igualmente agravantes; a vida em comum, decorrente do matrimônio religioso, prolongou-se durante quase meio século, concorrendo ela para a aquisição do patrimônio deixado pelo extinto.

A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará deu provimento à irresignação (fls. 125/126), sob os seguintes fundamentos:

Na verdade, prescreve o art. 990 do Cód. Proc. Civil, que o Juiz nomeará inventariante: — I. «O cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste».

Acontece, porém, que a inventariante foi casada, eclesiasticamente, com o *de cujus*, desde março de 1935, nascendo dessa união oito (8) filhos.

Ora, o art. 987 da Lei Adjetiva Civil dispõe: «quem estiver na posse e administração do espólio incumbe, no prazo estabelecido no art. 983, requerer o inventário e partilha».

Se a recorrente já havia sido nomeada inventariante, em razão dessa circunstância, ou seja, por se encontrar na posse e administração dos bens do espólio, entendemos, *data venia*, desnecessária e impertinente a sua destituição, quando é certo que a ordem prevista no art. 990, I, do Cód. Proc. Civil (*in Rev. Trim. Jurisprudência*, vol. 101, pág. 667; *in Adcoas*, 1980, nº 71.077; *in Rev. Forense*, vol. 268, pág. 263; *in Rev. Trib.*, vol. 517, pág. 195), não é absoluta.» (Fls. 125 e 126).

Dáí o recurso extraordinário interposto pelos casais de Ernani de Sousa Monteiro e de Maria Mirtes Braga Carneiro, buscando respaldo nos incisos *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição de 1969, com a alegação de que o aresto teria violado a Súmula 380 do Pretório Excelso, e os artigos 513 e 990, I, do Código de Processo Civil (fls. 129/132).

O ilustre Presidente do Tribunal local admitiu o apelo extremo, com a sustentação que se segue:

«Trata-se de recurso extraordinário interposto por Ernani de Sousa Monteiro e outros, com arrimo nas letras *a* e *d* do preceito constitucional, argüindo relevância da questão federal, contra o acórdão proferido pela Primeira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5.361, de Fortaleza, assim ementado:

«A ordem estabelecida no art. 990 do Código de Processo Civil não é absoluta, possibilitando a que, em dadas circunstâncias, a nomeação de inventariante recaia na pessoa daquele que, embora não casado civilmente, esteja, no entanto, na posse dos bens do *de cujus*.»

2. A aludida decisão conflita, evidentemente, com a orientação jurisprudencial dominante, inclusive do colendo STF, que só admite alteração na ordem de preferência em casos especiais, «como seja a desavença irreconciliável entre os interessados» (RTJ 101/667), o que não se dá na hipótese vertente. Por outro lado, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (RTJSP 37/97) já decidiu que somente pode ser nomeada inventariante «a concubina que teve seu direito à meação reconhecido judicialmente».

3. Entre os doutrinadores, cumpre frisar a opinião do acatado Hamilton de Moraes Barros, para quem a ordem de preferência estabelecida na lei para fins de nomeação do inventariante é *absoluta* («Comentários ao CPC», IX vol., pág. 171, nº 42).

4. Configurando o dissídio jurisprudencial, dou seguimento ao recurso pela letra *d*, ensejando seu processamento, também pelo outro fundamento (Súmula nº 292-STF).» (Fls. 142 e 143).

Já os autos perante o STF, a ilustre Procuradora da República manifestou-se pelo provimento do apelo derradeiro, sustentando que:

«Com efeito, *legem habemus*, a determinar a observância da ordem estabelecida no art. 990 do Código de Processo Civil. Trata-se do art. 997 do mesmo Código, cuja parte final contém norma expressa ordenando essa observância, no caso de remoção do inventariante:

«Decorrido o prazo com a defesa do inventariante ou sem ela, o juiz decidirá. Se remover o inventariante, nomeará outro, *observada a ordem estabelecida no art. 990.*» (Grifamos)

Ora, se a ordem de que se cogita deve ser fielmente obedecida — em sendo possível, é óbvio — no caso de remoção do inventariante, que constitui hipótese de provimento derivado do cargo, com muito maior razão há de ser igualmente respeitada no caso de provimento originário do cargo, mormente se, como ocorre na espécie, existem herdeiros habilitados à nomeação e estes preferem a qualquer pessoa estranha ou até mesmo ao inventariante judicial (art. 990, do CPC).

Veja-se que nem mesmo o eventual reconhecimento, em ação própria, da existência de sociedade de fato ensejadora da partilha dos bens inventariados (Súmula 380) serviria para legitimar a companhia à inventariança, já que continuaria não contemplada entre as pessoas arroladas no art. 990 do Código de Processo Civil e só poderia desempenhar tal *munus* uma vez esgotada a ordem legal e unicamente se satisfizesse os requisitos do inciso VI da mesma disposição legal:

«VI — pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial.»

Em sendo assim, parece que, mantendo a recorrida na inventariança, efetivamente negou a colenda Corte *a quo* a vigência do art. 990 do Código de Processo Civil.

O parecer é, por conseguinte, de que o Recurso Extraordinário comporta conhecimento e provimento.» (Fls. 167 e 168).

Nos termos do despacho de fl. 171, o processo é remetido a este Superior Tribunal de Justiça, competente face à nova ordem constitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Em primeiro lugar, o decisório impugnado nada dispõe sobre a partilha dos bens

inventariados, a ser resolvida nas vias adequadas e no momento processual oportuno. Cuidou, tão-somente, da reforma da decisão interlocutória pela qual o magistrado de primeiro grau destituiu a inventariante, e para o *munus* nomeou um dos herdeiros, filho do primeiro leito. Assim, ofensa alguma à Súmula 380, relativa às conseqüências, no plano patrimonial, da sociedade de fato entre concubinos.

Pela alínea *a* do permissivo constitucional, já agora o artigo 105, III, da vigente Constituição, não vislumbro, outrossim, ofensa ao artigo 513 do CPC, pois o provimento que destitui ou remove inventariante é decisão interlocutória, impugnável pela via do agravo de instrumento. Aliás, o tema do cabimento do recurso de agravo não fora sequer prequestionado nas razões dos agravados, ora recorrentes.

O ponto fulcral do recurso pertine à ordem estabelecida pelo artigo 990 do CPC, para a nomeação de inventariante, sendo sustentado no parecer da douta Procuradoria da República que a companheira somente poderia desempenhar o *munus* após esgotada a ordem legal e unicamente se satisfeito o requisito do inciso VI do mesmo artigo: «VI — pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial».

Considero, todavia, que o *v. aresto* deu ao artigo 990 do CPC exegese de todo razoável, afastada assim a imputação de contrariedade à lei federal. Difícil, aliás, no caso presente, conceituar Dalila Pena Rocha como «pessoa estranha», pois casou pelo ritual da Igreja Católica com o autor da herança em seis (6) de março de 1935 (fl. 20), e com ele viveu durante quase meio século, até o falecimento de Anastácio aos 27 de março de 1984 (fl. 16), gerando o casal oito dos dezesseis filhos que teve o extinto (fls. 22/23), sendo cinco do primeiro leito e três naturais, figurando também estes últimos, diga-se, na posição de recorridos.

A ordem do artigo 990, ao contrário do afirmado pelos recorrentes, não é absoluta, e comporta ser inobservada em várias hipóteses, como as de desavenças entre os herdeiros, inaptidão para o exercício da inventariança (RTJ, 101/667) e também, por que não, em casos como o ora em julgamento, em que o Tribunal entendeu mais apta ao encargo a pessoa que durante longos e longos anos viveu *more uxorio* com o inventariado, sob o pálio do matrimônio religioso, mãe de numerosos dos filhos do inventariado, e que além disso está na posse dos bens da herança. Esta pessoa, indubitavelmente, apresenta-se quando menos como a «pessoa estranha idônea» prevista no artigo 990, VI, do CPC, e sua designação para o encargo está prestigiada pela maioria absoluta dos herdeiros.

Aponto, mais, que, pela sistemática da vigente Constituição, a união estável entre homem e mulher é reconhecida como «entidade familiar», e o casamento religioso poderia ter sido mais tarde registrado civilmente, pois ele viúvo e ela solteira quando de sua celebração (fl. 20).

Como já afirmei, a questão da atribuição e partilha dos bens é outra questão, a ser solucionada no momento próprio e pelas vias adequadas.

Pelo exposto, não conheço do recurso especial.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Eminente Relator, V. Exa. não conhece do recurso por entender que não foi violada a lei federal?

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Exatamente.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, mantenho aquele ponto de vista que de outra feita manifestei, conhecendo do recurso e negando provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o eminente Relator, não conhecendo do recurso. A uma, porque também entendo não ser absoluta a ordem prevista no art. 990 do Código de Processo Civil, segundo, inclusive, entendimento externado em mais de uma oportunidade pelo Excelso Pretório. A duas, porque há circunstâncias, no caso concreto, que prestigiam o entendimento de admitir-se a companheira como inventariante, quer em face da prolongada união, celebrada eclesiasticamente em 1935, quer pela numerosa prole do casal, quer pela situação atribuída à companheira na nova ordem constitucional.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, tenho dificuldade em acompanhar na sua integreza as razões que foram aduzidas pelo douto voto do eminente Ministro Relator, motivo pelo qual se impõe que faça constar da assentada do julgamento as respeitadas ressalvas que a meu juízo se tornam necessárias. Concedo em que não pode o Tribunal desconsiderar o contorno dos fatos, tais quais se apresentam definidos em tópico da decisão recorrida, do Tribunal de Justiça do Ceará, quando assentou que a recorrente havia sido nomeada inventariante em razão de ter casado eclesiasticamente com o autor da herança em 1935, e bem assim, em virtude de outras circunstâncias que o acórdão acentua. Tendo em vista estas circunstâncias, adiro ao entendimento que esta Turma vem mantendo, de que a decisão recorrida não ofendeu a lei. Peço vênia, contudo, para entender que a ordem de precedência constante do art. 990 do Código Civil não é ociosa e em caso de outros contornos fáticos pode reclamar cuidadosa aplicação, de modo a não se encorajar a prática de desconhecer a existência de cônjuge supérstite que fora legalmente casado, passando-se até à nomeação, para a inventariança, de terceiros estranhos à sucessão, como permitê o último inciso do texto legal invocadô.

Em verdade, a ordem do art. 990 se impõe à devida observância. Atenção, porém, as características do caso presente, em que, de fato, cumpre re-

conhecer tratar-se de uma senhora, mãe de muitos filhos do *de cujus*, com ele eclesiasticamente casada em 1935 (que, como disse muito bem o Sr. Ministro Relator, não pode ser considerada pessoa estranha à herança), sem sequer avançar juízo quanto a pretensões da recorrida, a respeito da própria herança.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (RELATOR): Aproveitaria o ensejo para dizer que comungo das mesmas ressalvas e das mesmas observações do eminente Presidente. É claro, a meu sentir, no art. 990 é de ser observado como regra normal para nomeação do inventariante. Não revestido, entretanto, apenas e tão-somente de um caráter absoluto.

Aliás, estaria propondo uma Ementa com o seguinte teor, mais ou menos:

«Não contraria o art. 990 do Código de Processo Civil, que não se reveste de caráter absoluto a decisão que mantém como inventariante a pessoa que, casada pelo religioso com o extinto, com ele viveu em união familiar estável durante longos anos, tendo o casal numerosos filhos.»

É com essas ressalvas que não conheço do recurso.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Com esses esclarecimentos, fico de acordo com o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 520 — CE — (Reg. nº 80.0009511-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Ernani de Sousa Monteiro e outros. Recorrido: Dalila Pena Rocha e outros. Advogados: Carlos Alberto Lobo e José Lindival de Freitas e outro.

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. (12-9-89 — 4ª Turma).

Votaram 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 630 — RJ

(Registro nº 89.0009903-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Recorrente: *Irmãos Pereira Ltda.*

Recorrido: *R. Vieira da Silva Com. e Representações Ltda.*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto Alves Faria e outro e Waldeck Soares Silva*

EMENTA: Recurso especial. Depósito elisivo de falência. Correção monetária. Incidência da Lei nº 6.899/81.

O depósito elisivo da falência torna o devedor de insolvente em inadimplente e, assim, compelido a responder pela sua mora, que vai além dos juros e abrange a correção monetária, que é a própria dívida em sua expressão atualizada.

Incidência e aplicação da Lei nº 6.899/81.

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 e lhe dar provimento para reformar a decisão recorrida e determinar que os cálculos sejam feitos na forma requerida, 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, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: R. Vieira da Silva Comércio e Representações teve requerida a sua falência por Irmãos Pereira Ltda., mas evitou a instauração, requerendo o pagamento do débito, cuja importância depositou em juízo.

A empresa credora pediu a ida dos autos ao contador, a fim de que se incluísse nos cálculos a correção monetária. E a expedição de mandado para levantamento do depósito, observadas as limitações do Decreto-Lei nº 2.284/86.

O Dr. Juiz indeferiu a primeira parte do pedido, em face da concordância implícita da empresa credora com os cálculos, que não foram impugnados no momento processual adequado, embora intimada para falar.

Houve agravo, que a Egrégia 6ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio, desproveu, por maioria, pois «o depósito elisivo sendo um remédio específico que a lei proporciona ao comerciante para neutralizar o requerimento de sua falência — que não se confunde com uma ação de cobrança — a ele não se aplica a Lei nº 6.899/81».

Inconformada, a empresa agravante recorreu extraordinariamente, ex vi do disposto no art. 119, inciso III, letras a e d, da Constituição Federal de 1967, alegando negativa de vigência à Lei nº 6.899/81 e dissídio jurisprudencial.

Também argüiu relevância.

Para a recorrente, o depósito elisivo impede a instauração da falência e imprime ao procedimento a índole de verdadeira ação de cobrança, não havendo, pois, como dispensar a incidência da correção monetária. Essa orientação seria, também, a do STF, em decisões que arrola.

Ao recurso extraordinário foi negado seguimento, devido aos empecos do RISTF (art. 325, incisos I/X), subindo o instrumento da relevância, pelo qual o STF determinou o processamento do recurso extraordinário, que não foi julgado, mas convertido em recurso especial e enviado a esta Corte.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A matéria versada no agravo de instrumento foi reduzida à sua expressão mais simples, quando o douto juízo agravado se retratou, à fl. 30v., no tocante à questão do cabimento ou não da correção monetária, a saber:

«Reconheço o equívoco quanto à suposta ofensa ao princípio da imutabilidade da ação, já que agora observo terem os agravantes pedido a correção monetária, embora um pouco escondida na 2ª folha da peça exordial.

Mantenho, contudo, o despacho agravado pelo seu segundo fundamento, qual seja, a concordância implícita com os cálculos da Contadoria Judicial, pois os agravantes não os impugnaram no momento processual adequado, embora intimados para tal devidamente.

Subam os autos à Egrégia Instância Superior.»

Por outro lado, a decisão agravada jamais questionou a incidência da correção monetária sobre o depósito elisivo da falência em face da Lei nº 6.899/81, cogitando, tão-só, do respeito ao princípio da estabilização do processo (CPC, arts. 264 e 321), posição da qual veio a recuar no agravo, conforme se viu.

A parte restante da decisão agravada resumiu-se à falta de impugnação dos cálculos, que o Dr. Juiz admitiu como concordância implícita, matéria que a agravante não fez constar do agravo. Este levou ao Tribunal a *quo* questão estranha à decisão recorrida e que veio a ser julgada assim mesmo, quando só seria lícito reapreciar o que fora efetivamente decidido; ou, quando muito, o agravo com a extensão diminuída, pois o julgamento proferido pelo Tribunal deve substituir a decisão recorrida, no que tiver sido objeto do recurso (CPC, art. 512).

Não nos cabe, porém, ignorar essa decisão, tal como foi proferida, nem tentar anulá-la *ex officio*, mas apenas examiná-la conforme se apresenta.

Eis a decisão:

«Assim decidem, pois, com a devida vênia do voto vencido do ilustre Desembargador Pestana de Aguiar, a maioria entende que o depósito elisivo, sendo um remédio específico que a lei proporciona ao comerciante, para neutralizar o requerimento de sua falência — não se confunde com uma ação de cobrança — a ele não se aplica a Lei nº 6.899/81.»

Conheço do recurso pelos dois fundamentos.

Pela letra a, art. 105, III, da CF, tem-se a negativa de vigência do art. 1º, Lei nº 6.899/81, pois o acórdão sustenta não incidir a correção monetária sobre o depósito elisivo da falência.

A Lei nº 6.899/81 refere-se, no seu art. 3º, a qualquer causa, ainda que *sub judice*, até o momento do pagamento da dívida.

Sendo o processo falencial modalidade de execução forçada, só não é singular, mas coletiva. Mas, numa como noutra, a finalidade é a redução dos bens do devedor ou do falido a dinheiro, para pagar os credores.

O que se iniciou na falência, diz Pontes, foi u'a relação jurídica processual bilateral, em que o Estado está entre os credores e o devedor, e vai tirar do patrimônio desse aquilo com que possa satisfazer, total ou parcialmente, os credores (Tratado, T. III, 1972, RT, págs. 370/371).

É inegável o que há de função administrativa na atividade do juiz falimentar, continua Pontes. Mas não se trata de menosprezar, nem apenas eliminar, a judiciariedade dos procedimentos e a sua natureza, idêntica à das outras execuções forçadas. O processo forma-se *prius* com a decretação da quebra, que abre as portas à execução. E encerra a quebra com o concurso creditório, que é imediatamente executivo. Mas não é imperioso que a judiciariedade esteja, no caso, vinculada à fase pré-falencial e à ação concursal falencial, pois que, requerida a quebra, o devedor pode evitar o início da execução coletiva com o depósito elisivo, deixando de ser insolvente para ser inadimplente e, assim, compelido a responder por sua mora.

Por isso, o venerando acórdão não tem razão, *venia concessa*. Embora não iniciado, propriamente, o processo falimentar, houve o ajuizamento da pretensão, que se transformou em ação de execução singular, porque abortada a quebra.

A propósito da concepção de que a Lei Falencial não prevê a correção monetária dos débitos do falido, é preciso estudá-la à luz da Lei nº 6.899/81. E esta lei não é pioneira, pois pelo Decreto-Lei nº 858/69, a correção monetária dos débitos fiscais do falido seria feita até a data da sentença declaratória da falência, ficando suspensa, por um ano, a partir dessa data (art. 1º, *caput*). A certeza de que a correção monetária não é um *plus* que se acresce à dívida, mas é a própria dívida em sua expressão atualizada,

alia-se à contraprestação da correção monetária do valor original dos bens do ativo imobilizado das pessoas jurídicas, com ingresso, também atualizado, na massa falida, *ex vi* do disposto no art. 3º, *caput*, § 18, da Lei nº 4.357/64 (v., também, Lei nº 3.470/58, art. 57).

Pela letra *c*, do permissivo constitucional, o respeitável acórdão diverge da iterativa orientação dos julgados do STF, inclusive do Pleno, que não excluem o depósito elisivo da falência da incidência da correção monetária (v. fls. 42/43, do recurso).

Destaco voto do Ministro Célio Borja, corpo do respectivo acórdão, nos seguintes trechos:

«Não há, portanto, ter por não cabível a correção monetária quando da ocorrência de depósito elisivo, senão de tê-la exigível, se esse procedimento é configurado pela nossa jurisprudência como verdadeira ação de cobrança, cujo débito, resultante de decisão judicial, reclama atualizar-se por imposição da Lei nº 6.899/81. Recusá-la, no caso, é negar vigência a esse dispositivo legal, razão por que, embora o recurso não mereça conhecimento pela letra *d*, pois os paradigmas versaram espécies dissímiles, merece conhecido pela letra *a* (*omissis*). Filio-me à corrente que entende cabíveis, assim, a sucumbência, como a atualização do débito pela incidência da lei geral (Lei nº 6.899/81), uma vez afastada a aplicação da lei especial (Decreto-Lei nº 7.661/45)».

Ante o exposto, a par de conhecer do recurso, dou-lhe provimento para reformar a respeitável decisão recorrida e determinar que se façam os cálculos na forma requerida.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 630 — RJ — (Reg. nº 89.0009903-5) — Rel.: O Sr. Min. Gueiros Leite. Recte.: Irmãos Pereira Ltda. Recdo.: R. Vieira da Silva Com. e Representações Ltda. Adv.: Drs. Carlos Alberto Alves Faria e outro e Waldeck Soares Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento para reformar a decisão recorrida e determinar que os cálculos sejam feitos na forma requerida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 31-10-89 — data do julgamento).

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 662 — RS

(Registro nº 89.0009939-6)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Normélio Knaak*

Recorrido: *Almirante Guiomar de Vargas e Cônjuge*

Advogados: *Drs. José Adelmo de Oliveira e outro, Gisela R. Reich e outro*

EMENTA: Processual Civil. Embargos de Terceiros. Contrato de promessa de compra e venda e de cessão de direitos não inscrito no registro de imóvel. Posse. Penhora. Execução. Art. nº 1.046, do CPC.

I — Inexistente fraude, encontrando-se os recorridos na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1983, estão legitimados, na qualidade de possuidores, a opor embargos de terceiros, com base em contrato de compra e venda e de cessão de direito não inscrito no Registro de Imóvel, para pleitear a exclusão do bem, objeto da penhora no processo de execução, onde não eram parte, a teor do art. nº 1.046, § 1º, do CPC.

II — Recurso conhecido pela letra d, da Constituição Federal anterior, 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 maioria, conhecer do recurso pela divergência e 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, 17 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O eminente Presidente do Colendo Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul sumariou e decidiu a controvérsia nos seguintes termos (fls. 130/132):

«Vistos estes autos. Embargos de terceiros interpostos por Almirante Guiomar de Vargas e sua mulher Odila Maria dos Santos Vargas à execução que Normélio Knaak promove a Empreendimentos Imobiliários Sete Ltda., pois penhorado um imóvel seu, locali-

zado no município de Dois Irmãos, tramitando, dita execução, na Comarca de Campo Bom.

Aduzem que adquiriram de José Saulo de Oliveira, através de contrato particular de cessão de direitos, com anuência de Empreendimentos Imobiliários Sete Ltda., o lote nº 1 da Quadra 11, do Loteamento Parque São João, anteriormente adquirido pelos alienantes da imobiliária citada, sem, no entanto, ter procedido ao registro imobiliário, por desconhecerem sua necessidade, mas ainda detêm a posse do imóvel, desde a assinatura do contrato. A posse é justa, por isso é que requerem a procedência dos embargos, invocando jurisprudência pertinente à espécie e juntam notas promissórias que dizem comprovar o pagamento do imóvel.

O embargado alega, em impugnando os embargos, a posse precária dos embargantes, de vez que figuram como meros cessionários dos promitentes compradores e não proprietários. Menciona a Súmula nº 621, citando doutrina e jurisprudência. Além do mais, os embargantes não registraram o contrato em cartório, não surtindo, destarte, efeitos contra terceiro, a aquisição.

Julgando antecipadamente o feito, a MM. Juíza de Direito a *quo* sentenciou favoravelmente aos embargantes, determinando o levantamento da penhora efetuada no imóvel descrito na inicial.

A Primeira Câmara Cível confirmou a sentença.

Consigna a ementa:

«Embargos de Terceiro. Contrato de promessa de compra e venda e de cessão não registrado. Posse. Penhora.

«Embora não inscrito no Registro de Imóveis o contrato de promessa de compra e venda, e de cessão, de imóvel loteado, comprovação documental dos negócios jurídicos e demonstrada a posse do promitente comprador e do cessionário, legitimado está esse a lançar mão dos embargos de terceiro para defendê-la, em caso de constrição judicial decorrente de penhora por execução aforada contra o promitente vendedor.

«Exegese do art. 1.046 do CPC.

«Ao estabelecer a proteção da posse, a norma contida no art. 1046 do CPC refere-se a posse em si, como fato jurídico que produz efeitos próprios, independentemente de alicerçar-se sobre o domínio da coisa.

«Ao intérprete não cabe restringir o verdadeiro alcance da norma legal ou limitar sua verdadeira extensão.

«Procedentes os embargos de terceiro, por legítima a posse do cessionário, desconstitui-se a penhora decorrente de execução proposta contra o promitente vendedor.

«Sentença confirmada. Apelo improvido.»

Normélio Knaak recorre extraordinariamente, amparado no art. 119, inciso III, letra *d*, da Constituição Federal.

Alega divergência com a Súmula nº 621, do Supremo Tribunal Federal, e dissídio pretoriano.

O recorrente sustenta que a decisão recorrida divergiu da Súmula ao entender que: «os embargos de terceiro objetivam tutelar e defender não apenas a posse decorrente do domínio, ou de contrato de promessa de compra e venda registrado, mas também a posse isoladamente, como tal considerada e de forma exclusiva.»

A divergência com a Súmula enseja a admissibilidade do recurso extraordinário.

Isto posto, admito o recurso pela letra *d*, do permissivo constitucional, face à divergência com a Súmula nº 621. O preparo será efetuado no prazo, art. 545, do CPC. Vistas às partes para razões.»

Intimadas as partes, o recorrente apresentou suas razões (fls. 136/153) e os recorridos as contra-arrazoaram (fls. nºs 155/158).

Subiram os autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, onde o eminente Ministro Sydney Sanches, por despacho, em virtude da instalação deste Tribunal, converteu o recurso *ipso jure*, em especial, por ser a matéria infraconstitucional, e não o conhecendo, determinou a remessa do processo a esta Corte (fl. 167).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):
A Primeira Câmara Cível do Colendo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul decidiu a controvérsia sumariada na seguinte ementa (fl. 108):

«Embargos de terceiro. Contrato de promessa de compra e venda, e de cessão, não registrado. Posse. Penhora.

Embora não inscrito no Registro de Imóveis o contrato de promessa de compra e venda, e de cessão, de imóvel loteado, a comprovação documental dos negócios jurídicos e demonstrada a posse do promitente comprador e do cessionário, legitimado está esse a lançar mão dos embargos de terceiro para defendê-la, em caso de constrição judicial decorrente de penhora por execução aforada contra o promitente vendedor.

Exegese do art. 1.046 do CPC.

Ao estabelecer a proteção da posse, a norma contida no art. 1.046 do CPC refere-se à posse em si, como fato jurídico que produz efeitos próprios, independentemente de alicerçar-se sobre o domínio da coisa.

Ao intérprete não cabe restringir o verdadeiro alcance da norma legal ou limitar sua verdadeira extensão.

Procedentes os embargos de terceiro, por legítima a posse do cessionário, desconstituiu-se a penhora decorrente de execução proposta contra o promitente vendedor.

Sentença confirmada. Apelo improvido.»

Inconformado, interpôs o embargado, Normélio Knaak, extraordinário, com fulcro no art. 119, III, letra *d*, da Constituição Federal (anterior), no qual alega, em síntese, que o acórdão recorrido teria divergido com a Súmula nº 621-STF.

É de ver, correto o despacho que admitiu o RE pela alínea *d* do permissivo constitucional ao aduzir (fl. 132):

«O recorrente sustenta que a decisão recorrida divergiu da Súmula ao entender que: «os embargos de terceiro objetivam tutelar e defender não apenas a posse decorrente de domínio, ou de contrato de promessa de compra e venda registrado, mas também a posse isoladamente, como tal considerada e de forma exclusiva.

A divergência com a Súmula enseja a admissibilidade do recurso extraordinário.»

Conheço, pois, do recurso pelo dissídio com a Súmula e, assim, o examino:

A questão ora em debate se resume em saber se é cabível, ou não, embargos de terceiro à penhora, com base em contrato de promessa de compra e venda e de cessão de direitos não inscrito no registro de imóveis.

Revelam os autos a inexistência de fraude à execução e que os recorridos encontram-se imitados na posse mansa e pacífica do imóvel penhorado desde 1983, por justo título.

O insigne Pontes de Miranda leciona:

«Os embargos de terceiro são a ação do terceiro que pretende ter direito ao domínio ou outro direito, inclusive a posse, sobre bens penhorados ou por outro modo constritos. O usufruário, por exemplo, é o senhor; o locatário é possuidor. Se a penhora não lhes respeita o direito, um ou outro pode embargar como terceiro» (*in* Tratado de Ações, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, págs. 180/181).

Continua:

«O direito expectativo, como o oriundo de promessas de contrato, desde que a medida constritiva o atinge, pode ser protegido por embargos de terceiro...» (Obra citada, pág. 247).

Ainda sobre a mesma matéria, o ilustre Hamilton de Moraes e Barros ensina:

«Não se quer nos embargos de terceiro que o autor seja o proprietário do bem. Não se faz essa exigência. Basta que tenha a posse, por direito real ou pessoal. São exemplos disso o locatário, o credor com garantia real, o credor que tenha direito de retenção.» (Comentários ao Código de Processo Civil — Vol. IX, 2ª Ed. — Forense, 1986, pág. 371).

Sobre o mesmo tema, aliás, esta Egrégia Turma, em sessão do dia 19-9-89, proferiu decisão, ao julgar o RE nº 226-SP, relator o eminente Ministro Gueiros Leite.

De igual forma também já se manifestou a E. 4ª Turma deste Tribunal ao decidir o RE nº 188-PR, relator o não menos eminente Ministro Athos Carneiro, em 8-8-89.

Como se vê, correto, portanto, o acórdão recorrido ao divergir do entendimento expresso na Súmula nº 621-STF, eis que, inexistente fraude à execução, encontrando-se os recorridos na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1983, estão legitimados, na qualidade de possuidores, a opor embargos de terceiro, para pleitear a exclusão do bem, objeto da penhora no processo de execução, onde não eram parte, nos termos do art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil.

Tais os fundamentos pelos quais conheço do recurso pela letra *d*, do permissivo constitucional, mas nego-lhe provimento.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, *data venia*, discordo do Sr. Ministro Relator, que conhece do recurso, em face da divergência, e nega-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 662 — RS — (Reg. nº 89-0009939-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Normélio Knaak. Recdo.: Almirante Guimarães de Vargas e cônjuge. Advs.: Drs. José Adelmo de Oliveira e outro, Gisela R. Reich e outro.

Decisão: A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Cláudio Santos, conheceu do recurso pela divergência e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17-10-89 — 3ª Turma).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 671 — MS

(Registro nº 89.0009948-5)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Banco Francês e Brasileiro S/A*

Recorridos: *Algemiro Moreira Obregon e outro*

Advogados: *Drs. Frederico Luiz de Freitas Newbley A. S. Amarilla e outros*

EMENTA: Liquidação por cálculo do contador. Somente o erro de conta ou de cálculo, o erro aritmético, pode ser corrigido a qualquer tempo; já os elementos do cálculo, os critérios do cálculo, ficam cobertos pela autoridade da coisa julgada.

Sentença de homologação do cálculo com trânsito em julgado. A questão sobre o termo a quo da correção monetária dos honorários de advogado constitui critério do cálculo, e não mera questão aritmética. Coberta pela autoridade da coisa julgada, tal questão não poderá ser renovada em embargos do devedor.

Recurso especial conhecido e não 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 negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Algemiro Moreira Obregon e outro ajuizaram embargos de terceiro, face penhora realizada em processo de execução promovido pelo Banco Francês e Brasileiro S/A.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por sua 2ª Turma Cível, confirmou a sentença de procedência dos embargos; e, apreciando recurso adesivo relativamente à verba advocatícia, fixou os honorários em 20% sobre o valor atribuído aos embargos de terceiro, valor este vinculado ao «valor econômico do bem que diz respeito aos embargos» (da ementa). É referido no aresto e na ementa que o Juiz de 1º grau não poderia ter alterado o valor da ação de embargos, pois na ausência de impugnação tal valor só

pode ser modificado *ex officio* se houver violação aos critérios expressamente referidos na lei processual (autos apensos, fls. 124/132).

Requerida a execução, o Banco ofereceu embargos do devedor, os quais foram declarados improcedentes em 1º grau de jurisdição, referindo então o magistrado que o cálculo, contendo a correção monetária a partir da data da sentença, havia transitado em julgado (fls. 13/17). A eg. 2ª Turma Cível manteve a sentença (fls. 54 e ss.).

Manifesta então o Banco Francês e Brasileiro o presente recurso especial, buscando arrimo aos permissivos das letras *a* e *c* do art. 105, III, da Constituição Federal, alegando haver o *v. aresto* contrariado os artigos 603, 604, 741, V, e 743, I, do Código de Processo Civil, por haver emprestado eficácia jurídica a uma desnecessária liquidação por cálculo do contador e por se haver recusado a admitir, em sede de embargos à execução, a apreciação de matéria supostamente preclusa ante a não impugnação do aludido cálculo. De outra parte, teria o *v. acórdão* dissentido da orientação traçada por decisões de outros Tribunais locais e de aresto do Pretório Excelso, quer quanto à eficácia da liquidação por cálculo como no alusivo ao dia de início da contagem da correção monetária (fls. 63 e ss.).

O eminente Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça admitiu o apelo extremo apenas pela letra *c*, sob os seguintes fundamentos:

«A alegada infração aos artigos 603 e 604 do Código de Processo Civil não ocorre pelo simples fato de que o procedimento em pauta é o do processo de execução e não o de liquidação, que já foi superado.

Assim, cogitar no processo de execução da necessidade ou não de sentença liquidanda é absolutamente irrelevante, se o procedimento de liquidação já se encontra encerrado de forma definitiva.

A arguição de negativa de vigência dos artigos 741, V, e 743, I, do Código de Processo Civil, também não pode prosperar, visto que tais normas cuidam da admissibilidade dos embargos do devedor, e estes foram admitidos. A questão de procedência ou improcedência é matéria de mérito.

A divergência jurisprudencial parece estar caracterizada, pois enquanto o *acórdão* combatido assegura a contagem da correção monetária a partir da sentença monocrática, apesar de havê-la modificado, nesta parte dando provimento ao apelo da parte interessada, os julgados trazidos à colação pelo recorrente, especialmente do TARJ (RT 590/232), mandam incidir a correção a partir da decisão de 2º grau que fixa definitivamente a verba honorária.

Diante do exposto, admito o recurso especial pelo fundamento do art. 105, III, *c*, da Carta Magna, determinando o seu processamento.» (Fls. 82/83).

Apenas com as razões dos recorridos, vem o processo a este Tribunal. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Admitido que foi o recurso extremo, cumpre examiná-lo por ambos os fundamentos, a teor das Súmulas 292 e 528.

No pertinente à argüição de contrariedade às normas da lei processual, reporto-me inteiramente aos argumentos expendidos na decisão de triagem do apelo extremo.

Já quanto à divergência jurisprudencial, esta realmente existe, conforme apontada pelo recorrente, quer: *a*) quanto à invocabilidade, em embargos do devedor, de excesso de execução decorrente de erro de conta ou de cálculo no processo de liquidação; *b*) quanto ao *dies a quo* da correção monetária dos honorários de advogado fixados em percentual sobre o valor da causa, divergência admitida na r. decisão do Presidente do TJMS.

No caso dos autos, é evidente o cabimento da liquidação por cálculo, nos termos de nossa (aqui retrógrada e formalista, diga-se) sistemática processual vigente. Na impossibilidade de provisória liquidação por simples «cálculo pelo exequente» (como no atual CPC português), impunha-se o processo preparatório para tornar líquido o débito atualizado dos honorários e das custas. Por todos, veja-se Mestre Alcides de Mendonça Lima («Coment. ao CPC», Forense, 5ª ed., vol. VI, nºs 1.318 e 1.322).

As partes foram intimadas do cálculo, e o devedor não se manifestou; homologado o cálculo por sentença (fls. 139, apenso), que foi publicada (fl. 139v.), o procurador do recorrente manteve os autos com vista, fora de cartório, de 27 de maio a 16 de junho de 1988, e da sentença não apelou (fls. 139v./140), pelo que foi certificado o trânsito em julgado (fl. 139v.)

Observo, incidentalmente, que, de conformidade com a Súmula 188 do antigo Tribunal Federal de Recursos — da qual, aliás, nos permitimos discordar —, a não impugnação prévia do cálculo, anteriormente à sentença homologatória, inclusive impediria à parte o próprio uso do recurso de apelação, pois então seria carente, segundo a Súmula, de pressuposto de admissibilidade recursal.

Examinando o cálculo do contador (fl. 137, apenso), vê-se que a parcela correspondente à correção monetária — aliás a de maior significação financeira — indica como termo inicial o mês de novembro de 1986, ou seja, o mês de prolação da sentença no processo de cognição. Assim, das três datas possíveis, data da propositura da ação de embargos de terceiro, data da sentença e data do acórdão, optou o serventuário pela solução intermediária. Nada opôs, nas devidas oportunidades, o ora recorrente, embora tenha até seu procurador mantido os autos com vista, em seu poder, tendo-lhe sido judicialmente cobrados (Ofício fl. 140, apenso).

Pretende agora o Banco Francês e Brasileiro deva a correção monetária ser calculada a partir da data do acórdão, eis que dito acórdão tornou sem efeito a modificação do valor da causa operada pelo juiz, assim alterando a

base de cálculo da verba honorária. E considera despicinda a circunstância de se haver omitido no impugnar o cálculo e a sentença homologatória, argumentando que, pela melhor doutrina e jurisprudência, a matéria pode, em tais hipóteses, ser suscitada na via dos embargos do devedor. Cita (fl. 69) de Alcides de Mendonça Lima o seguinte trecho:

«Se houve erro de conta, que não foi suscitado e, portanto, não foi decidido, nada importa que ainda possa ser discutido nos embargos do devedor, se oferecidos e levantada a questão.» ('Comentários ao CPC', Forense, V e VI, n.º 1.331).

Aliás, o preclaro jurista sul-rio-grandense prossegue:

«Se, porém, o cálculo foi incriminado de erro e o juiz decidiu, repelindo a objeção, então houve sentença, que surtirá efeito, se transitar em julgado, não podendo a matéria ser renovada nos embargos. Ficou preclusa, operando-se a coisa julgada» (ibidem).

Não assiste, todavia, razão ao recorrente. Aqui não se cuida, e este é ponto nodal, de 'erro de conta' ou de 'erro de cálculo'. Trata-se de questão substancial, relativa ao próprio *critério de cálculo* da correção monetária, relativa ao próprio *elemento do cálculo*.

Sobre o que deva ser considerado mero 'erro de conta', e, pois, imune à *res judicata*, bem esclarece Amilcar de Castro:

O erro de conta que se insinue no trabalho do contador, e sobre o qual não tenha antes havido discussão entre as partes e julgamento, pode ser alegado e corrigido a todo tempo mesmo independentemente de embargos. 'O erro de conta nunca passa em julgado, e pode alegar-se a todo tempo, exceto se sobre ele já houver disputa e sentença', e nisso não vai infringência da autoridade da coisa julgada, porque 'quando a sentença envolve erro aritmético, só os elementos do cálculo ficam revestidos da autoridade da coisa julgada; e não o resultado dele, que não entra, nem podia entrar na intenção do juiz'. Domina, pois, a matéria o princípio de que o erro de conta, o erro aritmético, de cálculo, sempre se entende ressalvado, e é atendível ainda que haja quitação da parte lesada, a menos que já tenha sido judicialmente discutido e julgado.» («Comentários ao CPC», RT, v. VIII, 1974, n.º 177, pág. 124).

Assim igualmente ensina Humberto Theodoro Júnior.

«Diante da sentença homologatória, só os elementos do cálculo é que se submetem à *res judicata*, não os seus resultados errôneos, já que estes, no dizer de Ribas, não entram, nem podiam entrar na intenção do juiz. Descoberto o equívoco, a qualquer tempo será sanável» («Processo de Execução, LEUD, 7.ª ed., Cap. XV, n.º 10, pág. 183).

No caso ora em julgamento, como já afirmado, as contas, os cálculos aritméticos estão corretos. O *critério* para calcular a correção monetária, adotado pelo contador, poderia ter sido impugnado pelo recorrente antes da

sentença homologatória; e desta poderia o recorrente — que aliás teve inclusive os autos com vista após o decisório — ter apelado. Não o fez. A questão está preclusa.

Nestes termos, conheço do recurso, mas ao mesmo nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 671 — MS — (Reg. nº 89.0009948-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Banco Francês e Brasileiro S/A. Recorrido: Algemiro Moreira Obregom e outro. Advogados: Frederico Luiz de Freitas, Newbley A. S. Amarilla e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (4ª Turma — 7-11-89).

Votaram os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 698 — SP

(Registro nº 89.0009978-7)

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

Recorrente: *Antonio Ciardi*

Recorrida: *Laurentina Lago Bonfim*

Advogados: *Drs. Paulo Campos Filho e outro e José Freire de Oliveira*

EMENTA: Embargos de Terceiro. Compromisso de compra e venda não registrado. Penhora. Súmula nº 621 do Supremo Tribunal Federal.

I — As peculiaridades do acórdão, salientando que o apelante, à época, representava a imobiliária que vendeu o lote, sendo, pois, responsável pela transmissão da posse, tornam descabida a penhora do referido imóvel. Circunstâncias que afastam a incidência da Súmula nº 621/STF.

II — Recurso especial conhecido, porém improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas

taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de embargos de terceiro opostos à ação de prestação de contas que a imobiliária São Lucas Ltda. move a Antônio Ciardi.

A ação de prestação de contas foi julgada improcedente e, posteriormente, foi extraída carta de sentença para a execução provisória, quando o imóvel dos ora embargantes sofreu constrição judicial pela penhora, vez que fora vendido pela referida imobiliária e ainda não registrado pelos promitentes compradores à época.

Conforme consta dos autos, de 29-8-75 é o compromisso de compra e venda do imóvel, e em 26-2-82 foi passada a escritura definitiva (cf. fls. 6 a 7), tendo sido a penhora realizada em 4-2-82.

A sentença de 1ª Instância julgou procedente, os embargos,

«(...) tendo ressaltado as circunstâncias peculiares do caso, de vez que o exequente embargado integrava, na época da venda dos lotes, a imobiliária executada, tendo chegado inclusive a assinar alguns dos compromissos de venda. Uma vez que a execução ora em andamento resultava da ação de prestação de contas promovida por Antonio Ciardi contra Imobiliária São Lucas, vendedora dos lotes, da qual se retirou, e, levando-se em conta que o embargado, certamente, teve computado a seu crédito o lucro de tais transações, era inegável que os compromissos de venda terão de ser respeitados. Até porque o próprio Antonio Ciardi responde pelas obrigações assumidas pela empresa imobiliária, na medida do proveito auferido.

É certo que a penhora aqui impugnada foi lavrada e inscrita em 11 de março de 1982, enquanto que a escritura definitiva do imóvel só foi outorgada à embargante em 26 de fevereiro de 1982. Assim, à época da constrição a adquirente do lote só dispunha do «recibo de reserva de direito de compra» do imóvel, título esse que não seria oponível a terceiros.

Todavia, as circunstâncias particulares do caso, que estariam a vincular civilmente o embargado perante o cessionário, em face do negócio jurídico celebrado, afasta a orientação habitualmente seguida, determinando a exclusão da penhora que incidiu sobre o lote identificado na inicial.

Ora, uma vez que esse entendimento está solidificado por reiterados arestos prolatados em casos idênticos, outra não poderia ser a solução adotada» (fls. 56 a 57).

A decisão veio a ser confirmada pela Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, ao afastar a incidência da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, assim se pronunciou:

«Sucede, porém, que a hipótese vertente apresenta relevantes peculiaridades, de tal arte que se mostra iníqua a aplicação, pura e simples, daquele r. enunciado judicial, sob pena de cometimento de grave injustiça. É que o ora apelante foi gerente e procurador da Imobiliária São Lucas Ltda., durante alguns anos, que alcançaram, por sem dúvida, aquele durante o qual foi prometida a venda do lote da apelada. Ora, se o apelante falava e agia em nome da Imobiliária que acionou em Juízo, em ação de prestação de contas, seguida da noticiada penhora, inaceitável que o lote da apelada, incluído na constrição, pudesse sofrer tal gravame, seja com fulcro jurídico, seja com fulcro moral. Ora, na escritura pública interveio expressamente a Imobiliária, como outorgante, figurando José Raimundo como anuente. Nessas condições, representava o apelante, à época, a Imobiliária que vendeu o lote, de modo que vir ele a penhorar o mesmo lote, agora para benefício próprio, se mostra algo juridicamente desarrazoado. Não foi certamente para amparar situações como esta que a Corte Suprema firmou o Enunciado 621. Por outro lado, o invocado art. 20 do Código Civil não tem a força pretendida pelo apelante, à vista da responsabilidade solidária dos sócios nas sociedades mercantis da espécie. E a eficácia da medida construtiva tem por suporte essencial a fraude à execução, que o caso dos autos está muito longe de caracterizar. Ora, a posse da apelada é antiga, muito mais que a penhora, e, sobretudo, legítima, disso sabendo perfeitamente o apelante, seja como representante da Imobiliária, seja como pessoa física hoje interessada em apropriar-se do bem, inobstante a largueza do patrimônio penhorado, tudo indicando haver, ainda, a possibilidade de apreensão de outros bens da devedora e seus sócios» (fls. 84 e 85)

O recorrente interpôs recurso extraordinário alegando divergência com a Súmula 621 e dissídio jurisprudencial (fls. 87 a 97).

Pelo despacho de fls. 102 e 103 foi o recurso admitido.

Com as razões, de fls. 107 a 111 subiram os autos ao E. Supremo Tribunal Federal que, acatando parecer da Procuradoria-Geral da República, transformou o recurso extraordinário em recurso especial, determinando a sua remessa a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): As peculiaridades do presente caso afastam sobremaneira a aplicação da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, em face de circunstâncias particularíssimas.

O imóvel foi compromissado à venda em 29-8-75 e em 26-2-82 foi passada a escritura definitiva (cf. fls. 6 a 7), tendo a penhora sido realizada em 4-2-82, não se podendo falar em fraude à execução.

Neste particular, as decisões das instâncias ordinárias ao julgarem procedentes os embargos de terceiro se alinham na mesma orientação dos julgados desta Corte, consoante se infere dos seguintes precedentes: (REsp. 188, 247 e 226).

Ressalte-se, outrossim, que o ora recorrente, segundo o acórdão.

«(...) falava e agia em nome da imobiliária que acionou em Juízo, em ação de prestação de contas, seguida da noticiada penhora, inaceitável que o lote da apelada, incluído na constrição judicial, pudesse sofrer tal gravame, seja com fulcro jurídico, seja com fulcro moral.»

E prossegue:

(...) representava o apelante, à época, a imobiliária que vendeu o lote, de modo que vir ele a penhorar o mesmo lote, agora para benefício próprio, se mostra algo juridicamente desarrazoado. Não foi certamente para amparar situações como esta que a Corte Suprema firmou o Enunciado 621.» (Cfr. fl. 84).

No caso dos autos, não se poderia admitir a penhora do imóvel, compromissado pela imobiliária de que fazia parte o embargado e ao tempo em que pertencia à mesma, por cuja transmissão da posse foi responsável.

Nessa mesma diretriz é o RE 113.876, relatado pelo eminente Ministro Célio Borja.

Em face do exposto, conheço do recurso, porém lhe nego provimento.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Senhores Ministros, acompanho o Sr. Ministro Relator. De fato, verifico que a hipótese em tudo se assemelha àquela que fez objeto do Recurso Especial 188-PR e 247-SP, dos quais fui Relator para acórdão, julgados em 8-8-89, decisões ainda pendentes de publicações. Como esclarece o Sr. Ministro Relator, a r. decisão recorrida indica as circunstâncias de fato e de direito que aconselham afastar a observância do enunciado da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, na consonância dos nossos referidos precedentes, aos

quais me reporto, fazendo juntar cópia do voto que então proferi, para mais amplo esclarecimento do aresto.

ANEXO

Recurso Especial 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 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 terceiros 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 compromisso 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 a final, 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 mesmo 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, *constringe-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 exequente.

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 à 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 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 ocorrências 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 vejo 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 segs.); 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 segs.) e Orlando Gomes (Direitos Reais, 2ª ed., For., 1962, págs. 486 e segs.).

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 nº 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 Ro-

drigues Alckmin no RE 76.769-GB, há pouco referido e que, em parte, acaba 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 turbacão 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 nº 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 nº 58, de 1937 e Lei nº 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 julgamento com a Súmula 621 do Supremo Tribunal.

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator pelas suas razões. O caso concreto, a meu ver, está a demonstrar o acerto desta Turma ao adotar posicionamento contrário àquele consagrado no verbete nº 621 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. As circunstâncias fáticas do caso estão a demonstrar a iniquidade que seria a aplicação da referida súmula.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 698 — SP — (Reg. nº 89.0009978-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Antonio Ciardi. Recda.: Laurentina Lago Bonfim. Advs.: Drs. Paulo Campos Filho e outro e José Freire de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (4ª Turma — em 30-10-89).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 705 — PA

(Registro nº 89.0009985-0)

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

Recorrente: *Engelplan Engenharia e Planejamento Ltda.*

Recorrido: *Y. H. Huang*

Advs.: *Drs. Hugo Mósca e outros e Cândido Costa Neto*

EMENTA: Processo Civil. Recurso. Direito transitório. Modificação de ordem constitucional. Precedente.

Instalado em 7 de abril de 1989 o Superior Tribunal de Justiça, somente se interposto a partir dessa data o recurso não estará sujeito aos óbices jurisprudenciais que regiam o então recurso extraordinário, em face do art. 27, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A regular arguição de relevância da questão federal até aquela data evita a ocorrência da preclusão quanto à matéria nela suscitada.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, 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, 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: A recorrida ajuizou na Comarca de Marabá, PA, contra a Recorrente, «ação ordinária de rescisão de contrato, cumulada com indenização, perdas e danos e lucros cessantes», tendo sua pretensão sido acolhida na r. sentença, inacolhida reconvenção manifestada.

Alegara descumprimento da Ré na execução de obras relativas à construção de supermercado, quer pelos defeitos apresentados na obra, quer pelas modificações do projeto original, quer pela inobservância do prazo combinado.

O Tribunal de origem, em grau de apelação, também acolheu a responsabilidade da Ré na execução do contrato de empreitada, decotando da sentença a obrigação da ré por financiamento contraído pela Autora, assim como os lucros cessantes.

Fundando-se na alínea *a* do inciso III do art. 119 da Constituição anterior, em 28 de março de 1988 a Recorrente interpôs recurso extraordinário, sob alegação de que o v. acórdão, além de contrariar o art. 153, § 2º, da Carta pretérita, negou vigência aos artigos 920 do Código Civil e 365, III, do Código de Processo Civil.

Inadmitido em maio de 1988 o apelo extremo pela decisão de fls. 43/44, em agosto seguinte, sem qualquer provocação, a mesma Autoridade judicial houve por bem em reformar sua decisão e admitir o recurso, que, processado, chegou ao Supremo Tribunal Federal, relator o em. Ministro Sydney Sanches, de onde veio a este Superior Tribunal de Justiça para a apreciação da matéria infraconstitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Seguindo à orientação já firmada por esta Quarta Turma, a partir do Recurso

Especial nº 506, não conheço do apelo no que diz respeito à matéria infraconstitucional.

Com efeito, assentado ficou que, antes da instalação desta Corte, o que se deu em 7 de abril pp., o recurso extraordinário ficava sujeito não apenas à competência do Supremo Tribunal Federal, em decorrência da norma do § 1º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas também às restrições regimentais daquele augusto Pretório. A propósito, ementou-se:

«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.»

In casu, não argüida a relevância da questão federal, não apontada divergência com a súmula do Pretório Excelso e nem se ajustando a espécie aos incisos III a X do art. 325, RISTF, competindo o exame da matéria constitucional a outra Corte, não conheço do recurso especial, em que se converteu *ipso iure* o extraordinário no que tange à matéria infraconstitucional.

Aduzo que, consoante assinalado no relatório, o em. Presidente do Tribunal de origem reformulou sua decisão de inadmissibilidade, não constando dos autos qualquer elemento certificador de interposição de agravo a ensejar o reexame, salvo referência a «despacho agravado» na cópia de fl. 45, anexada aos autos sem qualquer formalidade. Deixo, no entanto, de examinar esse aspecto, porquanto estou a não conhecer do recurso pelo fundamento exposto supra.

Retornem os autos à Excelsa Corte, por força da decisão de fl. 87.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, o apelo extremo foi interposto em 28 de março de 1988, na vigência da ordem constitucional precedente. De maneira que era indispensável, no caso, o oferecimento da arguição de relevância e, uma vez não apresentada, ficaram preclusas as questões atinentes ao tema infraconstitucional. Daí por que também não conheço deste recurso especial.

VOTO

QUESTÃO DE ORDEM

O EXMO. SR. DR. HUGO MÓSCA (Advogado): O recurso interposto foi deferido com base na letra a, art. 119, III.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Tal circunstância em nada modifica a orientação por mim adotada.

De forma que mantenho o meu voto nos termos já mencionados.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Senhores Ministros, também eu, sem embargo dos diligentes esforços empregados nesta instância pelo D. Causídico, em nome da recorrente, não vejo como dissentir do entendimento que advém dos doutos votos que me antecederam, porquanto a admissibilidade de recurso de natureza extraordinária estava sujeita, na época de sua interposição, à observância das normas regimentais do Supremo Tribunal, para nada dizer quanto ao fato de o recurso ter sido inadmitido e de despacho de inadmissão de não ter havido agravo, porque, como salientou o Sr. Ministro Relator, seria esta razão redundante, para completar o quadro de inadmissão do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, nos termos da orientação remansosa desta Turma.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, agradeço a atenção do eminente Relator e acho que esta oportunidade dá-me o ensejo de renovar minha posição de que é inaplicável — por esta Corte — o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no que toca àqueles óbices estabelecidos no art. 325 da Lei Interna da Corte maior.

Permito-me reprisar o meu entendimento de que, em se tratando de matéria constitucional — pois que o é, já que transformado fora o recurso extraordinário em recurso especial, pelo próprio Supremo Tribunal Federal — não estaria o recurso especial subordinado aos óbices regimentais do Colendo Supremo Tribunal Federal. Isto porque o Direito Constitucional novo suplanta, por inteiro, o que o Direito Constitucional caduco autorizava, como a criação dos óbices regimentais do Supremo Tribunal Federal. Por várias vezes tenho me manifestado neste sentido. Lembro-me daquele Agravo Regimental n.º 72, no qual proferi um voto, em que abusei da paciência dos meus eminentes Colegas, expondo meu ponto de vista, no sentido de que,

cessada aquela competência sobejante, residual, do Supremo Tribunal, estabelecida no art. 27 do Ato das Disposições Transitórias, não caberia a este Tribunal aplicar mais o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Assim sendo e permanecendo neste entendimento, e como o voto do eminente Relator tem como único fundamento a restrição regimental, deixo de seguir o entendimento de S. Exa. para, em sendo este o único obstáculo apresentado ao conhecimento do recurso, dele conhecer.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 705 — BA — (Reg. nº 89.0009985-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recte.: Engeplan Engenharia e Planejamento Ltda. Recdo.: Y. H. Huang. Advs.: Drs. Hugo Mósca e outros e Cândido Costa Neto. Sustentação oral: Dr. Hugo Mósca, pela Recorrente.

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar (4ª Turma — 17-10-89).

Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 714 — RJ

(Registro nº 89.0009994-9)

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

Recorrente: *Antônio Alves de Vasconcellos*

Recorrido: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogados: *Drs. Dayse Martins Couto e Gustavo Cortes Barroso*

EMENTA: Acidente do trabalho. Prescrição. A prescrição da ação, relativamente a acidente de trabalho, conta-se a partir da apresentação do laudo pericial em juízo, que verifica a moléstia ou constata sua extensão. A interpretação, atenta à justiça material, se reforça quando se trata de enfermidade atípica.

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, nos termos do voto do Sr. Mi-

nistro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro MIGUEL FERRANTE, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Trata-se de recurso especial, originariamente recurso extraordinário, remetido pelo STF, interposto por Antônio Alves de Vasconcellos contra o INPS, objetivando a reforma do acórdão que, indo de encontro à sentença de 1º grau, negou-lhe a transformação da aposentadoria previdenciária em acidentária.

Acórdão recorrido (fls. 74/76). Entende que não está demonstrado o nexó causal entre a profissão e a doença do recorrente. Acolhida preliminar de prescrição.

Recurso Extraordinário (fls. 82/93). O recorrente afirma estar provado o nexó causal. Argumenta que o acórdão violou o inciso II do art. 18 da Lei nº 6.367/76, o inciso II do art. 352 do Decreto nº 83.080, e o art. 271, do mesmo diploma.

Parecer do Ministério Público, pelo conhecimento e provimento do recurso, «por dissídio do v. acórdão recorrido com a Súmula nº 230, a fim de que, afastada a prescrição, sejam os autos baixados ao eg. Tribunal *a quo*, para julgamento do restante do mérito».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Sr. Presidente, o Autor postulava a conversão da aposentadoria previdenciária em acidentária, no dia 1º de novembro de 1984.

Em 1º grau de jurisdição, obteve o acolhimento do pedido. A sentença, porém, reformada, ao fundamento de ocorrência da prescrição, julgado, por isso, extinto o processo (CPC, art. 269, IV).

O laudo pericial foi elaborado aos 23 de janeiro de 1985.

Este dado cronológico é importante.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de a prescrição fluir da data do laudo, cristalizada na Súmula 230, *verbis*:

«A prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade».

No Superior Tribunal de Justiça começa manifestação de sintoma de acolhimento a essa orientação. É exemplo o REsp nº 189, Relator o ilustre

Ministro Miguel Ferrante, julgado por esta 2ª Turma. À unanimidade seguiu aquela orientação.

Acredito pela fundamentação segura, estudo minucioso da evolução legislativa no Brasil e, particularmente, o sentido de justiça material que orienta as decisões relativas à infortunistica, esse acórdão será a referência maior no assunto. Confiro, como conferi, àquele julgamento, completa adesão. Acrescente-se uma particularidade. No caso dos autos, o Recorrente indica como causa da postulação — cardiopatia.

Essa moléstia não é típica. Possível, assim, o trabalhador não saber estar enfermo e só dar conta da relação de causalidade material, vários anos após.

Constituiria interpretação rigidamente formal qualquer outro entendimento. Ainda mais, o INPS, Recorrido, administrativamente, não reconheceu a postulação reclamada.

Dou provimento ao recurso, tanto pela alínea a como c do permissivo constitucional.

Retornem os autos para, afastada a prescrição, prosseguir o julgamento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 714 — RJ — (Reg. nº 89.0009994-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Antônio Alves de Vasconcellos. Recorrido: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advogados: Drs. Dayse Martins Couto e Gustavo Cortes Barroso.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (2ª Turma — Em 25-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Adhemar Maciel (Juiz do TRF, 1ª Região, convocado), Miguel Ferrante, Américo Luz e Ilmar Galvão.

Licenciado o Sr. Ministro Carlos Velloso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro MIGUEL FERRANTE.

RECURSO ESPECIAL Nº 762 — MG

(Registro nº 89.10085-8)

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

Recorrente: *Américo José de Sant'Anna Neto*

Recorrido: *Alice Magdalena Sant'Anna*

Advogados: *Drs. Aristóteles Dutra Araújo Atheniense e Segismundo Gontijo Soares*

EMENTA: Alimentos. Separação. Culpa recíproca.
São indevidos alimentos na ocorrência de culpa recíproca
(art. 19 da Lei nº 6.515/77).
Recurso 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 maioria, 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.

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Em ação de separação proposta pela mulher, o Juízo monocrático sentenciou por sua procedência parcial e improcedência da reconvenção manifestada pelo marido, para reconhecer a culpa deste face ao uso imoderado de bebidas alcoólicas, além da prática de ameaças e grosserias à família. Condenou-o a pagar 1/3 (um terço) de seus vencimentos líquidos, a título de alimentos.

Ao julgar a apelação do varão, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por votação majoritária, negou provimento ao recurso, porém, aos embargos infringentes do vencido foi, em parte, dado provimento, ainda por maioria, para julgar procedente a reconvenção, mantidos os alimentos estabelecidos em favor da autora embargada. A culpa desta resultou de injúria e ultraje à honorabilidade do recorrente, reconhecidos pelo Tribunal *a quo*.

Após rejeitados embargos declaratórios da mulher, ambos litigantes interpuuseram recursos extraordinários. Destes, admitido foi apenas o recurso de Américo José de Sant'Anna Neto; e quanto ao de Alice Magdalena de Sant'Anna, inadmitido, determinado foi o processamento da respectiva arguição de relevância. Inconformada, agravou a mulher.

Processado o extraordinário do marido, regularmente, e remetidos os autos a este Tribunal, foram os mesmos encaminhados à Subprocuradoria-Geral da República, que opinou porque não se conhecesse do extraordinário e, ainda, não se conhecesse do agravo da mulher ou se lhe negasse provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Alimentos. Separação. Culpa recíproca.

São indevidos alimentos na ocorrência de culpa recíproca (art. 19 da Lei nº 6.515/77).

Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Preliminarmente, esclareço estar em pauta apenas um recurso (extraordinário), no caso, o de Américo José de Sant'Anna Neto, sendo que o agravo, assim como a argüição de relevância, de interesse de Alice Magdalena de Sant'Anna, foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal e deles não se tem notícia nos autos.

Quanto à questão de mérito, sem dúvida, é conflitante a jurisprudência brasileira a respeito da prestação alimentar em face da culpa recíproca, diante do que dispõe o art. 19, da Lei nº 6.515, de 20-12-77.

Como salientou o eminente Ministro Octavio Gallotti em uma das mais recentes oportunidades que a Suprema Corte do País teve de enfrentar a controvérsia, existem duas vertentes jurisprudenciais no País: a paulista, conforme são exemplos os acórdãos referidos por Yussef Said Cahali no seu trabalho «A Lei do Divórcio na Jurisprudência dos Tribunais», São Paulo, RT 1984, pág. 85, e a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve uma de suas decisões, considerada de interpretação razoável pelo Supremo, no RE nº 91.741, relatada pelo Ministro Thompson Flores (RTJ 98/803).

O mencionado voto do Min. Gallotti proferido no RE nº 108.086-SP (RTJ 118/1132) teve a seguinte conclusão, acolhida unanimemente pela Primeira Turma daquela Corte:

«O dever da mútua assistência decorre originariamente da sociedade conjugal e, em caso de separação judicial não consensual (art. 5º, *caput* da Lei nº 6.515/77), só subsiste em favor do cônjuge necessitado, a quem não se possa irrogar a responsabilidade pela separação. A declaração de reciprocidade de culpas não caracteriza essa isenção de responsabilidade, denota a sua existência e exclui, para ambos os cônjuges, o direito da percepção de alimentos.»

Penso ser esta a melhor interpretação do art. 19. Com efeito, os alimentos pagos por um cônjuge ao outro, ou são resultantes de convenção, ou têm origem na culpa de um dos cônjuges, hipótese em que têm caráter indenizatório. Nenhum fundamento deve ser procurado nos arts. 396 e 398 do Código Civil, pois estes artigos disciplinam os alimentos decorrentes do *jus sanguinis*.

Assim, entendo que, em face de culpa recíproca, devidos não são alimentos, em nenhuma situação.

Diante do exposto, conheço do recurso por contrariedade ao art. 19 da Lei do Divórcio, e face à divergência, devidamente caracterizada, para dar provimento ao recurso especial, a fim de excluir a condenação do recorrente de prestar assistência alimentar à sua ex-mulher.

É como voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Nesta ação de separação judicial, o acórdão atacado, em grau de embargos infringentes, reconhecendo a culpa recíproca, manteve «os alimentos estabelecidos em favor da autora-embargada». Daí o recurso extraordinário de Américo José, convertido em recurso especial, com essa opinião, nesta Corte, da Subprocuradoria-Geral da República:

«8. Não há falar em violação do art. 19 da Lei nº 6.515/77. Este preceito legal não afasta a obrigação de prestar alimentos ao cônjuge que deles necessitar no caso de separação judicial por culpa recíproca. Limita-se a dizer que ‘o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar’. No caso de culpa recíproca, ambos os cônjuges são responsáveis pela separação, donde se conclui que o cônjuge que necessita de alimentos tem direito de recebê-los do outro cônjuge.

9. Não há falar também em discrepância jurisprudencial: o acórdão do STF trazido à colação para comprovar o dissídio não afirmou que, no caso de separação judicial por culpa recíproca, desaparece a obrigação de prestar alimentos, limitou-se a declarar razoável a interpretação nesse sentido do art. 19 da Lei nº 6.515/77. Os outros acórdãos não se prestam à comprovação do dissídio porque se limitou a recorrente a transcrever suas ementas.

10. Ocorresse o dissídio no caso, deveria prevalecer o entendimento do STF consubstanciado no acórdão que ficou resumido na seguinte ementa:...»

Peço vênia ao Sr. Relator para não conhecer do recurso, de acordo com o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, itens 8 e 9, acima.

Não creio que se possa cuidar de negativa de vigência do aludido art. 19, ao manter, o acórdão em causa, a pensão a favor da mulher (autora-embargada), embora tenha reconhecido a culpa recíproca. Não me parece que decisão desse porte choque com a norma sob exame, pois ela não exclui, da obrigação que encerra, a responsabilidade parcial pela separação. Quando não, em reforço, admite, dita decisão, e validamente, mais de uma interpretação. Aliás, tanto não passou despercebido ao Sr. Relator, e de S. Exa. tomo esse trecho de seu voto: «Quanto à questão de mérito, sem dúvida, é conflitante a jurisprudência brasileira a respeito da prestação alimentar em face da culpa recíproca, diante do que dispõe o art. 19, da Lei nº 6.515, de 20-12-77». Interpretação razoável — aqui em reforço —, se não

dava ensejo ao recurso extraordinário — e, quando interposto, o recurso foi exatamente o extraordinário —, há de não dar ao recurso especial, um irmão gêmeo do outro.

No que concerne ao dissídio, o acórdão do Supremo não serve, de facto, por ter entendido razoável determinada interpretação. Os três outros citados, afora não cumprido o preceito sobre a maneira de comprovar a divergência, dois deles fazem referência a preceito do Cód. Civil, pois anteriores à Lei nº 6.515, ao que parece, e o terceiro, pela resumida ementa citada, possui tese diversa, porquanto envolve culpa de um só dos cônjuges («... ficando a culpada sem direito a alimentos»).

Pelo que disse, não conheço do recurso, *data venia*.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Peço vênias ao eminente Ministro Nilson Naves para dissentir de S. Exa. Se os dois cônjuges foram considerados culpados pela separação, ambos são responsáveis por ela, não surgindo a obrigação alimentar de que cogita o art. 19 da Lei 6.515/77.

Acompanho o Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, entendo que o legislador, se o quisesse, poderia ter disposto sobre a duplicidade de culpa e a prestação ou não dos alimentos.

O art. 19 tenho-o como expresso e indene de interpretação duvidosa, porque diz:

«O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro alimento se dele necessitar.»

E quando essa responsabilidade pela separação é dupla, infere-se que os alimentos são indevidos.

Com essas razões, Sr. Presidente, peço vênias ao eminente Ministro Nilson Naves, e acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 762 — MG — (Reg. nº 89.10085-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Américo José de Sant'Anna Neto. Recorrido: Alice Magdalena Sant'Anna. Advogados: Drs. Aristóteles Dutra Araújo Atheniense e Segismundo Gontijo Soares.

Decisão: A turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 24-10-89 — 3ª Turma).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 829 — SP

(Registro nº 89.10238-9)

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

Recorrente: *Gelson Ginetti*

Recorridos: *José Geraldo de Moraes Sampaio e outros, Sidnei Cavagna, José Aparecido Castilho, Sebastião Marques Riceto e Vicente Sacilotto Netto*

Advogados: *Drs. Jessyr Bianco, Edisio Sobreira Gomes de Mattos e outros, Sidnei Cavagna, José Aparecido Castilho, Sebastião Marques Riceto e Vicente Sacilotto Netto*

EMENTA: Recurso Especial. Ação popular. Salários de vereador. Elevação. Honorários advocatícios. Isenção.

Ofensa à Lei Orgânica Municipal e a Regimento Interno de Câmara de Vereadores não enseja o recurso extremo, a teor do entendimento jurisprudencial consolidado da Súmula nº 280 do STF. Aplicação à espécie, no que pertine, da previsão contida nas Súmulas 282 e 356 daquela Alta Corte de Justiça, ante a constatação de não ter sido prequestionada, por embargos declaratórios, ofensa ao artigo 458 do Código de Processo Civil.

Improcedência do apelo extremo em face da interpretação do § 2º do artigo 2º da Lei Complementar nº 25, de 1975, na redação da Lei Complementar nº 38, de 1979.

Recurso conhecido e provido tão-somente para excluir a condenção ao pagamento de honorários advocatícios, pelo autor sucumbente, por incabíveis na ação popular.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro MIGUEL FERRANTE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Gelson Ginetti, nos autos da ação popular que promove contra José Geraldo de Moraes Sampaio e outros, não se conformando com a decisão prolatada pela

5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, interpõe recurso extraordinário, com fulcro no art. 119, item III, letras *a*, *c* e *d*, da Emenda Constitucional de 1969, alegando ofensa aos artigos 13, VI, 15, § 2º 33, *caput* e §§ 2º e 3º daquela Carta, além do art. 1º, parágrafo único, art. 2º, §§ 1º e 2º, 4º e 6º, da Lei Complementar nº 25, de 1975, e ainda aos arts. 458, do Código de Processo Civil, 20, parágrafo único da Lei Orgânica dos Municípios e 154, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Americana, São Paulo, além de dissídio jurisprudencial.

Aduz, em síntese, o recorrente: que, pela Resolução nº 92, de 1981, os vereadores do Município de Americana, Estado de São Paulo, legislando em causa própria, obtiveram benefícios consubstanciados, em resumo, na elevação de seus salários, calculados com base na remuneração dos deputados estaduais; que, acolhendo a ação popular promovida, o magistrado de primeiro grau, apoiado pelo Ministério Público, sentenciando, «decretou a nulidade da Resolução 92/81 e do Ato 2/80 da Mesa da Câmara Municipal, por entender o nobre magistrado que aquela deliberação se mostrava flagrantemente contrária a diversos textos legais»; que, entretanto, acolhendo recurso interposto pelos vencidos, «a 5ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça julgou a ação improcedente e condenou o autor no pagamento da verba honorária»; que o acórdão em discussão sustentou-se integralmente em parecer que «não abordou a questionada ilegalidade da Resolução 92/81» e, além do mais, «não examinou a matéria de fato, não deu os fundamentos jurídicos da decisão, não apreciou um dos pedidos expressos na inicial, não apreciou a deliberação legislativa em face de proibição constitucional e reportou-se à possibilidade de realização de duas sessões no mesmo dia, de que as partes nem sequer cogitaram», enquanto a retroatividade do reajuste, «objeto da inicial e da sentença», «não foi sequer abordada pelo Egrégio Tribunal, apesar de interposição dos embargos», como também ficou omissis o acórdão «no tocante às complementações mensais à ajuda de custo»; que, quanto à condenação do autor em honorários advocatícios, «sem qualquer argumento que o justificasse», tal decisão foi totalmente divergente da orientação adotada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, e pelas Câmaras Cíveis Reunidas do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo; que, «ante às ofensas seguidas à CF, à negativa de vigência da lei federal e à divergência jurisprudencial; e considerando, ainda, que o extraordinário é sempre de ser admitido, independente do valor da causa, por se tratar de ação constitucional», requereu o impetrante o deferimento do apelo extremo, para determinar o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

Não foi apresentada impugnação e, por despacho do 3º Vice-Presidente do TJSP, às fls. 470/472, foi deferido o processamento do extraordinário, manifestando-se o recorrente pelo prosseguimento da argüição de relevância.

As razões do recurso foram apresentadas, fora do prazo, à fl. 479, tendo os recorridos oferecido contra-razões às fls. 481/492, e também às fls. 494/499.

Manifestou-se o Ministério Público do Estado de São Paulo, às fls. 501/503, pelo provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral da República, às fls. 515-541, opinando pelo conhecimento e provimento, em parte, do extraordinário, tão-somente para excluir-se a condenação em honorários advocatícios.

À fl. 544, despacho do relator designado no Supremo Tribunal Federal, convertendo, quanto à matéria infraconstitucional, o recurso extraordinário em recurso especial, e determinando sua remessa a este Superior Tribunal de Justiça que, posteriormente, devolverá os autos àquela E. Corte, «a que competirá julgar a parte que permaneceu como recurso extraordinário».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO MIGUEL FERRANTE: Cuida-se de recurso extraordinário interposto com base no permissivo do art. 119, inciso III, letras *a*, *c* e *d*, da Emenda Constitucional de 1969, por ofensa aos artigos 13, VI, 15, § 2º, 33 *caput* e §§ 2º e 3º, da referenciada Carta Política; 1º, parágrafo único, 2º, §§ 1º, 2º, 4º e 6º da Lei Complementar nº 25, de 1975, na redação dada pela Lei Complementar nº 38/79; artigo 458 do Código de Processo Civil; 2º, parágrafo único da Lei Orgânica dos Municípios (Decreto-Lei Complementar Estadual nº 69, de 1969) e 154, do Regimento Interno da Câmara Municipal de Americana, São Paulo; e, ainda, sob fundamento de dissídio jurisprudencial, bem como de haver sido julgada válida a Resolução nº 92/81, da mencionada Câmara de Vereadores, contestada, em face das disposições constitucionais e legais citadas.

O apelo foi convertido em recurso especial, arrimado no princípio constitucional vigente do art. 105, item III, letras *a*, *b* e *c*.

As normas consideradas violadas são as seguintes:

Emenda Constitucional nº 1/1969:

«Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

.....

VI — a proibição de pagar a Deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias;

.....

Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

.....

§ 2º A remuneração dos Vereadores será fixada pelas respectivas Câmaras Municipais para a legislação seguinte, nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar.

.....

Art. 33. O subsídio, dividido em parte fixa e parte variável, e a ajuda de custo de Deputados e Senadores serão iguais e estabelecidos no fim de cada Legislatura para a subsequente.

§ 1º Por ajuda de custo entender-se-á a compensação de despesas com transporte e outras imprescindíveis para o comparecimento à sessão legislativa ordinária ou à sessão legislativa extraordinária convocada na forma do § 1º do artigo 29.

§ 2º O pagamento da ajuda de custo será feito em duas parcelas, somente podendo o congressista receber a segunda se houver comparecido a dois terços da sessão legislativa ordinária ou de sessão legislativa extraordinária.

§ 3º O pagamento da parte variável do subsídio corresponderá ao comparecimento efetivo do congressista e à participação nas votações.

§ 4º Serão remuneradas, até o máximo de oito por mês, as sessões extraordinárias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; pelo comparecimento a essas sessões e às do Congresso Nacional, será paga remuneração não excedente, por sessão, a um trinta avos da parte variável do subsídio mensal».

Lei Complementar nº 25, com a redação dada pela LC 38/79:

«Art. 1º As Câmaras Municipais fixarão os subsídios dos Vereadores no final da legislatura, para vigorar na subsequente, observados os critérios e limites determinados na presente Lei Complementar.

Parágrafo único. Na falta de fixação do subsídio a que se refere o *caput* deste artigo, poderá a Câmara Municipal eleita fixá-lo para a mesma legislatura, observados os critérios e limites estabelecidos nesta Lei, retroagindo a vigência do ato à data do início da legislatura.

Art. 2º O subsídio dividir-se-á em parte fixa e parte variável.

§ 1º A parte variável do subsídio não será inferior à fixa e corresponderá ao comparecimento efetivo do Vereador e à participação nas votações.

§ 2º Somente poderão ser remuneradas uma sessão por dia e, no máximo, quatro sessões extraordinárias por mês.

Art. 4º A remuneração dos vereadores não pode ultrapassar, no seu total, os seguintes limites em relação à dos Deputados à Assembléia Legislativa do respectivo Estado:

Art. 6º Poderão as Câmaras Municipais atualizar a remuneração dos Vereadores para a mesma legislatura quando ocorrer fixação ou reajustamento da remuneração dos Deputados dos respectivos Estados, observado o disposto no art. 4º».

Lei Complementar nº 38/79:

«Art. 4º Poderão as Câmaras Municipais, na legislatura em curso, atualizar a remuneração dos Vereadores, segundo os critérios da presente Lei».

As alegadas ofensas à Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo e ao Regimento Interno da Câmara Municipal de Americana não ensejam o recurso extremo, a teor do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, aplicam-se à espécie as Súmulas 282 e 356 daquela Alta Corte de Justiça, ante a constatação de não ter sido prequestionada, através de embargos declaratórios, a irrogada ofensa ao art. 458 do Código de Processo Civil.

O acórdão atacado é o seguinte:

«O Egrégio Tribunal de Contas do Estado, em parecer posterior ao ajuizamento desta ação, emitiu entendimento diverso e aprovou as contas do exercício de 1981 da Câmara Municipal de Americana (fl. 359).

Nenhuma, pois, a ilegalidade do Ato da Mesa de nº 02/80 e da Resolução nº 92/81 e nenhum também o prejuízo ao erário público, como bem evidenciou o Prof. Cretella Júnior, em seu parecer de fls. 173/200.

A remuneração dos vereadores foi admitida pela EC nº 04/75, obedecendo sua fixação aos critérios e limites estabelecidos pela Lei Complementar nº 25/75, cujo artigo 6º, alterado pela Lei Complementar nº 38/79, tem a seguinte redação: «Poderão as Câmaras Municipais atualizar a remuneração dos Vereadores para a mesma legislatura quando ocorrer fixação ou reajustamento da remuneração dos Deputados dos respectivos Estados, observado o disposto no art. 4º». A regra de permitir a atualização da remuneração na mesma legislatura foi mantida.

Esse artigo 4º da Lei Complementar nº 38/79 permite às «... Câmaras Municipais, na legislatura em curso, atualizar a remuneração dos Vereadores, segundo os critérios da presente lei».

Ante a clareza de tais preceitos, os critérios e limites são impositivos, não podendo as Câmaras Municipais adotarem critérios e limites outros.

Regular se entremostra a Resolução nº 92/81, da Câmara Municipal de Americana, que fixou a remuneração dos seus vereadores, adequando-a à legislação federal e alterando a faixa do percentual em razão do aumento da população do Município.

Em suma: segundo o substancioso parecer do Prof. Cretella Júnior, a Lei Complementar nº 25/75, alterada pela Lei Complementar nº 38/79, autoriza o pagamento de subsídios e ajuda de cus-

to dos vereadores, cujos valores devem ser calculados conforme determina o artigo 4º (e seus itens) da citada Lei Complementar nº 25/75 «proporcionalmente à população local e incidindo sobre a totalidade de benefícios paralelos, outorgados aos deputados estaduais qualquer que seja a especificação, na hipótese de ajuda de custo, ou de desdobramento que resolva a Assembléia Legislativa reconhecer» (cf. fls. 191/192). As despesas com o pagamento desses subsídios e ajuda de custo não podem ultrapassar a 3% do montante da arrecadação do ano anterior (Lei Complementar nº 38/79, artigo 7º). Legais, em conseqüência, os pagamentos efetuados aos vereadores, segundo esses critérios (cf. fl. 192).

Afirma, ainda, o renomado Prof. Cretella Júnior, ser absolutamente legal o desconto, na base de 1/30 avos do subsídio mensal, pela ausência do vereador a uma sessão da Câmara e incensurável o artigo 80 do seu Regimento Interno que permite a realização, num mesmo dia, de uma sessão ordinária e outra extraordinária (cf. fls. 198/199).

Do exposto, prejudicadas as preliminares, dá-se provimento aos recursos para julgar improcedente a ação, condenando o autor em custas e honorários estimados em 10% do valor da causa» (fls. 414/416).

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se no sentido do conhecimento e provimento parcial do recurso, apenas para excluir a condenação no pagamento da verba honorária. Seu bem-lançado parecer, da lavra da ilustre Procuradora da República, Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral, Dr. Mauro Leite Soares, após a exposição na espécie, assim enfrenta a questão:

«Assim posta a questão, percebe-se, então, que tanto a Egrégia Corte de Contas estadual, quanto o apelo último consideram inconstitucionais não a «Complementação Mensal à Ajuda de Custo» percebida pelos Recorridos, propriamente dita, mas, sim, sua *Base de Cálculo*, ou seja, a «Ajuda de Custo» paga aos Deputados Estaduais, este, sim, o verdadeiro alvo de sua indignação.

13. Os doutos Pareceres dos juristas Hely Lopes Meirelles e José Afonso da Silva, citados pela inconformação extraordinária (fls. 102/105), também se esteiam em tal premissa: porque consideraram indevida a percepção de «Ajuda de Custo» pelos Deputados Estaduais, e que têm como irregular o cálculo da remuneração de Vereadores que compute aquela parcela, na busca do montante que lhes há de ser pago.

14. Ocorre, que, em assim sendo, a imputada violação do art. 13, VI, da Constituição — «a proibição de pagar a Deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias» — certamente não se encontra neste tópico e, ademais, far-se-ia de forma puramente Reflexa, o que não enseja o conhecimento do Recurso Extraordinário.

15. O mesmo sucede, sem dúvida, com relação às demais disposições constitucionais que são tidas como vulneradas, sob essa argumentação, que não lhes pertine, pois, lembre-se, rezam:

«Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

.....
§ 2º A remuneração dos Vereadores será fixada pelas respectivas Câmaras Municipais para a legislação seguinte, nos limites e segundo critérios estabelecidos em lei complementar.
.....

Art. 33. O subsídio, dividido em parte fixa e parte variável, e a ajuda de custo de Deputados e Senadores serão iguais e estabelecidos ao fim de cada Legislatura para a subsequente.
.....

§ 2º O pagamento da ajuda de custo será feito em duas parcelas, somente podendo o congressista receber a segunda se houver comparecido a dois terços da sessão legislativa ordinária ou de sessão legislativa extraordinária.»

16. Revela-se, assim, insuscetível de conhecimento o apelo extraordinário, no aspecto examinado.

II — *Elevação do Percentual Para 25%*

17. Eis os argumentos da inconformação extraordinária:

«Proclamou a r. sentença, acolhendo a ação e ponderação do órgão do Ministério Público, que a atualização da remuneração do vereador, permitida pela LC 25/75, não pode confundir-se com a fixação dessa remuneração, que deve ser feita no final de cada legislatura, para vigorar na seguinte. Na legislatura em curso, os dias aumentaram a porcentagem dos ganhos sobre a remuneração dos deputados de 20 para 25%.

Ao contrário do que afirmou o v. acórdão, esses percentuais não são impositivos. O art. 4º, da LC 25 diz que a remuneração do vereador 'não pode ultrapassar, no seu total, os seguintes limites', aludindo à população. Se, em Americana, a porcentagem prevista na Resolução 87/75 era de 20%, não podiam os vereadores elevar esse percentual, por que isso importava em nova fixação e, deste modo, a vigência só se daria na legislatura seguinte, por força do que dispõem o art. 15, § 2º da CF e art. 1º da LC 25/75. Conforme o parecer de fl. 106, só em dois casos a LC admite essa modificação na legislatura em curso. Primeiro, na falta de fixação dos

subsídios, quando se inicia, no município, a primeira legislatura (art. 1º, § único); 2º, no caso do art. 6º, quando ocorre a fixação ou ajustamento da remuneração dos deputados. Não era o caso de Americana, em que resolução vigente fixava esse percentual em 20%. E a nova fixação somente seria admitida para a legislatura subsequente.

Admitindo essa alteração na legislatura em curso o v. acórdão afrontou o art. 15, § 2º e o art. 33, *caput* da CF e negou vigência ao art. 1º, da LC 25/75 e julgou válida lei local (a resolução 92, de 1981) contestada em face da Constituição.» (Fls. 445/446)

18. O que decidiu o E. Tribunal *a quo*, a propósito dessa matéria, está expresso na seguinte passagem do V. Acórdão recorrido:

«A remuneração dos vereadores foi admitida pela EC nº 4/75, obedecendo sua fixação aos critérios e limites estabelecidos pela Lei Complementar nº 25/75, cujo artigo 6º, alterado pela Lei Complementar nº 38/79, tem a seguinte redação: 'Poderão as Câmaras Municipais atualizar a remuneração dos Vereadores para a mesma legislatura quando ocorrer fixação ou reajustamento da remuneração dos Deputados dos respectivos Estados, observado o disposto no artigo 4º'. A regra de permitir a atualização da remuneração na mesma legislatura foi mantida.

Esse artigo 4º da Lei Complementar nº 38/79 permite às '... Câmaras Municipais, na legislatura em curso, atualizar a remuneração dos Vereadores, segundo os critérios da presente lei'.

Ante a clareza de tais preceitos, os critérios e limites são impositivos, não podendo as Câmaras Municipais adotarem critérios e limites outros.

Regular se entremostra a Resolução nº 92/81, da Câmara Municipal de Americana, que fixou a remuneração dos seus vereadores, adequando-a à legislação federal e alterando a faixa do percentual em razão do aumento da população do Município.» (Fls. 414/415)

19. A inconformação extraordinária, neste capítulo, portanto, para demonstrar a inaplicabilidade, à espécie, dos artigos 4º e 6º da Lei Complementar nº 38, de 1979, nos quais se arrimou a Colenda Corte de origem, a fim de admitir que a atualização da remuneração dos Vereadores se fizesse para vigorar na mesma legislatura, assevera:

«Conforme o parecer de fl. 106, só em dois casos a LC admite essa modificação na legislatura em curso. Primeiro, na falta de fixação dos subsídios, quando se inicia, no município,

a primeira legislatura (art. 1º, parágrafo único); 2º, no caso do art. 6º, quando ocorre a fixação ou ajustamento da remuneração dos Deputados. *Não era o caso de Americana, e, que resolução vigente fixava esse percentual em 20%*. E a nova fixação somente seria admitida para a legislatura subsequente. Admitindo essa alteração na legislatura em curso o v. acórdão afrontou o art. 15, § 2º e o art. 33, *caput* da CF e negou vigência ao art. 1º, da LC 25/75 e julgou válida lei local (a resolução 92, de 1981) contestada em face da Constituição.» (Fls. 445/446, grifamos).

20. Ora, saber se a Resolução nº 92/81, da Câmara Municipal de Americana, alterou a faixa do percentual da remuneração dos Vereadores «em razão do aumento da população do Município», como deixou assentado o E. Tribunal *a quo*, ou se, ao contrário. «Não era o caso de Americana», como querem os Recorrentes, constitui questão dirimível unicamente com o revólver da prova, operação estranha à instância extraordinária, a teor da Súmula nº 279.

21. Ademais, para se dar pela violação dos artigos 15, § 2º, e 33, *caput*, da Constituição, assim como do art. 1º da Lei Complementar nº 25, de 1975, nos termos em que a afirmam os Recorrentes, necessário seria que se tivessem por inconstitucionais os artigos 4º e 6º da Lei Complementar nº 38, de 1979 — que admitem a atualização da remuneração na mesma legislatura e nos quais se apoiou o V. Acórdão recorrido —, arguição jamais feita pelo apelo extremo.

22. Afigura-se improcedente, deste modo, a imputação ora analisada.

III — *Descontos Por Faltas a Sessões*

23. Prossegue o recurso último:

«A r. sentença decretou a nulidade da resolução porque, alterando o desconto por ausência às sessões, os vereadores infringiam, a um só tempo, o § 1º, do art. 2º, da LC 25/75 e o art. 15, § 2º, da CF. A prova de que a nova modalidade importou em majoração da remuneração está nos documentos de fl. 36 dos autos e fl. 24 do apenso. De resto reconhecido pela r. sentença e pelo parecer do M. Público.

A Egrégia Câmara, reformando essa decisão, reportou-se uma vez mais ao parecer ‘do renomado prof. Cretela Júnior’ que afirmara ‘ser absolutamente legal o desconto, na base de 1/30 avos do subsídio mensal, pela ausência do vereador a uma sessão da Câmara’. O douto professor, por sua vez, entende que o desconto na base de 1/30 é regular (não chega ao

cúmulo de afirmar que é legal), porque o vereador 'está à disposição da Câmara durante todo o mês' e o trabalho mais importante é o que antecede a sessão, reservado ao preparo dos assuntos constantes da pauta' (fl. 193) — mesmo que depois não compareça...

O v. acórdão quer distinguir onde a lei não distingue e ter por implícito aquilo que nela está expresso. Estabelece, com efeito, o art. 2º, § 1º, da LC 25/75:

'A parte variável de remuneração não será inferior à fixa e corresponderá ao *comparecimento* efetivo do vereador e à *participação nas votações*'.

Era assim que dispunha a resolução 87/75, revogada pelo objeto desta ação popular (fls. 15/16).

Não há por que recorrer a motivos ou razões, diante do termo claro da lei. Como disse o dr. Promotor de Justiça.

'Se o vereador faltasse a todas as sessões, em número de 4, seriam descontados apenas 4/30 e receberia 26/30 da parte variável e mais a parte fixa. Por via transversa resultaria aumentada a parte fixa, em clara afronta ao § 1º, do art. 2º, da LC 25/75, (cf. parecer de fl. 319).

O Procurador da Justiça, por sua vez, acolhendo essa argumentação pertinente, considerou que havia,

'na resolução 92/81, a descaracterização da parte variável da remuneração, pela minimização do desconto por falta às sessões e, bem assim, a insólita elevação do percentual em meio a legislatura'. (cf. parecer de fl. 407).

Finalmente a própria CF, no seu art. 33, § 3º, preceitua, de modo claro, que o pagamento da parte variável do subsídio,

'corresponderá ao comparecimento efetivo do congressista e à participação nas votações'.

A lesão ao erário está comprovada pelos documentos de fl. 36 e na fl. 24 do apenso. Dois vereadores acusaram uma falta e sofreram o desconto de apenas Cr\$ 540,50 (Cr\$ 16.215,00-15.674,50). Se tivessem faltado a todas as sessões sofreriam um desconto de apenas Cr\$ 2.162,00; a parte fixa passaria, então, a ser de Cr\$ 22.612,66 e a variável de apenas Cr\$ 2.162,00, em frontal violação do que dispõem a resolução nº 87/75 e a LC 25/75 e a própria Constituição Estadual (art. 15, § 1º).» (Fls. 446/448)

24. O V. Acórdão impugnado, por sua vez, deu a seguinte solução à espécie, sob esse ângulo:

«Afirma, ainda, o renomado Prof. Cretella Júnior, *ser absolutamente legal o desconto, na base de 1/30 do subsídio mensal, pela ausência do vereador a uma sessão da Câmara e incensurável o artigo 80 do seu Regimento Interno que pertine a realização, num mesmo dia, de uma sessão ordinária e outra extraordinária (cf. fls. 198/199).*» (Fl. 416, grifamos).

25. O douto Parecer, no qual se louvou a Colenda Corte estadual, assim se expressa:

«O desconto, na base de um trinta avos, não somente é legal, como também é justo, do ponto de vista lógico. Se o vereador está trinta dias à disposição da Câmara Municipal, desempenhando inúmeras atividades 'que não aparecem', mas que são fundamentais para o exercício da vereança, podendo ser convocado a qualquer momento, por que agravá-lo pecuniariamente com pesado desconto de 1/4 da remuneração, pela falta a uma das sessões, quando 29 dias trabalhou pelo Município?» (fls. 198/199)

26. Certamente que há logicidade em tal raciocínio, mas, mais do que isso, ressalta a improcedência da alegação, diante da constatação de que, se ilógico fosse, de qualquer sorte nem por esse motivo haveriam sido diretamente ofendidos os artigos 15, § 2º, e 33, § 3º, da Constituição Federal, 15, § 1º, da Constituição do Estado, e 2º, § 1º, da Lei Complementar nº 25, de 1975, porque eis aludidas disposições não encerram, em si, proibição a que o desconto por faltas se faça à base de 1/30 da remuneração mensal devida.

27. Com efeito, conquanto os dispositivos em causa efetivamente se dediquem a estabelecer parâmetros a serem obedecidos, na remuneração do parlamentar, não chegam, em momento algum, a disciplinar a matéria referente ao desconto decorrente da falta de comparecimento às sessões.

28. E, diante dessa lacuna, mostra-se razoável a interpretação do art. 2º, § 1º, da Lei Complementar nº 25, de 1975, que admite a possibilidade de «comparecimento efetivo» em todos os dias do mês e, por isso, a cada falta retira da remuneração total a fração do mês correspondente.

29. Parecem, assim, improcedentes as alegações relativas a ofensa à Constituição e negativa de vigência de lei federal, na parte sob exame.

IV — Remuneração das Sessões Extraordinárias

30. Eis as razões do recurso derradeiro, nesse tópico:

«O MM. Juiz entendeu que a resolução, nesse ponto, era igualmente nula, porquanto implicava, também, em aumento

do subsídio na legislatura em curso, além de não admitir a lei a remuneração de mais de uma sessão no mesmo dia.

O sucinto acórdão limitou-se a afirmar, fugindo ao pedido e ao debate da causa, que era incensurável o art. 80 do Regimento Interno da Câmara,

‘que permite a realização, num mesmo dia, de uma sessão ordinária e outra extraordinária’ (fls. 198/199).

Como o v. acórdão é um interminável retorno ao parecer do prof. Cretella Júnior, necessário é examinar seus argumentos, que levaram à revogação da sentença dela, instância. Afirma o parecer que não devemos distinguir onde a lei não distingue. Se o Regimento permite duas sessões no mesmo dia, uma ordinária, outra extraordinária, ‘é absolutamente legal que ambas sejam remuneradas, a primeira ordinária, a segunda extraordinária’ (fls. 199/200).

Antes, essas sessões extras, convocadas logo após o término da ordinária, que duram alguns minutos (fl. 241), não eram remuneradas, como se pode verificar pelos documentos de fls. 3/21 do apenso. Só passaram a sê-lo a partir de março de 1981 (fls. 22 e seguintes do apenso), em razão da aprovação da resolução 92/81, que as previu no corpo do art. 1º, § 2º, letra *d* da resolução (fl. 32). Tais vantagens adicionais, criadas no curso da legislatura, violaram a proibição contida no art. 15, § 2º e 33 da Constituição Federal.» (Fls. 448/449)

31. O V. Acórdão recorrido, por seu turno, assim decidiu a *questio juris*:

«Afirma, ainda, o renomado Prof. Cretella Júnior, ser absolutamente legal o desconto, na base de 1/30 avos do subsídio mensal, pela ausência do vereador a uma sessão da Câmara e *incensurável o artigo 80 do seu Regimento Interno que permite a realização, num mesmo dia, de uma sessão ordinária e outra extraordinária (cf. fls. 198/199).*» (Fl. 416, grifamos)

«‘Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus’ — onde a lei não distingue, nós não devemos distinguir. O Regimento Interno da Câmara Municipal de Americana, art. 80, em vigor desde 1968, é incensurável, agasalhando regra que permite, no mesmo dia, a realização de duas sessões, uma ordinária, outra extraordinária. Se as duas Leis Complementares que regem o assunto (a de n.º 25 e a de n.º 38), no art. 2º, § 2º, falam em ‘quatro sessões extraordinárias *por mês*’ e, *por mês*, significa ‘distribuição das quatro sessões pelos trinta dias do mês’ —, nada mais impede que a distribuição coincida com o dia da sessão ordinária, pelo que é absolutamente legal

que, no mesmo dia, conforme o que dispõe a respectiva Lei Complementar Federal, sejam realizadas duas sessões, ambas remuneradas, a primeira ordinária, a segunda extraordinária.» (Fls. 199/200, grifos do original)

33. O cerne da questão está, portanto, na interpretação a ser conferida ao § 2º do art. 2º da Lei Complementar nº 25, de 1975, na redação da Lei Complementar nº 38, de 1979, que reza:

«§ 2º Somente poderão ser remuneradas uma sessão por dia e, no máximo, quatro sessões extraordinárias por mês.»

34. Tem-se, então, que a Lei Complementar nº 25, de 1975, estabeleceu, nessa disposição, as regras, segundo as quais, só podem ser remuneradas:

a) uma sessão *por dia*;

b) quatro sessões extraordinárias *por mês*.

35. A divergência está lavrada em que, enquanto o E. Tribunal *a quo* entende estar o limite diário englobando, cada uma *de per si*, as sessões ordinárias e extraordinárias — à falta de distinção, pela lei —, já os Recorrentes pensam que, exatamente em função dessa ausência de especificação, não é possível fazer cumular, num só dia, o pagamento por sessões ordinárias e extraordinárias.

36. Isto posto, cumpre considerar que a norma objeto de exegese, como está redigida, faz entender que, quando pretendeu referir-se exclusivamente a uma única modalidade de sessão — as extraordinárias —, fê-lo *expressamente*. É razoável deduzir, em consequência, que, se pretendesse também aplicar-se, em sua primeira parte, a uma só das duas modalidades de sessões, havê-lo-ia feito explicitando aquela à qual se destinava.

37. Não estando explicitado, então, que a regra de remuneração de uma sessão por dia se restringe ou às ordinárias ou às extraordinárias, é de se aceitar, portanto, que alude a ambas as sessões.

38. A consequência a extrair dessa ilação, todavia, não há de ser aquela pretendida pelos Recorrentes, mas, sim, a encontrada pelo V. aresto recorrido.

39. E que, se «somente poderá ser remunerada uma sessão» — ordinária ou extraordinária — «por dia», quer isso dizer, parece, que não há impedimento a que se realizem, em um mesmo dia, sessão ordinária e sessão extraordinária, desde que ocorra apenas uma de cada modalidade, cada qual separadamente remunerada.

40. Tenha-se em conta que este raciocínio se afigura o mais lógico, em razão de ser o único que propicia a realização da sessão

extraordinária em condições condizentes com sua natureza de excepcionalidade.

41. Isto porque, a não se entender assim, ter-se-ia que a sessão extraordinária — que, intrinsecamente, deve ocorrer apenas quando razões imprevisíveis a exigirem — só se poderia efetivar em datas prefixadas, não coincidentes com aquelas destinadas às sessões ordinárias, o que tenderia a praticamente impossibilitar sua convocação — a despeito de se fazer necessária —, especialmente em Municípios que exijam a realização de grande número de sessões ordinárias, durante o mês, não se dando margem à convocação extraordinária.

42. Este certamente não foi o escopo do legislador, que, como é notório, pretendeu tão-somente evitar que, por subterfúgios regimentais, fossem convocadas, para um só dia, várias sessões ordinárias e várias sessões extraordinárias, com o mero intuito de aumentar os subsídios parlamentares.

43. Parece, assim, improcedente a imputação do apelo extremo, também sob o ângulo aqui examinado.

V — *Retroatividade do Reajuste*

44. Sob a alínea *a* da autorização constitucional, argumenta o Recorrente:

«declarou o autor, na inicial (letra *d*, do item 2.1), que os vereadores fizeram retroagir os efeitos da Res. a 1º-1-80, obrigando à abertura de créditos suplementares para pagamento de vantagens no mesmo e no anterior exercício. (Fls. 8 e 21/24 do apenso). O efeito retroativo estava em desacordo com a própria resolução 92/81, que dispunha, no seu art. 1º, que a remuneração do vereador 'será, a partir de 1º-9-80, igual a 25% da remuneração devida'. Se dispunham para o futuro, embora deliberando em março de 1981, não poderiam atribuir-se vantagens atrasadas, que somaram, para cada dia, a significativa soma, àquele tempo, de Cr\$ 151.637,00 (cf. fls. 8, 250 e 21/24 do apenso).

Esse ponto importante, objeto da inicial e da sentença, não foi sequer abordado pelo Egrégio Tribunal, apesar da interposição dos embargos. É que os réus não formularam, ao prof. Cretella Júnior, pergunta nesse sentido. E como esse pedido expresso da inicial não foi examinado pelo professor contratado pelos réus a Egrégia Câmara não se deu ao trabalho de examiná-lo, apesar da exigência contida no art. 458, I e II do Código de Proc. Civil.

Esse ponto foi abordado pela *r.* sentença (fl. 330):

‘Se a remuneração só pode ser fixada para viger na legislatura seguinte, é evidente a ilegalidade de uma ‘re-fixação’ retroativa, com o objetivo de obter diferenças relativas aos meses anteriores do mesmo exercício e também do ano anterior’.

O Tribunal de Contas ordenara, em instruções, a devolução dos valores recebidos (fl. 250).

Os vereadores votaram em causa própria, ferindo, igualmente, o art. 154 do Regimento Interno (fl. 42) e criaram vantagens que não estavam previstas na resolução anterior, que vigorou até 16 de março de 1981 (15 e 32). Legislando para o passado, a fim de obter vantagens pecuniárias, os vereadores malferiram, a um só tempo, os arts. 15, § 2º e 33 da CF.; o art. 1º, da LC 25/75; o art. 20, § único, da Lei Orgânica dos Municípios (dec.-lei complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969, ainda em vigor), que dispõe que os ‘subsídios serão fixados mediante resolução, no final de cada legislatura, para vigorar na seguinte’; e o art. 154, do Regimento Interno (fl. 42), que proíbe o vereador de votar em assuntos de seu interesse. E não há falar que o preceito do Regimento não deve ser considerado, por tratar de matéria *interna corporis*, porque a ação popular ‘leva a excluir a hipótese de matéria *interna corporis*, para admitir um amplo exame da constitucionalidade do ato praticado pela Edilidade, não bastasse dar a lei 4.117, à ação popular, certa amplitude destinando-a especificamente à anulação de atos lesivos ao patrimônio dos municípios’ (Ac. inserto na RT. 433/105).» (Fls. 450/451)

45. E, à luz da alínea *d*, produz as seguintes considerações, no mesmo tópico:

«Por outro lado, o v. acórdão recorrido, admitindo alterações no critério de cálculo dos subsídios e percepção de atrasados no curso da legislatura e condenando o autor no pagamento de honorários advocatícios dissentiu, igualmente, da jurisprudência de nossos Tribunais.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, examinando hipótese praticamente idêntica, em que os vereadores de Santos aumentaram, na legislatura em curso, os próprios subsídios, acentuou que as decisões de primeira instância

‘concluíram que deixou de ser observado o princípio constitucional, amplo e moralizador, de que a ajuda de custo e os subsídios serão fixados no fim de cada legislatura’, entendendo, com Sampaio Doria (Com. à Constituição de 1946, 2º, pág. 251), que

‘o escopo do dispositivo legal é o de evitar que os legis-

ladores fixem a si mesmos remunerações'. (RT 425/14/5.» (Fls. 451/452).

46. O v. acórdão recorrido teve como certo — em passagem que resistiu às críticas formuladas, como já exposto — que o reajuste da remuneração dos Recorridos foi feito nos termos e com obediência dos artigos 4º e 6º da Lei Complementar nº 38, de 1979, que permitia se fizesse tal atualização «para a mesma legislatura».

47. Essa autorização legal — que excepciona a regra geral consagrada pelo art. 33 da Constituição, atinente à vigência na legislatura seguinte e cuja constitucionalidade não é posta em dúvida, nestes autos — faz juridicamente possível a retroação do reajuste ao início da legislatura.

48. É que, ao usar a ampla expressão «para a mesma legislatura», sem fixar outro termo *a quo* para a vigência do reajuste permitido, inequivocamente facultou o art. 6º da Lei Complementar nº 25, de 1975, na redação introduzida pela Lei Complementar nº 38, de 1979, que a atualização se fizesse desde o início da legislatura.

49. Robustece-se tal conclusão, quando se constata que, no outro único caso em que a Lei Complementar nº 25, de 1975, admitiu a fixação «para a mesma legislatura» (parágrafo único do art. 1º), expressamente fez constar que, nessa hipótese, estaria

«... retroagindo a vigência do ato à data do início da legislatura.»

50. À falta de determinação em sentido contrário e tratando, o caso do art. 6º, também de fixação de remuneração «para a mesma legislatura», parece não haver argumentos racionais a exigir que se confira outro tratamento à vigência da fixação de subsídios, que não aquele prescrito pelo parágrafo único do art. 1º.

51. Afiguram-se, assim, im procedentes as imputações assacadas neste tópico, à luz da alínea a do permissivo constitucional.

52. Sob o prisma da alínea d, melhor não deverá ser a sorte da irresignação derradeira, visto como, *in hoc casu*, não se afasta a argüição em função de se tratar de matéria *interna corporis*, como sucedeu no aresto colacionado, que, por isso, não se presta à comparação.

VI — Condenação em Honorários Advocatícios

53. Trata-se de argüição manifestada exclusivamente sob a proteção da alínea d da permissão constitucional, nos seguintes termos:

«No tocante à condenação do autor em honorários, sem qualquer argumento que o justificasse, a decisão divergiu da orientação segura do Colendo Supremo Tribunal Federal,

além da manifestada pelas Câmaras Cíveis Reunidas do próprio Tribunal de Justiça (RT 522/110).

‘Honorários de advogado. Descabimento da verba se vencido o autor. Dado que ação popular, por sua natureza específica, inclusive quanto às custas, despesas e honorários, foi regulada pela Lei nº 4.717/65; não cabe a condenação do autor a honorários se vencido, tanto mais quanto esse diploma é posterior à Lei nº 4.632/65. Vencido na ação popular o autor pagará custas simples, salvo em caso de lide temerária, quando deverá ser condenado em custas em décuplo. Lei nº 4.717, arts. 12, 13 e 22 comb. com o art. 1º do CPC, (RE 70.679, RJ *in* RT 485/228.

Na ação popular tanto pelo silêncio da lei específica, quanto pelo alto interesse público e social que a caracteriza, como direito e dever do cidadão, não cabe a condenação do autor a honorários, em caso de sucumbência. (RE 85.956, 1ª T. *in* RT 525/243. RTJ do STF, 73/913.

‘No meu entender, se o STF excluiu tais honorários no mandado de segurança, em que o particular defende direito individual e privado, seu, com mais razão devem ser repelidos numa ação em que o cidadão e eleitor apenas pugna pelo interesse da coletividade, colaborando na probidade da administração e na fiscalização do patrimônio público’. RE 70.679, RJ *in* RTJ do STF, 57/878.

Idênticas decisões foram adotadas nos RE 60.722, 70.013, 78.831 e 81.054, insertos na RTJ do STF 47/742, 67/134, 73/813 e 78.540.» (Fls. 452/453)

54. Proceda a inconformação extraordinária, sob este ângulo.

55. Efetivamente, a jurisprudência dominante e atual dessa Suprema Corte propende pelo entendimento de que, em Ação Popular — caso destes autos — não é cabível a condenação do Autor sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios. Os arestos cotejados constituem mero exemplo de tal pensamento (fls. 524/540).

Por concordar por inteiro com esse parecer, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, conheço e provejo em parte o recurso, tão-somente para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 829 — SP — (Reg. nº 89.10238-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Miguel Ferrante. Recte.: Gelson Ginetti. Reccdos.: José Geraldo de Moraes Sampaio e outros, Sidnei Cavagna, José Aparecido Castilho, Sebas-

tião Marques Riceto e Vicente Sacilotto Netto. Advs.: Drs. Jessyr Bianco, Edisio Sobreira Gomes de Matos e outros, Sidnei Cavagna, José Aparecido Castilho, Sebastião Marques Riceto e Vicente Sacilotto Netto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 29-11-89 — 1ª Seção).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 861 — SP

(Registro nº 89.10330-0)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Francisco Carrara e outros*

Advogados: *Drs. Maurício Kato e Sócrates Homem de Mello*

EMENTA: Recurso especial. Não conhecimento. Inexistência de afronta a norma infraconstitucional

1. Não há ferimento aos arts. 128, 604, 605 e 610 do CPC, a adoção da técnica de, no cálculo elaborado para liquidação de sentença, se indicar ao lado do valor apurado o número de ORTNs, OTNs ou BTNs.

2. O inadmissível é que seja determinado o pagamento, por ocasião da expedição do precatório, por outra moeda que não seja a legalmente em curso.

3. Os precatórios devem traduzir uma importância líquida e certa, em moeda nacional, a ser incluída no orçamento, atualizando-se monetariamente, apenas, em 1º de julho, conforme o art. 100, parágrafo 1º da CF.

4. Recurso especial 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 unanimidade, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: Trata-se de recurso especial desdobrado do recurso extraordinário, que versa a questão da estipulação do pagamento do precatório em ORTNs.

A recorrente, ao argumentar infringência a norma infraconstitucional, afirma à fl. 277.

«Como conseqüência, a decisão, objeto do presente recurso extraordinário, igualmente entrou em testilhas com o *artigo 730 do Código de Processo Civil*, porque este somente concebeu execução por quantia certa e execução que se instaura com o fito de obter OTNs (variáveis no tempo) e não em importância determinada em cruzados, tem valor de execução de quantia *incerta*, que não foi prevista e nem disciplinada pelo legislador.

Por outro lado, o V. Aresto hostilizado vulnerou também o *artigo 604 do Estatuto Processual Civil*, posto que, na realidade, estará sendo feita uma liquidação que, afinal, nada liquida, uma vez que, instaurada a execução com escopo de obter OTNs, ter-se-á, no dia do pagamento, de fazer nova liquidação, sem forma nem figura de juízo: as OTNs terão que ser convertidas em cruzados e os juros, que teriam que ser objeto de liquidação por cálculo do contador (*artigo 604, I, do CPC*), também terão de ser calculados, não mais pelo contador, como manda a lei, mas pela executada, criando-se, assim, uma execução por quantia *ilíquida*, não prevista e nem disciplinada pelo legislador.»

Não houve contra-razões.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

À fl. 291, o eminente Ministro Octávio Gallotti despachou o extraordinário, convertendo-o em recurso especial, quanto à matéria legal e em recurso extraordinário próprio, quanto à matéria constitucional.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A decisão recorrida foi posta nestes termos — fl. 256:

«O art. 34, do Decreto-Lei nº 2.283, de 27-2-86, era expresso em determinar, na sua parte final, a conversão de cruzados em OTN.

O art. 33, do Decreto-Lei nº 2.284, de 10-3-86, só faz referência à conversão de cruzeiros em cruzados, nada dizendo sobre a posterior conversão em OTN.

Contudo, a omissão do legislador, neste último dispositivo, quanto à conversão de cruzados em OTN, não significa que tal pro-

cedimento esteja vedado ao Poder Judiciário, se este entender que tal conversão se impõe, sem ofensa ao art. 117, da Constituição da República, em face da inflação que corrói o poder aquisitivo da moeda legal (a omissão do novo texto só significa que não há previsão legal expressa para a conversão que a natureza das coisas determina, principalmente agora quando superado negativamente o impacto do cruzado, com a volta da indexação à economia brasileira).

A orientação em sentido contrário que poderia justificar-se no período de euforia do Plano Cruzado já não se justifica mais.»

A matéria infraconstitucional colocada a exame se circunscreve aos artigos 604 e 730, do CPC, o que, no meu entender, a decisão recorrida está de acordo com esses preceitos.

O precedente trazido pelo Ministério Público Federal não aceita a liquidação de sentença em OTNs, que, aliás, adiro a esse entendimento, mas no caso dos autos a questão é de mera conversão do valor da condução em OTNs, hoje BTNs, e que as exigências do pagamento serão sempre feitas em moeda corrente do País.

Os precedentes da Turma se firmaram nessa linha de mera conversão e não na exigência do pagamento em valor variável.

Pelo exposto, não conheço do recurso e determino a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 861 — SP — (Reg. nº 89.10330-0) — Relator: o Exmo. Sr. Ministro José Delgado. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorridos: Francisco Carrara e outros. Advogados: Drs. Maurício Kato e Sócrates Homem de Mello.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (em 22-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.

RECURSO ESPECIAL Nº 870 — RS

(Registro nº 89.0010382-2)

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

Recorrentes: *João Francisco Koehler e outros*

Recorrida: *Selma Bertha Koehler*

Advogados: *Drs. Wilson Barufaldi e outros e Afonso Koehler*

EMENTA: Processual Civil. Recurso especial. Ação anulatória de escritura pública de doação. Caracterização de doação remuneratória. Correta aplicação do direito. Dissídio jurisprudencial não confirmado. Recurso com apoio na letra c do item III do art. 105 da Constituição Federal não conhecido.

I — Inocorrente o dissídio jurisprudencial, eis que os arestos trazidos à colação não guardam similitudes com o acórdão recorrido.

II — Admissível a liberalidade como natureza compensatória consubstanciada na doação remuneratória.

III — O acórdão recorrido deu à causa correta aplicação do direito.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à 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, 24 de outubro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de ação anulatória proposta por João Francisco Koehler e outros contra Selma Bertha Koehler, objetivando a anulação da escritura pública de doação nº 3816, lavrada no Tabelionato de Tapera (RS).

A sentença de fl. 221 atendeu ao pedido dos autores nestes termos:

«Pelo exposto, com fundamento nos arts. 145, inc. IV, e 1.176, ambos do Código Civil, combinados com os demais dispositivos legais supramencionados, julgo procedentes os pedidos, para declarar, na doação feita pela Escritura nº 3.816, do Tabelionato de Tapera, trazida à fl. 6, a nulidade integral da transmissão da parte relativa ao doador Carlos Francisco Koehler, e a nulidade da parte excedente à parcela disponível da doadora Maria Amális Koehler, perfazendo o total da doação nula a 75% da área transmitida, ou o equivalente a 357.781,5m².»

À unanimidade, a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento à apelação, reformou a decisão do juízo

monocrático, afastou a tese da alegada doação inoficiosa e negou a existência de *infração ao artigo 1.176 do Código Civil*.

Inconformados, recorreram os autores sob o fundamento das alíneas *a* e *c*, inciso III, do artigo 105 do permissivo constitucional, em resumo, porque entenderam vulnerados no respeitável aresto os artigos 85; 134, § 1º, letra *d*; 145, inciso IV, todos do Código Civil, bem como admitiram que o citado acórdão dissentiu da orientação de outros Tribunais, inclusive do Pretório Excelso.

No exame da admissibilidade do recurso especial, o eminente Desembargador 1º Vice-Presidente repetiu a fundamentação desse apelo excepcional na alínea *a* do inciso III, do art. 105 da CF/88, sob a alegação de que:

«Pela alínea *a*, não pode prosperar o recurso, pois reexame de prova há de considerar-se incabível também em recurso especial, extraordinário que é».

Todavia, acolheu-o pelo dissídio jurisprudencial (alínea *c* dos referidos inciso e artigo), assim se manifestando:

«As decisões trazidas para confronto divergem da decisão recorrida porque consignam a necessidade de, na doação, por procuração, constar o nome do donatário, razão pela qual entendo, de toda prudência, dar seguimento a este recurso especial, ao efeito de submeter a matéria a exame do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, admito o recurso especial, com base na alínea *c*, do inciso III, do art. 105 da CF/88.»

Arrazoados das recorrentes e do recorrido (fls. 303 a 331).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Preliminarmente, verifica-se o pressuposto de cabimento previsto nas normas regimentais.

Na espécie, veja-se alguns trechos do lúcido voto do eminente Desembargador-Relator:

«De tal mandato não se deduz, como chegou à conclusão o magistrado, que a intenção do mandante era a de transferir os seus bens em favor de seus filhos, e não a de beneficiar somente Selma. O doador, realmente, tinha a preocupação de deixar a sua esposa amparada em sua velhice e, assim sendo, outorgou a procuração para que fosse o imóvel doado a um de seus filhos, contando que o beneficiário assumisse o encargo de dar assistência ao casal doador.»

E conclui:

«Está evidente, pois, que a procuração outorgada por Carlos Francisco Koehler foi no sentido de que a doação fosse em favor do filho que assumisse o encargo de cuidar do casal e não a favor de todos os filhos, que já haviam recebido terras em Santa Catarina. É óbvio, assim, que foi observada rigorosamente a intenção do mandante e, conseqüentemente, não se vislumbra a nulidade do ato acolhido na sentença. E ninguém melhor para interpretar o desejo do mandante do que a mandatária, que era a sua esposa e, sem dúvida, agiu dentro dos poderes e instruções recebidas de Carlos Francisco.»

No bojo dos autos, há depoimentos de testemunhas, asseverando haver, no seio da família Koehler, solicitações no sentido de que alguém assumisse os encargos assistenciais em prol do casal, idoso e doentio.

Continuando no bem lançado voto está consignado:

«Mas, como se trata de doação remuneratória em recompensa dos serviços recebidos, o que não lhe retira o caráter de liberalidade naquilo em que a coisa doada exceder ao valor de seus serviços. Nada há nos autos, entretanto, que os serviços prestados por Selma durante 23 (vinte e três) anos não sejam suficientes para cobrir os 50% (cinquenta por cento) dos bens doados e postulados na inicial. Tudo indica que o valor dos serviços prestados é superior ao valor da doação e, assim sendo, não cabe falar em nulidade inoficiosa. Aliás, consoante ensina Orlando Gomes, «não se reduzem as doações remuneratórias porque não constituem pura liberalidade» (*in* Sucessões, fl. 104). E o cálculo feito na contestação, demonstrando que os serviços prestados «durante 23 anos, somam a importância de Cr\$ 703.000.00, muito mais que o valor dos 50% (cinquenta por cento) que os suplicantes estão a reclamar, ...»

Vê-se, pois, que se trata de doação remuneratória. Dos autos sabe-se que o cônjuge então supérstite, esposa do *de cuius*, detinha poderes expressos por instrumento público e, dentre estes, o de *doar*. Questiona-se em que medida esse mandato, sem individualizar o donatário, legitima a transferência do *animus donandi*. Veja-se a propósito o comentário do emérito Professor Agostinho Alvim:

«Acrece que o *animus donandi* é essencial à doação. E a mulher, doando bens do casal, pode ter esse ânimo com referência a ela, mas não ao marido interdito.»

E mais adiante:

«Todavia, podemos abrir exceção para o caso das doações de pequeno valor e das remuneratórias, que o marido pode fazer (Código Civil, art. 235, IV), e portanto também a mulher quando na chefia da sociedade conjugal» (Da doação, Ed. RT, 1963, pág. 31).

O insigne Professor Pontes de Miranda, na exegese do art. 1.176 do Código Civil, diz:

«Não se levam em conta as doações que foram feitas ao tempo em que o doador não tinha herdeiros necessários, mas somam-se os valores dos que se fizerem em todo o tempo em que o doador tinha herdeiros necessários. Se a doação foi remuneratória, até onde houve remuneratoriedade não se computa, bem assim se feita para cumprir dever moral, ou onerada...» (Tratado de Direito Privado — Parte Especial — T. 46 — Ed. Borsoi 1964, pág. 250).

Nos arestos transcritos para o efeito de comprovação de dissenso interpretativo, está expresso, relativamente ao primeiro:

«... «*In casu*, a procuração que serviu de base à transferência de telefone é a que se vê, por cópia, à fl. 9, de cujo texto, porém, não consta qualquer referência ao nome do segundo réu, que, por isso mesmo, não poderia ser beneficiário da doação que, em nome da mandante, lhe fez o primeiro réu.»

E no segundo:

«O direito de fazer liberalidades com bens de outrem não se presume. Para doar não é suficiente um mandato com poderes para alienar, mesmo que se especifique que esses poderes abrangem a doação, mas é imprescindível que nele conste o nome do donatário, também especificado o objeto da doação.»

Creio que ambos não se prestam para a demonstração da divergência interpretativa, eis que versa relação jurídica, cuja dissemelhança com o caso *sub judice* é paupável. Ambos versam hipóteses sobre elementos circunstanciais ou fáticos que não dão indícios capazes de identificar o donatário.

Pelo contrário, no caso dos autos, era *fato público e notório*, naquela cidade do *hinterland* gaúcho, a necessidade assistencial do casal doente, cuja solicitação era constantemente dirigida a seus filhos, um dos quais — Selma — resolvera assumir os encargos dessa assistência e os assumiu com dedicação diuturna, ao longo de 23 anos.

Daí o que o lúcido voto do acórdão recorrido julgou a causa com os olhos voltados para a lógica do razoável, no dizer de *Recasens Siches*.

Do exposto, verifico que não se confirmou a invocada divergência na exegese legal, daí porque não há como conhecer do recurso especial, interposto com apoio na alínea c item III, do texto constitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 870 — RS — (Reg. nº 89.0010382-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter. Recte.: João Francisco Koehler e outros. Recda.: Selma Bertha Koehler e outros. Advs.: Drs. Wilson Barufaldi e outros e Afonso Koehler.

Decisão: A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24-10-89 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram de acordo com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

●

RECURSO ESPECIAL Nº 975 — RJ

(Registro nº 89.0010526-4)

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

Recorrente: *Antônio Carlos Pamplona Bethlen*

Recorrido: *Maria Nilza Nogueira de Alvarenga*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Mário Alberto Pucheu, Daltro de Campos Borges Filho e outro e Abdo Jorge Couri Raad*

EMENTA: Responsabilidade civil. Jurisdições Cível e Criminal. Intercomunicam-se as jurisdições cível e criminal. A segunda repercute de modo absoluto na primeira quando reconhece o fato ou a autoria. Nesse caso, a sentença condenatória criminal constitui título executório no cível. Se negar o fato ou a autoria, também de modo categórico, impede, no juízo cível, questionar-se o fato. Diferente, porém, se a sentença absolutória criminal apoiar-se em ausência ou insuficiência de provas, ou na inconsciência da ilicitude. Remanesce, então, o ilícito civil.

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, 7 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Recurso especial interposto contra acórdão do TJRJ, que manteve sentença concessiva de indenização por morte de vítima e maus-tratos em repartição policial.

Afirma o recorrente dissídio jurisprudencial com os arestos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, transcritos às fls. 547/548, quanto ao princípio do regresso contra o funcionário público culpado, uma vez que o acórdão recorrido aceitou a responsabilidade do agente objetivamente.

Deferido o processamento do recurso.

Parecer do MP local pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O Recorrente em longa fundamentação do recurso afirma que o v. acórdão afrontou o disposto no art. 1525 do Código Civil, *verbis*: «A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o autor, quando estas questões se acharem decididas no crime».

Acrescenta que o mesmo Colegiado deu a essa lei federal interpretação divergente da que lhe dera o Supremo Tribunal Federal.

Reproduzo o item 24 da respectiva petição:

«Assim, conforme acima ficou demonstrado, independentemente de violação a dispositivo constitucional, o acórdão recorrido negou vigência à lei federal (art. 1.525 do C. Civil) e deu a ela interpretação divergente da que lhe fora dada, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal.»

É reconhecida a intercomunicação das jurisdições cível e criminal. A segunda repercute de modo absoluto na primeira quando reconhece o fato ou a autoria. Nesse caso, a sentença condenatória criminal constitui título executório no cível (CPC, art. 584, II). Na hipótese contrária, ou seja, ao negar o fato ou a autoria, também de modo categórico, impede no juízo civil, questionar-se o fato. Remanesce, porém, o ilícito civil.

Assim dispõe o transcrito art. 1.525 do Código Civil. Na mesma linha, o art. 63 do Código de Processo Penal.

A jurisprudência consagra também esse entendimento. Aliás, o acórdão invocado pelo Recorrente serve de ilustração, de que foi Relator o saudoso Ministro Orosimbo Nonato:

«A justiça é fundamentalmente una, a termos que não pode a Instância criminal dizer sim, quando a jurisdição cível diz não».

«Desaparecem as dúvidas doutrinárias a respeito da influência da responsabilidade criminal na esfera civil, quando no Juízo criminal se decidiu sobre a inexistência do fato e sobre autoria».

«Se a autoria mesma do fato é negada no Juízo criminal, a sentença influi no Juízo cível e coloca o réu ao abrigo do pedido de perdas e danos».

A tese do Recorrente é verdadeira. Todavia, não se amolda à hipótese dos autos.

O v. acórdão que proclamou a absolvição do Recorrente reconheceu o fato e não afastou a autoria.

Essa decisão está às fls. 200/208. A motivação entremostra acentuada preocupação de Sociologia Criminal de seu douto Relator, conferindo particular atenção do impacto das normas de cultura na lei penal.

A ementa traduz esse aspecto:

«Ilegalidade da prisão para averiguações, Resolução nº 0155, de 19-1-1977, da SSP, mais de onze anos depois da vigência da norma legal aplicada pela sentença recorrida (art. 4º, letra a, da Lei 4.898/65), regula, no seu art. 19, IX, as detenções para averiguações.

Impossibilidade dos funcionários acusados questionarem a validade da Resolução, por não possuírem, devido à própria formação, plasmada no arbítrio, consciência da injuricidade da ação praticada, entendido o ilícito imputado numa perspectiva ampla, plena, dos princípios vigentes, aceitos, de todo o sistema jurídico. Certos tipos penais são discutíveis no contexto da evolução da sociedade brasileira.

O juízo penal é, necessariamente, a avaliação da subjetividade do agente. Interessa examinar o tecido da intenção deste diante da prática policial ocorrente e aceita, dos motivos da detenção, dentro do contexto psicossocial onde se realiza normalmente esse tipo de procedimento policial.

Importaria, também, separar o fato sob julgamento (legalidade ou não da prisão) do que, posteriormente, ocorreu aos detidos, porque inteiramente fora do fluxo psicomaterial da prisão.

Merece considerada a ausência de consciência, por parte dos acusados, da reprovabilidade social e administrativa *desse tipo de detenção, usado há mais de séculos no Brasil.*

A missão do julgador não é de educar ou de modificar usos e costumes.

A valorização da injuricidade se realiza do ponto de vista objetivo, tomando-se como referência o conjunto do direito positivo e os princípios morais que o informam. Apesar da descrição da lei penal, pode haver uma causa justa que afaste a injuricidade, *ainda que não prevista na lei, como causa justificativa.*»

Na fundamentação encerra esta passagem:

«8. O ato de absolver todos os acusados, sem qualquer exceção (além de injusto seria odioso — a absolvição de uns e condenação de outros), de prisão abusiva do infeliz servente Aézio, não é a judicial declaração de impunidade dos responsáveis pela sua mor-

te, que deve ser, com todo rigor, apurada, mas a condenação da Resolução nº 0155.

Por enquanto, a prisão abusiva, mas regulamentar, com a chancela de S. Exa. o Sr. Secretário de Segurança, a ciência de cada órgão do Ministério Público.»

Extraí-se do minucioso julgamento que o fato foi confirmado, mas não excluída de maneira categórica a participação do Recorrente.

Nesses termos o v. acórdão não se colocou em contraste com o art. 1.525 do Código Civil. Não destoou também da Jurisprudência invocada.

Outro, *data venia*, o caminho a ser trilhado pelo Recorrente para mudar a situação jurídica.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 975 — RJ — (Reg. nº 89.0010526-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Antônio Carlos Pamplona Bethlen. Recorridos: Maria Nilza Nogueira de Alvarenga e Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Mário Alberto Pucheu, Daltro de Campos Borges Filho e outro e Abdo Jorge Couri Raad.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (2ª Turma — em 7-2-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Carlos Velloso, Miguel Ferrante, Américo Luz e Ilmar Galvão.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.

RECURSO ESPECIAL Nº 982 — RJ

(Registro nº 89.0010545-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite*

Recorrente: *Devalcirio da Paixão*

Recorridos: *Alberto Sodré Filho e Valdelir da Silva*

Advogados: *Nilton Luiz Figueiredo, Afranio Alvarenga Moreira e Paulo Roberto Ramos*

EMENTA: Recurso Especial. Reexame da prova.

O reexame da prova não se harmoniza com a índole do REsp, a exemplo do que ocorria com o RE (STF, Súmula nº 279).

Quando órgãos judicantes decidem diversamente a mesma espécie, porque um deles considera bastante a prova e o outro insuficiente, tal conduta não se confunde com o critério legal de valorização da prova.

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, 31 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Devalcério da Paixão interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, a e c, da CF/88, e argúi relevância da questão federal. O recurso é de acórdão do 1º Grupo de Câmaras Cíveis, do TJRJ, nos autos de ação reivindicatória proposta por Valdelir da Silva.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

«Embargos Infringentes. Ação Reivindicatória. Lote de terreno com títulos dominiais devidamente registrados no RGI. Posse *ad usucapionem* repelida pela prevalência ostensiva do *ius possidendi*, em prol do titular do domínio. Inteligência do art. 524, do Código Civil. Valoração da prova à ótica do princípio da persuasão racional, consagrado no art. 131, do Código de Processo Civil. Ação procedente. Embargos recebidos.» (Fl. 181).

O recurso foi admitido, em parte, pela Egrégia presidência daquele Tribunal, no respeitante à valoração da prova, negando-se seguimento à arguição de relevância da questão federal à minguada de previsão legal (fl. 198).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Breve histórico dos fatos.

Valdelir da Silva propôs ação reivindicatória contra Devalcério Paixão, alegando haver dado a este, em comodato, um lote de terreno. Pretendendo reavê-lo, notificou o ocupante, mas sem êxito, melhor sorte não tendo com a sentença que julgou improcedente a ação.

Essa sentença foi mantida pela Segunda Câmara Cível, ao argumento de que o usucapião pode ser argüido em defesa. E, provado este, afasta-se a procedência da reivindicatória, mas não se declara, desde logo, o domínio em favor de quem o alegou. A prova feita por Devalcério da Paixão, réu e apelado, foi examinada em pequeninos e achada robusta.

Essa decisão não foi unânime. O voto vencido ressalta que a defesa do réu fundou-se no domínio e não na posse. Mas, mesmo admitindo a defesa fundada na posse, jamais poderia ser a mesma *ad usucapionem*, pois o réu, ora recorrente, sabia que a titularidade do domínio pertencia à sua irmã e aos posteriores adquirentes. Quanto à prova testemunhal, acha o voto vencido que é contraditória e não autorizaria a conclusão da posse de boa-fé pelo réu.

Foi por essa razão que o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis recebeu os embargos.

Estamos diante de duas posições decisórias e contraditórias quanto à prova da posse do recorrente. Em princípio, somente seria possível a escolha da alternativa predominante através do reexame dessa prova, o que não se harmoniza com a índole do REsp (para efeito de cabimento), a exemplo do que ocorria com o RE, não como um óbice criado regimentalmente, mas porque ambos têm por objeto imediato u'a questão jurídica motivadora; e por finalidade imediata a tutela do direito federal legislado. A decisão do recurso extremo deve repercutir, necessariamente, no âmbito das relações entre as partes, porque o pretório não é órgão de consulta, nem se preocupa apenas em produzir prejudgados. Mas, de modo algum se justifica a suscitação do fato de decidirem diversamente os órgãos judicantes a mesma espécie, se um deles considera bastante a prova e o outro insuficiente.

Dáí a Súmula n.º 279, do STF, que é peremptória: para o simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário, o que, por transposição se aplica ao recurso especial, na sua esfera. Formou-se, porém, corrente jurisprudencial que veio amenizar o seu rigor. É a dos que fazem distinção entre a simples apreciação da prova e a sua valorização, e esta última erigida em critério legal (RE n.º 70.568/GB, 1ª Turma, RTJ 56/65). O STF saiu, então, de u'a postura de neutralidade, dispondo-se a apurar se foi ou não infringido algum princípio probatório e, desta perspectiva, tirar alguma conclusão que servisse para a emenda de eventuais injustiças (RE n.º 57.420/GB, RTJ 37/480).

Exemplo típico é aquele citado em voto do Ministro Barros Monteiro, citando o Ministro Pedro Chaves. Depois de definir o que seja indício e de acentuar que a prova indiciária sobre que assentam as presunções é de grande utilidade e aplicação no deslinde das questões presas às arguições de simulação, dolo, fraude e outras mistificações praticadas contra a boa-fé, é por essa razão que a lei, em sua função protetora da seriedade dos atos jurídicos, admite a prova das alegações por indícios e circunstâncias e consagra, também, a livre apreciação pelo juiz, levando em consideração certos pontos, tais como a natureza do negócio, verossimilhança dos fatos e até a reputação dos indiciados (Ac. e rev. cit., pág. 67).

Dentro desses critérios, não vejo como emprestar fomento de razão à respeitável decisão da digna presidência de origem, a admitir o recurso «no que respeita à valoração da prova» (fl. 198), acolhendo, para tanto, a seguinte argumentação do recorrente:

«Com efeito, embora discorrendo, em parte, sobre os fatos debatidos, meritoriamente, na causa, alude o recorrente ao inexistente parentesco da maioria das testemunhas e o que se afigura plausível, na espécie.» (Fl. 198).

A inexistência de parentesco com a maioria das testemunhas, embora possa dar lugar à desvalia da prova colhida, se houve, realmente, não deixa de ser matéria de fato, que o venerando acórdão recorrido bem rechaçou. Ora, suspeitar-se do critério do julgamento *sub examen*, levaria ao descrédito o princípio de que o Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, e que os motivos que lhe formaram o convencimento foram também indicados (CPC, art. 131).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, também não conheço do recurso.

Distingue-se entre apreciação de prova e valoração de prova. A primeira diz respeito à pura operação mental de conta, peso e medida; na segunda, apura-se se houve ou não a infração de algum princípio probatório. De acordo com a RTJ-86/558, o erro na valoração das provas somente pode ser o erro de direito quanto ao valor da prova abstratamente considerada. Essa é uma observação que fiz para a Súmula nº 279, numa edição do Regimento Interno e da Súmula do Supremo Tribunal Federal (Forense, 1981, pág. 206). O caso presente enquadra-se exatamente na pura apreciação da prova.

Acompanho o voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 982 — RJ — (Reg. nº 89.0010545-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Gueiros Leite, Recte.: Devalcirio da Paixão. Recdos.: Alberto Sodré Filho e Valdelir da Silva. Advs.: Nilton Luiz Figueiredo, Afranio Alvarenga Moreira e Paulo Roberto Ramos.

Decisão: A 3ª Turma do STJ decide, à unanimidade, conhecer do recurso especial, pelos dois fundamentos para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (julgado em 17-10-89 — 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 995 — ES

(Registro nº 89.10585-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Humberto Peixoto*

Recorrida: *Edda Maria Reis da Veiga Vaz*

Advogados: *Drs. Agesandro da Costa Pereira e outro e Luciano Moreira Vasconcellos*

EMENTA: Sociedade de fato entre concubinos, reconhecida pelo acórdão local, com a partilha dos bens. Inocorrência de afronta ao art. 1.363 do Cód. Civil e de dissídio com a Súmula 380/STF. 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 Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Pleiteando o reconhecimento de sociedade de fato entre concubinos, a recorrida propôs ação ordinária, que a sentença julgou improcedente, mas o acórdão julgou-a procedente, segundo o voto do Desembargador Sylvio Péllico de Oliveira Neves, acolhido à unanimidade, *verbis*:

«O reconhecimento dos direitos da concubina é fruto da construção pretoriana, dispondo a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal que:

‘Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’.

Por aí, a concubina deve provar a existência da sociedade de fato e o seu esforço na formação do patrimônio.

Resulta dos autos que as partes em litígio foram casados e que se separaram, para, poucos meses depois, tornarem a coabitar co-

mo se casados fossem, frutificando dessa união uma prole. A sentença de homologação da separação judicial ocorreu anos depois do início da coabitação.

As partes eram casadas no regime de comunhão universal de bens, o que vale dizer que hoje, se não tivesse ocorrido a separação, o patrimônio seria comum. Entretanto, ninguém teve a curiosidade de saber a razão da separação. Poderia ter sido fruto da simulação, ou a mulher vítima de lesão, já que, como dito em alguns depoimentos, trata-se de pessoa de origem humilde. Isto, porém, não foi abordado nos autos, nem a lesão é vício reconhecido em nosso ordenamento civil.

Mas quando nada, trata-se de uma vereda que me conduzirá a outra conclusão, que não aquela a que chegou o ilustre prolator da r. sentença.

Se os demandantes voltaram a coabitar poucos meses depois da separação judicial, é porque sentiam necessidade um do outro. Este sentimento é o liame indispensável à união de dois seres, seja ela legal, ou à margem da lei.

Quando da separação judicial, os litigantes partilharam modestos bens móveis. Só depois é que veio a bonança. Teria, então, a mulher concorrido para a formação desse patrimônio?

As testemunhas disseram que, vez por outra, viram-na na casa comercial. Seria um indício, se quiséssemos atribuir valor apenas ao trabalho corporal, chamado por Marx valor em primeira potência. Mas elevado à terceira potência há outros valores que também se prestam à troca, embora isto seja execrado pelo filósofo, como a virtude, o amor, etc.

A mulher ajuda o homem, sem muitas vezes ir ao trabalho do homem, quando lhe dá filhos, lhe transmite confiança, lhe dá amor. Todos nós aqui, julgadores, sentimos isto, que temos em nossas esposas o conforto da nossa carreira. Quantas vezes o homem chega abatido em casa, desanimado e quase vencido, e na intimidade do lar encontra a força e a coragem que irão fazê-lo vencer. Esta aliança, esta compreensão, além da 'affectio societatis', são também força de trabalho, constituem valor de troca.

Dou provimento ao recurso, para declarar dissolvida a sociedade de fato existente entre os litigantes, determinando que a partilha dos bens se faça meio a meio.»

Embargos de declaração rejeitados às fls. 147/151, com esta ementa (lê).

No recurso extraordinário, com argüição de relevância, o recorrente apontou afronta ao art. 1.363 do Cód. Civil e dissídio com a Súmula 380/STF e julgados sobre a necessidade de se comprovar a sociedade de fato ou a contribuição para a aquisição dos bens.

Admitido o recurso pela alínea a, o Sr. Ministro Moreira Alves converteu-o em especial, conforme despacho de fl. 190 (lê).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Informada pelos arts. 1.363 (este, aqui, tido por afrontado) e 1.366 do Cód. Civil, e 673 do Cód. de Pr. Civil anterior, dispõe a Súmula 380/STF: «Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum». No Supremo Tribunal Federal prevaleceu, ao que creio, o entendimento de que, para a partilha de bens, não basta o simples concubinato, mas é necessário que aquele que pretende a divisão prove a sua contribuição para a formação do patrimônio. Entre vários julgados, conferir os insertos nas RTJ's 75/936, 78/619, 79/229, 80/260 e 112/322. Naquele inscrito na RTJ-75, pág. 938, afirmou o Sr. Ministro Moreira Alves: «... admite-se que essa colaboração possa decorrer do próprio labor doméstico, nos casos em que, graças à administração do lar pela mulher, se façam, ou se ampliem economias, graças às quais se forma o patrimônio comum». Lá, no Supremo, ficou vencido o Sr. Ministro Leitão de Abreu, pois, para S. Exa. «provada a vida *more uxorio*, presume-se a sociedade de fato, cabendo a partilha do patrimônio adquirido durante o concubinato», conforme entre outros, os arestos publicados nas RTJ's 89/181 (187/8) e 92/775 (779).

No caso presente, o acórdão recorrido não desavém da Súmula 380, nem de sua compreensão dada pelo Tribunal que a criou, nem daqueles julgados citados pelo recorrente, a saber, sobre a necessidade de se comprovar ou a sociedade ou a contribuição para a aquisição dos bens. E não discorda porque, primeiro, o aresto em foco cuidou de um exótico concubinato, entre marido e mulher, que se separaram e, logo após, uniram-se, anotando, em seu voto, o Sr. Relator: «Entretanto, ninguém teve a curiosidade de saber a razão da separação. Poderia ter sido fruto da simulação, ou a mulher vítima de lesão, já que, como dito em alguns depoimentos, trata-se de pessoa de origem humilde». Este tom extravagante da espécie sob exame desassemelha, por si só, as hipóteses confrontadas, a meu sentir. Depois, examinando a prova, assunto irreversível na instância excepcional, a decisão impugnada concluiu que a mulher contribuía para a formação do patrimônio comum, seja pela bonança que só veio após o reencontro do casal («poucos meses depois da separação judicial»), seja porque fora ela vista na casa de comércio dele, certamente trabalhando, seja pela colaboração no lar.

Inexistindo o dissídio, daí resulta, por idêntica razão, que o acórdão recorrido não negou a vigência do art. 1.363 do Cód. Civil, sabendo-se que esta disposição serve de referência à Súmula 380.

Não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, vou ficar de acordo, não conhecendo, porque, segundo depreendi do voto do eminente Ministro Nilson Naves, S. Exa. não vê configurada discrepância com a Súmula. Quero apenas fazer uma ressalva sobre o meu ponto de vista porque S. Exa., ao expender o seu voto, teceu várias considerações sobre as hipóteses admitidas por eminentes Ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal, e mesmo esta do eminente Ministro Relator do acórdão recorrido.

Sempre distingui a questão do concubinato *more uxorio* com relação à sociedade de fato, estabelecendo o grau da convivência concubinária. Quando ela ocorre entre pessoas de posses diminutas, ou mesmo de nenhuma posse, casais pobres, entendo que a simples coabitação dá à mulher o direito de perceber esta meação, porque, com esse trabalho doméstico, ela possibilita ao seu concubino amealhar aqueles pouquíssimos bens dos quais não se justifica fique ela excluída. Agora, quando esta questão ocorre entre casais abastados, no meu entendimento, não basta a simples existência do concubinato, ainda que com foros de vida *more uxorio*, senão que efetivamente a mulher tenha contribuído com o seu trabalho para a formação do patrimônio que se pretende dividir.

De sorte que, fazendo apenas esta observação sobre um ponto de vista que tenho com relação à matéria, Sr. Presidente, é que, neste caso específico, acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 995 — ES — (Reg. nº 89.10585-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Humberto Peixoto. Recorrida: Edda Maria Reis da Veiga Vaz. Advogados: Drs. Agesandro da Costa Pereira e outro e Luciano Moreira Vasconcellos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Relator (3ª Turma — Em 17-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Walde-
mar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr.
Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 996 — MS

(Registro nº 89.0010586-8)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro

Recorrentes: CIACEL — Com./Ind. e Armazenamento de Cereais
Ltda. e outro

Recorridos: Rudolfo Meglin e cônjuge

Advogados: Drs. Helvio Freitas Pissurno e outros e José Cid Campelo
e outro.

EMENTA: Correção monetária. Termo inicial previsto no contrato.

Uma vez cancelada, por força de lei de ordem pública, a estipulação da correção monetária com base na variação cambial da moeda norte-americana, tal fato em nada afeta a convenção das partes com respeito ao termo inicial de incidência da mesma correção monetária.

Inocorrência de negativa de vigência dos arts. 1º do Dec.-Lei nº 857, de 1969; 1º e § 3º, da Lei nº 6.423/77; 1º, § 1º da Lei nº 6.899/81; e 145, nº V, do Código Civil.

Recurso especial não conhecido.

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, 6 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação rescisória proposta por Rudolfo Meglin e sua mulher contra «Ciacel — Comércio, Indústria e Armazenamento de Cereais Ltda.» e Ary Dionísio Dalmolin, objetivando, com fundamento no art. 485, nº V, do CPC, a desconstituição de Acórdão da Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, proferido em grau de apelação, nos embargos à execução por título extrajudicial opostos pela ora co-ré «Ciacel».

Através do contrato de fls. 33/36, os autores e a referida co-ré ajustaram a rescisão de obrigação de dar coisa certa, mediante a entrega pela empresa de valores representados por notas promissórias, ficando estipulada a atualização conforme variação da taxa oficial do dólar americano, a partir da emissão das cêntulas.

Vencido o primeiro título e não resgatado, os credores aparelharam execução, que foi embargada pela ora co-ré «Ciacel», sob a alegação de que, sendo nulo o índice de correção monetária adotado na avença, deveria a atualização incidir a partir do vencimento da nota promissória e não de sua emissão. Ao apreciar os embargos, o MM. Juiz de Direito entendeu que era possível a correção monetária a contar da emissão do título, mas que não poderia ser ela calculada pela variação da moeda norte-americana e sim

pela variação das ORTNs. Interposto o recurso de apelação pela executada, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul determinou a aplicação da correção monetária a partir do vencimento do título.

Com o trânsito em julgado da decisão, os credores aforaram a presente ação rescisória, afirmando violação dos arts. 82 do Código Civil, 1º, § 1º, da Lei nº 6.899/81, e art. 153, § 3º, da Constituição Federal então vigente. Responderam os réus, sustentando ser nula de pleno direito a cláusula que estabeleceu a correção monetária pela variação cambial da moeda norte-americana, motivo por que pretendiam efetuar o pagamento das promissórias com correção monetária pela variação das ORTNs, calculada após o vencimento.

O Acórdão de fls. 247/260 julgou procedente a ação, para, rescindido o aresto objurgado, restabelecer o *decisium* de 1º grau, quanto ao termo inicial da correção monetária, fazendo-a incidir a partir da emissão do título, como previsto no contrato.

Dai o Recurso Extraordinário, com argüição de relevância da questão federal. Nesta, invocaram os réus ofensa ao art. 485 da lei processual, por permitida a prova do trânsito em julgado tardiamente, à época do julgamento. Acentuaram ainda que, ao admitir a incidência da correção monetária desde a criação dos títulos, o julgado recorrido negou vigência ao art. 1º do Dec.-Lei nº 857, de 1969, ao art. 1º e § 3º, da Lei nº 6.423/77, ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.899, de 1981, e art. 145, nº V, do Código Civil.

Mandado processar o recurso pela alínea a do art. 119 da CF anterior, os recorrentes apresentaram razões, havendo o Supremo Tribunal Federal convertido *ipso iure* o recurso extraordinário em especial. Por fim, manifestou-se a Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Ao converter o julgamento em diligência para facultar a comprovação do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o Grupo de Câmaras Cíveis, longe de afrontar o disposto no art. 485 do CPC, deu-lhe efetivo cumprimento, não importando que a correspondente certidão tenha sido carreada aos autos à derradeira hora.

2. Como bem decidiu o Acórdão recorrido, não ocorreu a nulidade da cláusula que estabeleceu a correção monetária com base na variação da moeda americana. É que não se pactuou pagamento algum em moeda estrangeira; apenas se tomou como referência para aplicação da correção monetária a variação do dólar em território nacional, com o fito de atualizar a dívida a ser paga em moeda brasileira (fl. 253). O que aconteceu na espécie foi que, inadmissível o emprego da variação do dólar norte-americano como fator de atualização (art. 1º, § 3º, da Lei nº 6.423/77), a correção simplesmente se faria através dos índices de variação nominal das ORTNs.

Como se vê, tão-somente se considerou sem nenhum efeito a estipulação da correção monetária com base na variação cambial da moeda americana; nada mais. Esta simples circunstância não acarretou, como pretendem os ora recorrentes, a nulidade da convenção na parte em que se firmou o termo *a quo* da correção monetária.

Vem a pêlo, nesse passo, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, subscrito pelo Dr. João Leoni Taveira, de conformidade com o qual:

«Na medida em que o v. acórdão acolheu a estipulação da atualização do débito, não pelo dólar americano, mas sim pelos índices das OTN's, atendeu o vetusto princípio de que *utile per inutile non vitiatur*. Ora, as partes estipularam livremente a atualização do valor da obrigação. Esta cláusula que constitui ato jurídico perfeito e acabado, não afrontava, nesta parte, nenhum preceito de ordem pública. No ponto que conflitava com norma pública o v. acórdão substituiu o parâmetro de atualização — dólar americano — pelos índices das OTN's, mantendo quanto ao mais tudo que fora objeto da livre manifestação da vontade das partes. Entendimento diverso violaria o princípio de ordem pública de enriquecimento sem causa, ante a notória desvalorização da moeda nacional causada pela inflação» (fl. 317).

Não se vislumbra, pois, qualquer infringência aos preceitos legais invocados pelos recorrentes, mesmo porque nada impedia que as partes ajustassem o termo inicial da correção monetária como sendo a época de criação dos títulos. Já decidiu a Suprema Corte que «tratando-se de ajuste que não se contrapõe a nenhum princípio de ordem pública, impunha-se o seu cumprimento em respeito à liberdade de contratar, que resulta do princípio da autonomia da vontade» (RTJ 65/875, Relator Ministro Djaci Falcão).

Tal orientação tem sido reiterada, conforme julgados insertos nas RTJ's 67/165 e 111/1.369.

O que se contrapunha à ordem pública foi cancelado pela r. sentença, sobejado indene a parte convencionada pelas partes, tocante ao termo *a quo* de fluência da correção monetária.

3. Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 996 — RS — (Reg. nº 89.0010586-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrentes: Ciacel — Com. Ind. e Armazenamento de Cereais Ltda. e outro. Recorridos: Rudolfo Meglin e cônjuge. Advogados: Drs. Helvio Freitas Pissurno e outros e José Cid Campelo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 6-2-90 — 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 1.009 — SP

(Registro nº 89.10626-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Mário Rosa*

Recorridos: *Sarah Adde Aied e cônjuge*

Advogados: *Drs. Luiz Fernando Ferraz de Rezende e Calil Eid e outro*

EMENTA: Assistência judiciária (Lei nº 1.060/50, na redação da Lei nº 7.510/86). Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário (art. 4º e § 1º). Recurso especial conhecido por ambos os fundamentos 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 e 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, 24 de outubro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Julgada, pelas instâncias ordinárias, procedente a ação de despejo por denúncia vazia de imóvel não comercial, o réu interpôs recurso especial, pelas alíneas a e c do permissivo constitucional, impugnando o acórdão em parte, nesta:

«Por final, a pretendida isenção dos ônus da sucumbência não pode medrar. O só fato da contestação encontrar-se lavrada em pa-

pel timbrado do Departamento Jurídico de Centro Acadêmico de Faculdade de Direito, não é prova bastante de que ao apelante haja sido deferido o benefício da assistência judiciária; sua alegada pobreza, na acepção jurídica do termo, não foi comprovada nos autos, valendo notar se cuida de locatário de um armazém.»

Alega que a decisão recorrida ofendeu o art. 4º e seu § 1º da Lei nº 1.060, de 5-2-50, na redação da Lei nº 7.510, de 4-7-86, e divergiu de interpretação dada à lei pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, no Ag 50.586 («a declaração... é suficiente ao deferimento do pedido de assistência judiciária... »). Leio, fls. 67/68 (lê).

Admitido o recurso, subiram os autos, com razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): De fato, a Lei nº 1.060, de 5-2-50, na redação da Lei nº 7.510, de 4-7-86, contenta com a simples afirmação da parte, presumindo-a pobre até prova em contrário. «A parte» — dispõe o art. 4º — «gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família». «Presume-se pobre,» — reza o § 1º — «até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, ... ». Daí que, a exemplo do despacho de admissão, cuidado não ter o acórdão local procedido bem, ao entender não comprovada, nos autos, pelo ora recorrente, a sua alegada pobreza. Prova, em sendo necessária, cabe, sempre, à parte contrária; aqui, tocaria ao autor, ora recorrido, não realizada, certamente.

Conheço do recurso, e dele conheço por ambos os fundamentos, dando-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.009 — SP — (Reg. nº 89.10626-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Mário Rosa. Recorridos: Sarah Adde Aied e cônjuge. Advogados: Drs. Luiz Fernando Ferraz de Rezende e Calil Eid e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma — em 24-10-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Walde-
mar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr.
Ministro GUEIROS LEITE.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.045 — RO

(Registro nº 8910794-1)

Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Rondônia*

Recorrido: *José Ivan Almeida Cunha*

Advogada: *Dra. Luzia Azzi Santos*

EMENTA: Processual Penal. Ação Penal Pública. Seu início, em crimes contra a economia popular, por meio de auto de prisão em flagrante ou portaria da autoridade judiciária ou policial.

Incidência imediata, mas não retroativa, da norma constitucional de cunho processual que incumbe privativamente ao Ministério Público a função de promover a ação penal pública (Constituição de 1988, art. 129, I).

Se a ação penal foi instaurada segundo as regras do art. 10 da Lei nº 1.521/51, combinado com o art. 531 do CPP, ainda na vigência da Constituição anterior, não há porque exigir-se o oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, devendo ser respeitado o ato processual validamente praticado antes da promulgação da nova Carta.

Recurso especial de que se não conhece.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do Recurso Especial, vencido o Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 5 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator p/Acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Teve início o presente processo com a Portaria nº 39/86, do Delegado de Polícia Federal do Estado de Rondônia, determinando a citação de José Ivan Almeida da Cunha para se ver processar como responsável pela venda de carne no estabeleci-

mento comercial Mercado Loreto, em desacordo com a Portaria nº 15/86, da Sunab (fl. 6).

Em Juízo, ofereceu denúncia o Ministério Público, capitulando a infração no art. 2º, inciso VI, da Lei nº 1.521/51 (crimes contra a economia popular).

O MM. Juiz despachou às fls. 27/32, rejeitando a denúncia, «por ser manifesta a ilegitimidade do Ministério Público, *in casu*, para a propositura da ação penal», determinando tivesse o feito prosseguimento nos termos dos arts. 536 e seguintes, do CPP.

Expôs, assim, a questão, o ilustre Juiz de Direito, Dr. Irineu de Oliveira Filho (fl. 27):

«À toda evidência, a denúncia não pode prosperar, tendo em vista que o rito procedimental, estatuído na Lei nº 1.521/51, em seu art. 10, é o sumário, estabelecido nos artigos 531 e seguintes, do Código de Processo Penal.

A Ação Penal, *in casu*, tem início com a Portaria ou auto de prisão em flagrante delito, ambos de iniciativa da autoridade policial ou judiciária, prosseguindo o feito, ao depois, segundo as disposições constantes da lei adjetiva penal. Esta determina que o Juiz, recebidos os autos, ou prosseguindo o processo (se a ação penal tiver sido instaurada por sua iniciativa), depois de ouvido o Ministério Público, procederá ao interrogatório do réu (art. 536).

Não prevê o legislador, então, a denúncia do Ministério Público, posto que deferiu à autoridade policial a prerrogativa de dar início à ação penal, por Portaria ou auto de prisão em flagrante delito, obedecido, é óbvio, o disposto nos artigos 532 e 555, do Código de Processo Penal».

Recurso do Ministério Público às fls. 35/41.

Mantida a decisão pelo despacho de fls. 48/52.

A Procuradoria de Justiça do Estado opinou pelo provimento (fls. 56/60).

A Egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por maioria, confirmou a decisão recorrida (fls. 66/69). Inconformado, insiste o Ministério Público com Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, alínea a, da Constituição, admitido às fls. 76/77 e arrazoado às fls. 81/86.

Nesta instância o Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo conhecimento e provimento, destacando-se a passagem final, que transcrevo:

«O sistema que norteia o nosso Código de Processo Penal é o de que o Ministério Público é o titular da ação penal, iniciando-a por denúncia nos crimes de ação pública incondicionada ou condicionada.

A exceção poderia estar, anteriormente, à atual Constituição, nas contravenções ou nos crimes culposos, onde a *persecutio criminis* poderia ser iniciada por Portaria do Juiz, da autoridade policial, ou auto de prisão em flagrante (ou por denúncia, como já se demonstrou).

Hoje, não paira dúvida nenhuma, mesmo nas contravenções, pois o novo texto Constitucional, no artigo 129, I, extinguiu o procedimento de ofício, de modo que o processo por contravenção, descrito na LCP ou em outra lei especial, só pode ser iniciado mediante denúncia.

Por quanto foi exposto, o Ministério Público Federal conclui por que seja conhecido e provido o presente recurso especial, para de conseqüência ser recebida a denúncia de origem».

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

EMENTA: Contravenção. Lei da economia popular. Início da Ação Penal. Denúncia do Ministério Público.

Constituição de 5 de outubro.

1. Nas contravenções a ação penal se inicia com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial (arts. 26 e 531, do CPP).

2. A norma não excluía a denúncia do Ministério Público, na ausência de portaria ou auto de prisão.

3. A atual Constituição (art. 29, I) atribui ao Ministério Público, no entanto, a função privativa de promover a ação penal pública.

4. Recurso provido para que o juiz receba a denúncia.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O acórdão recorrido teve esta ementa:

«Crime contra a economia popular. Rejeição da denúncia. Recurso em sentido estrito. Admissibilidade do oferecimento da denúncia se inexistente portaria ou auto de prisão em flagrante, ou com estes não conflite. Não paralisação do feito. Ausência de prejuízo à acusação. Recurso improvido, por maioria de votos.

É cabível o oferecimento da denúncia em processos relativos a crimes contra a economia popular, desde que inexistam portaria ou auto de prisão em flagrante, ou com estes não conflite.

Preenchida esta condição, rejeição da denúncia, desde que não implique na paralisação do feito, impõe-se o improvido do recurso em sentido estrito, por ausência de prejuízo na ordem processual.»

Acatou o Tribunal de Justiça de Porto Velho, como se vê, por maioria, a decisão do Juiz, que rejeitara a denúncia, por manifesta ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, embora admitindo a sua iniciativa na ausência de portaria ou auto de prisão em flagrante. O voto vencido entende que o Ministério Público «não pode ser considerado parte ilegítima para uma ação da qual é titular exclusivo». É parte legítima, acentua o voto, «mesmo considerando o rito sumário previsto nos arts. 537 e seguintes do CPP» (fl. 69).

Conheço do recurso. A alegação é a de que teriam sido contrariados o parágrafo 2º, do art. 1º, da Lei de Economia Popular, segundo o qual nos processos submetidos a julgamento pelo júri, «o prazo para oferecimento da denúncia será de dois dias, esteja ou não o réu preso»; e o art. 3º, II, da Lei Complementar nº 40/81 que, entre as funções institucionais do Ministério Público, inclui a de promover a ação penal pública.

A discussão em torno desses pontos parece, no entanto, superada. As decisões referidas nas razões do Ministério Público Paulista indicam a admissibilidade do oferecimento da denúncia na ação penal pública, inclusive a contravencional, «embora sem exclusividade» (HC 126.634-2, da 10ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RT, vol. 581, de março de 1984).

No mesmo sentido, o acórdão *in Lex* 80/512:

«A legitimidade do Ministério Público para oferecer denúncia, por infração contravencional, deriva da Lei Complementar nº 40, de 1981, e não exclui a iniciativa da proposta acusatória atribuída à autoridade policial e ao Juiz, pela legislação anterior».

Negaria, assim, provimento ao recurso porque a decisão censurada seguiu a mesma trilha, como vimos, admitindo a denúncia como subsidiária, desde que inexistente portaria ou auto de prisão em flagrante.

Assinalo que o processo teve início por Portaria de 1986, e que o Acórdão recorrido é de 8 de setembro de 1988.

A situação hoje é outra. A nova Constituição deu ênfase à declaração da Lei Orgânica, tornando privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública (art. 29, I). Já não é mais possível, a meu ver, iniciar-se a ação penal, nas contravenções, por Portaria do Juiz, da autoridade policial ou pelo auto de prisão em flagrante.

A norma constitucional deve ser aplicada, como sugere o Ministério Público.

A regra do art. 129, inc. I, da Constituição Federal, é autoaplicável. Atente-se para o fato de o processo ainda se encontrar na fase do art. 536, do Código de Processo Penal.

Observa-se que dentre as funções institucionais do Ministério Público, está a de titular da ação penal. A norma constitucional, na espécie, é imediatamente cogente. Tem eficácia plena, e, conseqüentemente, não exige lei

ordinária para completar o seu sentido. Diz-se de eficácia plena, a norma constitucional, quando, na afirmação de Rui Barbosa, «completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime» (Comentários à Constituição Federal Brasileira, pág. 492, vol. 2).

Vigente a Constituição, não será possível negar-lhe aplicação.

Em conseqüência, dou provimento ao recurso para que o Juiz receba a denúncia.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, peço vênha ao eminente Relator para discordar de S. Exa., porque entendo que, uma vez que a ação penal foi instaurada regularmente na vigência de um regime anterior à atual Constituição de 1988, não há que exigir-se que denúncia seja formulada, pela razão, por si só, de que a Constituição nova estabelece atribuição privativa do Ministério Público. Devem ser respeitados os atos judiciais já praticados anteriormente.

Por tal motivo, não conheço do recurso especial.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Por ocasião do julgamento na Seção, discutiu-se um processo sobre contravenção. Tive a oportunidade de fazer uma indagação sobre a aplicação desse dispositivo da Constituição a processos que já estavam instaurados por Portaria. É apenas uma indagação sem me sustentar nela, porque tenho a notícia, por exemplo, que aqui no Distrito Federal, vários Juizes, com a vigência da Constituição, determinaram que os processos instaurados por Portaria, sobre contravenção, fossem ao Ministério Público para convalidar, oferecendo a denúncia.

Penso que o dispositivo constitucional só se aplica a partir da Constituição. E o que já estava instaurado antes está valendo, mesmo porque, se fôssemos adotar hoje a Constituição, aplicaríamos isso em prejuízo do réu. Isso porque se recebermos essa denúncia, a partir desse momento estará interrompida a prescrição: enquanto que instaurado o processo por Portaria, esta não interrompe a prescrição, a qual vai se contar a partir da data do fato. Ora, até indagaría do Relator: trata-se de um processo-crime contra a economia popular, não sei se estaria prescrito.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A Portaria, que é o marco inicial, agora, já que não tem denúncia, foi de 20 de novembro de 1986.

A pena desse artigo é de até dois anos.

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Nem a Portaria interromperia, mas a data do fato.

Assim, a prescrição está correndo a partir dos fatos. Não está interrompida. Se recebermos esta denúncia, a partir daí é que será interrompida a prescrição. Vamos aplicar a Constituição retroativamente em detrimento do réu.

Acompanho o eminente Sr. Ministro Carlos Thibau.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Com a devida vênia de V. Exa., acompanho o voto do Sr. Ministro Carlos Thibau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.045 — RO — (Reg. nº 89.10794-1) — Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Relator p/Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado de Rondônia. Recorrido: José Ivan Almeida Cunha. Adv.: Dra. Luzia Azzi Santos.

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do Recurso Especial. Vencido o Sr. Ministro Relator (5-12-89).

Acompanharam o Sr. Ministro Carlos Thibau os Srs. Ministros Costa Leite, Dias Trindade e William Patterson. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.093 — SP

(Registro nº 89.0010904-9)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Cia/Energética de São Paulo — CESP*

Recorridos: *Marlene Briguet Ferreira Bento e cônjuge*

Advogados: *Drs. José Eduardo Rangel de Alckmin e Miguel Cury Neto*

EMENTA: Processual Civil. Mandado de Segurança. Caducidade. Imissão de posse.

O termo inicial do prazo de caducidade de 120 dias, para requerer imissão na posse provisória é a alegação de urgência, feita pelo expropriante, não o decreto declarativo de utilidade pública. Preliminar rejeitada e Recurso conhecido e 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, rejeitar a preliminar argüida pelo Subprocurador-Geral da República, conhecendo do recurso, e dando-lhe provimento para cassar a segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei. .

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: CESP — Companhia Energética de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário (fls. 114/122) com base nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, por irresignação ao Acórdão lavrado nos autos do Mandado de Segurança nº 116.244-SP-9551239, pela Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos (fl. 111) que deferiu segurança a pedido de Marlene Briguet Ferreira Bento e cônjuge contra ato do MM. Juiz Federal da 4ª Vara-SP, alegando, em resumo: que no curso de ação expropriatória a expropriada insurgiu-se, mediante agravo de instrumento contra o despacho da MMª Juíza da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo que deferiu imissão prévia na posse, com base no art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41, impetrando, outrossim, Mandado de Segurança, resultando no Acórdão referido. O Agravo de Instrumento foi julgado prejudicado.

O Recorrente aponta violação do artigo 15, § 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, pelo Acórdão que «denegou-lhe vigência, no sentido da jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal que entende que há denegativa de lei federal quando a decisão recorrida enquadra erroneamente o texto legal à hipótese em julgamento. (RTJ 98/324)»

Por outro lado, aponta divergência jurisprudencial, ao entender que o *dies a quo* do prazo para requerer imissão na posse, deve ser o da publicação do ato autorizador da expropriação, se este mencionar a urgência, coloca-se em oposição a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, indicou o RE nº 86.683-SP, RTJ 96/719.

Admitido o Recurso, fl. 125, vieram as razões, fls. 128/132.

Aberta vista à Recorrida, fl. 133, publicação no *DJ* de 7-12-88, transcorreu o prazo em branco, fl. 133v.

A Subprocuradoria-Geral da República oficiou, às fls. 138/139, entendendo envolvimento exclusivo «de negativa de vigência de dispositivo legal infraconstitucional, matéria, cuja competência passou para o E. STJ, por força do disposto no art. 105, II, *b*, combinado com seu inciso III, *a* e *b* da CF de 1988», opinando pela conversão deste RE em RO.

Em decisão de fl. 142 o E. Ministro Sydney Sanches determinou a remessa dos autos a este E. Superior Tribunal de Justiça.

A Subprocuradoria-Geral da República oficiou às fls. 146/149, entendendo violados os dispositivos legais referidos e configurada a divergência jurisprudencial, opinando pelo conhecimento do recurso e seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. o V. acórdão recorrido, ao entender que o prazo de 120 dias para requerer a imissão de posse provisória começou a correr da Portaria nº 1.262, de 14 de agosto de 1985, que declarou de utilidade pública, para fins de constituição de servidão administrativa, uma área onde está situada a propriedade dos impetrantes (doc. de fls. 16), a nosso ver, violou o artigo 15, § 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41, e divergiu da jurisprudência predominante do extinto TFR e do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Está bem claro pelo *caput* do citado dispositivo legal que:

«Se o *expropriante alegar* urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o artigo 685 do Código de Processo Civil, o Juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens» (grifamos).

Ora, se é o *expropriante* que tem de alegar a urgência, isto só pode ser feito na ação *expropriatória* e não no decreto declaratório de utilidade pública. Este não *alega* urgência e sim *declara*. Uma norma legal determina, autoriza, declara e não *alega*. No caso houve a declaração de utilidade pública, a autorização e a alegação de urgência foi feita pela *expropriante*, CESP, na ação *expropriatória*. O prazo de 120 dias de que fala o § 2º do artigo 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41 só começou a correr a partir da alegação de urgência feita na ação de desapropriação (doc. de fls. 17/20), e não houve a decadência. Ely Lopes Meirelles, no seu Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., atualizada pela Constituição de 1988, ensina que:

«A *imissão provisória na posse* é admitida, até mesmo antes da citação do *expropriado*, desde que o *expropriante declare a urgência* e efetue em Juízo o *depósito prévio* segundo o critério legal do § 1º do art. 15, do Decreto-Lei 3.365/41...» (pág. 515).

Se só é possível a imissão provisória na posse, caso a *expropriante declare a urgência* e deposite em Juízo o valor da oferta, o prazo de 120 dias para ela ser requerida só pode ter início a partir da alegação de urgência feita pelo *expropriante*. Não é com o Decreto de declaração de utilidade pública que a *expropriante alega* a urgência e deposita o valor da oferta e sim com a inicial da ação *expropriatória*.

A Quinta Turma do extinto TFR, no Agravo de Instrumento nº 47.566-AM, Relator eminente Ministro Sebastião Reis, DJ de 28-5-87, firmou o entendimento de que:

«O prazo de 120 dias de que trata o art. 15, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, principia a correr da data do pedido de imissão de posse e não do decreto de declaração de utilidade pública.»

No mesmo sentido são os precedentes no Agravo de Instrumento nº 45.820-SP, Relator eminente Ministro Bueno de Souza, *DJ* de 18-10-84, Quarta Turma, Apelação Cível nº 80.519-SP, Relator eminente Ministro Miguel Jerônimo Ferrante, *DJ* de 15-12-83, Sexta Turma, e Agravo de Instrumento nº 52.991-PA, Relator eminente Ministro Geraldo Sobral, *DJ* de 15-10-87.

Nossa Corte Maior, nos Recursos Extraordinários nºs 86.683-SP, Relator eminente Ministro Soares Munõz, RTJ 96/719 e RE nº 94.579-2-RS, com o mesmo Relator, acolheu o mesmo entendimento. No primeiro, salientou o eminente Ministro Relator que:

«Não considero, como a melhor, a interpretação de que a declaração de urgência, para fins de imissão de posse, deva constar do ato expropriatório. O artigo 6º do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, disciplina o decreto expropriatório, sem mencionar que a declaração de urgência seja um dos requisitos para a imissão provisória na posse. Desta trata, exclusivamente, o aludido diploma legal no capítulo intitulado «Do Processo», sem referir-se à declaração de urgência, mas à alegação de urgência (*sic*): «Se o expropriante alegar urgência» (art. 15), como que deixa claro que a alegação de urgência constitui ato do procedimento e não do Decreto de declaração de utilidade pública.

Daí o acerto do acórdão recorrido, quando reportando-se a precedente do mesmo Segundo Tribunal de Alçada Civil, acentua:

O prazo de imissão prévia nas expropriações de urgência se conta, não do decreto expropriatório, mas da petição em que, mediante requerimento em Juízo, o expropriante solicite os efeitos da urgência declarada no decreto.» É que, conforme se esclarece no mesmo V. Acórdão: «O que exige a lei expropriatória é o processamento da imissão prévia dentro de 120 dias do requerimento de urgência e não do decreto de declaração de utilidade pública. A interpretação que empresta a ré ao texto envolveria desnaturar o instituto da imissão prévia, tornando-o inútil, com referência a expropriações nele baseadas, feitas paulatinamente, à medida da necessidade da expropriação do imóvel para o melhoramento. Declarada de utilidade pública extensa área, mediante execução parcial das obras, só se torna urgente a sua ocupação quando da efetivação do comparecimento no local» (fls. 90/91).

Considero que essa é a melhor interpretação dos dispositivos legais questionados.»

A conclusão inarredável é a de que o prazo de caducidade de 120 dias, para ser requerida a imissão de posse provisória, só tem início com a alega-

ção de urgência feita pelo expropriante na ação expropriatória e não com o decreto que declara a utilidade pública.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para cassar a segurança.

QUESTÃO DE ORDEM (PRELIMINAR)

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Antes de proferir meu voto, vou examinar a preliminar argüida pelo Dr. Subprocurador-Geral da República, com a qual não concordo. O que se discutiu no mandado de segurança e no recurso especial é se o prazo de 120 dias conta a partir do decreto ou do pedido da imissão de posse. Se o Tribunal entender que é a partir do Decreto a imissão não poderia ser deferida. Logo, não está prejudicado, porque esta questão não foi resolvida. Enquanto a turma não apreciar — porque o mandado de segurança prosseguiu, houve uma decisão do Tribunal, houve o recurso especial que está aqui para apreciarmos — e decidir se este prazo de 120 dias corre a partir do Decreto ou da ação, não se evidenciando se a imissão de posse podia ou não ser concedida.

Penso que a preliminar não procede e submeto-a à Turma.

QUESTÃO DE ORDEM (PRELIMINAR)

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Subprocurador, acompanho o Relator e o ilustre vogal. A imissão se deu por força de liminar consolidada na decisão de mérito do mandado de segurança. O objeto deste recurso especial é exatamente a legalidade da decisão ali proferida. Havendo, diga-se, decisão em sentido contrário, a eficácia daquele mandamento constitucional perderá a sua vigência. Conseqüentemente, haverá efeitos retro-operantes.

Sendo assim, *data venia*, não está prejudicada a matéria.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.093 — SP — (Reg. nº 89.0010904-9) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recorrente: Cia/Energética de São Paulo — CESP. Recorrida: Marlene Briguet Ferreira Bento e cônjuge. Advogados: Drs. José Eduardo Rangel de Alckmin e Miguel Cury Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar argüida pelo Subprocurador-Geral da República, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para cassar a segurança.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José Delgado e Vicente Cernicchiaro.

Impedidos os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg e Geraldo Sobral.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.094 — RJ

(Registro nº 89.0010905-7)

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

Recorrente: *Severiano Libório de Almeida*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

Advogado: *Dr. Huascar Cahuide Lozano e outro*

EMENTA: Penal. Extorsão indireta.

Para a configuração do delito de extorsão indireta, é necessário que o documento exigido ou recebido pelo credor se preste à instauração de procedimento criminal viável contra o devedor, o que não ocorre com o cheque pré-datado, dado em garantia de dívida, porquanto a sua emissão, em tais condições, não constitui crime.

Recurso conhecido em parte, pela letra c do permissivo constitucional, e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial, em parte, pela letra c, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e dar-lhe provimento para reformar o acórdão recorrido e absolver o réu da imputação relativa a extorsão indireta, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código Penal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Leio o relatório de fl. 177, lançado nos autos pelo eminente Juiz Alyrio Cavallieri, do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro:

«Por maioria, a 2ª Câmara confirmou a sentença que condenou Severiano Libório de Almeida por extorsão indireta e usura.

Ele emprestou 350 mil cruzeiros, em setembro de 1983, e a tomadora do empréstimo devia resgatá-lo em 3 de novembro, pelo valor de 504 mil cruzeiros; ela entregou ao embargante um cheque de

504 mil cruzeiros, uma nota promissória do mesmo valor e uma procuração que o habilitava a transferir para si ou para terceiro o telefone dela, além de um contrato particular que o intitulava a utilizar o referido aparelho por um ano.

O voto vencido foi no sentido da existência única do crime de usura, pois o crime de extorsão indireta só se patentearia se, à data da emissão do cheque a emitente não dispusesse de fundos, o que não se evidenciou.

O embargante, em suas razões, seguiu a linha de exposição do voto vencido; e reportou-se ao depoimento da própria lesada, no passo em que afirma não ter pago juros, nem perdido o telefone.

O parecer do M. Público é no sentido do voto vencido: só deve permanecer a condenação pelo crime de usura, pois o cheque representava uma possibilidade abstrata de uma ação penal que poderia ocorrer em tese e a condenação, no caso, é uma demasia.»

Rejeitados os embargos, recorreu extraordinariamente o réu, com espeque no art. 119, III, alíneas *a* e *d*, da Constituição então vigente, alegando contrariedade ao art. 41, do CPP, e existência de dissídio jurisprudencial.

Sobreveio juízo positivo de admissibilidade, a teor do despacho de fl. 177, *verbis*:

«Com efeito, a Egrégia Segunda Câmara entendeu que, mesmo tendo sido emitido o cheque para garantia de dívida, a natureza da emissão concede ao credor a oportunidade *in abstracto* de promover a instauração de procedimento criminal. Ainda que o emitente viesse a ser absolvido, tal fato não elidiria o delito de extorsão indireta que, em sendo formal, resulta consumado com a prática da ação.

O aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 486/253), trazido à colação pelo requerente, concluiu de maneira oposta pois decidiu que

‘Se o cheque obtido da vítima mediante exigência, para garantia de sua dívida para com o paciente, fora pré-datado e destituído de fundos, não dando ensejo, portanto, a qualquer procedimento legítimo contra ela, não se tipifica o delito de extorsão indireta.’

No mesmo sentido o acórdão do Excelso Pretório, no *Habeas Corpus* 42.594, transcrito pelo recorrente, assim com o das Câm. Conj. Criminais no *Habeas Corpus* 138.993 (RT 536/310).

Configurado o dissídio jurisprudencial, admite-se o recurso extraordinário interposto.

Alçados os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro Moreira Alves, dada a conversão, *ipsu iure*, do recurso extraordinário em especial, por versar matéria infraconstitucional, determinou a remessa dos mesmos a este Superior Tribunal de Justiça (fl. 219).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e impro-
vimento do recurso.

Este o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Conquanto interposto contra o v. aresto nos embargos infringentes, o recurso ataca, tam-
bém, parte unânime da r. decisão proferida em grau de apelação, em rela-
ção à qual, porém, operou-se a preclusão máxima, a teor das Súmulas nºs
354 e 355 do colendo Supremo Tribunal Federal.

Há, pois, uma única questão a ser examinada, ou seja, a relativa à
configuração do delito de extorsão indireta, que constituiu o objeto dos em-
bargos infringentes e a cujo respeito restou satisfatoriamente demonstrada a
existência de dissídio jurisprudencial, como visto do relatório.

Assim sendo, conheço, em parte, do recurso, pela letra c do permissivo
constitucional, e passo ao exame do mérito.

Com efeito, estou em que a melhor inteligência do art. 160, do Código
Penal, é a estampada no v. acórdão do e. Tribunal de Justiça de São Pau-
lo, trazido a confronto pelo recorrente.

Se o documento exigido ou recebido pelo credor, como garantia de
dívida, não se presta, por sua natureza, à instauração de procedimento cri-
minal viável contra o devedor, não se pode dizer configurado o delito de
extorsão indireta.

Certo que «a lei se contenta com a possibilidade *in abstracto* do proce-
dimento penal, sem indagar se, *in concreto*, a prova da extorsão eximirá de
crime o devedor», como adverte Hungria («Comentários ao Código Penal»,
Ed. Revista Forense, Vol. VII, pág. 81).

Uma coisa, porém, é a necessidade da prova da extorsão, para eximir
de crime o devedor, bem outra é a ausência de tipicidade. Na primeira hi-
pótese, o procedimento criminal apresenta-se viável; na segunda, revela-se
inviável.

É precisamente o que ocorre com o cheque pré-datado, dado em garan-
tia de dívida. Assim desnaturado, a sua emissão, sem suficiente provisão de
fundos, não constitui crime, segundo o entendimento assente na jurisperu-
dência, cristalizado na Súmula nº 246, do colendo Supremo Tribunal Federa-
l.

Se, em tais condições, viesse a ser instaurado procedimento criminal,
evidenciar-se-ia a falta de justa causa, na conformidade de incontáveis deci-
sões do Excelso Pretório, valendo conferir, *inter plures*, os acórdãos nos
Recursos de *Habeas Corpus* nºs 49.068 (RTJ 59/398), 55.247 (RTJ 82/716)
e 60.540 (RTJ 110/79).

Do quanto exposto, Senhor Presidente, provejo o recurso, para reformar, em parte, o r. acórdão recorrido, em ordem a absolver o réu recorrente da imputação concernente ao crime de extorsão indireta, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal. É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Sr. Presidente, Damásio de Jesus, neste Código Penal Anotado, diz o seguinte:

«Cheque sem fundo. Há duas posições: primeira, subsiste a extorsão indireta, ainda quando emitido como garantia da dívida — pós-datado ou assinado em branco. (Nesse sentido, o RT 542.000 cita várias decisões).

Agora, dá a posição dele:

«Nossa posição: O tipo não exige que se trate realmente de crime ocorrido ou que haja elementos no sentido de uma condenação. Basta que possa ser instaurado processo contra alguém. A emissão de cheque sem provisão de fundos por si só leva à possibilidade de instauração de processo criminal.»

Nesse sentido alude a uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

A despeito disso, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, está evidenciado que não seria viável o procedimento em função do cheque pré-datado, como bem esclareceu o Sr. Ministro Costa Leite. Acompanho-o.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.094 — RJ — (Reg. nº 89.0010905-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Severiano Libório de Almeida. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Dr. Huascar Cahuide Lozano e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, em parte, pela letra c, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e lhe deu provimento para reformar o acórdão recorrido e absolver o réu da imputação relativa a extorsão indireta, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

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 1.122 — RS

(Registro nº 89.10983-9)

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

Recorrente: *Elídio José Mendes*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Drs. Nelcir Raimundo Tessaro e Telmo Candiota da Rosa Filho*

EMENTA: Processual Civil. Mandado de Segurança. Embargos Infringentes. Súmula nº 597-STF.

I — Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu por maioria de votos a apelação. Súmula nº 597-STF.

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 do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 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 mandado de segurança, impetrado por Elídio José Mendes, contra ato do Diretor do Departamento de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul, consubstanciado na anulação de recibo de compra e venda de veículo e na determinação de sua apreensão.

O Doutor Juiz de Direito da Quarta Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre indeferiu a inicial, entendendo estarem ausentes os requisitos do mandado de segurança, uma vez que «não há, em tese, direito líquido e certo a amparar a pretensão» do autor.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, deu provimento à apelação do impetrante, «para cassar a sentença indeferitória da petição inicial (fl. 29)», determinando o processamento da ação de segurança, na forma da lei processual. (fls. 75/85).

Não se conformando com a decisão, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs embargos infringentes, que foram admitidos à fl. 91 e impugnados às fls. 94/95.

O 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal, por maioria, acolheu os embargos, afastando a incidência da Súmula 597-STF e sustentando o cabimento de embargos infringentes em apelação de mandado de segurança. Entenderam os julgadores que, diante da nova ordem constitucional, não é justificável a obediência às Súmulas do Pretório Excelso em matéria não constitucional, pois caberá ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar a questão «podendo adotar posição diferente da do STF».

No mérito, entendeu o aresto que não há direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, que deve procurar o ressarcimento do dano pelas vias ordinárias.

Inconformado, o impetrante interpõe recurso extraordinário, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, argüindo a relevância da questão federal.

Alega, em síntese, que:

a) tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança, por ter sido diretamente lesado e por ter-se sub-rogado «de todos os direitos pertinentes ao veículo»;

b) de acordo com a Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal, não se admite a interposição de embargos infringentes contra acórdão que, por maioria de votos, decidiu apelação em mandado de segurança.

O eminente 1º Vice-Presidente do Tribunal gaúcho, em despacho de fls. 124/126, sustenta que os dispositivos de leis federais ditos violados não foram mencionados pelo recorrente, sendo, assim, inviável o exame da matéria. Ressalta, ainda, que a espécie não se enquadra entre as hipóteses de cabimento previstas nos incisos III a X, do art. 325, do RISTF. Entretanto, admite o recurso, por considerar que o «v. aresto recorrido divergiu, reconhecidamente, da Súmula 597 do STF».

Subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): O despacho do eminente Des. Alaor Wiltgen Terra, que admitiu o recurso especial, deixou claro:

«IV — Quanto ao tema sumular, o v. aresto recorrido divergiu reconhecidamente da Súmula 597 do STF («Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu por maioria de votos a apelação»), razão pela qual entendo, de toda prudência, dar seguimento a este apelo, ao efeito de submeter a

matéria ao exame do Superior Tribunal de Justiça, competente, agora, para julgá-lo (RE nº 119.204-6, DJ 28-4-89).» (Fl. 125).

Sob esse aspecto, pois, será examinado e decidido o recurso especial: seriam cabíveis embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decide por maioria de votos a apelação? Noutras palavras, estaria de pé o enunciado da Súmula nº 597 do Supremo Tribunal Federal?

Esta é a questão.

Abrindo o debate, esclareça-se que o mandado de segurança é regido por lei especial, a Lei nº 1.533, de 1951, com as alterações que se seguiram, especialmente, no que concerne a recursos, às Leis nºs 6.014, de 1973, e 6.071, de 1974, que estabeleceram:

Lei nº 6.014, de 27-12-73:

«Art. 3º Os artigos 12 e 13 da Lei nº 1.533, de 31-12-1951, passam a ter a seguinte redação:

«Art. 12. Da sentença, negando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

Parágrafo único. A sentença fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Art. 13. Quando o mandado for concedido e o Presidente do Tribunal, ao qual competir o conhecimento do recurso, ordenar ao Juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que preside.»

Lei nº 6.071, de 3-7-1974:

«Art. 1º O parágrafo único do art. 12 e o artigo 19 da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passam a vigorar com a seguinte redação:

«Art. 12.

Parágrafo único. A sentença que conceder o mandado fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente.

Art. 19. Aplicam-se ao processo de mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio».

Substituiu-se, ao que se vê, o recurso de agravo de petição pelo de apelação; substituiu-se, outrossim, o recurso de ofício pelo «duplo grau de jurisdição». Fez-se, pois, mera adaptação de recurso, já que o CPC de 1973 passou a desconhecer o recurso de agravo de petição. Nada mais se alterou, no particular. O certo é que, em tema de recurso, somente são cabíveis, no processo do mandado de segurança, aqueles que estão mencionados na sua lei de regência, a Lei 1.533, de 1951. Assim tenho votado, conforme se vê, *inter plures*, do voto que proferi no MS nº 119.422-SP, no antigo TFR. No que tange aos embargos infringentes em mandado de segurança, a jurisprudência

dência do TFR sempre foi, aliás, no sentido do incabimento daquele recurso (Agravos Regimentais nas Apelações n.ºs 74.870 e 75.138, DJ de 3-12-75 e 11-8-75).

Tenho, portanto, que o enunciado da Súmula n.º 597-STF contém a interpretação melhor do art. 1.217, CPC, e do artigo 12 da Lei 1.533, de 1951. Reporto-me aos casos que embasam a referida Súmula 597, os RREE n.ºs 83.246 e 85.340, em RTJ 80/185 e 82/572, respectivamente.

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp 1.122 — RS— (Reg. n.º 89.10983-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recte.: Elídio José Mendes. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Drs. Nelcir Raimundo Tessaro e Telmo Candiota da Rosa Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (Segunda Turma — em 20-11-89).

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 N.º 1.127 — SP

(Registro n.º 89.11010-1)

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

Recorrente: *João de Castro Prado Neto*

Recorrido: *Marcos Barbosa de Castro Prado*

Advogados: *Christina Rodrigues de Souza e outros e Tácito Barbosa Monteiro Filho*

EMENTA: Título extrajudicial. Testemunhas (art. 585, II, do CPC).

Exigindo a lei processual, tanto quanto a lei substantiva (art. 135, CC), apenas que o documento seja «subscrito» pelas testemunhas, não são reclamadas suas presenças ao ato.

Especial provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao 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, 7 de novembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): A Segunda Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo deu provimento à apelação para julgar procedentes embargos do devedor em que ficou provado haverem as testemunhas subscrito posteriormente documento particular assinado pelo devedor, do qual consta obrigação de pagar quantia determinada.

Do acórdão, o sucumbente interpõe o presente recurso, inicialmente, sob o título de extraordinário, com argüição de relevância. Aponta negativa de vigência aos artigos 135 do Código Civil, 335, 585, II, do Código de Processo Civil e dissídio jurisprudencial, com as decisões insertas *in* RF 228/202 e RT 611/204.

O recurso foi admitido com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional e considerada prejudicada a suscitação da relevância da questão federal.

Regularmente processados subiram os autos a esta Corte.

Relatei.

VOTO

EMENTA: Título extrajudicial. Testemunhas (art. 585, II, do CPC).

Exigindo a lei processual, tanto quanto a lei substantiva (art. 135, CC), apenas que o documento seja «subscrito» pelas testemunhas, não são reclamadas suas presenças ao ato.

Especial provido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Bem convertido foi o recurso, eis que o extraordinário foi manifestado antes da instalação desta Corte Superior. Igualmente, preclusa não ficou a matéria questionada face à argüição de relevância, acertadamente, declarada prejudicada pela Presidência do Tribunal *a quo*.

Na realidade, tanto o art. 135 do digesto civil, como o art. 585, II, referem-se ao título executivo extrajudicial, no caso, um documento particular de confissão de dívida, «subscrito» por duas testemunhas. E quando a lei quer a presença, dá-lo expressamente, como se vê nos arts. 193, 199, 1.632, 1.638, 1.642, 1.658, 1.660 e 1.661, todos do Código Civil.

Logo, a decisão ao exigir a «presença» das testemunhas ao ato contrariou, sem sombra de dúvida, os citados artigos.

Além do mais, é evidente o dissídio entre o acórdão recorrido e aquele proferido pela 3ª Câmara Cível, do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do qual foi relator o então Des. Soares Muñoz, publicado na RF nº 228, ps. 202/203, cuja íntegra encontra-se na cópia junta às fls. 264/265.

Diante do exposto, conheço do recurso por cuidar-se das hipóteses previstas nas letras a e c, do inciso III, do art. 105 da Lei Maior, e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença de 1º grau.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.127 — SP — (Reg. nº 89.11010-1) — Relator: o Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: João de Castro Prado Neto. Recorrido: Marcos Barbosa de Castro Prado. Advogados: Christina Rodrigues de Souza e outros e Tácito Barbosa C. Monteiro Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 7-11-89 — 3ª Turma).

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

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 1.304 — SP

(Registro nº 89.0011512-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.*

Recorrente: *Berlimed Produtos Químicos Farmacêuticos e Biológicos Ltda.*

Recorrido: *Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Mário Morando e George Takeda*

EMENTA: Tributário. Crédito de ICM.

Inexistência de negativa de vigência, pela sentença e pelo acórdão, da regra do art. 1º da Lei nº 6.899/81, por isso que enquanto aí se determina a aplicação de correção monetária, a sentença reconheceu existir o direito de a autora creditar-se do ICM recolhido sobre produto importado que gozava de isenção, crédito que lhe cabia ter feito oportunamente. Superação de divergência entre a decisão recorrida e julgados do Supremo Tribunal Federal, com a decisão de seu Plenário quanto à não incidência de correção monetária em tais hipóteses. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os 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, 20 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Leio o relatório da sentença prolatada pelo Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo:

«Berlimed Produtos Químicos, Farmacêuticos e Biológicos Ltda., com sede nesta Comarca, propôs ação declaratória, de rito ordinário, contra a Fazenda do Estado, alegando que no exercício de suas atividades adquire insumos no mercado externo com os quais produz mercadorias que são vendidas por ela e na saída sujeitas a tributação de ICM. A importação de tais matérias-primas estava isenta do tributo por força do art. 1º, inc. V da LC nº 4/69.

Assim, pretende a procedência da ação para que seja declarado o seu direito de creditar-se do valor correspondente ao ICM isento e não recolhido, nos termos do artigo 1º, § 4º, inc. V, do Decreto-Lei nº 406/68, sobre a aquisição de matérias-primas do exterior, montante que deve ser corrigido monetariamente a partir da data da entrada das mercadorias no estabelecimento do importador, ou então com correção monetária nos termos da Lei nº 6.899/81.

Com a inicial juntou os documentos de fls. 10/2620.

A petição inicial foi ementada à fl. 2.622.

Citada, a ré contestou a ação, argüindo as preliminares de irregularidade na representação, falta de interesse de agir, falta de legitimidade para agir e inépcia da inicial.

No mérito, argumentou que a pretensão configura autêntica ficção. O princípio constitucional da não cumulatividade permite o abatimento do montante cobrado nas operações anteriores, mas tal direito não se confunde com o direito de crédito. Tendo o contribuinte o direito de abater ou deduzir do valor a pagar o valor do tributo devido na operação anterior, é inevitável que se este não foi onerado, nenhum é o valor a subtrair, ou se a operação anterior não estiver sujeita a pagamento, também não é possível a dedução.

A interpretação da autora colide frontalmente com a regra do art. 23, inc. II e seu § 6º da Constituição Federal. Contraria, também, o seu art. 153, § 2º, e o art. 1º, inc. III, da LC 24/75. Citou doutrina e jurisprudência nesse sentido e acrescentou que o raciocínio da autora é viciado, pois despreza dado fundamental, eis que o ICM não integra a base de cálculo. O imposto em tais casos não é componente do preço da mercadoria importada. Insurgiu-se contra a concessão de correção monetária e pediu a improcedência da ação.»

A ação foi julgada parcialmente procedente, e da sentença apelaram ambas as partes, o Estado de São Paulo pleiteando a sua integral reforma, e a autora buscando obter a concessão de correção monetária sobre a importância da qual fora autorizado o crédito.

Julgadas improcedentes ambas as apelações, Berlimed Produtos Químicos, Farmacêuticos e Biológicos Ltda., interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, argüindo haver sido negada vigência, pelo acórdão, ao art. 1º, § 2º, da Lei 6.899/81, e conflitar o mesmo com decisões do Supremo Tribunal Federal que indicou pelos números.

O recurso foi processado porque acolhida argüição de relevância, e transformado, depois, em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):
Reza o art. 1º, parágrafo 2º, da Lei 6.899/81:

«Art. 1º A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

.....

§ 2º Nos demais casos, o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação.»

O que aí se determina é a aplicação de correção monetária, e o que a sentença reconheceu existir foi o direito de a autora creditar-se do ICM recolhido sobre produto importado que gozava de isenção, crédito que lhe cabia ter feito oportunamente.

Não houve, assim, negativa de vigência, pela sentença e pelo acórdão, da regra do art. 1º da Lei 6.899/81.

Quanto ao conflito entre a decisão recorrida e julgados do Supremo Tribunal Federal, divergência que poderia ocorrer na oportunidade, foi superada com a decisão, pelo Tribunal Pleno da Corte Maior, ao apreciar Embargos de Divergência opostos à decisão proferida pela Primeira Turma no RE 107.782, quando se assentou, como sumariado, na ementa do acórdão respectivo:

«Crédito de ICM. Ação declaratória. Embargos de divergência.

Divergência comprovada quando à não-incidência de correção monetária. Conhecimento e recebimento.»

A decisão foi tomada à unanimidade e, sobre o mérito, assim votou o relator, Ministro Francisco Rezek:

«Conhecidos os embargos e assentada a divergência entre essas duas teses, hei de ser fiel, uma vez mais, àquela que tem prevalecido no Plenário e nas Turmas. A correção monetária não é devida nessas hipóteses.»

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.304 — SP — (Reg. nº 89.011512-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Berlimed Produtos Químicos Farmacêuticos e Biológicos Ltda. Recdo.: Estado de São Paulo. Advs.: Drs. Mário Morando e George Takeda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 20-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.320 — PR

(Registro nº 89.0011528-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Arnaldo Rodrigues de Godoy e outros*

Recorridos: *Estado do Paraná. Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Antônio Clarides Modena, Roberto Caldas Alvim de Oliveira e Carlos Eduardo A. Bittencourt.*

EMENTA: Desapropriação indireta: Juros compensatórios.

Se a jurisprudência determina que os juros compensatórios, em desapropriação (direta e indireta), devem ser pagos a partir da antecipada imissão de posse, não podia a v. decisão recorrida mandar pagá-los a partir da perícia, sob pena de não ser ampla e justa a indenização.

Não restando cabalmente comprovada a data da ocupação indevida, deve-se proceder a sua apuração em execução.

Recurso conhecido e 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 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, 29 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso extraordinário convertido em especial que subiu ao Excelso Pretório por força do acolhimento da arguição de relevância, sendo que a matéria constitucional restou preclusa diante da não interposição de agravo de instrumento (despacho de fl. 749).

Insurgem-se os recorrentes contra acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na parte que determinou, em desapropriação indireta, a incidência dos juros compensatórios a partir da perícia.

Eis a ementa do v. acórdão:

«Desapropriação indireta. Juros compensatórios e moratórios. Termo *a quo*. Honorários advocatícios elevados. Apelações do Ministério Público e do expropriante parcialmente providas, prejudicada a dos autores.

1. Tem-se entendido que os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem desde a data da indevida ocupação do imóvel (RTJ 73/862 e 106/473). Porém, não sendo possível determinar com exatidão a data em que ocorreu essa ocupação arbitrária, deve-se optar pela data da perícia, como mandava a Súmula 345 do STF.

2. Como a ação de desapropriação indireta visa à reparação de ato ilícito praticado pelo Poder Público, os juros moratórios incidem desde a data da citação.

3. A simplicidade da causa recomenda que os honorários sejam fixados com moderação principalmente quando for elevada a base de cálculo sobre a qual irá incidir o respectivo percentual.»

Foram interpostos embargos infringentes com base em voto divergente que fixava os juros a partir da citação (fl. 604), tendo sido os mesmos rejeitados (fl. 664).

Entendem os recorrentes que o v. acórdão recorrido violou o art. 153, § 22 da Constituição Federal, e divergiu da Súmula nº 164 do STF que determina serem devidos no processo expropriatório, juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse ordenada por motivo de urgência.

Esclarecem que tal verbete aplica-se às desapropriações diretas e indiretas, por não mais vigorar o enunciado da Súmula 345.

Alegam, ainda, conflito da decisão recorrida com acórdão do STF que reconhece a possibilidade de apurar-se, em execução, a data da efetiva ocupação, quando esta não resultar provada nos autos.

Pleiteiam, ao final, a fixação dos juros compensatórios na forma reconhecida pela sentença de primeiro grau ou a apuração, em execução de sentença, da data da efetiva ocupação (fls. 674/677 e fls. 679/690).

Razões e contra-razões, respectivamente às fls. 724/726 e fls. 728/732.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento (fls. 756/760).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. O v. acórdão recorrido ao entender que os juros compensatórios, na desapropriação indireta incidem a partir da perícia, quando não for possível determinar-se a data da ocupação indevida, violou o artigo 153, § 22 da Constituição Federal então vigente e contrariou a Súmula nº 164 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

A desapropriação só é possível mediante prévia e justa indenização (art. 153, § 22, da Constituição Federal anterior, e art. 5º, XXIV, da atual). Para que a indenização seja completa, justa, os juros compensatórios devem ser contados, na desapropriação indireta, a partir da indevida ocupação. Neste sentido era o entendimento tranqüilo do extinto TFR (Súmula nº 74, AC nº 111 093-MG, DJ de 22-5-89, REO nº 167 973-MT, DJ de 25-4-89 e AC nº 165.847-SP, DJ de 3-4-89) e de nossa Corte Maior Súmula nº 164, REs nºs 47.934, 53.147, 58.402, 60.595, 66.416, 67.274, 67.539, 78.161-PR (RTJ 73/862), 94.086-SP (RTJ 122/127), 111.768-RS (RTJ 121/820) AR nº 1.136-PR (RTJ 106/473), RE nº 107.912-6-MG, DJ de 9-9-88, RE 116.860-9, DJ 23-9-88 e RE 102.610-SP, DJ 9-5-86.

Se a jurisprudência consolidada nas Súmulas nº 74 do extinto TFR e 164 do STF determina que os juros compensatórios em desapropriação (direta e indireta) devem ser pagos a partir da antecipada imissão de posse, não podia a v. decisão recorrida mandar pagá-los a partir da perícia, sob pena de não ser ampla e justa a indenização.

Se não restou cabalmente comprovada a data da ocupação indevida, esta prova pode ser produzida na execução. O que não se pode é adotar-se, como início de sua incidência, a data da perícia, realizada, muitas vezes, vários anos depois da ocupação da propriedade.

Se a Administração, ao agir de maneira legal e ajuizar a competente ação de desapropriação e conseguir a imissão de posse provisória, paga os juros compensatórios a partir desta antecipada imissão, com mais forte razão deverá pagá-los a partir da ocupação indevida e ilegal, na desapropriação indireta. Seria um absurdo que ela fosse premiada justamente quando age arbitrariamente.

O v. acórdão recorrido violou o princípio constitucional da indenização justa e contrariou a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Houve violação e ocorreu a divergência.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar sejam os juros compensatórios contados a partir da data da ocupação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.320 — PR — (Reg. nº 89.0011528-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Arnaldo Rodrigues de Godoy e outros. Recdos.: Estado do Paraná e Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná. Advs.: Drs. Antônio Clarides Modena, Roberto Caldas Alvim de Oliveira e Carlos Eduardo A. Bittencourt.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 29-11-89).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros José Delgado, Armando Rollemberg, Geraldo Sobral e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.322 — PB

(Registro nº 89.11530-8)

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

Recorrente: *Banorte Crédito Imobiliário S/A.*

Recorridos: *Abilio da Cunha Cavalcante e cônjuge*

Advogados: *Drs. Roberto José Moliterno e outros e Jaime Clementino de Araújo*

EMENTA: Mutuários. BNH. Sistema Financeiro da Habitação. Competência.

I — A remansosa jurisprudência do extinto TFR, bem assim desta egrégia Corte, é assente no sentido de que é obrigatória a presença do BNH ou seu sucessor, como litisconsorte necessário, nas ações que envolvem interesse do Sistema Financeiro da Habitação.

II — Competência da Justiça Federal para processar e julgar a demanda.

III — 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, 13 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de recurso especial, convertido que foi de recurso extraordinário admitido em razão do acolhimento de argüição de relevância na Suprema Corte, alegando negativa de vigência de dispositivos legais.

O BANORTE — Crédito Imobiliário S.A., com fundamento no art. 119, III, letras *a* e *b* da Constituição Federal anterior, recorreu extraordinariamente, aduzindo que o *v. acórdão* violou os arts. 10, I, da Lei nº 5.010/66, 47 do CPC e 125, I, da Carta Magna, bem como por dissentir de decisões proferidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (*v.g.* CC nº 6.435-SC, *in DJ* de 27-2-86 — pág. 2.166).

Em síntese, discute-se a necessidade da presença do BNH, como litisconsorte passivo necessário, nas ações que envolvem interesse do Sistema Financeiro da Habitação. Por conseguinte, pede o recorrente que se anule o acórdão recorrido, bem como a sentença monocrática, por incompetência absoluta da Justiça Comum para julgar demandas em que o BNH deve intervir.

Inadmitido o apelo (fls. 335/337), o mesmo foi processado em razão do acolhimento da relevância da questão federal (fl. 342).

À fl. 344 o recorrente reiterou as razões anteriormente apresentadas, tendo deixado o recorrido transcorrer, *in albis*, o prazo para contra-razões (certidão de fl. 345).

Subindo os autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, este, por entender que embora a questão constitucional tenha restado preclusa, tendo em vista a não interposição de agravo de instrumento, subsistiu o tema infraconstitucional, face à relevância. Deste modo, negou seguimento ao recurso no tocante à matéria constitucional e determinou a remessa dos autos a esta egrégia Corte, para que se julgue a parte que se converteu em recurso especial.

Instado, o douto Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Vejo que nada há a acrescentar ao douto parecer do Ministério Público, quando assim se manifestou:

«A matéria foi prequestionada desde o início da lide (fl. 184), e reagitada na apelação.

Também comprovada restou a divergência jurisprudencial, esta com a trazida aos autos da decisão do TFR no Conflito de Competência nº 6.435, antes mencionado de cuja ementa lê-se a fl. 285:

Ementa: Processual Civil.

Ações que envolvem interesse do Sistema Financeiro da Habitação. Necessidade da presença do BNH na relação processual. Competência da Justiça Federal».

Em recente julgamento, a Primeira Seção do e. STJ, à unanimidade, ao apreciar a CJ 726-RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 6-11-89, pág. 16.682, entendeu através de acórdão assim ementado que:

«*Ementa:* Competência. Mutuário. Ação de consignação em pagamento.

É obrigatória a presença do BNH ou seu sucessor, como litisconsorte necessário, nas ações de consignação em pagamento movida por mutuários contra os agentes financeiros.

Competência do MM. Juiz Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul.

Em face do exposto, o parecer é pelo conhecimento e provimento do recurso.» (fls. 362/363).

Adotando, pois, o pronunciamento supratranscrito, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.322 — PB — (Reg. nº 89.11530-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral. Recte.: Banorte Crédito Imobiliário S/A. Recdos.: Abílio da Cunha Cavalcante e cônjuge. Advs.: Drs. Roberto José Moliterno e outros e Jaime Clementino de Araújo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (em 13-12-89 — 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 1.387 — RJ

(Registro nº 89.11728-9)

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

Recorrente: *José Geraldo da Fonseca*

Recorrido: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogados: *Drs. Carlos Alberto dos Santos e Ruth Abitibol e outros*

EMENTA: Administrativo. Previdenciário. Acidente do Trabalho. Seqüelas definitivas. Redução da capacidade funcional. Auxílio mensal.

Lei nº 6.367, de 19-10-76, art. 9º. Decreto nº 79.037, de 24-12-76, Anexo III, Quadro nº 2; Decreto nº 83.080, de 24-1-79, Anexo VII, Quadro nº 2.

I — Se a seqüela definitiva consta da relação regulamentar e se a prova médico-pericial é no sentido de que essa seqüela exige do acidentado maior esforço na realização do trabalho, tem-se a ocorrência do fato gerador do auxílio-mensal. Lei nº 6.367, de 1976, artigo 9º. Os limites, em termos de decibéis, constantes do regulamento, constituem um plus, ou um requisito a mais, a macular o ato normativo secundário, que não poderia ir além da lei, já que o regulamento, no sistema constitucional brasileiro, é sempre de execução (Constituição, art. 84, IV).

II — O acórdão recorrido, acolhendo os limites do regulamento, contrariou a lei, o art. 9º da Lei nº 6.367/76.

III — 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 do recurso pela letra a e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO. Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Cuide-se de ação acidentária proposta por José Geraldo da Fonseca contra o INPS, com o

objetivo de receber a indenização prevista na Lei nº 6.367/76, em virtude de incapacidade laboral.

A sentença de fl. 31 julgou procedente a ação.

Apelou então o INPS (fls. 32/33), alegando que o laudo pericial não afirmou de modo categórico o direito do autor ao auxílio-suplementar.

O Egrégio Tribunal de Alçada Cível deu provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente a ação, sobre o fundamento de que no caso de redução da capacidade auditiva, a «indenização, segundo disposição da legislação específica, somente é devida quando constatada a redução acima dos 50 decibéis em ambos os ouvidos. Decreto nº 79.037/76.»

Inconformado, interpõe José Geraldo da Fonseca recurso especial (fls. 57/64), com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, alegando que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 9º da Lei nº 6.367/76 e ao Decreto nº 79.037/76, além de divergir de decisões de outros Tribunais e do próprio STF (RE nº 93.177).

O eminente Juiz Presidente do Tribunal de Alçada Cível admitiu o recurso especial, porque «em princípio poderia ter ocorrido violação ao citado artigo 9º da Lei supracitada e ao Decreto nº 79.037/76, em seu anexo III, conforme sustenta o recorrente».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Examinou o apelo apenas sob a ótica da alínea a (CF, 1988, art. 105, III, a), por isso que, no que toca ao alegado dissídio jurisprudencial (alínea c), o recorrente não deu cumprimento ao disposto no art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno.

Dispõe a Lei nº 6.367, de 19-10-76, que regula o seguro de acidentes do trabalho, artigo 9º:

«Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social — MPAS, as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído do cálculo de pensão.»

O que está na lei, pois, é o seguinte: o acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional — perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional constantes de relação previamente elaborada pelo MPAS — as quais, embora não impedindo o desempenho da atividade, exijam permanentemente maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal...

O fato gerador do auxílio — perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional — deve constar de relação previamente elaborada pelo MPAS.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o citado dispositivo legal — art. 9º da Lei nº 6.367/76 — entendeu que a relação de situações acidentárias não tem caráter exaustivo, cabendo, sempre, ao Poder Judiciário, a caracterização do acidente indenizável, subsumível no conceito legal, independente de sua catalogação no regulamento (RE nº 93.177-RS, Relator Ministro Rafael Mayer, Tribunal Pleno, em 7-10-81, RTJ 100/1290).

No caso ora sob apreciação, a seqüela consta da relação elaborada pelo Ministério — Decreto nº 79.037, de 24-12-76, Anexo III, Quadro nº 2, aparelho auditivo, ou Decreto nº 83.080, de 24-1-79, Anexo VII, Quadro nº 2, aparelho auditivo — só que ali se exige que a redução seja pelo menos em grau médio, certo que esta, a redução em grau médio, é aquela que vai de 51 a 70 decibéis.

A sentença, ao julgar procedente a ação, deixou expresso que a prova pericial «concluiu, fundamentalmente, pela existência de seqüela indenizável» (Fl. 31). O acórdão recorrido não informa haja a sentença errado no apreciar a prova pericial. O que está afirmado é que a redução auditiva não se põe acima dos cinqüenta decibéis (fls. 53/54). Mas que existe a redução auditiva, não há dúvida. E que essa redução está a exigir do recorrente «maior esforço na realização do trabalho», também é incontroverso.

Sendo assim, o acórdão recorrido contrariou, ao que me parece, o disposto no art. 9º da Lei nº 6.367, de 1976. É que, comprovada a seqüela definitiva, que consta da relação expedida pelo MPAS, a exigir maior esforço na realização do trabalho, não me parece razoável o acolhimento dos limites, em termos de decibéis, imaginado pelo Ministério. Noutras palavras, se a seqüela definitiva consta da relação, e se a prova pericial é no sentido de que ela, seqüela definitiva, está a exigir do acidentado maior esforço na realização do trabalho, tem-se a ocorrência do fato gerador do auxílio, tal como está na lei, o art. 9º da Lei nº 6.367 de 1976. Os limites, em termos de decibéis, imaginados pelo regulamento, constituem um *plus*, ou um requisito a mais, a macular o ato normativo secundário, que não poderia ir além da lei. Não custa lembrar que o regulamento, no sistema constitucional brasileiro, é sempre de execução (Constituição, art. 84, IV).

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.387 — RJ — (Reg. 89.11728-9) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recte.: José Geraldo da Fonseca. Recdo.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advogados: Drs. Carlos Alberto dos Santos, Ruth Abitibol e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela letra a e deu-lhe provimento. (Segunda Turma — em 22-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

Ausente, justificadamente, o sr. Ministro Miguel Ferrante.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.418 — MA

(Registro nº 89.11821-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Benedito Reis Pinheiro*

Recorrido: *José de Azevedo Gonçalves*

Advogados: *Drs. Maria Filomena Fonseca Pinheiro e Ruy Dias de Souza*

EMENTA: Sentença terminativa. Apelação. Limitações a que se sujeita ao 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 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso para lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 21 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: José de Azevedo Gonçalves ajuizou ação de despejo, por falta de pagamento de aluguéis,

contra Benedito Reis Pinheiro. Este alegou que o proprietário do imóvel seria um terceiro. O MM Juiz, considerando que proprietário do imóvel é aquele em cujo nome se acha transcrito, extinguiu o processo sem julgamento do mérito.

Apelou o autor. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão deu provimento ao recurso. Assinalou que o imóvel seria realmente do autor, e que, provada a falta de pagamento, impunha-se a decretação do despejo.

Apresentou o vencido recurso especial. Sustentou que violado o artigo 283 do CPC, posto que admitida a apresentação de documento com a apelação. Igualmente o teria sido o artigo 515 do mesmo Código, pois o acórdão decidira o mérito da causa e a sentença não o fizera. Por fim, desatendido o disposto nos artigos 165 e 458 do CPC, já que o acórdão não teria relatório e não apresentava fundamentação adequada.

O recurso foi admitido e devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): No que diz com a juntada tardia de documento, considero que não tem razão o recorrente. Não se tratava, em realidade, de documento indispensável à propositura da ação. O acórdão, aliás, nem mesmo a ele se referiu, fundando-se em outro que já se encontrava nos autos.

Também não se violou o artigo 165, combinado com o 458 do CPC. Embora o aresto seja extremamente sucinto, contém o essencial. Oferece fundamentação, ainda que muito resumida. Quanto a relatório, adotou o da sentença, como se vê de fl. 56.

Assiste razão ao recorrente, entretanto, quando aponta, como vulnerado, o artigo 515 do CPC. A sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito, afirmando que não apresentava ele condições de desenvolvimento válido e regular. O acórdão, entretanto, além de superar a preliminar, desde logo determinou o despejo. Em voto que recentemente proferi examinei questão análoga:

«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.»

Conheço do recurso por ambas as alíneas, eis que demonstrada a divergência, e dou-lhe provimento para anular o acórdão, na parte em que julgou o mérito da causa. Deverão os autos tornar ao primeiro grau para que o MM Juiz, superada a preliminar que acolheu, decida como entender de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.418 — MA — (Reg. nº 89.11821-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Benedito Reis Pinheiro. Recdo.: José de Azevedo Gonçalves. Advs.: Drs. Maria Filomena Fonseca Pinheiro e Ruy Dias de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso para lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma — 21-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.420 — RJ

(Registro nº 89.0011886-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente: *Município do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Fernando Ferreira*

Advogados: *Drs. Gustavo Vianna de Siqueira, outros, e Amedeo Ghigino*

EMENTA: Desapropriação. Correção monetária.

Ausência de prequestionamento necessário à apreciação do recurso com fundamento na letra a, do inciso III, do art. 119, da Constituição então em vigor. Manifesta, entretanto, a divergência entre a decisão atacada e julgados trazidos a confronto, dele se conhece, negando-se-lhe porém, provimento, por haver sido adotada por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal e pelo seu Plenário, a orientação do julgado recorrido, no sentido do cabimento de correção monetária até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se à atualização desta, por mais de uma vez, quando decorrido prazo superior a um ano desde o último cálculo.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: apreciando agravo de instrumento interposto contra decisão na qual fora negada homologação a cálculo efetuado em desapropriação, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça o acolheu em julgamento cujos fundamentos foram assim resumidos na ementa do acórdão respectivo:

«*Ementa*: Desapropriação. Correção monetária. Retardamento da liquidação do precatório. Retardada por mais de um ano a liquidação de precatório expedido para efeito de pagamento da indenização de vida por desapropriação, impõe-se correção monetária relativa ao período da demora verificada, até que se efetive completamente a liquidação, como tem sido reiteradamente julgado neste E. Tribunal de Justiça em orientação que reflete a adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal no item nº 561 da respectiva Súmula.»

Inconformado o Município do Rio de Janeiro interpôs recurso extraordinário, apoiado no art. 119, item III, letras *a* e *d* da Constituição de 1967, afirmando haver sido contrariado o art. 153, § 22, da mesma Constituição, complementado pelo art. 26, § 2º, da Lei nº 3.365/41, e que conflitara com julgados da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, dos quais foi Relator o Sr. Ministro Aldir Passarinho, estando o primeiro deles assim ementado:

«*Ementa*: Desapropriação.

Correção monetária.

A correção monetária deve incidir sobre o valor do imóvel desapropriado se não liquidado o preço dentro do prazo previsto em lei.

Como, entretanto, efetuados os cálculos, o pagamento não é imediato, quando chega ele a realizar-se, já se encontra defasado o valor apurado, relativo aos juros e correção monetária. Cabe, assim, atualizá-lo até a data em que efetivamente foi liquidado o preço do principal, não havendo margem, porém, para futuras correções mo-

netárias pela demora havida no pagamento da correção monetária anterior. É que ela deve incidir tão-somente sobre o principal, sob pena de infundáveis e sucessivos pagamentos de correção sobre correção».

Os autos subiram ao Supremo Tribunal Federal porque acolhida arguição de relevância, e foram remetidos a esta Corte em razão de o recurso haver sido convertido em especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): No julgamento recorrido não foi examinada, especificamente, a interpretação correta dos arts. 153, § 22, da Constituição, e 26, § 2º, da Lei nº 3.365/41, com o que não tendo sido apresentados embargos de declaração, falta no propósito o prequestionamento necessário à apreciação do recurso com fundamento na letra a do inciso III do art. 119 da Constituição então em vigor.

É manifesta, entretanto, a divergência entre a decisão atacada e os julgados trazidos a confronto, razão pela qual conheço do recurso.

Nego-lhe, porém, provimento, por haver sido adotada, finalmente, por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal e pelo seu Plenário, a orientação da decisão recorrida, como se vê dos acórdãos que passo a ler:

«Desapropriação. Indenização. Atualizações sucessivas do cálculo. Súmula 561 (interpretação). O sentido da Súmula 561 é o de que a atualização sucessiva do cálculo somente se legitima quando decorrido um ano a contar da atualização anterior. Entendimento do Pleno no julgamento do RE 106.588.

Recurso Extraordinário não conhecido» (RTJ 124 — pág. 649 — Rel. Sr. Ministro Rafael Mayer).

«Desapropriação. Liquidação de sentença. Correção monetária. Sua incidência até a data do efetivo pagamento da indenização, devendo proceder-se a atualização por mais de uma vez, quando entre o último cálculo e o seu pagamento haja decorrido prazo superior a um (1) ano.

Neste sentido decidiu o Plenário da Corte, por maioria de votos, ao julgar o RE 106.588. Súmula 561.

Recurso extraordinário não conhecido» (RTJ 124 — pág. 1.231 — Rel. Sr. Ministro Djaci Falcão)

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.420 — RJ — (Reg. nº 89.0011886-2) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg. Rect.: Município do Rio de Janeiro. Rec-

do.: Fernando Ferreira. Advs.: Drs. Gustavo Vianna de Siqueira, outros, e Amedeo Ghiggino.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe negou provimento (em 20-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.427 — SP

(Registro nº 89.11908-7)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Antonietta Badona dos Santos e outros*

Advogadas: *Dras. Mary Chekmenian e Zuleika Ena Camargo Magalhães*

EMENTA: Recurso especial não conhecido. Inexistência de negação de vigência do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32. Divergência jurisprudencial não caracterizada.

1. Se o poder público nega a aplicação do direito pretendido pelo servidor, sob o argumento de que a norma positiva que o concedeu não foi regulamentada, não há que se falar em ocorrência de prescrição, pois, nem ao menos, o seu termo inicial se fixou.

2. Por inexistir indeferimento administrativo pelo Estado de São Paulo, nos casos regulados pelo art. 84 da LC. Estadual 180/78, ainda não regulamentada, é impossível se cuidar de prescrição do fundo do direito.

3. A não regulamentação de norma positiva que assegure vantagem ao servidor público, excedendo o prazo razoável para a ação do Executivo em tal expedição, gera possibilidade de ser perseguida e concessão do benefício perante o Poder Judiciário, sem as amarras da prescrição, pois esta só abrange as parcelas anteriores a cinco anos quando o direito decorre diretamente de uma lei que, implícita ou explicitamente, não foi negada pela administração.

4. Recurso especial 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 unanimidade, 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, 22 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro JOSÉ DELGADO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O Estado de São Paulo, não conformado com o acórdão de fls. 83/87, interpõe, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras a e c, da Constituição Federal, o presente Recurso Especial.

Alega, em primeiro plano, que, ao ser rejeitada a preliminar de prescrição que argüiu, a decisão recorrida negou vigência ao artigo 1º do Decreto nº 20.910/32. Sustenta, também, que, concomitantemente, o *decisum* deu interpretação divergente da que sobre o assunto segue o Colendo Supremo Tribunal Federal.

A parte recorrida apresentou impugnação defendendo o teor do acórdão, com requerimento final de indeferimento de plano do recurso.

O eminente Desembargador Álvaro Martiniano de Azevedo, 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, em decisão fundamentada, admitiu o recurso especial, examinando-o porém, só sobre a ótica do artigo 105, III, a, da Constituição Federal. Silenciou, conseqüentemente, quanto à interpretação divergente, conforme, expressamente, manifestou-se a entidade recorrente.

Publicada a decisão que admitiu o recurso, as partes não apresentaram suas razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO: O inconformismo especial do Estado de São Paulo está apoiado no artigo 105, inciso III, letras a e c da Constituição Federal.

Com base no primeiro fundamento, examino se a decisão recorrida negou vigência a dispositivo da lei federal, no caso o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, para decidir se, por tal, o recurso é cabível ou não.

Destaco, no particular, o que a respeito da controvérsia decidiu o v. acórdão recorrido:

«As autoras, ora apeladas, são servidoras, não estatutárias, lotadas na Secretaria da Promoção Social-Coordenadoria de Apoio Social e ajuizaram ação sumaríssima de conteúdo eminentemente declaratório, como se verifica da própria inicial, porque pretendem seja declarado o direito delas à promoção horizontal, mencionada pelo artigo 84 da Lei Complementar nº 180/78.

A ré, ao contestar a ação, sustentou a ocorrência de prescrição e ausência de qualquer direito das autoras à promoção porque não houve regulamentação das disposições da Lei Complementar nº 180/78.

Não ocorreu a prescrição. É que a própria ré nega a existência do direito das autoras, ao argumento de que não regulamentada a disposição da Lei Complementar nº 180/78, que o prevê. Ora, se a ré nega o direito, porque não regulamentado e se não houve indeferimento administrativo de qualquer pedido em tal sentido, evidente que o termo inicial da prescrição nem ao menos se fixou e, assim, não poderia ser dado por consumado, podendo, quando muito, admitir-se a prescrição de parcelas devidas que tenham recaído no quinquênio imediatamente anterior à citação da ré.» (fl. 84)

Em outro ângulo, não obstante o venerando acórdão afirmar que a pretensão é de conteúdo eminentemente declaratório, só como tal característica não se apresenta o pedido vestibular da ação, haja vista o seu alcance constitutivo. Veja-se o pedido assim definido:

«Demonstram os Suplicantes que a Fazenda não vem cumprindo as determinações legais a respeito da promoção, que lhes vem acarretando prejuízos, e o seu direito tem respaldo nas Disposições da Lei Complementar nº 180/78, e mais legislação invocada, remansosa Jurisprudência, motivo pelo qual pedem a procedência desta ação a fim de que a ré seja condenada a:

a) Reconhecer que os AA., todos admitidos nos termos da Lei nº 500/74, têm direito à promoção nos termos do artigo 84 da Lei Complementar nº 180/78, a partir do segundo semestre do mesmo ano, vez que, com interstício muito superior a três anos nessa data;

b) Efetuar as promoções dos suplicantes a partir do segundo semestre de 1978, obedecidas as condições do Decreto nº 3.807/74;

c) Efetuar os pagamentos das diferenças que forem apuradas em consequência das promoções que forem processadas, com os acréscimos legais, observada a prescrição quinquenal;

d) Apostilar devidamente os títulos de admissão, dos Suplicantes» (fls. 7/8).

É evidente, como demonstrado, que a apreciação da prescrição invocada, na espécie, não merece análise nos amplos limites fixados quando a pretensão é somente declaratória, pois, como visto, a ação é, nuclearmente, de natureza constitutiva.

Postas tais considerações, entendo que não houve a alegada negativa de vigência da lei federal, em face de, como concluiu o venerando acórdão, a prescrição da ação não haver se consumado por se tratar de direito assegurado em texto legal.

Extraí-se da demanda que os autores, ora recorridos, são servidores do Estado de São Paulo, com direito assegurado à promoção horizontal, nos termos do art. 84 da Lei Complementar n.º 180/78. O recorrente, contudo, nega a existência de tal direito, sob o argumento de que não foi regulamentada a disposição da Lei Complementar, que o prevê.

Tem-se, assim, definida a seguinte situação:

- a) o Estado de São Paulo não nega que a lei prevê a promoção;
- b) entende, porém, que só pode ser aplicada a vantagem acima assegurada, quando editado o regulamento que a disciplinaria.

Definido esse quadro na relação jurídica de direito material em apreço, configurado está que a vantagem assegurada pela Lei Complementar n.º 180 de 78, do Estado de São Paulo, não pode ficar, infinitamente, dependendo da vontade do Executivo. Ela existe e pode ser perseguida, em qualquer época, pelos alcançados por suas regras, em face de a prescrição não atingir o fundo do direito. A violação, ao meu pensar, ocorre mensalmente, na oportunidade em que, por não ter sido aplicada a promoção, os servidores não recebem as vantagens dela decorrentes. Suporta a prescrição, unicamente, as parcelas anteriores ao quinquênio formado com a propositura da ação.

Registro que o caso examinado não é igual ao apreciado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE 112.778-3, relatado pelo eminente ministro Aldir Passarinho, quando assentou que «se é certo que a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores a cinco anos quando o direito decorrente de uma lei não é implícita ou explicitamente negado pela administração, atinge ela, porém, o próprio fundo do direito quando o ato atacado é a própria lei que teria retirado o benefício pleiteado, tendo sido, em consequência, deixado ele de ser pago aos postulantes».

Na espécie, o contrário ocorre. A Lei Complementar do Estado de São Paulo n.º 180, de 12 de maio de 1978, no lugar de retirar vantagens funcionais, as concedeu. Logo, a qualquer época, independentemente do prazo prescricional, a clientela por ela atingida pode perseguir o seu direito.

Por tais razões, reconhecendo não ter havido negação de divergência do art. 1.º do Decreto n.º 24.010, não conheço, sob tal fundamento, o presente recurso especial.

Resta examinar, contudo, o apelo pela letra c do art. 105, III, da CF.

O recorrente, ao fundamentar o recurso no dispositivo supramencionado, não atendeu ao disposto no art. 542, parágrafo único, do Código de Processo Civil, explicitado pelo art. 205, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte. Embora tenha apresentado cópia autêntica de acórdãos publicados na Revista Trimestral de jurisprudência, não transcreveu os tre-

chos que configuram o dissídio alegado, nem mencionou as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Por demais, o apoio dado anteriormente ao acórdão invalida a apreciação do recurso pela letra c do art. 105, III, da CF, invocada.

Tenho, assim, como incabível o recurso por esse fundamento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.427 — SP — (Reg. nº 89.11908-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Delgado. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorridos: Antonieta Badona dos Santos e outros. Advogadas: Dras. Mary Chekmenian e Zuleika Ena Camargo Magalhães.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 22-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.450 — SP

(Registro nº 89.11982-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Drogacenter S.A. Distribuidora de Medicamentos*

Recorrida: *H. Bettarello S.A. Curtidora e Calçados*

Advogados: *Drs. Roberto Luiz Clemente e outro e Sebastião Augusto Migliorini e outro*

EMENTA: Ação renovatória. Decadência. Inicial despachada antes de findo o prazo, mas citação efetivada após noventa dias.

Nos termos do artigo 220 do CPC, as regras do artigo 219 aplicam-se a todos os prazos extintivos previstos em lei. Assim, há de incidir tratando-se de decadência, entendendo-se, nesse caso, que o direito considerar-se-á exercido na data do despacho que ordenar a citação. Não se aperfeiçoando esta, entretanto, no prazo previsto em lei, ter-se-á por não exercido, salvo se a delonga for imputável ao próprio aparelho judiciário, para ela não concorrendo a parte.

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 para lhe negar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 21 de novembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Drogacenter S.A. — Distribuidora de Medicamentos — ajuizou ação renovatória contra Jorge Curi Netto, Rafik Curi, Amin Curi, Chafik Curi, Adélia Curi Abu-Jamra, Adib Curi, Rachid Curi e Georgina Curi Chufalo. Esclareceu que a locação foi avençada por cinco anos, findando a 31 de agosto de 1986. Posteriormente, formulou petição em que afirma ter sido o prédio alienado e requereu a substituição dos réus pela adquirente H. Bettarello S.A. — Curtidora e Calçados. A citação deste deu-se a 19 de junho de 1986. A sentença extinguiu o processo, por considerar que tinha havido decadência, sendo, nesta parte, confirmada no julgamento da apelação.

Apresentou a autora recurso especial. Sustentou que a decisão recorrida negara vigência ao Decreto nº 24.150/34 e ao artigo 263 do Código de Processo Civil. Funda-se, ainda, em dissídio jurisprudencial, seja quanto à necessidade de fazer-se a citação, seja no que diz com a exigência de culpa do autor como determinante do atraso na realização daquele ato processual.

Admitido o recurso, foi devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ação renovatória. Decadência. Inicial despachada antes de findo o prazo mas citação efetivada após noventa dias.

Nos termos do artigo 220 do CPC, as regras do artigo 219 aplicam-se a todos os prazos extintivos previstos em lei. Assim, há de incidir tratando-se de decadência, entendendo-se, nesse caso, que o direito considerar-se-á exercido na data do despacho que ordenar a citação. Não se aperfeiçoando esta, entretanto, no prazo previsto em lei, ter-se-á por não exercido, salvo se a delonga for imputável ao próprio aparelho judiciário, para ela não concorrendo a parte.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): A questão em debate corresponde a antiga divergência doutrinária e jurisprudencial, já existente quando em vigor o Código de 39. O artigo 4º do Decreto

24.150 estabelece que o direito à renovação deve ser exercido nos primeiros seis meses do último ano do contrato. A dúvida está em precisar o momento em que o direito considera-se exercido. Se basta a simples entrega da inicial no protocolo, se necessário o despacho do juiz ou a citação.

Como salienta Buzaid («Da Ação Renovatória», 3ª ed., Saraiva, pág. 527) as dúvidas haveriam de ter-se como afastadas, ainda no direito anterior, desde que editado o Decreto-Lei nº 6.790/44 que mandou aplicar o § 2º, do artigo 166, do CPC então vigente, «aos demais casos de prescrição e prazos extintivos previstos em lei». Aquele dispositivo dispunha quanto à necessidade da citação, em termos semelhantes aos estabelecidos nos §§ 1º a 4º, do artigo 219, do Código de 73.

No Código atual, seu artigo 220 tem o seguinte teor:

«O disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei.»

Não pode haver dúvida de que a decadência é um prazo extintivo. Em princípio, pois, as regras do artigo 219 a ela haverão de aplicar-se. Objetase que o § 1º do artigo 219 cuida da interrupção da prescrição. Não poderia aplicar-se à decadência, em que o curso do prazo não é suscetível de interromper-se.

A objeção não me parece válida. Cumpre interpretar a regra com as necessárias adaptações, e não tornar letra morta o citado artigo 220. Certo que o prazo decadencial não se interrompe. A aplicação a ela do dispositivo em exame far-se-á lendo-se «o direito considerar-se-á exercido» em lugar de «a prescrição considerar-se-á interrompida». E o § 4º, em sua parte final, significará «haver-se-á por não exercido o direito».

De outra parte, a invocação do que se contém no artigo 263 do CPC em nada favorece à recorrente. A segunda parte desse dispositivo é expressa em ressaltar que só se produzirão, relativamente ao réu, os efeitos mencionados no art. 219, depois que for validamente citado.

Tem a jurisprudência temperado a norma, admitindo que a delonga na citação não prejudicará o autor quando decorrer do mecanismo judicial e não de desídia sua. Neste sentido é a Súmula 78 do Tribunal Federal de Recursos. A questão há de ser resolvida em função do caso concreto. Na hipótese em julgamento, o acórdão examinou se concorreria a escusativa e assim se pronunciou: «Houve inegável desídia da autora, pois, sabendo que o imóvel estava à venda, não se cercou das cautelas necessárias antes do ajuizamento da ação. Em consequência, propôs a renovatória contra os antigos proprietários e atrasou consideravelmente, por sua culpa, a citação da locadora, efetivando-a somente quando já ocorrera a decadência».

Em vista do exposto, conheço do recurso pela letra c, mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.450 — SP — (Reg. nº 89.11982-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Drogacenter S.A. Distribuidora de Medicamentos. Recda.: H. Bettarello S.A. Curtidora e Calçados. Advs.: Drs. Roberto Luiz Clemente e outro e Sebastião Augusto Migliorini e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso para lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma — 21-11-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.

— ● —

RECURSO ESPECIAL Nº 1.506 — SP (Registro nº 89.0012092-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Horácio Serafim e outros*

Advogados: *Drs. Ana Shirley Macedo Falcão e José Geraldo Velloce*

EMENTA: «Administrativo. Funcionário. Lei Complementar 180/78. Prescrição.

Hipótese em que a vantagem pleiteada pelos autores da ação lhes vinha sendo paga até a data em que entrou em vigor a LC nº 180/78, com base na qual a Administração deixou de fazê-lo, pelo que, tendo sido negado, em tal instante, o direito à percepção respectiva, começou aí a ter curso a prescrição para anular tal ato, que já se esgotara ao ser a ação proposta em 1987, na forma do disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32. Recurso conhecido e provido para julgar prescrita a ação».

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Em decisão da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a questão discutida nos autos foi assim exposta pelo relator:

«Cem (100) funcionários estaduais propõem a presente demanda, visando a condenação da Fazenda do Estado: a) na incorporação da gratificação do magistério e a calcular os adicionais e a sexta-parte dos vencimentos dos autores sobre a mesma e a recalculá-las aquelas vantagens, aplicando-se as influências recíprocas que exercem umas sobre as outras; b) em proceder o apostilamento de títulos dos autores com o reenquadramento previsto na Lei Complementar n.º 180/78 e leis posteriores e c) no pagamento das diferenças vencidas e vincendas.

A sentença (fl. 338) extinguiu o processo, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 269, IV (decadência), do Código de Processo Civil. Apelação dos autores, que ao pedirem a reforma da sentença, reiteram a procedência (fl. 402).»

Na decisão a seguir proferida afirmou a Câmara citada que a hipótese não era de decadência e sim de prescrição, que acolheu de relação à pretensão dos autores de percepção da gratificação de magistério e rejeitou de referência à aplicação recíproca dos adicionais e sexta parte dos vencimentos, também por eles pleiteada, argumentando a propósito:

«A respeito, tem-se entendido que apenas as parcelas é que são atingidas pela prescrição quinquenal, que pressupõe que a Administração Pública não tenha praticado ato de que decorra o não pagamento delas (RE n.º 112.374-5, SP, 2ª Turma, Rel. Min. Célio Borja, j. 18-3-88). O que prescreve são os efeitos produzidos, a prestação, não o direito na sua fonte, que subsiste à equívoca aplicação da lei. O pedido diz respeito à forma de se calcular os benefícios que estariam incorporados ao patrimônio dos servidores.»

E concluiu:

«Assim, o direito ao recálculo, com incidência recíproca, deve ser decidido. Pelo que, no caso, admitido a prescrição, relativamente à gratificação de magistério e às prestações vencidas, que digam respeito à incidência recíproca, reforma-se a sentença recorrida para o fim de retornar o processo ao r. juízo de origem a fim de que a decisão prossiga, como de direito. Dá-se, pois, provimento em parte à apelação.»

De tal julgado a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial com arguição de relevância, que subiu ao Supremo Tribunal Federal, e dali foi devolvido ao fundamento de que a arguição de relevância se encontrava prejudicada em face da instalação desta Corte, sendo o recurso, então, admitido em despacho assim fundamentado:

«Discute-se sobre o Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição, pugnando a recorrente pelo seu reconhecimento, que teria atingido o próprio fundo do direito e não apenas parcelas vencidas, anteriores ao quinquênio contado da propositura da lide.

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu, no julgamento do RE 114.571-4-SP, que «... a matéria em causa é objeto de notória controvérsia doutrinária e jurisprudencial...» (Rel. Min. Octávio Gallotti, *DJ* de 27-11-87).

Em assim sendo, estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso especial, merecendo chegar ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para que a respeito se possa obter esclarecido pronunciamento.»

Firmou-se o aludido recurso no art. 105, III, letras a e c da Constituição, alegando o recorrente negativa de vigência, pelo julgado, ao art. 1º do Decreto 20.910/32, por se insurgirem os autores mais de cinco anos depois contra a aplicação da Lei nº 180/78, em atenção à qual deixaram de ser pagas as vantagens pretendidas, e conflito com julgados do STF assim mencionados:

«RE nº 99.336-3/SP.

«Ora, se o pretendente se omite ao reclamar a obtenção do benefício, desde quando a sua pretensão era exercitável, ou seja, da vigência da própria lei, é o próprio fundo do direito que se compromete com o decurso do prazo prescricional que consumado, aquele mesmo é que retira a acionabilidade atingindo o próprio direito não há falar em prestações sucessivas que somente nele tem sua fonte». (Publ., *DJ* de 1-7-83 — Ementário nº 1.301-4 — Rel.: Min. Rafael Mayer).

RE nº 102.071-7/SP.

«A jurisprudência do Pretório Excelso está consubstanciada em que a prescrição pelo princípio da *actio nata* atinge o próprio direito instituído quando não reclamado *oportuno tempore*. (*DJ* de 10-8-84 — Rel. Ministro Oscar Corrêa).

RE nº 98.846-3/SP.

«Por outro lado, a prescrição apenas das pretensões diz respeito à hipótese em que a relação jurídica fundamental não tenha sido atingida pelo ato administrativo». (*DJ* de 14-10-84 — Rel. Ministro Décio Miranda).

RE nº 112.778-3/SP.

«Se é certo que a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores a cinco anos quando o direito decorrente de uma lei não é implícito ou explicitamente negado, pela Administração, atinge ela, porém, o próprio fundo do direito quando o ato atacado é a própria lei que teria retirado o benefício pleiteado, deixado ele de

ser pago aos postulantes. É o que resulta do artigo 1º do Decreto nº 20.910 e seu parágrafo 1º». (DJ de 28-8-87 — Relator Ministro Aldir Passarinho)».

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): Das decisões trazidas a confronto aquela de que foi relator, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Sr. Ministro Aldir Passarinho, foi proferida em questão absolutamente idêntica à posta a nossa apreciação como se vê do seguinte trecho do respectivo relatório:

«Zuleika Furlani e outros propuseram contra a Fazenda do Estado de São Paulo ação ordinária pleiteando as vantagens a seguir enumeradas:

a) ser proclamado que o adicional percentual por tempo de serviço, oriundo da Lei 6.043/61 e mantido pelo art. 94 e seguintes da Lei Complementar nº 180/78, deve prosseguir sendo calculado, no regime da Lei Complementar nº 180/78 e legislação subsequente, sobre os integrais vencimentos percebidos pelos suplicantes (inclusive, portanto, sobre o valor da vantagem da 6ª parte), em estrita obediência ao art. 92, VIII, da Constituição Estadual.»

É, assim, manifesta a divergência entre tal julgado e a decisão recorrida, o que basta para conhecer do recurso.

Conhecido, dou-lhe provimento.

A vantagem pleiteada pelos autores da ação lhes vinha sendo paga até a data em que entrou em vigor a Lei Complementar nº 180/78, com base na qual a Administração deixou de fazê-lo.

Em tal instante, assim, foi negado o direito à percepção respectiva, começando então a ter curso a prescrição para anular tal ato, que já se esgotara ao ser a ação proposta em 1987, na forma do disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32, que reza:

«Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.»

Nesse sentido foi decidido pela Segunda Turma do STF, não somente no acórdão apontado a confronto antes mencionado, como ao ser julgado, sobre a mesma questão o RE 115.462, de que foi relator o Sr. Ministro Carlos Madeira, também trazido aos autos pelo recorrente em cujo voto se lê:

«No caso em exame, a Lei Complementar nº 180/78 aboliu o cálculo em cascata dos adicionais, ficando os funcionários estaduais

submetidos à nova sistemática de cálculo das vantagens funcionais. Com isso se conformaram os ora recorridos, somente pleiteando a restauração da antiga forma de cálculo, nesta ação, ajuizada em novembro de 1985.

A ação, na verdade, nascera em 1978, quando passou a vigor a Lei Complementar nº 180. Os recorrentes deixaram transcorrer o prazo prescricional, sem que o Estado lhes tivesse reconhecido o direito à sistemática anterior à Lei Complementar.

Não há como considerar permanente situação jurídica abolida por lei, cujo reconhecimento sequer foi pleiteado no quinquênio seguinte à vigência dela, pelos recorridos».

Dou provimento ao recurso para julgar prescrita a ação.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Senhor Presidente, temos decidido nesta Turma que a prescrição só atinge as prestações e não o fundo de direito.

Por conseguinte, com a devida vênia de V. Exa., nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente — Peço vênia ao Ministro Geraldo Sobral para, neste caso específico, acompanhar V. Ex.^a e o faço porque estou entendendo que a vantagem foi extinta. Não fora este aspecto, mas de incorporação de vantagens, com adicionais pagos a menor, ou de forma indevida, como em hipótese já por nós examinada, reafirmaria meu ponto de vista que coincide com o do eminente Ministro Sobral.

Portanto, acompanho V. Ex.^a.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente — Já tivemos aqui vários precedentes, vou citar apenas o Recurso Especial nº 26, do qual fui Relator. A hipótese é absolutamente igual, também são funcionários da Prefeitura do Estado de São Paulo. Eles vinham recebendo estas vantagens, calculadas umas sobre as outras — aumentava uma vantagem para aumentar outra, depois calculava uma sobre a outra — o negócio é meio complicado. Depois veio essa lei complementar, citada pelo eminente Ministro Presidente, que modificou esta forma de cálculo.

Lembro-me que neste precedente trouxe ao conhecimento desta Turma um julgado do Supremo Tribunal Federal, do qual foi Relator o eminente Ministro Moreira Alves, no qual ele dissecou todos os precedentes do Supremo que se referem à Súmula nº 443, que diz (lê):

«A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta.»

A situação jurídica e o próprio direito não foram negados em hipótese nenhuma, em época alguma. Esta vantagem continuou. Apenas mudou a forma de cálculo.

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): V. Exa. me permite? Eles estão querendo voltar à forma de cálculo.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O que querem é uma parte daquilo que perderam, mas eles não perderam a vantagem toda, a vantagem continuou, só que ela passou a ser calculada de maneira diferente.

Vou fazer juntar cópia do meu voto no REsp nº 26. Aí está bem esclarecida a hipótese.

A Lei Complementar nº 180 não está em jogo, nem neste caso, nem no outro. Esta Lei Complementar não extinguiu a vantagem que eles estão pleiteando; a Lei modificou apenas o cálculo. É por isso que o Supremo entendeu em todos os seus precedentes, depois deste, no qual foi Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, que não houve divergência com a Súmula. Ele mostrou que não existe nenhum precedente do Supremo que diz que neste caso a prescrição atinge o fundo do direito. Neste caso atinge só as parcelas.

Peço vênias ao eminente Ministro Presidente, para acompanhar o Ministro Geraldo Sobral.

ANEXO

REsp nº 26-SP (89.0008161-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente — Pretendem os autores que seus adicionais e sexta parte de seus vencimentos sejam calculados sobre a gratificação de magistério e sejam recalculadas aquelas vantagens, aplicando-se as recíprocas influências, umas sobre as outras. A referida gratificação, instituída pela Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 169, de 8 de dezembro de 1977, art. 1º, foi absorvida e extinta pela Lei Complementar Estadual nº 201, de 9 de novembro de 1978, artigo 8º, das disposições transitórias. Não estão os autores pretendendo o restabelecimento da citada gratificação. Querem eles, apenas, corri-

gir o erro da administração em calcular o *quantum* a eles devido. Entendem eles que, se os adiconais por tempo de serviço (qüinqüênios) e a sexta parte, foram incorporados a seus vencimentos, para todos os efeitos, pela Constituição Estadual, artigo 92, item VIII, referidas vantagens devem ser calculadas sobre a gratificação de magistério, também incorporada a seus vencimentos, levando-se em conta as recíprocas influências. A discussão é apenas sobre a forma de cálculo e do *quantum* a ser pago, segundo os autores, a Administração lhes pagou referida gratificação em importância bem inferior a que têm direito e como foi esta a quantia incorporada a seus vencimentos, vêm eles, recebendo um *quantum* menor e desejam corrigir este erro de cálculo.

A questão é bem conhecida do Colendo Supremo Tribunal Federal, que, na decisão plenária, no RE nº 110.419, sessão de 8-3-89, firmou o entendimento de que, quando se trata de redução do cálculo da gratificação, prescrição não atinge o fundo do direito e só alcança as parcelas vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação. Por ocasião deste julgamento, o eminente Ministro Relator, Moreira Alves, em seu voto apreciou, detidamente, a jurisprudência de nossa Corte maior, sobre a hipótese. Deu ele o exato sentido da Súmula nº 443 da Excelsa Corte. Para ele, o que referida súmula afirma é que: «a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei ocorre, quando tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta». Ora, no caso em exame, não houve qualquer requerimento administrativo e a administração não negou a pretensão dos autores. Mas, para o eminente Ministro Moreira Alves a Súmula 443 é incorreta e não está de acordo com os acórdãos em que se apóia. Segundo ele, «... dos seis acórdãos em que se apóia a súmula em causa, cinco deles dizem respeito à prescrição na Justiça do Trabalho e um a prescrição contra a Fazenda Pública. Deles todos, os dois últimos se referem inequivocamente a hipóteses de prescrição do denominado *fundo do direito*: o RE 46.814, em que, para se saber se o salário deveria ser acrescido pelo pagamento dos dias de repouso, ter-se-ia de verificar se o empregado seria mensalista (caso em que não faria jus ao acréscimo) como sustentava o empregador, ou não, como pretendia o empregado e lhe proporcionaria o aumento salarial; e os ERE 5.813, em que os embargantes se insurgiam contra a transferência *ex officio* para outra carreira. Já os quatro primeiros são concernentes à prescrição apenas das prestações vencidas, e não do *fundo do direito*. O primeiro deles — o ERE 20.508 — versava sobre empregado que exerceu interinamente uma outra função e nada reclamou contra o salário que lhe foi pago durante ano e meio; voltou, então, à sua função primitiva e só veio a reclamar sobre o *quantum* recebido durante a interinidade depois de decorridos dois anos; a minoria entendeu que o direito de pleitear a diferença salarial estava prescrito; já a maioria sustentou a tese de que «no caso de remuneração de serviço a prescrição ocorre à proporção que as prestações foram incorrendo no respectivo prazo». O segundo — o RE 56.342 — dizia respeito a reclamação sobre duas gratificações: uma de meio de ano (que havia sido suprimida

em 1951, vários anos antes da propositura da ação) e outra natalina (que, em 1951, teve seu percentual diminuído para 1/2 do salário ao passo que até então era de 2/3 e, só em 1957, extinta); a Justiça do Trabalho deu pela prescrição da própria pretensão ao restabelecimento da primeira gratificação (por já estar extinta havia mais de dois anos antes da reclamação) e pela prescrição apenas das prestações vencidas antes dos dois anos anteriores à propositura da reclamação, no tocante à natalina (que, evidentemente, quanto à sua extinção estava dentro do prazo dos dois anos), estabelecendo que os empregados fariam jus a ela por ter sido ilegalmente extinta, e o percentual a ser pago seria o de 2/3 do salário e não o de 1/2, tudo isso com base no fundamento da *habitualidade*); esta Corte manteve a prescrição à própria pretensão do estabelecimento da primeira gratificação, sob o argumento de que «negado o próprio direito, há mais de dois anos, a prescrição não se limita a prestações anteriores»; e quanto à natalina não foi ela chamada a manifestar-se sobre a prescrição, mas, quanto à habitualidade para o efeito do restabelecimento da gratificação, decidiu que a Justiça do Trabalho havia julgado acertadamente. O terceiro aresto — RE 36.735 — dizia respeito a benefício coletivo, e a prescrição se limitou às prestações vencidas, sob este fundamento: «Não dou pela prescrição, eis que não se trata de alteração contratual e sim de benefício coletivo, caso em que a prescrição abrange apenas as prestações anteriores a dois anos, quando do ajuizamento da reclamação». Finalmente, o quarto acórdão — RE 37.743 — decidiu questão concernente à diferença de salário com base em aumento concedido em dissídio coletivo, e se manifestou no sentido de que, vigente o dissídio coletivo, a prescrição relativa à diferença salarial alcançava apenas as prestações vencidas.

Portanto, embora nenhum desses seis acórdãos tenha tratado de hipótese rigorosamente análoga sob julgamento, o que é certo é que eles, quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem ou não, direito a essa diferença, em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram, por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do *fundo de direito*, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma, ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado (se mensalista, ou não), ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira.

Assim sendo, se o enunciado da súmula já por si só não trata da questão em causa — como se demonstrou no início — nem qualquer dos acórdãos que lhe serviram de base decidiu em sentido contrário ao aresto ora recorrido, é manifesto que não há divergência com a Súmula 443.»

Para ele o que dizem estes acórdãos é que «negado o próprio direito, a prescrição não se limita a prestações anteriores, mas alcança a própria pretensão àquele». Na espécie não se pretende a própria gratificação e sim a aplicação de critério correto para a fixação do *quantum* devido aos autores.

Direito de ter referida gratificação não é a mesma coisa que direito a um determinado critério para o cálculo do *quantum*. Esta distinção é muito bem feita pelo Eminentíssimo Ministro Moreira Alves em seu citado voto. Esclareceu ele que os acórdãos nos quais se apóia a Súmula 443, distinguem «o direito de ter uma vantagem do direito ao critério para o estabelecimento do *quantum* dessa vantagem, para considerar que, no último caso, só ocorre a prescrição das prestações vencidas». Acentua ele que, nestes acórdãos, «quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem, ou não, direito a essa diferença em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram, por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do *fundo do direito*, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma, ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado. Se mensalista, ou não, ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira». Citou ele o precedente no RE 93.875 sobre a prescrição referente à pretensão sobre critério de cálculo do *quantum* de gratificação incontroversa da 2ª Turma, com a seguinte *ementa*:

«Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre qual de duas leis (se a anterior ou se a posterior) é que se aplica para o cálculo de uma das vantagens incorporadas a proventos.

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, uma vez que, em última análise o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (Súmula 400).

Recurso extraordinário não conhecido». (RTJ nº 101/816).

Após citar e examinar vários outros precedentes da Excelsa Corte, concluiu que:

«*Fundo do direito* é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão ao *fundo do direito* prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia-a-dia, mês a

mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza:

«Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.»

Se — como está expresso nesse dispositivo legal — a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente um *quantum*) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento, tudo o que a esse *quantum*, que é a prestação, está indissolavelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) se rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, e reconhece, portanto, a existência incontroversa do *fundo do direito*, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.

Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário —, se o servidor público requer no Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.

Dessa orientação não se afasta o decidido no RE 112.649 (e o mesmo ocorre com as decisões idênticas aí citadas), ao contrário do que sustenta o eminente relator, no voto proferido no presente recurso extraordinário.»

Este entendimento foi reiterado na recente decisão proferida no dia 17 de março de 1989, no RE nº 114.597-8, Relator Eminentíssimo Ministro Octávio Gallotti, publicado no *DJ* de 14-4-89, que trata de ação proposta por oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, visando retificação de cálculo da gratificação de nível universitário e tem a seguinte ementa:

«Prescrição de vantagem funcional.

Dissídio superado, ante o decidido pelo Tribunal Pleno, no RE 110.419 (sessão de 8-3-89), onde ficou assentado que quando o ato administrativo impugnado apenas reduz o cálculo da gratificação (sem aboli-la) não concerne, então, ao fundo do direito, mas à sua conseqüência. Por isso, a prescrição só atinge as parcelas.

Recurso de que não se conhece, de acordo com a Súmula 356.»

Demonstrado está, pelo exame da Jurisprudência do Supremo, não haver divergência com a Súmula nº 443 da Excelsa Corte ou com qualquer outro Tribunal.

O Recurso Extraordinário, interposto com fundamento nas letras *a* e *d*, do item III, do artigo 119, da Constituição Federal, e artigos 321 e seguintes do Regimento Interno do STF (fl. 136), só foi processado porque acolhida a arguição de relevância da questão federal (fl. 158). Deste despacho reconhecendo não versar o RE nenhuma das hipóteses previstas nos itens I a X do artigo 325 do RISTF, não houve recurso. Não pode, pois, o recurso ser admitido com base em nenhuma destas hipóteses. O fundamento nas letras *a* e *b*, do item III, do artigo 119 da Constituição Federal anterior, também não dá suporte ao recurso porque a decisão recorrida não contrariou nenhum dispositivo da Constituição Federal então em vigor ou negou vigência de tratado ou lei federal, como também não deu à Lei Federal «interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal». A alegada divergência de interpretação do Decreto Federal nº 20.910/32, como vimos pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, não houve. A decisão recorrida não se referiu, em momento algum, à referida norma.

Conheço do recurso apenas com base no item XI do artigo 325 do RISTF, face o acolhimento da arguição de relevância e nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.506 — SP — (Reg. nº 89.0012092-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Armando Rollemberg. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: Horácio Serafim e outros. Advs.: Drs. Ana Shirley Macedo Falcão e José Geraldo Velloce.

Decisão: A Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral e Garcia Vieira, deu provimento ao recurso (em 29-11-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e José Delgado. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.530 — RS

(Registro nº 89.0012206-1)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB*

Recorrida: *Gladys Noemia Glitz*

Advogados: *Drs. Regina Moraes Regius e Jerônimo da Silva Ribeiro e outros*

EMENTA: Previdência privada. Reajuste de pensão.

A lei de ordem pública, que vedou a utilização do salário mínimo como parâmetro de indexação, tem aplicação imediata aos contratos em curso. Inexistência de direito adquirido em hipótese de obrigação de execução sucessiva.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pelas alíneas *a* e *c* 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, 11 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente (sem voto). Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Gladys Noemia Glitz, na qualidade de beneficiária de seu falecido marido, ajuizou ação ordinária contra a «Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB», objetivando compeli-la a restabelecer o pagamento mensal da pensão devida com base no maior salário mínimo vigente no País, tal como pactuado.

Julgada procedente a demanda em 1ª instância, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou a sentença, proclamando na ementa:

«Previdência privada.

Contrato estabelecido com base no salário mínimo como fator de correção da contribuição e do benefício.

Inalterabilidade unilateral quando já definitivamente constituída a situação, mediante o pagamento do benefício nas condições ajustadas, vale dizer, após o cumprimento da obrigação do associado pelo mesmo critério, até a ocorrência do fato gerador» (fl. 193).

Inconformada, manifestou a «Aplub» recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, inciso III, letras *a* e *d*, da Constituição revogada.

Alegou violação à Lei nº 6.205, de 29-4-75, em seu artigo 1º; art. 1º e parágrafo 2º, da Lei nº 6.423, de 17-6-77; artigos 2º, parágrafos 1º e 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil; Lei nº 6.435/77, notadamente em seus artigos 1º e seu parágrafo 2º, 22 e seu parágrafo, 81 e seus parágrafos,

complementada pelo Decreto nº 81.402, de 23-2-78, especificamente em seu art. 80 e seus parágrafos, pela Resolução nº 07 — do CNSP e pela Circular 50 da SUSEP.

Tocante ao dissídio jurisprudencial, colacionou arestos do Tribunal de Alçada de São Paulo, Tribunal de Justiça da Guanabara e do Supremo Tribunal Federal.

Ao recurso foi negado seguimento. Processada a argüição de relevância, o Supremo Tribunal Federal acolheu-a e, a final, o Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho, por despacho de fl. 374, remeteu os autos a esta Corte conforme questão de ordem no RE 119.694-7 daquele Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A matéria realmente não é nova, já tendo sido amplamente debatida no Supremo Tribunal Federal e, há pouco, nesta Corte, através de ambas as Turmas da Seção de Direito Privado.

Por primeiro, a Lei nº 6.025 de 1975, descaracterizou o salário mínimo como fator de atualização. A seguir, a Lei nº 6.423, de 1977, veio impor que a correção da expressão monetária resultante de obrigação pecuniária tivesse por base tão-somente a variação nominal das ORTNs. Por último, a Lei nº 6.435/77 estendeu esse critério de atualização aos valores monetários das contribuições e benefícios relacionados com a previdência privada.

Substituiu-se, destarte, o parâmetro de indexação diante da manifesta impropriedade do salário mínimo para servir como tal. Dotado ele de, pelo menos, um elemento estranho à simples atualização (a produtividade), era motivo impeditivo da política monetária do Governo, visto constituir a todo instante efeito realimentador do processo inflacionário.

Daí a edição das mencionadas leis, cuja índole claramente é de Direito Público, por isso, cogentes e de incidência imediata.

Segundo o Desembargador Galeno Lacerda, lembrado pelo Ministro Cordeiro Guerra no *leading case* a propósito deste tema (RE 105.137-RS), «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» (RTJ 115, pág. 387).

De igual sentir o pronunciamento do Ministro Francisco Rezek, consoante o qual «coloca-se, assim, a questão atinente à aplicação de tais regras aos contratos em curso. Alguns autores sustentam que tais normas contêm princípios que, pela sua relevância, hão de ter aplicação imperativa e imediata, alcançando, dessa forma, os efeitos ou conseqüências dos contratos anteriormente concluídos, uma vez que, nesse passo, a autonomia da

vontade cede lugar ao interesse público (Ruggiero, Instituições de Direito Civil, 1971, I, pág. 151; Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Trad. esp. vol. I, Buenos Aires, 1976, págs. 230/231). Daí observar o insigne civilista francês que, em matéria de *legislación del trabajo (preaviso pagado y vacaciones pagadas, por ejemplo), com en materia de cláusulas de pago em oro, los tribunales, tratando de evitar los conflictos sociales o una depreciación de la moneda, han aplicado las leys nuevas a los efectos futuros de los contratos em curso* (Mazeaud, ob. cit., pág. 232)» (RTJ 118, pág. 711).

Tal era a orientação dominante na Suprema Corte (RTJ 115/379; 118/709; 121/705; 121/776; 122/1.146 e 124/633), que veio a ser desde logo acolhida por este Tribunal, conforme salientado no início deste voto (Recursos Especiais nºs 03, relator Ministro Eduardo Ribeiro; 29, relator Ministro Cláudio Santos; 633, relator Ministro Nilson Naves, e 815, relator Ministro Eduardo Ribeiro). Mais recentemente, esta 4ª Turma aderiu a idêntico entendimento (Recurso Especial nº 701, relator Ministro Sálvio de Figueiredo, julgamento realizado em 28-11-89).

Assim, aplicando-se os diplomas citados aos contratos em curso, não há que se falar no caso em direito adquirido a uma determinada diretriz de indexação.

Ante o exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do permissivo constitucional e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, invertidos o ônus da sucumbência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.530 — RS — (Reg. nº 89.0012206-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB. Recorrida: Gladys Noemia Glitz. Advogados: Drs. Regina Moraes Regius e Jerônimo da Silva Ribeiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pelas alíneas a e c e deu-lhe provimento (em 11-12-89 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Deu-se por suspeito, por motivo de natureza íntima, o Sr. Ministro Athos Carneiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Ministro ATHOS CARNEIRO.