

RECURSO ESPECIAL E AGRAVO REGIMENTAL

## RECURSO ESPECIAL Nº 400 — SP

(Registro nº 89.0009101-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Paulo Roberto Arissate*

Advogados: *Drs. Faisal Ali Ramadam e outros*

**EMENTA:** Execução penal. Prisão albergue.

Cumprimento de pena em prisão domiciliar, à falta de casa de albergado ou de outro local adequado.

Decorridos cinco anos da edição da Lei de Execução Penal, tempo mais que suficiente, ou o Estado se prepara para a execução penal, como prescrita em lei, ou o Juiz terá que encontrar soluções para os impasses. E uma destas é a prisão domiciliar, se o condenado faz jus à prisão albergue, por aplicação analógica do art. 117 da LEP, quando inexistir casa de albergado ou outro local adequado.

Recurso especial do Ministério Público, conhecido pela divergência, mas improvido.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Ministério Público do Estado de São Paulo recorre, pelas letras a e c do permissivo constitucional, de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que manteve prisão albergue domiciliar, concedida pelo Juiz, a falta de estabelecimento adequado.

Alega-se negativa de vigência do art. 117 do LEP e dissídio com julgado que cita.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Com algum esforço e boa vontade é possível ver-se alguma divergência entre o acórdão recorrido, que admitiu prisão albergue domiciliar fora de uma das hipóteses expressas no art. 117 da LEP e os paradigmas citados, que restringem àquelas hipóteses a concessão desse benefício.

É que o acórdão, bem ou mal, considerou, para decidir como decidiu, a «situação pessoal do sentenciado» bem como a inconveniência de fazê-lo retornar do IPA, de onde saiu com a concordância do Ministério Público.

Assim, fazendo abstração dessa peculiaridade, conheço do recurso pela letra c.

Passando ao exame do mérito, verifico que o condenado, segundo o acórdão, «foi promovido ao regime semi-aberto e deu entrada no IPA de Bauru em 1º de julho de 1987, obtendo parecer favorável do CTC para sua progressão ao regime menos rigoroso, com expressa concordância do representante da Justiça Pública, que apenas enfatizou a necessidade de 'recolher-se à noite em estabelecimento prisional adequado'». (fls. 51/52).

Não há dúvida, pois, sobre o direito do réu à progressão no regime, isto é, para o regime aberto.

Assim, inexistindo estabelecimento adequado, na região, decorridos cinco (5) anos da edição da Lei de Execução Penal, tempo mais do que suficiente para providências efetivas a respeito, cabem ser reproduzidas aqui as considerações que fiz, em voto, por ocasião do julgamento do RHC nº 72-MG, *in verbis*:

«.....»

O Código Penal, na sua nova parte geral, e a Lei de Execução Penal institucionalizaram, com característica própria, o regime aberto entre nós. Esse regime é definido no § 1º do art. 36, como sendo aquele em que o condenado cumpre a pena fora do estabelecimento, trabalhando, «sem vigilância», portanto, no seio da comunidade. Essa é a característica essencial do regime.

Acrescente-se a isso que o regime aberto não é deferido a todos os condenados, mas como etapa final da progressão, no cumpri-

mento da pena privativa da liberdade, ou, então, relativamente a condenações mais reduzidas que não exijam um cumprimento de pena em estabelecimento de segurança máxima ou de segurança média. Portanto, apenas alguns dentre os muitos condenados vão se beneficiar do regime em exame.

Como salientou o eminente Ministro-Relator, há várias formas de cumprimento de pena em regime aberto, sendo perfeitamente acessível aos juizes das comarcas, aos administradores dos sistemas penitenciários estaduais, encontrarem solução adequada, dentro de suas limitações, seja destinando local separado da cadeia pública ou da penitenciária, como ocorre em alguns Estados, seja construindo ou desapropriando imóveis para o fim de ali se instalarem as denominadas casas de albergados. Mas o que se nota é a má vontade ou posição ideológica contrária de muitos dos responsáveis pela execução penal, o que vem dificultando a implementação do novo sistema de penas. Isso conduz ao dilema: ou o Estado se prepara para a execução penal tal como posta em lei, ou então o Juiz terá que encontrar solução para os impasses criados. E uma das soluções que a jurisprudência vem encontrando para o regime aberto é esta: se o Estado não quer destinar um de seus próprios para casa de albergado, se também não pretende desapropriar alguma residência adequada e se, finalmente, se recusa ou não pode destinar uma parte de seus presídios para esse fim, o Juiz não tem como deixar de valer-se de uma possibilidade ensejada pela própria Lei de Execução Penal que é a permissão, em casos excepcionais, para que essa forma de cumprimento de pena se faça em prisão domiciliar (art. 117). Assim, por aplicação da analogia admite-se que, uma vez deferido o regime aberto, não havendo vaga ou casa de albergado na Comarca, o recolhimento se dê em residência particular.

Concedo, pois, a ordem em maior extensão».

Na linha desse entendimento, que tem sido acolhido por esta Turma, conheço do recurso, pela letra c, mas lhe nego provimento.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 400 — SP — (Reg. nº 89.0009101-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Assis Toledo — Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo — Recdo.: Paulo Roberto Arissate — Advs.: Drs. Faisal Ali Ramadam e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe nego provimento (Em 4-10-89 — 5ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. JOSÉ DANTAS.

## RECURSO ESPECIAL Nº 484 — PR

(Registro nº 89.092421-1)

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

Relator Designado: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Técnica Florestal S.A.*

Recorrido: *BHM Engenharia e Com. Ltda.*

Advogados: *Drs. Carlos Freire Faria e Osmar Alfredo Kohler e outro*

**EMENTA:** Honorários advocatícios. Correção monetária (Lei nº 6.899/81, art. 1º, segunda parte, e § 2º; Decreto nº 86.649/81, art. 3º). Tratando-se de honorários arbitrados sobre o valor da causa, ou do pedido, a correção monetária incide desde o ajuizamento da ação, não podendo, porém, ter por termo inicial data anterior à da vigência da lei. Recurso conhecido pelo dissídio e improvido.

### 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 especial para lhe negar provimento a fim de que a correção monetária se conte sobre a verba honorária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, dia seguinte, dia 9-4-81, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A empresa Técnica Florestal S.A., sucumbente, em ação que lhe propôs BHM — Engenharia e Comércio Ltda., apelou da sentença homologatória dos cálculos na execução, recurso desprovido, verbis:

«Ação ordinária de rescisão de contrato. Execução. Liquidação de sentença. Custas e honorários advocatícios.

Tendo sido a ação ajuizada antes da lei que instituiu a correção monetária, aplica-se esta a partir da legislação específica.

Recurso improvido» (fl. 420).

Esse acórdão foi declarado por embargos da executada, mas mantido no principal, ou seja, o termo inicial da correção monetária dos honorários advocatícios, matéria não compatível com a finalidade dos embargos (fl. 434).

A embargante interpôs recurso extraordinário, nos termos do art. 119, III, *d*, da CF/67, e art. 325, XI, do RISTF, inadmitido no tribunal de origem, mas processado em virtude do acolhimento, pelo STF, da arguição de relevância (fl. 508).

Eis a decisão indeferitória do RE:

«Trata-se de recurso extraordinário tempestivo (acrescido de arguição de relevância da questão federal), interposto com fundamento na alínea *d* do art. 119, III, da Constituição da República, contra julgado desta Casa cuja ementa assim sintetiza a espécie, verbis: «Ação ordinária de rescisão de contrato. Execução. Liquidação de sentença. Custas e honorários advocatícios. Tendo sido a ação ajuizada antes da lei que instituiu a correção monetária, aplica-se esta, a partir da legislação específica. Recurso improvido». Não merece trânsito neste prévio juízo de admissibilidade, entretanto, o excepcional intentado, posto que a hipótese dos autos não se enquadra em nenhum dos casos enumerados nos incisos III a X do art. 325 do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, nem foram suscitadas as excepcionantes dos nºs I e II do dispositivo regimental supracitado. Nestas condições, por falta de amparo legal, denego seguimento ao recurso, e determino, quanto à arguição de relevância da questão federal, concomitantemente invocada, a observância das formalidades legais pertinentes» (fl. 460).

No Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário foi convertido em Recurso Especial e remetido a este Superior Tribunal de Justiça (fl. 508).

É o relatório, no essencial.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A sentença foi proferida na ação em setembro de 1982 e condenou a recorrente ao pagamento de honorários advocatícios corrigidos monetariamente a partir de abril de 1981, data da vigência da Lei nº 6.899/81.

A empresa recorrente pretende que a correção incida a partir da data da sentença, porque quando surgiu a Lei nº 6.899/81 ainda não havia sentença e, tampouco, a condenação na verba honorária.

Aponta a recorrente o dissídio entre a decisão recorrida e a orientação do STF sobre a matéria, conforme acórdãos na Ação Rescisória nº 1092 AG RG/SP; da 2ª Turma nos Embargos de Declaração no RE 93644/RJ; e no RE 108.910, dessa mesma Turma.

De fato, no primeiro paradigma consta, da *ementa*, que a correção monetária dos honorários incide a partir da sentença. Assim, também, os demais acórdãos, iterativamente, a saber que os honorários devem ser atualizados no instante do seu efetivo pagamento, tendo-se como ponto de partida a data em que foram arbitrados (fls. 445/448).

A questão, embora simples, transcende o interesse individual das partes, pois diz respeito à uniformidade de interpretação da Lei nº 6.899/81, que, em alguns casos, tem sido titubeante, cabendo-nos, por missão constitucional, garantir o regime federativo, por sua legislação, com o máximo de certeza e segurança jurídicas (fl. 450).

Ao exame dessas decisões do STF, nelas não encontro, porém, razões que conduzam à posição ali adotada. Pelo contrário, em um dos acórdãos, sendo relator o Ministro Moreira Alves, disse ele que a correção monetária relativa aos honorários advocatícios era devida por força da Lei nº 6.899/81, posterior, aliás, à propositura da ação (RTJ 114/488). Mas, ao aplicá-la o fez, contraditoriamente, pois o art. 1º, § 2º, é peremptório ao fixar o termo inicial do cálculo a partir do *ajuizamento* da ação, ou seja, da sua *propositura*.

Comenta aquele Ministro que à época da propositura da ação ainda não havia condenação, cujo valor só surgiu no ato da sentença. Mas a Lei nº 6.899/81 não faz essa distinção. E onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir: «... o cálculo far-se-á a partir do ajuizamento da ação» (art. 1º, § 2º).

Contudo, essa regra não é tão absoluta como parece. E isso é que deveria ser realçado pelo intérprete. Se o texto dispõe de modo amplo, não posso distinguir entre as circunstâncias da hipótese e as outras. Mas nada me impede de restringir o odioso e ampliar o favorável, quando houver motivo sério para reduzir o alcance dos termos da lei, se a razão fundamental da norma não deva ser estendida a um certo caso especial, quando será possível prescrever limites ou exceções ao preceito amplo. (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, págs. 246/247).

Ora, a regra ampla é a seguinte: a correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial (art. 1º, *caput*); e o cálculo da correção se fará a partir do ajuizamento da ação (art. 1º, § 2º). E a norma restrita é esta: nas execuções de títulos de dívida líquida e certa, a correção será calculada a partir do respectivo vencimento.

Na hipótese deve ser aplicada, pois, a norma restrita (art. 1º, § 1º), pelo simples fato de não se cogitar de uma condenação ilíquida, mas de título resultante de liquidação homologada por sentença, isto é, título executivo judicial ou, no teor legal, sentença transitada em julgado, mesmo na pendência de recurso extraordinário.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra c, do permissivo constitucional e lhe dou provimento, para efeito de, reformando, em parte, o venerando acórdão recorrido, determinar que a correção monetária dos honorários advocatícios seja calculada a partir da sentença na liquidação.

É como voto.

Recurso Especial nº 484 — PR

Registro nº 89.0924/2-1

VOTO (VISTA)

○ EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Discute-se sobre o termo inicial da correção monetária dos honorários advocatícios (Lei nº 6.899/81, art. 1º, segunda parte). A sentença homologatória do cálculo, confirmada pelo acórdão da apelação, e não alterada, *no ponto objeto deste recurso* (sublinhei), pelo acórdão dos embargos de declaração, dispôs assim:

«A impugnação de fls. 379/380, data *venia* improcede conforme exposto pela exequente às fls. 386-387, tendo em vista a aplicação na espécie da Lei Federal nº 6.899 de 8-4-81 que determina em seu artigo 1º a incidência de correção monetária inclusive sobre custas e honorários advocatícios.

Como na espécie, a ação foi ajuizada anteriormente à vigência da Lei nº 6.899/81, a correção monetária incide a partir de 9-4-81, conforme determina o artigo 3º do Decreto nº 86.849 de 25-11-81, conforme o exposto pela exequente em sua manifestação de fls. 386/387».

Foi a ação ordinária de rescisão de contrato ajuizada no ano de 1977. A sentença que a julgou improcedente é de 1982 (20 de setembro), condenando a autora no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor do pedido. Agora, neste recurso por dissídio com julgados do Supremo Tribunal Federal, quer a recorrente, na condição de autora da ação em que se viu derrotada, que o termo inicial da correção monetária seja o da sentença condenatória — 20-9-82 —, e não o da Lei nº 6.899 — 9-4-81, como, a final, ficou decidido nesta execução de sentença.

Qual o Sr. Relator, conheço do recurso, pois comprovada a divergência.

Coube à Lei nº 6.899, de 8-4-81, ao determinar a correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, dispor, por igual, sobre custas e honorários advocatícios. «A correção monetária» — conforme o art. 1º — «incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios». No caso de dívida líquida e certa, calcula-se a correção a contar do vencimento do título (§ 1º). Nos «demais casos», a partir do ajuizamento da ação. E o Decreto nº 86.649, de 25-11-81, regulamentando a Lei nº 6.899, tratou, no art. 3º, das causas pendentes de julgamento à data da aludida lei, dispondo, finalmente, que «o cálculo a que se refere o art. 1º se fará a partir de 9 de abril de 1981».

No meu entender, o caso de que se cuida inscreve-se entre os «demais casos» a que se refere o § 2º do art. 1º, com o temperamento do decreto regulamentar, por se tratar de ação proposta anteriormente à data da entrada

em vigor da lei respectiva. Não me parece, *por exemplo*, razoável admitir-se que o autor, certamente vitorioso, tenha a correção do que ganhou desde o ajuizamento da ação, ao passo que o seu advogado só a tenha, quanto aos honorários, a contar da sentença, ou do seu trânsito em julgado. Depois, não se pode esquecer a natureza dessa verba, de nítida feição salarial, pois remunerava o trabalho do advogado.

Distinguindo os honorários arbitrados em quantia certa dos fixados sobre o valor da causa, decidiu a 2ª Turma deste Superior Tribunal — 1ª Seção: «Honorários advocatícios arbitrados em quantia certa: neste caso, a correção monetária incide a partir da sentença que os concedeu. Todavia, se a verba honorária é arbitrada sobre o valor da causa, a correção monetária incidirá desde o ajuizamento desta (Lei nº 6.899, de 1981, art. 1º, § 2º)».

No caso concreto — repito —, parece-me exato o acórdão, que confirmou a sentença homologatória, ao determinar a correção monetária dos honorários advocatícios a contar de 9-4-81, por se cuidar de ação ajuizada no período anterior à Lei nº 6.899.

Por tudo isto é que, no caso presente, conhecendo, como conheço, do recurso pelo dissídio, nego-lhe provimento.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, o entendimento aqui exposto pelo eminente Ministro Nilson Naves corresponde, exatamente, ao que sempre adotei. Se os honorários são fixados em quantia certa, presume-se que o julgador, ao fazê-lo, já lhe deu um valor que correspondesse a uma justa remuneração naquele momento, de maneira que só a partir da sentença se corrige. Entretanto, se é fixado sobre o valor da causa, ou sobre o valor do pedido, tal como deduzido na inicial, há que ser atualizado a partir do ajuizamento da ação. No caso, todavia, não poderá o termo inicial ser anterior à vigência da lei.

Acompanho S. Exa., data venia.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 484 — PR — (Reg. nº 89.09242-1) — Relator Orig.: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Relator Desig.: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Técnica Florestal S.A. Recorrido: BHM Engenharia e Com. Ltda. Advogados: Drs. Carlos Freire Faria e Osmar Alfredo Kohler e outro.

Decisão: Após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves, a Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, conheceu do recurso especial para lhe negar provimento a fim de que a correção monetária se conte sobre a verba honorária a partir da vigência da Lei nº 6.899/81, dia seguinte, dia 9-4-81. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Nilson Naves (3ª Turma, 19-9-89).

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

## RECURSO ESPECIAL Nº 489 — PR

(Registro nº 89.9247-2)

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

Recorrente: *Estado do Paraná*

Recorridos: *Grameira Gabardo Ltda e outros*

Advogados: *Drs. José Manuel de Macedo Caron, Raul Solheid e outros*

**EMENTA:** Mandado de Segurança. ICM. Incidência sobre grama produzida sob forma de leivas.

Tijolos de grama sob forma de leivas, produzidos para formação de tapetes verdes com caráter ornamental, não se incluem na isenção prevista no inciso XIII do art. 1º da Lei Complementar nº 4/69.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes 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, 19 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: O 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concedeu o Mandado de Segurança impetrado por Grameira Gabardo Ltda e outros contra ato do Sr. Secretário de Finanças do Paraná, que lhes vem exigindo ICM incidente sobre leivas ou «tijolos de grama» por eles produzidos.

Houve embargos de declaração (fls. 78/80), que foram rejeitados pelo acórdão de fls. 86/87.

Inconformado, o Estado do Paraná interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 119, III, alínea a, da Constituição anterior, sustentando, ofensa ao artigo 19, § 2º, do permissivo constitucional citado e ao artigo 1º, inciso XIII, e § 1º da Lei Complementar nº 4/69.

Impugnação dos recorridos às fls. 111/112.

Admitido pela decisão de fls. 114/115, processou-se regularmente o recurso com as razões de fls. 117/121, não havendo contra-razões.

Os autos foram remetidos a esta egrégia Corte, convertido em Recurso Especial nos termos da decisão do colendo STF, de fl. 136.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 129/131).

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Mandado de Segurança. ICM. Incidência sobre grama produzida sob forma de leivas.

Tijolos de grama sob forma de leivas, produzidos para formação de tapetes verdes com caráter ornamental, não se incluem na isenção prevista no inciso XIII do art. 1º da Lei Complementar nº 4/69.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): A CF/69, em seu art. 19, § 2º, autorizou a União, mediante Lei Complementar e atendendo relevante interesse social ou econômico nacional, conceder isenções de impostos estaduais ou municipais.

Por sua vez, o CTN (Lei nº 5.172/66, com as alterações posteriores), considerada como Lei Complementar, estabelece, em seu artigo 111, que a outorga de isenção deve ser interpretada literalmente, por ser exceção à regra de direito consagrada no texto da Carta Magna vigente ao tempo.

Dentro deste contexto, o intérprete deve limitar-se ao disposto na lei, evitando interpretações extensivas ou analógicas.

○ acórdão embargado está assim redigido à fl. 74:

«Mandado de Segurança — ICM exigido sobre a produção e comércio de grama, fornecida aos compradores, de regra, sob a forma de leivas, «isto é, pequenos tijolos de grama».

Mandado de Segurança concedido — A isenção do ICM sobre mudas de plantas ou produtos destinados ao uso na agricultura abrange também a produção e comércio de grama, mesmo para ajardinamento, formação de pastagens e formação de tapetes verdes mesmo com caráter ornamental, eis que são atividades subsumidas ao conceito genérico de agricultura que o legislador adotou para consagrar a isenção.»

A Lei Complementar nº 4, de 2-12-69, que concedeu isenção de ICM e deu outras providências nos diversos incisos de seu artigo 1º, isenta do ICM produtos industrializados e mercadorias destinadas ao mercado interno, além de estabelecer regras para entrada de mercadoria no estabelecimento do importador.

No tocante aos produtos destinados à agricultura, disciplinou no inciso XIII, verbis:

«XIII — as saídas, de quaisquer estabelecimentos, de rações balanceadas para animais, adubos simples ou compostos, fertilizantes, inseticidas, fungicidas, formicidas, herbicidas, saronicidas, pintos de um dia, mudas de plantas e sementes certificadas pelos órgãos competentes.»

Na linha da interpretação do tipo, limitou a isenção para a saída dos produtos em seu parágrafo 1º, assim:

«As isenções de que trata o inciso XIII aplicam-se exclusivamente aos produtos destinados ao uso na pecuária, na avicultura e na agricultura.»

Na espécie em exame, as Recorridas são produtoras de grama, sob forma de leivas, ou seja, pequenos tijolos de grama que, em princípio, se destinam à formação de jardins ou áreas públicas ornamentais.

O brilhante voto condutor do v. acórdão recorrido, entende, também, que esses tijolos de gramæ podem ser destinados à formação de pastagens na área agrícola.

Realmente, pode ser até que as Recorridas, excepcionalmente, venham produzir mudas de gramíneas para formação de pastagens, mudas essas sujeitas à disciplina da Lei nº 6.507, de 19-12-77 (que dispõe sobre a inspeção e a fiscalização da produção e do comércio de sementes e mudas), bem diferente da produção de grama para formação de jardins e áreas verdes diversas na área urbana, como na hipótese dos autos.

Nessa linha de raciocínio, estou em que o v. acórdão violou dispositivos da Constituição Federal vigente à época e da Lei Complementar nº 4/69, razão pela qual conheço do recurso e lhe dou provimento nos termos assinalados.

## VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, peço vênua ao eminente Relator para dele discordar. Entendo que, se incide o ICM sobre a muda e sobre a semente, então incide também sobre a grama, pois esta é uma espécie de muda, porque, quando se pega uma placa de grama para plantar em outro lugar, está se levando uma muda.

## APARTE

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): V. Exa. é um Juiz muito criterioso.

Diz a Lei: «As isenções de que trata o inciso XIII — que é esse específico de muda — aplicam-se, exclusivamente, aos produtos destinados ao uso na pecuária, na avicultura e na agricultura, isto é, destinados à zona rural.

Ora, produto destinado à área urbana não se pode confundir com a área rural. É preciso que a nota fiscal se destine à agricultura, no campo, na fazenda. E as notas fiscais que estão nos autos são oriundas de vendas para firmas de ajardinamento, para emprego em área urbana.

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas se se trata de uma empresa que se dedica à venda de grama, e se incide o ICM sobre a muda, não vejo porque não incidir sobre a grama, porque para mim ela também é muda.

Por isso, peço vênica para continuar discordando.

Nego provimento.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 489 — PR — (Reg. n.º 89.9247-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Rects.: Estado do Paraná. Recdos.: Grameira Gabardo Ltda e outros. Advs.: Drs. José Manuel de Macedo Caron, Raul Solheid e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, deu provimento ao recurso. (1ª Turma, em 19-3-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



### RECURSO ESPECIAL N.º 500 — SP

(Registro n.º 89.0009259-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Luiz Aparecido da Silveira*

Advogado: *Dr. Raimundo Pascoal Barbosa*

**EMENTA:** Penal e Processual Penal. Reabilitação. Ressarcimento do dano. Exigência essencial.

Réu condenado em ação penal e absolvido, no cível, em ação popular, pelo mesmo fato.

Decisão do Juízo Cível que considera não provada a participação de alguém na trama fraudulenta, excluindo-o da obrigação de indenizar, não colide com sentença criminal con-

denatória, que reputou provada aquela participação, já que a prova que não foi feita pelo particular, no Juízo Cível, foi produzida pelo Ministério Público no Juízo Penal.

Inexistência de questão prejudicial, litispendência ou coisa julgada oponíveis à sentença criminal. Independência das instâncias civil e penal, com prevalência desta quando decide sobre a prova do fato e da autoria.

Recurso especial conhecido e provido para restabelecimento do acórdão, na apelação, que cassou a reabilitação, concedida independentemente da obrigação de reparar o dano.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para restabelecer o acórdão proferido na apelação, 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 JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Luiz Aparecido da Silveira foi condenado, em co-autoria, a 01 (um) ano de reclusão e multa, com «sursis», por ter-se envolvido com outras pessoas em negociata fraudulenta, conhecida como «escândalo da CECAP».

Cumprida a pena, requereu reabilitação criminal, tendo o Juiz da 2ª Vara Criminal de São Paulo acolhido a pretensão (fls. 71/76).

Apelou o Ministério Público Estadual sob o argumento de que não fora ressarcido o dano causado, nem demonstrada a impossibilidade de fazê-lo (fls. 92/95).

A Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, por votação majoritária, provendo o recurso, revogou a reabilitação, com os seguintes fundamentos:

«O MM. Juiz entendeu dispensável o requisito da reparação do dano, porque, em ação popular constitucional ajuizada contra o ora requerente, as decisões de primeira e segunda instâncias afirmaram que este não tinha ciência da grande diferença de preço e que não tinha procedido maliciosamente em toda a operação.

Mas não se podem confundir os conceitos e os princípios de direito.

Observe-se, em primeiro lugar, que a ação penal e a ação civil correram simultaneamente, quando teria sido conveniente, exatamente para evitar decisões contraditórias, que a ação civil, nos termos do artigo 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ficasse suspensa até o julgamento definitivo da ação penal.

De qualquer forma, antes da decisão civil, mais precisamente em 22 de dezembro de 1983, foi julgada a ação penal contra o requerente e este foi condenado nas penas do delito de estelionato, ao passo que a decisão, na ação civil, ocorreu somente em 27 de dezembro de 1983, sendo interpostos embargos declaratórios julgados em 15 de maio de 1984.

Conclui-se, de tal arte, que, na ação civil, o autor não logrou produzir provas contra o ora requerente, mas, na ação penal, e até na revisão criminal, entendeu-se que Luiz Aparecido da Silveira participara de toda a trama, auferindo diretamente vantagem ilícita, recebendo as penas correspondentes ao crime de estelionato.

A decisão condenatória no processo penal tem, como ensina José Frederico Marques, a natureza de título executório civil, nos termos do artigo 63 do estatuto processual penal, acrescentando o eminente mestre que «A obrigação de indenizar tornou-se certa e indiscutível com a sentença penal condenatória transitada em julgado. Resta ao exeqüente, apenas, promover-lhe a execução, mediante o processo prévio de liquidação, para o ulterior desenvolvimento do processo executório civil» («Elementos de Direito Processual Penal», volume III, pág. 104).

O decreto de improcedência na ação popular, em relação à obrigação de devolver ao ora requerente a importância recebida, não elide o título executivo corporificado na r. sentença condenatória, até porque o artigo 584, inciso II, do Código de Processo Civil, assim o permite.

De mais a mais, na ação popular, não se pode comparar o interesse e atuação do autor com a do ofendido, podendo ocorrer, em tese, até mesmo conluio entre o autor da ação popular e o réu condenado na ação penal, o primeiro descurando-se da produção de prova, em favor do segundo.

A reabilitação é instituto de direito penal. Para a sua concessão, devem ser obedecidos os requisitos de lei, entre os quais a reparação do dano. Se a sentença condenatória considerou que o réu auferira vantagem ilícita, seja em proveito próprio, seja em favor de outrem, a reabilitação só pode ser concedida desde que o dano seja reparado, pouco importando a existência de sentença civil que decida de forma contrária.

A propósito, o Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu que «A absolvição no domínio cível, dada a insuficiência dos elementos

ali recolhidos para permitir juízo seguro sobre a participação dolosa do paciente nos eventos ilegais, não subordina a Justiça Penal que, à base da interpretação dos fatos e da integração dos indícios, pode vir a concluir pela culpa do réu» (HC nº 63.946/1 — SP, Relator Ministro Francisco Rezek, *DJ*, Brasília, 155:13928, de 15-8-86).

Em face do exposto, consideram interposto o recurso oficial e dão provimento a ambos os recursos, para revogar a reabilitação concedida ao requerente» (fls. 158/162).

Opostos embargos infringentes (fls. 178/183), foram acolhidos, *in verbis*:

«Existem, portanto, dois títulos judiciais: um criminal, condenatório, exequível na esfera civil; outro, resultante da ação popular, que foi julgado improcedente em relação ao requerente, e na qual, em fase de execução, o Estado passa a figurar no pólo positivo, visando ao ressarcimento dos danos, a que foram solidariamente condenados os outros dois co-réus.

Não há dúvida de que a condenação penal irrecurável faz coisa julgada no cível, para efeito de reparação do dano, tratando-se, no caso, de título executório (art. 63 do CPP), cujo efeito é tornar certa a obrigação de indenizar (art. 91, I, do CP), não se podendo mais discutir a respeito do *an debeat*, mas somente sobre o *quantum debeat*.

Por outro lado, a absolvição do recorrente, nos autos da ação popular, por falta de prova quanto à sua participação no ato lesivo, que gerou prejuízos à Codespaulo, não impede o ajuizamento de execução *ex delicto*, sendo de ponderar que a inércia da vítima não significa renúncia ao direito de ressarcimento dos prejuízos que experimentou (RT, 492/295).

E isto porque, em virtude da solidariedade passiva, advinda do título criminal, que entrelaça todos os condenados, poderá o Estado exigir-lhes o ressarcimento dos prejuízos que experimentou.

Nessa hipótese, possível será o exame da extensão da autoridade da coisa julgada, em relação aos demais coobrigados.

Acontece que o Estado até o momento não executou o título criminal. Ao que tudo indica, restringe sua execução ao processo de natureza civil, resultante da ação popular, julgada improcedente no que tange ao requerente.

Ora, se o Estado deixa de executar o título criminal, procurando, na esfera civil, buscar o ressarcimento dos demais acionados, tal omissão não impede que o requerente alcance a reabilitação, que não anulará sua pretensão indenizatória, que poderá ser exercitada a qualquer tempo.

A reabilitação somente propiciará ao requerente a faculdade de exercer com plenitude todos os direitos de cidadania, que não po-

dem ficar permanentemente coarctados, uma vez que não existia contra si nenhum pedido indenizatório, no momento em que deduziu sua pretensão, comprovando haver satisfeito os demais requisitos impostos pela lei.

Com efeito, ensina a jurisprudência que o pressuposto da reparação do dano, previsto no art. 744, inciso V, do Código de Processo Penal, e no art. 94 do Código Penal, precisa ser apreciado com certa elasticidade, sem rigorismo, porque as finalidades do instituto da reabilitação «recomendam que o julgador não se prenda a um esquema de rígido formalismo na verificação dos requisitos secundários ao seu deferimento e entre estes se inclui o do ressarcimento do dano» (RT 511/397 e 405, 598/323).

Tendo em conta as circunstâncias especialíssimas que rodeiam o caso *sub judice*, bem como a existência de outro título judicial, já em fase de execução, admite-se, em consonância com as conclusões do eminente prolator do judicioso voto vencido, que a reparação do dano *ex delicto* constitui condição secundária para a obtenção da reabilitação criminal, podendo, em certas hipóteses, ser dispensada.

Nessas condições, com o devido respeito à opinião contrária, dá-se provimento aos presentes embargos, para restabelecer a respeitável sentença de primeiro grau, que concedeu a reabilitação pleiteada pelo recorrente, negando-se provimento a ambos os recursos» (fls. 204/208).

Inconformada, recorre extraordinariamente a Procuradoria-Geral da Justiça, com apoio no art. 119, inciso III, letras *a* e *d*, da antiga Constituição Federal, alegando, em suma, que o *v. acórdão* negou vigência aos arts. 94, III, do CP, e 744, V, do CPP, ao considerar a reparação do dano como condição secundária para a obtenção da reabilitação. Além disso, afirma, a decisão atacada divergiu de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo, que aponta (fls. 210/219).

Deferido o recurso, pela letra *d*, nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo seu conhecimento e provimento (fls. 253/258).

O apelo extremo, por versar matéria infraconstitucional, foi transformado em recurso especial (fl. 261).

É o relatório.

#### VOTO

EMENTA: Penal e Processual Penal. Reabilitação. Ressarcimento do dano. Exigência essencial.

Réu condenado em ação penal e absolvido, no cível, em ação popular, pelo mesmo fato.

Decisão do Juízo cível que considera não provada a participação de alguém na trama fraudulenta, excluindo-o da obri-

gação de indenizar, não colide com sentença criminal condenatória, que reputou provada aquela participação, já que a prova que não foi feita pelo particular, no Juízo Cível, foi produzida pelo Ministério Público no Juízo Penal.

Inexistência de questão prejudicial, litispendência ou coisa julgada oponíveis à sentença criminal. Independência das instâncias civil e penal, com prevalência desta quando decide sobre a prova do fato e da autoria.

Recurso especial conhecido e provido para restabelecimento do acórdão, na apelação, que cassou a reabilitação, concedida independentemente da obrigação de reparar o dano.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): O dissídio está bem demonstrado frente ao paradigma citado à fl. 216, referente ao RE 107.609-PR, Rel. Min. Octávio Gallotti.

Enquanto nele se tem o ressarcimento do dano como condição essencial à obtenção da reabilitação, o acórdão recorrido considera-o condição secundária para a obtenção do benefício.

Isso basta, a meu ver, para ensejar o conhecimento do apelo especial, pela letra c do vigente permissivo constitucional, o que, nos termos da Súmula 292 do STF, permite o seu conhecimento pelo outro fundamento.

Examino, pois, o mérito.

O recorrido, ex-prefeito Luiz Aparecido da Silveira, respondeu a dois processos, relativamente ao denominado «escândalo da CECAP»: um no Juízo cível, consistente em ação popular proposta por Saulo de Tarso Muzel Viana, para anulação da transação imobiliária fraudulenta entre a CECAP e Apolinário de Almeida, com a conseqüente restituição dos valores recebidos pelos vários beneficiários, entre os quais o recorrido; outro, no Juízo criminal, por estelionato relacionado com os mesmos fatos.

A ação civil, embora julgada procedente em parte, teve desfecho favorável, em primeira instância, ao ora recorrido, considerado não partícipe da fraude e não beneficiário da operação lesiva (sentença, fl. 47). A Terceira Câmara Civil, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, manteve no essencial a sentença, ou seja, a condenação de alguns na devolução das quantias pagas, corrigidas monetariamente, mas não reeditou o mesmo fundamento da improcedência parcial, quando afirmou o seguinte:

«Quanto ao prefeito Luiz Aparecido da Silveira, não ficou provado que estivesse ciente da grande diferença de preço, e nem que tenha procedido maliciosamente em toda operação» (fl. 50).

A ação penal, por sua vez, foi julgada procedente, com a condenação também do paciente como co-autor do fato (art. 171 cc 25 do CP) por haver, com auxílio de outras pessoas, mediante meio fraudulento, obtido vantagem ilícita, consistente em aproximadamente Cr\$ 5.645.889,80, em prejuízo da CECAP (fl. 116).

Confirmada a condenação, em segunda instância, requereu o ex-prefeito revisão criminal, que tomou o n.º 146.104-7, alegando não-participação na fraude. No acórdão dessa revisão, exibido às fls. 116 e segs., não só considerou o 6.º Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Criminal, provada a participação do ex-prefeito na fraude (fl. 119, item 3), como apreciou a questão da ação popular, in verbis:

«No tocante ao segundo fundamento, traz o peticionário como prova nova para a demonstração de sua inocência os documentos de fls. 25/91, peças em xerox de uma ação popular proposta visando à anulação do negócio e a condenação dos envolvidos ao pagamento de perdas e danos.

Verifica-se que em 1.ª Instância o ato de compra e venda foi anulado, reconhecida a lesão ao patrimônio da CECAP. Em 2.ª Instância, embora ressaltada a ilegalidade do negócio, apenas por conveniência prática, foi ele mantido (fl. 89 da revisão), confirmando-se, no entanto, a condenação de alguns dos réus ao pagamento de indenização.

Relativamente ao peticionário, acabou ele sendo absolvido, mas não porque houvesse ficado reconhecida sua inocência, e sim por falta de prova (fls. 85/87 da presente revisão). Percebe-se, então, que o peticionário não foi excluído dos fatos, mas apenas não ficou provado seu envolvimento neles. No cível, pois, afirmou-se que não há provas, e no crime que há provas para penalmente responsabilizá-lo.

Aliás, a Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, em seu artigo 18, estabelece que «a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente, por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova».

Conforme lição de Hely Lopes Meirelles («Mandado de Segurança e Ação Popular», 5.ª edição, pág. 86), «se a sentença julgou improcedente a ação popular, por deficiência da prova, não decidiu a questão de mérito, por isso *não terá eficácia de coisa julgada*, podendo ser intentada outra ação com o mesmo fundamento, desde que sejam indicadas novas provas». Ou seja, ação popular julgada improcedente por deficiência de prova não significa necessariamente que infundada foi a pretensão de seu autor» (fls. 127/128).

Tenho por irrepreensíveis tais considerações. Se o acórdão da apelação, na ação popular, modificou em parte a sentença de primeiro grau e alterou-lhe o fundamento quanto à improcedência da ação em relação a alguns, esclarecendo, taxativamente, que assim decidia porque «não ficou provado» etc., este é o fundamento que deve prevalecer, não o da sentença modificada.

E, obviamente, estabelecida, no art. 1.525 do Cód. Civil, a independência das instâncias civil e penal, com a prevalência desta sobre aquela quando decide sobre a existência do fato ou «quem seja o seu autor», não se pode opor a uma sentença criminal condenatória firme pela formação da coisa julgada material e que decide sobre a autoria do fato, outra de origem cível que não nega frontalmente essa mesma autoria, mas absolve o réu «por falta de provas».

O correto é dizer-se que a prova que não pôde ser produzida, no cível, pelo autor da ação popular — um particular de nome Saulo de Tarso —, foi produzida pelo Ministério Público, na ação penal, certamente porque teve mais recursos para fazê-lo.

E não se tratava, na espécie, de questão prejudicial obrigatória ou facultativa (arts. 92 e 93 do CPP), pelo que esse esforço de provar a autoria, em outro processo entre partes distintas (o autor era outro, o objeto da ação era outro), sequer poderia criar uma hipótese de identidade ou de semelhança de causas, geradora de litispendência ou de coisa julgada, uma em relação à outra.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer o acórdão proferido pela egrégia 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, da lavra do eminente magistrado Celso Limongi, cujos fundamentos adoto.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 500 — SP — (Reg. nº 89.0009259-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Luiz Aparecido da Silveira. Adv.: Dr. Raimundo Pascoal Barbosa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer o acórdão proferido na apelação (Em 4-10-89 — 5ª Turma).

Os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 565 — RJ (Registro nº 89.0009712-1)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza

Recte.: Climedede — Casa de Saúde e Maternidade Ltda.

Recda.: Maria Grasiela Correia Leite

Advogados: Drs. Carlos Alberto Dolezel Trindade e outros, Lúcia Helena de Almeida e outro

**EMENTA:** Processual Civil. Ação regressiva. Denúnciação da lide.

1. Tendo o acórdão recorrido sido publicado antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça, ex vi do artigo 27, § 1º, do ADCT da Constituição Federal de 1988, devem ser aplicadas ao caso as normas pertinentes ao recurso extraordinário (art. 119, III, *d*, CF/67 com a EC nº 1/69 e RISTF), não obstante, convertido em recurso especial (art. 105, III, *c*, CF/88).

2. A Súmula 424 do STF comporta exceções no sistema do Código de Processo Civil de 1973 (art. 267, § 3º, CPC).

3. A falta de denúnciação da lide (art. 70, III, CPC), na primeira demanda, ao autor do ato danoso, não acarreta a perda do direito de regresso, que poderá ser validamente exercido através de ação própria e autônoma.

4. Recurso especial conhecido e provido.

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de setembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Referem-se os autos a recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal, ainda antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça, fundamentado em ofensa a texto constitucional é dissídio com súmula do STF, restrita ao âmbito legal, admitido na origem pela divergência (art. 119, III, *d*, CF/69, e art. 325, II, do RISTF).

Na conformidade de orientação fixada pelo Plenário, o eminente Ministro Célio Borja, Relator, determinou a remessa dos autos a esta Corte para o julgamento da «parte que se converteu em recurso especial (relativa ao dissídio) nos termos do art. 105, III, *c*, da CF/88».

A hipótese diz respeito a ação regressiva proposta por Casa de Saúde contra médica, visando reaver o valor pago em decorrência de decisão condenatória resultante de ação de responsabilidade civil, proposta por paciente submetida a cirurgia na quele nosocômio.

A ação foi julgada procedente em primeira instância, mas a decisão foi reformada por v. acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assim ementado:

«Ação de regresso, movida por Casa de Saúde, contra médica cirurgiã, para haver o que a primeira pagou a paciente operada pela segunda, pelo fato desta última, quando de intervenção cirúrgica, ter esquecido no abdomen da paciente uma compressa cirúrgica. Extinção do processo sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC, uma vez provado que na ação anterior a ora autora não denunciou à lide a cirurgiã, perdendo, assim, o direito de regresso que, em princípio, poderia contra aquela exercitar.»

Alega-se divergência com a Súmula 424 do STF, desde que o fundamento do acórdão consiste na falta de denunciação da lide, na primeira demanda (art. 70, III, CPC), argüida como preliminar pela ré na contestação (fl. 89), repelida, porém, pelo saneador (fl. 143), do qual não houve recurso.

É o relatório.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, o v. acórdão (fls. 190/4), que deu provimento à apelação, foi proferido em sessão de 30 de agosto de 1988 (fls. 189). Publicado em 11 de novembro (fl. 196), ensejou a interposição de recurso extraordinário corretamente dirigido, sob este aspecto, ao Supremo Tribunal (fl. 198), na consonância do art. 27, § 1º, do ADCT da Constituição de 5 de outubro, verbis:

«§ 1º Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.»

Quer isto dizer que o v. acórdão da apelação, nos precisos termos da ordem jurídica vigente quando de sua prolação, se sujeitava à impugnação contra ele suscitada; e, bem assim, que a admissão do recurso extraordinário assim interposto há de observar, entre outros requisitos, também os constantes do Regimento Interno do Supremo Tribunal, ante o que preceituava a Constituição de 24-1-67, com a Emenda 1, de 17-10-69, e de acordo com a Emenda 7, de 13-4-77.

De fato, eis como se fundamentou o v. acórdão da apelação (fls. 192/4):

«Como se lê da sentença, por xerox, às fls. 35/42, a autora, ora apelada, foi demandada por paciente que havia sido pela ora apelante operada para compor o pagamento de indenização, por danos, pela mesma paciente, sofridos quando, no abdomen daquela foi esquecida, pela ré, médica-cirurgiã, que a operação realizou, uma compressa cirúrgica.

Na referida lide, a então ré, ora A., requereu a denunciação da lide da referida cirurgia, ora ré, pretensão que, contudo, foi indeferida, não constando que, contra tal indeferimento, em nenhum momento tivesse a então ré manifestado sua inconformação, embora, de fato, o chamamento à lide fosse, de rigor, quando na referida ação se havia reconhecido a condição da ora ré de preposta da ora autora (artigo 70, n.º III, do CP Civil e artigo 1.524 do C. Civil).

Acontece que, com indeferimento do pedido de denunciação à lide, a então ré se conformou.

Se assim procedeu, perdeu a referida ré, ora A., o direito de regresso que, ex vi do artigo 1.524 do Código Civil, já citado, poderia ter em relação a ora ré.

A propósito, importante é lembrar o magistério de Celso Agrícola Barbi firme a proclamar que o legislador:

«Tendo colocado os casos dos itens II e III ao lado da hipótese do item I e ao mesmo tempo havendo considerado, para todos eles, obrigatória a denunciação à lide, é de se entender que submeteu todos ao mesmo regime, isto é, a falta da denunciação acarretará para o litigante a perda do direito de garantia, de regresso.

«Apesar de a lei não haver estatuído expressamente essa perda, a expressão obrigatória, usada no artigo, só tem sentido se a desobediência ao mandamento nela contido tiver consequência prejudicial a quem a descumprir. Daí a conclusão que a falta de denunciação nos casos previstos no artigo 70 leva à perda do direito de garantia ou de regresso» (autor citado, Comentários CP Civil, Vol. I, Tomo II, págs. 344/5).

Pelas razões expostas, portanto, falta à autora, ora apelada, condições para o exercício da ação (artigo 267, n.º VI, do CP Civil), circunstância que não pode deixar de conduzir à extinção do processo.»

2. É bem verdade que a Súmula 424, ao refletir jurisprudência que se formou em torno do Cód. de Proc. Civil de 1939, não poderia conviver em perfeita harmonia com o sistema do Código de 1973.

Theotônio Negrão, na mais recente edição (19ª, RT, 1989) do Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, com a pontualidade e segurança que todos lhe reconhecemos, anota numerosas decisões de diversos Tribunais, a par de proposições aprovadas em respeitáveis simpósios, fazendo apropriadas ressalvas à rigidez dos dizeres da súmula, ora para afastar a preclusão relativamente ao poder-dever do julgador, de se pronunciar, até mesmo ao proferir a sentença, sobre a falta de condição de ação ou de pressuposto processual; ora para excluí-la, quando menos, quando não tenha havido pronunciamento expresso em repúdio à arguição de preliminares pertinentes ao tema e assim por diante (v. notas 54, 55 e 56 ao § 3º do art. 267 e nota 7 ao 331).

3. Por acréscimo aos valiosos subsídios a que tenho de aludir, reporto-me ao que decidiu o Supremo Tribunal, em sessão plenária, unânime, em AgRg na ação civil originária em 28-4-82, sendo Relator o Ministro Alfredo Buzaid (RTJ 101/901), de cuja ementa destaco estes tópicos:

«O Código de Processo Civil adotou o princípio de que a verificação dos pressupostos processuais e das condições da ação fosse feita desde o despacho que aprecia a petição inicial e em qualquer momento posterior do processo civil, até o julgamento definitivo da lide, que exaure o ofício jurisdicional (Código de Processo Civil, art. 267, § 3º).

Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão definitiva.

A preclusão é sanção imposta à parte, porque consiste na perda de uma faculdade processual; mas não se aplica ao juiz, qualquer que seja o grau da jurisdição ordinária. Para o juiz só opera a preclusão maior, ou seja, a coisa julgada.»

4. Nesta mesma orientação perseverou o Supremo Tribunal, ainda em sessão plenária, unânime, em 30.6.82, Relator o Ministro Alfredo Buzaid (RTJ 103/465).

Leio, no d. voto do egrégio processualista:

«Ora, ao ensejo do saneamento, não é possível exceder as raias em que se situou a respeitável decisão do eminente Ministro Cunha Peixoto. Só no julgamento de mérito é que o Tribunal dirá se procede ou não o direito de regresso invocado pelos embargantes. Ao início do processo, cada parte alega a razão que tem; mas só no fim do processo é que o Tribunal dirá quem tem razão. Qualquer alteração nessa ordem é uma inversão tumultuária, que ofende o desenvolvimento válido e regular do processo.

Não tendo sido apontada qualquer omissão ou contradição no v. acórdão, rejeito os embargos de declaração.

É o meu voto.»

5. Não admira, portanto, se tenha, até mesmo, admitido estivesse revogada a Súmula 424, razão pela qual, no RE 104.469-DF, a Primeira Turma do Supremo Tribunal, unânime, em 14-5-85, Rel. o Ministro Octávio Gallotti (RTJ 113/1377), acentuou:

«Despacho saneador que considerou presentes as condições da ação e do qual não se manifestou recurso.

A Súmula nº 424 continua em vigor, salvo para as hipóteses previstas no artigo 267, § 3º, do vigente Código de Processo Civil, em que não ocorre a preclusão.

Recurso Extraordinário de que não se conhece.»

Lê-se no d. voto do eminente Relator:

«Em nota nº 5, ao art. 331 do Código de Processo Civil, observa Theotônio Negrão que a Súmula 424 continua em vigor «salvo nos casos do art. 267, § 3º, em que não ocorre preclusão» («Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor», 14ª Edição, ed. Revista dos Tribunais, pág. 145). Arrima esse entendimento em acórdão desta Turma, relatado pelo eminente Ministro Alfredo Buzaid, no Agravo de Instrumento nº 89.518 (AgRg), de cuja ementa destaca o seguinte tópico:

«O art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil admite que o juiz, de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, aprecie as condições de admissibilidade da ação, indicadas no art. 267, VI do mesmo Código, Mas essa norma é circunscrita, de regra, aos recursos ordinários» (RTJ 105/1038).»

Destarte, princípio inovado pelo Código de 1973 afasta a divergência com a Súmula nº 424, no tocante à tese do Recurso.»

6. Observa-se, por conseguinte, que o julgado recorrido destoa, abertamente, com os dizeres do verbete da Súmula 424 do Supremo Tribunal, verbis:

«Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas explícita ou implicitamente, para a sentença. (D. Proc. Civ.)»

Em face dessa franca discrepância, não cabe distinguir, a ponto de repletir o cabimento do recurso por dissídio pretoriano, ao argumento de que o eruciado da Súmula carece ser interpretado à luz de decisões mais recentes do Supremo Tribunal, desde que ainda não revogado.

É, precisamente, o que advém, *contrario sensu*, de reiteradas decisões da Egrégia Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao inadmitir em tema de preliminar de conhecimento do recurso extraordinário, o confronto do julgado recorrido com determinada interpretação da Súmula de sua jurisprudência para afastar obstáculo regimental (Theotônio Negrão, op. cit, nota 11 do art. 325, II do RISTF). Neste sentido a ementa do Acórdão do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 95.492-SP, 13-8-84 daquela Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, (RTJ 110/202):

«Recurso extraordinário.

O óbice regimental só é afastado por manifesto dissídio com súmula, e não por pretensa divergência que só ocorreria por via de interpretação abrangente de seu enunciado.

Inexistência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário.

Agravo regimental a que se nega provimento.»

7. Eis porque conheço do recurso, enquanto o conflito do julgado com os dizeres da Súmula ainda subsiste.

8. É o que se me afigura plausível, tanto mais quanto, se é certo que a recorrente, como acentua o v. acórdão da apelação, não impugnou a decisão que, por ocasião do saneador, inadmitiu a denúncia da lide por ela requerida, não é, contudo, menos exato que nem por isso estava o juiz da causa impedido de rever a matéria, cabendo dizer o mesmo do próprio Tribunal, no julgamento da apelação.

9. E ainda, mais plausível é este entendimento, quanto é patente o conflito em que se acha a r. decisão recorrida, com o reiterado entendimento que predomina, assim na jurisprudência como na doutrina, quanto ao verdadeiro sentido da norma do art. 70, III, do CPC, no rumo diametralmente oposto ao ali preconizado.

Com efeito o julgado recorrido inspirou-se em tópico de comentários de Celso Agrícola Barbi à nossa lei processual, já escrupulosamente reconsiderado por esse ilustre Mestre, sendo de se recomendar a consulta àqueles circunstanciados esclarecimentos (v. Comentários, 2ª ed., Rev. Forense, v. I, 1981, pág. 339).

Em outras palavras, a falta de denúncia da lide em casos abrangidos pelo art. 70, III, do CPC, conquanto afaste a possibilidade de julgamento conjunto da pretensão originária e da regressiva, no entanto, não afasta a pretensão ao julgamento, em outro processo, desta última pretensão.

Cumpra, enfim, ter em vista que a recorrente em verdade pleiteou a denúncia da lide, que somente não se consumou por entendê-la incabível o magistrado.

10. Eis porque, conhecendo do recurso especial (Const. anterior, art. 119, III, d.; Constituição da República, 105, III, c), dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e determinar a baixa dos autos, a fim de se proferir nova decisão, afastada a questão preliminar concernente é inépcia da inicial por falta de decretação de denúncia da lide, na ação anteriormente proposta.

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, também voto no sentido de conhecer do recurso especial pelos fundamentos bem expostos por V. Exa., inclusive tendo em consideração que o acórdão vai de encontro a toda uma orientação jurisprudencial e doutrinária que tenho por dominantes. A obrigatoriedade da denunciação da lide, sob pena de perda da própria pretensão regressiva, esta obrigatoriedade só existe naqueles casos propriamente ditos de evicção, que supõe uma transmissão de direitos. A jurisprudência e a doutrina inclinam-se, predominantemente, em que, nas hipóteses do art. 70, inciso III, pelo menos, na maioria delas; não há a perda da pretensão regressiva. A respeito, aliás, já tive oportunidade de me manifestar em sede doutrinária, monografia «Intervenção de Terceiros», Saraiva, 4ª ed., nº 16.1.2, pág. 69 e nº 16.4, pág. 79.

Acompanho V. Exa.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho V. Exma., Sr. Presidente.

Em primeiro lugar, para conhecer do recurso por dissídio com a súmula do Supremo Tribunal Federal, enunciado nº 424, porque, não obstante a mesma mereça vários reparos, como salientei no REsp nº 13, ainda vinha sendo prestigiada pela Excelsa Corte. Em face dessa circunstância, e tendo o recurso sido interposto como extraordinário, arrimando-se no inciso II do art. 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, coloco-me, inteiramente, de acordo com as precisas colocações feitas por V. Exa.

Em segundo lugar, provejo o recurso, também acompanhando V. Exa. na medida em que o venerando acórdão recorrido contrariou a jurisprudência e a doutrina que vêm se cristalizando a respeito da não obrigatoriedade da denúncia da lide, especialmente em se tratando do inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 565 — RJ — (Reg. nº 89.0009712-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Climedea Casa de Saúde e Maternidade Ltda. Recdo.: Maria Grasiela Correia Leite. Advs.: Drs. Carlos Alberto Dolezel Trindade e outro e Lucia Helena de Almeida e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (Em 26-9-89 — 4ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

### RECURSO ESPECIAL Nº 613 — MG

(Registro nº 89.0009850-0)

Relator originário: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

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

Recorrente: *Cimento Tupi S/A*

Recorrido: *Contec S/A Construtora Técnica*

Advogados: *Drs. Mário José Pinto da Rocha e José Machado Mourão*

EMENTA: Concordata preventiva. Correção monetária dos créditos habilitados. Problema da incidência do § 3º do artigo 175 da lei falencial, com a redação dada pela Lei 7.274/84. Superveniência do Decreto-Lei 2.283/86, artigo 33, in fine.

Em épocas de inflação acentuada, suspender por largo tempo a incidência da correção monetária dos créditos em habilitação, ao passo em que se valoriza nominalmente o ativo do concordatário, equivalerá à total ruptura da comutatividade dos contratos, em ofensa à regra conspícua da substancial igualdade perante a lei.

O Decreto-Lei 2.283, art. 33, deu tratamento isonômico aos débitos resultantes da condenação judicial e aos créditos habilitados em falência ou concordata ou liquidação extrajudicial, prevendo seu reajustamento «pela OTN em cruzados». O Decreto-Lei 2.284, embora modificando a redação do artigo 33 do «Plano Cruzado», não restaurou a legislação anterior — Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º. A suspensão da correção monetária, assim, nos créditos habilitados em concordata preventiva, somente se impõe no período em que vigorou o § 3º do artigo 175 da Lei falencial, com a redação dada pela Lei 7.274/84.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

### ACÓRDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça decide, por maioria, conhecer do recurso e dar provimento parcial, em maior extensão, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro ATHOS CARNEIRO, Relator p/acórdão.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cimento Tupi S/A requereu habilitação de crédito seu, na concordata preventiva de CONTEC S/A — Construtora Técnica. Pleiteou fosse monetariamente corrigido. Esta última pretensão foi negada pelo Juiz, confirmada a decisão em segundo grau. Manifestou, então, recurso extraordinário. Alegou que fora negada vigência à Lei nº 6.899/81 e que presente dissídio com julgados do Supremo Tribunal Federal, arrolados na petição de recurso. Arguiu relevância que foi acolhida.

Sustentou o recorrido que intempestivo o recurso. Ademais, não demonstrada a divergência e existir coisa julgada impeditiva do reexame da matéria. Isto porque a concordata fora julgada cumprida por sentença com trânsito em julgado.

Remetidos os autos ao Supremo Tribunal, entendeu-se que o recurso convertera-se em especial, determinando o eminente Relator fossem submetidos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

### VOTO-VENCIDO

**EMENTA:** Concordata. Correção monetária dos créditos. Lei 6.899/81 e 7.274/84.

Sujeitavam-se à correção monetária os débitos do concordatário, desde a entrada em vigor da Lei nº 6.899/81. A partir da vigência da Lei 7.274/84, entretanto, isto só ocorre se não efetuados os depósitos nos prazos previstos no artigo 156, § 1º, do Decreto-Lei 7.661/45.

Recurso provido para determinar-se a correção até dezembro de 1984, quando entrou em vigor a Lei nº 7.274/84.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Rejeito a preliminar de intempestividade. Como mostrou-se à fl. 124, o prazo prorrogou-se, em virtude de feriados, correspondentes a Carnaval e quarta-feira de cinzas.

Igualmente não é de acolher-se a alegação de que haveria coisa julgada. O acórdão que julgou cumprida a concordata fez consignar que assim se decidia com ressalva relativamente a eventual reforma da decisão que negara a incidência da correção monetária.

Malgrado o esforço da recorrida em demonstrar o contrário, tenho como certo que o aresto em exame divergiu de julgados do Supremo Tribunal Federal. Pelo menos alguns dos arrolados na petição de recurso referem-se expressamente à Lei 7.274/84. As hipóteses identificam-se com a dos autos.

Conheço do recurso pela letra c.

A questão pertinente à correção monetária dos débitos sujeitos à concordata ensejou grandes controvérsias. E o exame do tema está a demandar distinga-se o quadro normativo vigente antes e depois da edição da Lei 7.274/84.

Até a Lei 6.899/81 não se admitia a correção, salvo para alguns casos previstos em leis especiais e outros que haviam sido objeto do trabalho pretoriano, notadamente dívidas de valor, derivadas de atos ilícitos. Aquele diploma legal, entretanto, determinou que a atualização da expressão nominal da moeda se fizesse em todos os débitos resultantes de decisão judicial. Instalou-se o dissídio quanto à sua aplicabilidade, tratando-se de concordata, havendo o Supremo Tribunal Federal se inclinando pela afirmativa.

Pessoalmente sempre entendi que inexistia motivo razoável para afastar a incidência daquelas normas. Resumidamente apresento as razões de meu convencimento.

O objetivo evidente da lei em exame foi o de sujeitar à correção monetária os débitos cobrados em Juízo, de modo geral. Não se exige que, necessariamente, haja sentença condenatória, como poderia parecer, à primeira vista, da leitura de seu artigo 1º. Basta assinalar que, nas execuções de títulos extrajudiciais, não há dúvida de que a correção é devida e, não havendo embargos, a única sentença que pode existir é a que julgue extinta a execução.

De outra parte, impugnada a habilitação, será necessária a prolação de sentença. E não haveria motivo para considerar que o crédito não resultou aí de decisão judicial. Dir-se-á que preexistia a este pronunciamento. Mas também na sentença condenatória o Juiz há de verificar se houve a incidência da norma jurídica que determina a formação do vínculo obrigacional, em virtude do qual o réu deve ao autor determinada importância. Reconhecendo que isso ocorreu, à declaração acrescenta a condenação. Não se irá debater sobre o papel criador da função jurisdicional que eu próprio reconheço existente (Rev. de Processo nº 16, págs. 143/149). Não releva, no caso, porque existiria, tanto em processo tendente a obter condenação, como no julgamento de impugnação a crédito em concordata. Assim sendo, ter-se-ia de aceitar que, pelo menos em tal hipótese, o crédito resultou da sentença, tanto quanto nas demais, e estaria compreendido pelo artigo 1º da Lei nº 6.899/81. Constituiria manifesto contra-senso que só neste caso houvesse correção, levando a que quanto mais indiscutível fosse o crédito, menores as possibilidades de impugnação e, por conseguinte, de que fosse corrigido. A conclusão há de ser outra. Nada importando a circunstância aleatória de haver ou não impugnação, aplicável sempre o disposto na lei em exame. A interpretação que me parece correta é aquela exposta de início. Corrige-se os débitos em geral quando, para o seu recebimento, interveja a autoridade judicial.

Uma objeção de certa valia pode ser apresentada. É que se, de acordo com o § 1º do artigo 1º da Lei 6.899/81, a correção far-se-á do vencimento do título, e como a concordata provoca o vencimento antecipado, haveria manifesta a injustificável vantagem para o credor. Parece-me claro que se há de fazer a necessária adaptação. O termo a quo para a correção só poderia ser a data em que o título deveria vencer-se, não houvesse a moratória.

Se a situação era a exposta, sofreu sensível mudança com a Lei 7.274/84. Dentre outros dispositivos, que não relevam para a matéria em exame, modificou o artigo 175 da Lei de Falências, cogitando especificamente da correção monetária. Cumpre verificar as conseqüências das inovações.

O texto original do mencionado artigo do Decreto-Lei 7.661/45 estabelecia que o prazo para cumprimento da concordata iniciava-se na data da sentença que a concedesse, devendo o concordatário, em trinta dias, pagar despesas e, fosse a concordata à vista, a percentagem devida aos credores quirografários. A norma era de manifesta inconveniência. Os embaraços, naturais ou artificialmente criados, a que se prolatasse aquela sentença, fa-

ziam com que o devedor gozasse de prazo, muitas vezes dilatadíssimo, com grande sacrifício para os credores.

A Lei 4.893/66 introduziu relevante modificação. Estabeleceu que o prazo, para cumprimento da concordata, teria início na data em que ingressa o pedido em Juízo. Se fosse à vista, nos trinta dias subseqüentes, o requerente haveria de depositar a percentagem devida; se a prazo, deveriam ser depositadas as prestações que se vencessem, antes da sentença concessiva da concordata, até o dia imediato ao do respectivo vencimento.

Sobreveio, por fim, a Lei 7.274/84. Manteve, com alteração redacional, a regra acima exposta. Acrescentou, entretanto, § 3º de grande importância. Nele se dispõe que, na hipótese do § 1º do mesmo artigo, «a correção monetária não incidirá sobre período anterior às datas dos depósitos». O citado § 1º é justamente o que determina o depósito das prestações que se vencerem. Parece-me que o texto não poderia ser mais claro. No período antecedente aos depósitos, não haverá lugar para correção.

Explicitou a lei, ainda, que, não efetuado o depósito, incidiria correção monetária, a partir do vencimento da prestação, tratando-se de concordata a prazo, e do 31º seguinte ao ingresso em Juízo, se à vista.

Em suma: depositadas as importâncias nas datas próprias, não haverá correção. Isto não ocorrendo, passará aquela a ser computada, além de expor-se o concordatário à decretação da quebra.

Não obstante se me afigure que outra não pode ser a interpretação da lei, cumpre reconhecer que o Egrégio Supremo Tribunal Federal emprestou-lhe sentido diametralmente oposto. É o que se verifica do julgamento proferido no RE 109.448 (RTJ 120/850).

Sempre tive em alta conta a jurisprudência daquela Corte. Nem poderia ser de outra forma. Não me é possível, entretanto, demitir-me de minhas funções de juiz, razão por que permito-me discordar, expondo, em seguida, os motivos que levaram à respeitosa divergência.

O relator para o acórdão, douto Ministro Oscar Corrêa, considerou que a lei em exame, em lugar de restringir a correção monetária, deu-lhe curso amplo na concordata preventiva. Assim entendeu porque a lei teria determinado se fizesse o depósito, no dia imediato à data dos vencimentos, ou em trinta dias do ingresso em Juízo, em conta que renderia juros e correção, em favor dos credores. E conclui:

«Vale dizer: os concordatários se livram da correção porque têm de depositar quase simultaneamente ao pedido os montantes dos débitos em instituições financeiras — e estas pagam a correção monetária aos credores».

Aduz mais adiante que «os credores não se vêem prejudicados, porque os depósitos dos seus créditos se fazem no vencimento».

Data maxima venia, tenho como certo que se pode apontar equívoco fundamental. Dos trechos do voto transcritos, é lícito concluir que seu emi-

nente prolator entendeu resultar da lei devessem os depósitos ser efetuados, trinta dias após formulado o pedido, ou na data em que devessem vencer-se os créditos. Não é assim, entretanto. Quando a lei determina, tratando-se de concordata a prazo, o depósito das quantias que se vencerem, até o dia imediato aos dos respectivos vencimentos, quer referir-se aos vencimentos das prestações, a serem pagas pelo concordatário, em cumprimento da concordata, nos termos de seu artigo 156, § 1º, II.

Na concordata dilatória, antes de findos os prazos estabelecidos em lei, não será o devedor obrigado a fazer qualquer pagamento ou depósito. Exatamente para evitar que a isso seja compelido é que se defere o favor em questão. Tivesse de diligenciar os depósitos nos vencimentos previstos nos títulos, sob pena de falência, a concordata deixaria o comerciante em situação bem mais difícil do que se não tivesse benefício algum. Isto sem considerar, como já observado, que «o despacho que manda processar a concordata preventiva determina o vencimento antecipado de todos os créditos sujeitos aos seus efeitos» (art. 160).

O julgado em comento foi objeto de observações pelo ilustre professor José Edgard Amorim Pereira. Os reparos que lhe fez são basicamente os mesmos acima expostos. De qualquer sorte, permito-me transcrever trechos do artigo, publicado na Revista dos Tribunais — vol. 622, pp. 29 e seguintes:

«E o que habitualmente se passa é que, mesmo quando o prazo para o depósito da primeira parcela é de um ano, a partir do ajuizamento do pedido (art. 175 da Lei de Falências, com a redação que lhe deu a Lei 7.274/84) na forma do art. 156, § 1º, II, do Dec.-Lei 7.661/45 (prazos de 18 ou 24 meses, pagamento de 90 ou 100%, respectivamente, sendo pelo menos 2/5 no primeiro ano), é muito comum que não haja ainda sentença concessiva da concordata no vencimento da primeira parcela. Quanto mais nas demais hipóteses do n. II, do § 1º do referido art. 156, quando o prazo para pagamento total pode se reduzir a seis meses, a contar do ajuizamento,

Isso tudo foi para dizer que o depósito, em dinheiro das quantias que se vencerem antes da sentença concessiva da concordata, é o da ou das parcelas do total do seu débito quirografário, prometidas no pedido pelo concordatário. Em outras palavras, o depósito «das quantias que se vencerem antes da sentença que conceder a concordata» significa o depósito das parcelas prometidas e vencidas, mesmo quando ainda não haja sentença concessiva da concordata, que apenas foi mandada processar.

Assim, os depósitos a serem feitos pelo concordatário no dia imediato à data dos vencimentos, tratando-se de concordata a prazo, são aos depósitos das parcelas nos prazos e percentagens prometidas, e não, data venia, do total do débito do concordatário como deflui do voto do eminente Min. Oscar Corrêa.

... Parece-me que todo o equívoco do Min. Oscar Corrêa tem origem — quando fala na obrigação dos concordatários «de depositar quase simultaneamente ao pedido os montantes dos débitos em instituições financeiras» — na identificação que imediatamente antes (item 12, § 4º, inc. I, de seu voto) faz dos vencimentos dos títulos representativos dos créditos com o vencimento das parcelas prometidas pelo concordatário, acrescidas de 12% ao ano, sendo esse último aquele a que se refere o dispositivo legal (art. 175, § 1º, I, da Lei de Falências). E os depósitos a serem feitos quase simultaneamente ao pedido, a que se refere o Min. Oscar Corrêa, parecem ser, para S. Exa., os dos títulos vencidos antes do ajuizamento da concordata. Mas, *data venia*, a concordata determina o vencimento antecipado de todos os créditos a ela sujeitos.»

Em conclusão: na concordata preventiva, o devedor gozará de um prazo de trinta dias, se remissória. Na simplesmente dilatória, deverá pagar dois quintos do valor dos débitos ao fim do primeiro ano e o restante ao final do segundo. Na mista, o prazo poderá ser de seis, doze ou dezoito meses, conforme o percentual a cujo pagamento deva atender. Durante o período em que fluem esses prazos não haverá correção. Se não se fizer o depósito, esta passará a ser computada, como determina o § 6º do artigo 175 da Lei de Falências, consoante a modificação introduzida pela Lei 7.274/84. É o que se lê, aliás, da Exposição de Motivos que acompanhou o projeto enviado pelo Executivo e que mereceu acolhimento do Congresso:

«13. Com o fito de dirimir divergência doutrinária e pretoriana sobre a aplicabilidade da correção monetária, o projeto disciplina a sua incidência, de modo a não retirar da concordata preventiva a característica de favor legal.

14. Assim, a correção monetária não incide sobre período anterior às datas dos depósitos, se estes forem feitos no prazo proposto pelo concordatário, nos termos do art. 175, § 1º, I, do Projeto.

15. Eventual atraso no depósito da quantia devida será compensado pela incidência de correção monetária, para que a concordata não venha sacrificar, desmesuradamente, os credores a ela ligados (Projeto, art. 175, §§ 4º e 5º).»

Cumpramos reconhecer que, no atual quadro da economia brasileira, a regulamentação dada à matéria, pela lei em exame, não é decididamente a mais adequada. Considero, mesmo, que está a clamar por reforma. Não se desconhece, por outro lado, que é lícito esperar-se do Judiciário uma prudente adaptação do ordenamento jurídico às contingências da vida social, notadamente se o legislador encontrar-se em mora. No caso, entretanto, a única solução seria deixar simplesmente de aplicar a lei, o que não é dado ao juiz fazer.

É certo que após a edição do texto em exame, agravou-se muitíssimo a inflação, o que tornou ainda mais indesejáveis as conseqüências dele advin-

das. Não há dúvida, entretanto, de que, mesmo quando aprovada e entrou em vigor, já visou a conceder um notável favor aos concordatários. Basta examinar os dados econômicos da época. Em dezembro de 1984, o valor da ORTN correspondia a 22.110,46. Em dezembro de 1983, era de 7.012,99. Isto significa que, deixando de corrigir-se a dívida por um ano, pagava-se, em realidade, importância mais que três vezes menor que a realmente devida. Em dezembro de 1982, o valor era de 2.733,27. Não se fazendo correção, nos dois anos imediatamente anteriores à lei, pagava-se oito vezes menos.

Com o agravamento do processo de desvalorização da moeda, o benefício para os concordatários terminou por aumentar desmesuradamente, com sacrifício intolerável para os credores. Ocorre que não há como dar remédio ao problema, salvo pela via legal. Impossível encontrar-se situação de meio-termo. Ou se aplica a lei como está ou deixa-se de aplicá-la, o que importaria cassar o favor que aquela quis conceder. Isto não parece possível fazer.

Na hipótese em exame há, entretanto, outra circunstância a considerar. A Lei n.º 7.274/84 entrou em vigor em dezembro de 1984. Não poderá aplicar-se a fatos anteriores a sua vigência. Até a data em que publicada haverá a correção.

Em vista do exposto, dou provimento parcial ao recurso, para que seja o crédito do recorrente corrigido até dezembro de 1984.

#### VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Apreciando o voto do eminente relator, apresentado com a costumeira excelência, devo inicialmente declarar que me ponho de inteiro acordo com as considerações por S. Exa. expendidas, a respeito do v. aresto do STF no RE n.º 109.448, in RTJ 120/850. Realmente, como refere o eminente relator, não há confundir os vencimentos dos títulos representativos dos créditos habilitados com o vencimento das parcelas a cujo pagamento se dispõe o concordatário. Assim, haverá que considerar as datas de vencimento constantes dos títulos de crédito habilitados, e as datas prometidas pelo concordatário para o pagamento de cada parcela. Se o vencimento do título for, como com freqüência ocorrerá, anterior ao momento de pagamento da parcela, nos termos da promessa concordatária (LF, art. 156, § 1º, I e II), durante tal espaço de tempo, o crédito em habilitação manter-se-á pelo seu valor nominal, não receberá correção monetária alguma. Aliás, é o que está expresso no art. 175, § 3º, da Lei de Falências, com a redação da Lei n.º 7.274, de 10-12-84. Se tal período de tempo coincidir, como está sucedendo, com época de desenfreada desvalorização monetária, será fácil concluir pelo imenso prejuízo dos credores, além dos prejuízos que naturalmente a concordata já lhes acarreta.

Bem salientou o eminente relator, ao final de seu minudente voto, o «sacrifício intolerável para os credores». Direi mais: nos tempos atuais, sus-

pende por dois ou três meses, tão-somente, a correção monetária, equivale a transformar qualquer crédito em quantia meramente simbólica; suspendê-lo por um ano, ou dois anos, como prevê o art. 156, § 1º, II, da Lei de Quebras, importará simplesmente em um confisco legal (?) dos créditos habilitados, ou, em outras palavras, em uma total «anistia» dos débitos do concordatário. De outra parte, o patrimônio do concordatário, seus bens imóveis e móveis, seus estoques e ativos fixos, beneficiam-se e valorizam-se pela manutenção em valores reais na conformidade das regras do mercado.

Ponho dúvidas, eminentes colegas, quanto à própria constitucionalidade, dentro de nossa realidade econômica, dos dispositivos legais que privem *uma* das partes, mas *não a outra*, ligadas embora por pacto comutativo, dos benefícios da correção monetária, em ofensa conspícua à regra basililar da igualdade perante a lei.

Impende, ao considerar a situação atual dos créditos sujeitos à concordata, ponderar a advertência do Prof. Franzen de Lima, quando afirmou, discorrendo sobre a exegese das normas jurídicas, que a evolução do direito «se apóia sobre o passado, dá satisfação ao presente e garante o futuro; e este tríplice papel social e não individual não pode ser desempenhado senão considerada a unidade da lei sob uma dupla relação, a do conjunto do sistema jurídico e da vida social coletiva. Nenhuma lei é por si só um todo. Ela se prende a um sistema de conjunto que constitui o mecanismo jurídico, nesse sistema de conjunto ela não é senão uma engrenagem, adaptando-se ao funcionamento geral» («Da Interpretação Jurídica», Forense, 2ª ed., pág. 63).

Creio, no entanto, que o problema pode ser solucionado no plano infraconstitucional. E aqui me coloco, *venia permissa*, parcialmente em desacordo com as conclusões do preclaro relator. Sustento que o malsinado dispositivo do § 3º do art. 175 da Lei Falencial encontra-se revogado por lei posterior e, portanto, embora tendo vigorado, não mais está em vigor. Devo valer-me da argumentação com excelência exposta pelo ilustre Prof. Ives Gandra da Silva Martins, titular da cadeira de Direito Econômico da Universidade Mackenzie (pareceres publicados pela Forense, em 1987, sob o título «Direito Econômico»).

Realmente, o denominado «Plano Cruzado» foi implantado inicialmente pelo Decreto-Lei nº 2.283, de 28-2-86, que vigorou *desta data até o dia 10 de março do mesmo ano*, quando expressamente revogado pelo Decreto-Lei nº 2.284, artigo 44.

O artigo 34 do Decreto-Lei nº 2.283 apresentou a seguinte redação:

«Art. 34. Os débitos resultantes de condenação judicial e os créditos habilitados em concordata ou falência ou em liquidação extrajudicial, anteriores a este Decreto-Lei, são pelos respectivos valores em cruzeiros, devidamente atualizados na forma da legislação aplicável a cada um, e convertidos em cruzados, nesta data, pela paridade legal, sem prejuízo dos juros e *dos posteriores reajustes pela OTN em cruzados*».

O Decreto-Lei nº 2.284, em seu artigo 33, reproduz com alguma diferença redacional o artigo 34 do Decreto-Lei anterior, redigida a parte final do artigo com o texto seguinte:

«... (omissis) ... e convertidos em cruzados, naquela data, nos termos fixados no § 1º do art. 1º».

No segundo decreto-lei, destarte, desapareceu aquela menção aos juros e aos «posteriores reajustes pela OTN em cruzados».

Como bem expõe o prof. Ives Gandra, o artigo 34 do Decreto-Lei nº 2.283/86 apresentou os seguintes lineamentos fundamentais:

«a) deu tratamento isonômico a quatro formas obrigacionais de exceção, ou seja:

- débitos de condenação judicial;
- créditos habilitados em concordata;
- créditos habilitados em falências;
- créditos habilitados em liquidação extrajudicial;

b) transformou todos os cruzeiros em cruzados, naquela data, de acordo com a legislação de regência de cada tipo obrigacional;

c) introduziu a correção monetária, em novos moldes (correção anual) para todas as obrigações;

d) introduziu os juros para os casos em que os juros não se computavam.

Poder-se-ia admitir, todavia, a dúvida no concernente à expressão «devidamente atualizados na forma da legislação aplicável a cada um».

O que pretendeu o legislador esclarecer com a dicção?

Parece-nos que, sem sombra de dúvida, permitir a correção até aquela data (28/2) dos débitos corrigíveis e simplesmente adotar a expressão nominal pertinente aos débitos sem correção. Em outras palavras, no dia 28/2, todos os débitos e créditos corrigíveis foram corrigidos até aquela data e os não corrigíveis continuaram a manter seu valor nominal, mas somente até 28-2-86.

Neste dia, entretanto, por sua exteriorização atualizada ou não, foram convertidos em cruzados pela paridade legal, a saber: aquela do artigo 1º do mesmo diploma». (Fls. 88/90).

Logo adiante, o Prof. Gandra sublinha argumento fundamental:

«A novidade foi não mais indicar comandos normativos de atualização monetária ou não, conforme a legislação de regência, a partir daquela data, visto que, uma vez feita a conversão, introduziu o legislador a correção monetária em OTNs, sem exceção, para todas as espécies de débitos e créditos.

Tanto é verdade que se referira à legislação aplicável a cada tipo para a conversão de cruzeiros em cruzados naquela data (28/2), mas já não mais se referiu, após a conversão, a qualquer legislação de regência.

Ora, por não ter explicitado qualquer exceção, o artigo 34 do Decreto-Lei nº 2.283/86 revogou, em 28 de fevereiro de 1986, o artigo 175, § 3º, da Lei nº 7.661/45, em sua nova redação ofertada pela Lei nº 7.274/84, assim exposta:

‘§ 3º Na hipótese do § 1º deste artigo, a correção monetária não incidirá sobre período anterior às datas dos depósitos.’

Vale dizer, por ter introduzido as correções monetárias, em nível de OTN (correções anuais), sem qualquer exceção aos diversos tipos de débitos e créditos, à evidência, naquele dia deixou de existir, no plano normativo pátrio, a norma restrita da Lei nº 7.274/84, passando todos os créditos, em concordata ou falência, a serem convertidos de cruzeiros em cruzados, no dia 28/2 pela paridade legal do citado artigo 1º, e corrigidos, anualmente, a partir daquela data, por OTNs.

Em 10 de março de 1986, o Decreto-Lei nº 2.284/86 alterou a redação do artigo 34 em sua forma, mas não em seu conteúdo.

Com efeito, a retirada, no artigo pretérito, de seu complemento,

‘sem prejuízo dos juros e dos posteriores reajustes pela OTN em cruzados’,

de rigor, não alterou nem o espírito nem a expressão redacional do dispositivo anterior.

Em verdade, tanto o artigo 34 quanto o artigo 33 têm o mesmo sentido, ofertam o mesmo tratamento legislativo para as quatro formas especiais de obrigação.

Vejamos o primeiro diploma. O artigo 34 do Decreto-Lei nº 2.283/86 revogou, ao incluir, *sem qualquer ressalva*, a correção monetária anual para os débitos em concordata e falência, cujos valores em cruzeiros foram transformados em cruzados no dia 28-2-86 pela paridade legal (1.000 por 1), a Lei nº 7.274/84, que só permitia correção monetária a partir dos depósitos judiciais intempestivos, assim como eliminou as pendências judiciais sobre o tema, vinculadas à indexação ou não dos débitos de concordatários e falidos sujeitos à Lei nº 6.899/81.

O Decreto-Lei nº 2.283/86 ofertou novo tratamento à matéria, isto é, recolocou o processo de concordata, em sua devida função, à luz da estabilização monetária. Vale dizer, o concordatário necessita — para poder continuar a existir como empresa — de prazo

adicional para pagar, mas não de doações compulsórias a incentivar a produção da denominada 'indústria da concordata'. (Fls. 91/93).

É de todo evidente que o instituto da concordata objetiva conceder um favor legal ao devedor e ao comércio, salvando da falência o comerciante desafortunado e honesto, momentaneamente em crise. Temos a concordata preventiva remissória, em que o devedor pleiteia a remissão de parte de sua dívida, por títulos quirografários; a concordada dilatória, em que se propõe a pagar a totalidade da dívida, mas com maior prazo, em até 24 meses; e, finalmente, a concordata mista, em que o comerciante postula a remissão de parte da dívida e também maior tempo para adimplir os débitos, tudo conforme prevê o artigo 156 da Lei respectiva.

No entanto, não terá sido cogitação do legislador obrigar o credor a «doar» compulsoriamente ao devedor a quase totalidade, praticamente a totalidade do crédito, transformando contratos comerciais onerosos em contratos de doação de bens e serviços. Assim sendo, a Lei nº 7.274/84 causou, certamente além dos intuitos de seus idealizadores, distorções imensas, em bom tempo cessadas pela primeira lei do Plano Cruzado.

Mas, indagar-se-á, e o segundo Decreto-Lei, com o novo texto relativo ao tema? Como bem explicita o Prof. Gandra:

«Uma vez revogada a Lei nº 7.274/84 pelo art. 34, do Decreto-Lei nº 2.283/86, o Decreto-Lei nº 2.284/86 apenas manteve os mesmos dispositivos, explicitando, em redação mais clara, correta e precisa, que a conversão de cruzeiros em cruzados, que fora realizada em 28 de fevereiro de 1986, só poderia ser aperfeiçoada de acordo com a regra do art. 1º, § 1º, ou seja, de acordo com a paridade legal 1.000 por 1.» (Fl. 94).

Poder-se-ia, quiçá, sustentar haja sido ripristinada a Lei nº 7.274/84, ao ter o Decreto-Lei nº 2.284/86 retirado a expressão «sem prejuízo dos juros e dos posteriores reajustes pela OTN em cruzados».

Todavia, impende sublinhar que, salvo expresse comando em contrário, a revogação da lei revogadora não restaura, ipso facto, a lei revogada. Escreveu Limongi França:

«A lei antiga pode ser restaurada quando a lei revogadora tenha perdido a vigência, desde que haja disposição expressa nesse sentido» ('Manual de Direito Civil', RT, 1º vol., 2ª ed., pág. 48).

E também o magistério sempre atual de Carlos Maximiliano:

«Do contexto da última norma deve o intérprete inferir se houve o intuito de restaurar as instituições abolidas pela lei agora revogada. Se a nova regra silencia a respeito, presume-se haverem preferido os Poderes Públicos deixar as coisas no estado em que a derradeira norma as encontrou. Na dúvida, não se admite a ressurreição da lei abolida pela ultimamente revogada. Exige-se a prova do propósito restaurador, a *leggi ripristinatoria*, dos italianos» ('Hermenêutica e Aplicação do Direito', Freitas Bastos, 5ª ed., nº 455).

Ainda Eduardo Espinola, 'Tratado de Direito Civil Brasileiro', vol. II, Freitas Bastos, 1939, nº 28.

Assim, hoje, a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-42, artigo 2º, § 3º:

«§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência».

Conclui Ives Gandra:

«Ora, no caso concreto, em nenhum momento o Decreto-Lei nº 2.284/86, por seu art. 33, restabeleceu a Lei nº 7.274/86 (lei especial), razão pela qual o princípio geral da correção monetária, aplicável a qualquer obrigação, em seus novos moldes (correção anual), passou a servir de regra para tais obrigações.

Vale dizer, a revogação de lei especial pelo Decreto-Lei nº 2.283/86 introduziu as obrigações, preteritamente nela cuidadas, no campo das leis gerais, não tendo sido restabelecida a vigência, eficácia e validade da Lei nº 7.274/84 com o advento do Decreto-Lei nº 2.284/86, à falta de expressa menção.

Não se há, portanto, como falar em reprivatização.» (Fls. 97/98).

Pelos fundamentos assim expostos, a correção monetária do crédito habilitado em concordata preventiva deverá ser aplicada, consoante a orientação jurisprudencial dominante, até a data de vigência da Lei nº 7.274, isto é, até 10-12-84; suspende-se a correção, conforme nele previsto, durante o tempo em que vigorou o § 3º do artigo 175 da Lei Falencial com a redação dada pela aludida Lei nº 7.274; e recomeçará a correção monetária a ser computada a partir de 28-2-86, tal como disposto no Decreto-Lei nº 2.283, dessa data, e na legislação posterior concernente à atualização dos valores nominais das obrigações em moeda nacional.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

#### VOTO — VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente. Do voto do eminente relator destaco sua conclusão, nos seguintes termos:

«Em conclusão: na concordata preventiva, o devedor gozará de um prazo de trinta dias, se remissória. Na simplesmente dilatatória, deverá pagar dois quintos do valor dos débitos ao fim do primeiro ano e o restante ao final do segundo. Na mista, o prazo poderá ser de seis, doze ou dezoito meses, conforme o percentual a cujo pagamento deva atender. Durante o período em que fluem esses prazos não haverá correção. Se não se fizer o depósito, esta passará a ser computada, como determina o § 6º do artigo 175 da Lei de Falências, consoante a modificação introduzida pela Lei nº 7.274/84. É o

que se lê, aliás, da exposição de motivos que acompanhou o projeto enviado pelo Executivo e que mereceu acolhimento do Congresso.»

Porém, com sua inegável sensibilidade e proclamada acuidade jurídica, aduziu, ainda, sua Excelência:

«Cumpro reconhecer que, no atual quadro da economia brasileira, a regulamentação dada à matéria, pela lei em exame, não é decididamente a mais adequada. Considero, mesmo, que está a clamar por reforma. Não se desconhece, por outro lado, que é lícito esperar-se do Judiciário uma prudente adaptação do ordenamento jurídico às contingências da vida social, notadamente se o legislador encontrar-se em mora. No caso, entretanto, a única solução seria deixar simplesmente de aplicar a lei, o que não é dado ao juiz fazer.»

«Com o agravamento do processo de desvalorização da moeda, o benefício para os concordatários terminou por aumentar desmesuradamente, com sacrifício intolerável para os credores. Ocorre que não há como dar remédio ao problema, salvo pela via legal. Impossível encontrar-se situação de meio-termo. Ou se aplica a lei como está ou deixa-se de aplicá-la, o que importaria cassar o favor que aquela quis conceder. Isto não parece possível fazer.»

De sua leitura extraio duas premissas: uma, a de que na mora reconhecida do legislador, no caso versante, a única solução seria deixar simplesmente de cumprir a lei, fato defeso ao Juiz; outra, de não haver como dar remédio ao problema, salvo pela via legal, impossível encontrar-se situação de meio-termo.

E nesse ponto peço vênia a sua Excelência para divergir.

Sendo, como se sabe, a concordata favor excepcional que concede a lei ao comerciante honesto, permitindo-lhe a continuidade do negócio, estabelecendo critérios para pagamento do seu passivo, seja em percentual menor que o devido ou em prazo dilatado de até dois anos, inaceitável é que tais pagamentos se façam em moeda absolutamente aviltada pela inflação.

Tome-se por exemplo uma taxa inflacionária de 50% ao mês — que não está distante de nossa realidade econômica — o que significa que um crédito de 100, em trinta dias, estará reduzido a 50 e em dois meses a 25, passando a valer no terceiro, 12,5, no quarto 6,25 e no quinto mês com o valor equivalente a 3,125, o que significa que o credor, nesse ponto, já nada receberá do principal, uma vez que os juros nesse período, pela taxa legal, seriam de 5%.

Fácil, concluir, pois, que ao cabo desse prazo o valor do crédito, sem correção, perde todo o significado econômico, nada recebendo os credores, restando incólume o ativo do concordatário eis que indené das dívidas.

Na lição de Carlos Maximiliano, quando a interpretação jurídica conduz a uma conclusão absurda, como essa de que se cuida, é princípio de hermenêutica que se a deve repelir.

Não pode o Juiz, fiel à regra do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, deixar de atender aos fins sociais que se dirige à lei e às exigências do bem comum.

É indubitoso que a finalidade da concessão da concordata é pagar o devedor aos credores, observado o princípio da igualdade entre os créditos respectivos, fato que a não se admitir correção monetária não ocorrerá, pois sem a atualização de sua expressão nominal, com base em seus índices, a moeda do pagamento terá, apenas nos cinco meses, perdido, integralmente, o seu valor.

Demais disso, negar a correção monetária dos créditos seria consagrar em verdadeiro enriquecimento sem causa aos concordatários, já que ela nada acrescenta ao débito e nem significa qualquer punição ao devedor mas, tão-só, a simples manutenção do valor da moeda, expressada em novos algarismos, não prejudicando, de nenhuma forma, o princípio da *par conditio creditorum*, tendo-se em conta que dessa mesma correção beneficia-se o ativo do concordatário, na continuidade de suas atividades mercantis.

Daí pensa, com inteira razão, o Min. Athos Carneiro ao sustentar em seu voto:

«No entanto, não terá sido cogitação do legislador obrigar o credor a «doar» compulsoriamente ao devedor a quase totalidade, praticamente a totalidade do crédito, transformando contratos comerciais onerosos em contratos de doação de bens e serviços. Assim sendo, a Lei nº 7.274/84 causou, certamente, além dos intuitos de seus idealizadores, distorções imensas, em bom tempo cessadas pela primeira lei do Plano Cruzado.

Mas, indagar-se-á, e o segundo decreto-lei, com o novo texto relativo ao tema? Como bem explicita o Prof. Gandra:

«Uma vez revogada a Lei nº 7.274/84 pelo art. 34, do Decreto-Lei nº 2.283/86, o Decreto-Lei nº 2.284/86 apenas manteve os mesmos dispositivos, explicitando, em redação mais clara, correta e precisa, que a conversão de cruzeiros em cruzados, que fora realizada em 28 de fevereiro de 1986, só poderia ser aperfeiçoada de acordo com a regra do art. 1º, § 1º, ou seja, de acordo com a paridade legal 1.000 por 1.» (Fl. 94)

Poder-se-ia, quiçá, sustentar haja sido ripristinada a Lei nº 7.274/84, ao ter o Decreto-Lei nº 2.284/86 retirado a expressão «sem prejuízo dos juros e dos posteriores reajustes pela OTN em cruzados.»

Todavia, impende sublinhar que, salvo expresse comando em contrário, a revogação da lei revogadora não restaura, *ipso facto*, a lei revogada. Escreveu Limongi França:

«A lei antiga pode ser restaurada quando a lei revogadora tenha perdido a vigência, desde que haja disposição expressa

nesse sentido» («Manual de Direito Civil», RT, 1º vol., 2ª ed., pág. 48).

E também o magistério sempre atual de Carlos Maximiliano:

«Do contexto da última norma deve o intérprete inferir se houve o intuito de restaurar as instituições abolidas pela lei agora revogada. Se a nova regra silencia a respeito, presume-se haverem preferido os Poderes Públicos deixar as coisas no estado em que a derradeira norma as encontrou. Na dúvida, não se admite a ressurreição da lei abolida pela ultimamente revogada. Exige-se a prova do propósito restaurador, a *leggi ripristinatoria*, dos italianos» ('Hermenêutica e Aplicação do Direito', Freitas Bastos, 5ª ed., nº 455).

Ainda Eduardo Espínola, 'Tratado de Direito Civil Brasileiro', vol. II, Freitas Bastos, 1939, nº 28.

Assim, hoje, a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-42, artigo 2º, § 3º:

«§ 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência».

Conclui Ives Gandra:

«Ora, no caso concreto, em nenhum momento, o Decreto-Lei nº 2.284/86, por seu art. 33, restabeleceu a Lei nº 7.274/86 (lei especial), razão pela qual o princípio geral da correção monetária, aplicável a qualquer obrigação, em seus novos moldes (correção anual), passou a servir de regra para tais obrigações.

Vale dizer, a revogação de lei especial pelo Decreto-Lei nº 2.283/86 introduziu as obrigações, preteritamente nela cuidadas, no campo das leis gerais, não tendo sido restabelecida a vigência, eficácia e validade da Lei nº 7.274/84 com o advento do Decreto-Lei nº 2.284/86, à falta de expressa menção.

Não se há, portanto, como falar em repristinação». (Fls. 97/98).

Pelos fundamentos assim expostos, a correção monetária do crédito habilitado em concordata preventiva deverá ser aplicada, consoante a orientação jurisprudencial dominante, até a data de vigência da Lei nº 7.274, isto é, até 10-12-84; suspende-se a correção, conforme nele previsto, durante o tempo em que vigorou o § 3º do artigo 175 da Lei Falencial com a redação dada pela aludida Lei nº 7.274; e recomeçará a correção monetária a ser computada a partir de 28-2-86, tal como disposto no Decreto-Lei nº 2.283, dessa data, e na legislação posterior concernente à atualização dos valores nominais das obrigações em moeda nacional.

Nestes Termos, dou provimento ao recurso.»

Acrescento, finalmente, que essa interpretação atende, também, não só ao que dispõe o art. 4º da citada lei de Introdução ao Código Civil, como,

ainda, ao espírito inserto no art. 46 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que impôs correção monetária dos créditos contra entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação, mesmo quando convertidos em falência.

Assim sendo, não vejo razão para que, da mesma forma, os créditos na concordata não sejam corrigidos, como preconizado no voto do Ministro Athos Carneiro, à cujos termos adiro, pelas razões expostas, com a devida vênia do eminente relator, para dar provimento parcial ao recurso.

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sempre tive como legítima a aplicação da lei que determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial (Lei nº 6.899, de 8-4-81) aos créditos habilitados em concordata, com certos temperamentos (v.g., a incidência sobre títulos de crédito não sujeitos a correção monetária cujo vencimento é antecipado por força da concordata, caso em que a correção somente deveria ser aplicada após o vencimento normal).

Com o advento da Lei nº 7.274, de 10-12-84, alterou-se o quadro, passando essa lei a regular a espécie, com exclusão da lei geral, naquilo que era incompatível com ela (art. 2º, § 2º, da LICC).

Até aqui estou, no essencial, de acordo com o voto do eminente Ministro Relator, Eduardo Ribeiro.

A partir da edição do primeiro ordenamento legal do plano de estabilização da economia, de fevereiro de 1986 (o chamado «Plano Cruzado»), penso que, novamente, a situação foi modificada. Com efeito, o art. 34, do Decreto-Lei nº 2.283, de 28-2-86, prescreveu:

«Os débitos resultantes de condenação judicial e os créditos habilitados em concordata ou falência ou em liquidação extrajudicial, anteriores a este decreto-lei, são pelos respectivos valores em cruzeiros, devidamente atualizados na forma da legislação aplicável a cada um, e convertidos em cruzados, nesta data, pela paridade legal, sem prejuízo dos juros e dos posteriores reajustes pela OTN em cruzados.»

A propósito desse artigo, ainda no primeiro semestre de 1986, vim a tomar conhecimento de parecer do douto advogado Ives Gandra da Silva Martins, posteriormente divulgado na coletânea sob o título «Direito Econômico», publicada pela Editora Forense, em 1987, onde o ilustre jurista paulista manifestou importante contribuição ao tema, assim expressa:

«Ora, o artigo 34 do Decreto-Lei nº 2.283/86 apresenta algumas inovações, que nos parecem definitivas, a saber:

a) deu tratamento isonômico a quatro formas obrigacionais de exceção, ou seja:

- débitos de condenação judicial;
- créditos habilitados em concordata;
- créditos habilitados em falências;
- créditos habilitados em liquidação extrajudicial;

b) transformou todos os cruzeiros em cruzados, naquela data, de acordo com a legislação de regência de cada tipo obrigacional;

c) introduziu a correção monetária, em novos moldes (correção anual) para todas as obrigações;

d) introduziu os juros para os casos em que os juros não se computavam.»

Continuando, expressa seu entendimento a respeito da frase «devidamente atualizados na forma da legislação aplicável a cada um», intercalada no texto legal:

«Parece-nos que, sem sombra de dúvida, permitir a correção até aquela data (28/2) dos débitos corrigíveis e simplesmente adotar a expressão nominal pertinente aos débitos sem correção. Em outras palavras, no dia 28/2, todos os débitos e créditos corrigíveis foram corrigidos até aquela data e os não corrigíveis continuaram a manter seu valor nominal, mas somente até 28-2-86».

Feita ou não a correção, conforme a legislação aplicável a cada um («débitos resultantes de condenação judicial», «créditos habilitados em concordata», etc.), e convertidos os cruzeiros em cruzados, adianta, «introduziu o legislador a correção monetária em OTNs, sem exceção, para todas as espécies de débitos e créditos». É o que está escrito, no final do artigo citado («e dos posteriores reajustes pela OTN em cruzados»).

Finalmente, conclui nessa parte:

«... por ter introduzido as correções monetárias, em nível de OTN (correções anuais), sem qualquer exceção aos diversos tipos de débitos e créditos, à evidência, naquele dia deixou de existir, no plano normativo pátrio, a norma restritiva da Lei nº 7.274/84, passando todos os créditos, em concordata ou falência, a serem convertidos de cruzeiros em cruzados, no dia 28/2 pela paridade legal do citado artigo 1º, e corrigidos anualmente, a partir daquela data, por OTNs.»

Tem toda razão o ilustre parecerista:

Revogadas foram as leis especiais a disciplinar a incidência ou não da correção sobre as espécies de obrigações elencadas, restabelecendo-se, plenamente, a partir do dia seguinte, a correção monetária dos débitos judiciais, o que não é incompatível com a nova sistemática instituída (correção anual, aliás, posteriormente, modificada por outros planos).

Dir-se-á que o Decreto-Lei nº 2.283, de 28-2-86, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 2.284, de 10-3-86. Certo, mas a revogação não anula os seus efeitos, publicado que foi o decreto-lei como instrumento capaz de alterar o ordenamento jurídico e com imediata vigência.

Na verdade, as correções feitas pelo DL. nº 2.284/86 constituem lei nova, mesmo que só tivesse o novo decreto esse objetivo (art. 1º, § 4º, da LICC).

Por outro lado, o novo decreto-lei não poderia, porque assim não dispôs, reipristinar a legislação anterior ao «plano cruzado», restaurando a lei revogada pelo fato da lei revogadora ter perdido a sua vigência (art. 2º, § 3º, da LICC). De tal sorte, revogada parcialmente foi a Lei nº 7.274, de 10-12-84, a partir de 28 de fevereiro de 1986, e revogada está porque não foi restaurada, quanto ao sistema de correção ali estabelecido.

Dir-se-á que o art. 33, do Decreto-Lei nº 2.284, de 10-3-86, a tratar da mesma matéria, não reproduziu, no seu fecho, a mesma expressão contida no art. 34, do decreto anterior:

«Sem prejuízo dos juros e dos posteriores reajustes pela OTN em cruzados».

Pouco importa. Na realidade, apesar de ter a nova ordem pretendido acabar com a inflação e, conseqüentemente, extirpar a correção, o germe deste mecanismo ficou inoculado no art. 6º, que, ao denominar de Obrigação do Tesouro Nacional a então existente Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional, admitiu que, a partir de março de 1987, isto é, um ano após, o critério de reajuste da OTN fosse fixado pelo Conselho Monetário Nacional.

Assim, a única variação constatada na legislação sobre correção de débitos judiciais, em geral, foi a substituição da ORTN pela OTN, consoante decisão da 6ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, na AC nº 138.061-PR, rel.: o eminente Ministro Carlos Velloso, julgada em 2-3-88 (*DJ* de 28-4-88, pág. 97.752), assim sumariada no Código anotado por Theotônio Negrão: «Correção monetária incidente até 28-2-86 Dec.-Lei nº 2.284/86, art. 33). A partir daí, ficou suspensa, ou «congelada», até 27-2-87 (Dec.-Lei nº 2.290, de 21-11-86, art. 2º, § 4º, com a redação do Dec.-Lei nº 2.322, de 26-2-87, art. 1º). De 27-2-87 em diante, restaurou-se a correção monetária com os índices de variação nominal da OTN (Dec.-Lei nº 2.290, de 21-12-86, art. 2º, § 4º, com a redação do Dec.-Lei nº 2.322, de 26-2-87, art. 1º)».

A situação, hoje, pois, é a mesma anterior à da Lei nº 7.274/84, revogada, no tocante à forma de correção dos débitos dos concordatários, situando-se todas as obrigações, salvo alguma disposição especial, no mesmo plano, com toda a economia indexada.

Entender-se de modo contrário é estimular o negócio das concordatas, com injustificável prejuízo para os credores, e em detrimento dos empresários corajosos e honestos que expõem seus patrimônios e suas empresas nas renegociações de suas dívidas com os bancos.

Pelos motivos expostos, *data maxima venia*, dou provimento parcial ao recurso, para que seja o crédito corrigido até dezembro de 1984, restaurando-se a atualização a partir de 28 de fevereiro de 1987, ou seja, um ano após a decretação do «plano cruzado».

É como voto.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também entendo corrigível o crédito nos moldes preconizados pelo eminente Ministro Athos Carneiro.

#### VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, de minha parte, adiro ao voto do Sr. Ministro Athos Carneiro, com a vênia do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro.

#### RATIFICAÇÃO DE VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, o eminente Ministro Athos Carneiro trouxe a debate uma questão nova. S. Ex.<sup>a</sup> não discordou da interpretação dada à lei, mas teve esta como revogada.

Tratando-se de argumento novo, rogo licença para examiná-lo.

Como já se salientou, fui muito sensível à realidade sócio-econômica e à circunstância de que o agravamento do processo inflacionário — que, agora, espera-se, regrida — poderia trazer conseqüências desastrosas para os credores da concordata. Entretanto, peço a mais respeitosa vênia a toda a Seção, para manter o voto que proferi.

Não se me afigurou viável admitir que o art. 34 do Decreto-Lei nº 2.283 tenha efetivamente revogado a lei que concedeu o questionado benefício. Lê-se desse dispositivo:

«Os débitos resultantes de condenação judicial, os créditos habilitados em concordata ou falência, ou em liquidação extrajudicial, anteriores a esse decreto-lei...»

Vê-se que só se refere aos débitos anteriores ao decreto-lei. Não abrange, nem pretendeu abranger, créditos posteriores.

O objetivo da norma, segundo me parece, foi o de estabelecer que os valores seriam convertidos em cruzados, mas pretendeu-se deixar claro também que não visava a congelá-los. Por isso, acrescentou-se: «... sem prejuízo dos juros e dos posteriores reajustes pela OTN, em cruzados.» Quais os reajustes? Os reajustes que, de acordo com a legislação específica, fossem cabíveis. Em concordatas não o eram.

Persisto em minha convicção anterior, porque não encontrei a fórmula de fazer com que, para ajustar o direito à realidade sócio-econômica, não tivesse de negar aplicação à lei, subtraindo ao concordatário um benefício que essa quis dar-lhe.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 613 — MG — (Reg. nº 89.0009850-0) — Relator originário: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Cimento Tupi S/A. Recorrido: CONTEC S/A Construtora Técnica. Advogados: Drs. Mário José Pinto da Rocha e José Machado Mourão.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencido parcialmente o Sr. Ministro Relator, conheceu do recurso e deu provimento parcial, em maior extensão, nos termos do voto do Sr. Ministro Athos Carneiro.

Votaram os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Fontes de Alencar, Cláudio Santos, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Nilson Naves e Athos Carneiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 708 — RJ

(Registro nº 89.9988-4)

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

Recorrente: *Sagitário Alimentos Ltda*

Recorrido: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Laura Maria C. M. Crespo e José Alfredo Ferrari Sabino*

EMENTA: Tributário. ICM. Base de cálculo. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

I — O que se exige é que seja fixada, na lei estadual, base de cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que a legislação estadual fez, equiparando, analogicamente, a saída da mercadoria com o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, sem distinguir entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

II — Recurso Especial conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 2 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Sagitário Alimentos Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Senhor Inspetor Regional de Fazenda da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de impedir que lhe fosse exigido o pagamento do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas, com prestação de serviços.

A sentença de primeiro grau denegou a segurança pleiteada, suspendendo o efeito da liminar anteriormente concedida.

A Egrégia Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, negou provimento à apelação do impetrante, em acórdão assim ementado:

«ICM. Fornecimento de Alimentação e Bebidas em restaurantes ou similares. Súmula nº 1/87 do Tribunal de Justiça.

«Prevista, como está, em lei estadual, a base de cálculo, legítima é a exigência do ICM no fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes, bares e estabelecimentos similares» (Súmula nº 1/87 da Jurisprudência do Tribunal de Justiça). Apelo desprovido.»

Inconformado, recorre extraordinariamente o apelante, com fundamento no art. 119, III, a, c e d, da Constituição de 1967, arguindo a relevância da questão federal.

Alega o recorrente que o acórdão contrariou o art. 23, II, da Carta anterior, julgou válido ato da Fazenda Estadual contestado em face dos arts. 97, IV e 108, § 1º do CTN e 19, I e 153, §§ 2º e 29 da Constituição Federal de 1967, bem como divergiu de pacífica jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Esclarece que, nos bares e restaurantes, o valor da nota paga pelo cliente engloba as mercadorias consumidas e, também, o valor dos serviços prestados (garçons, música, etc.). Considerando que a lei tributária do Estado não continha base de cálculo para separar estes valores e esta depende de previsão legal (artigo 97, IV, do CTN), não era cabível, na época, a cobrança do tributo.

Além disso, ao cobrar o ICM sobre os valores das mercadorias e serviços, o Estado invadia a competência municipal (CF 1967, art. 23, II e 24, II).

A lacuna legal foi admitida pelo próprio Estado que, com a Lei nº 1241, estabeleceu a base de cálculo do referido imposto sobre fornecimentos de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, a partir de 1-12-87. Impossível, portanto, a exigência do imposto em períodos anteriores a essa data.

Afirma, ainda, que a aplicação do art. 14, I, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro viola o princípio constitucional que veda a cumulatividade do ICM, pois sua aplicação não recai apenas «sobre o valor real da mercadoria, como seria correto, mas ainda cumulativamente, sobre os valores agregados da prestação de serviços...».

Cita, ao final, acórdãos do Pretório Excelso que embasam sua tese.

Às fls. 277/278, o eminente Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro exarou despacho admitindo o recurso pela alínea c, do inciso III, do art. 119, da Carta anterior, considerando que, «ao tempo do julgado, não existia mencionada previsão legal».

Razões do recorrente às fls. 285/300 e razões do recorrido às fls. 302/316.

O Ministério Público estadual, em parecer de fls. 318/321, opina pelo «desprovimento do apelo extremo, se porventura conhecido».

Subiram os autos à Corte Suprema.

O eminente Ministro Célio Borja, Relator, em despacho de fl. 327, determinou a remessa dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, competente para «apreciar o recurso especial em que se converteu parte do apelo extremo, relativamente ao tema legal...».

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 331/335, opina «pelo conhecimento e provimento do recurso especial, quanto à temática infraconstitucional...».

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. Velloso (Relator): Apreciando o REsp. nº 1.216 — RJ, por mim relatado, decidiu esta eg. Turma:

«Tributário. ICM. Base de cálculo. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

I — o que se exige é que seja fixada, na lei estadual, base de cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que

a legislação estadual fez, equiparando, analogicamente, a saída da mercadoria com o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, sem distinguir entre o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços.

II — Recurso Especial conhecido e provido.»

Para boa compreensão do tema, faço anexar cópia do voto que proferi por ocasião do julgamento do citado REsp. nº 1.216-RJ, ao qual me reporto.

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

## ANEXO

Recurso Especial nº 1.216 — RJ

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A questão, no que tange à argüição de negativa de vigência do art. 97, IV, CTN, e ao alegado dissídio jurisprudencial, foi assim colocada no parecer do ilustre Subprocurador-Geral Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, no parecer de fls. 376/381:

«7. A norma legal que indica a base de cálculo para a apuração do valor do tributo que o recorrido está a exigir do recorrente tem a seguinte redação:

«Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria». (CTERJ)

Não há dúvida de que se trata de uma base de cálculo genérica, totalmente desatenta ao caráter misto da operação sobre a qual incide (fornecimento de mercadorias mais prestação de serviços).

8. Em casos semelhantes, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela ilegitimidade da cobrança do ICM, sem a previsão, na lei estadual, de base de cálculo específica. São inúmeros os precedentes, entre estes:

«Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Ilegitimidade da cobrança do tributo por falta de definição da base de cálculo, pela lei estadual. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. RE conhecido e provido.» (RE 106.661-SP — 2ª Turma — Rel. Min. Cordeiro Guerra — in RTJ 116/838).

«ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em restaurantes e estabelecimentos similares. Base de Cálculo. Súmula 574. Não supre a inexistência da lei, para legitimar a cobrança do ICM, pelo fornecimento de alimentos e bebidas em restaurantes e similares simultaneamente com a prestação de serviços, a indicação genérica, pelo preceito estadual, do fato gerador, sem aduzir a base de cálculo, indeclinável à complementação do tributo (art. 97, IV do CTN), Recurso extraordinário conhecido e provido». (RE 107.770-SP — 2ª Turma — Rel. Min. Djaci Falcão — in RTJ 117/427).

No mesmo sentido RE 99.410-SP-RTJ 114/696; RE 86.993-SP-RTJ 88/295; RE 104.715-SP-RTJ 116/1.212, entre outros.

9. Nessa Egrégia Turma a matéria também já foi apreciada recebendo idêntica solução, consoante resai dos acórdãos a seguir mencionados:

«Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Ilegitimidade da cobrança do tributo, por falta de definição da base de cálculo pela lei estadual. Precedentes do STF.

Recurso especial conhecido e provido.» (Recurso Especial nº 610 — RJ — Registro 89.00098470 — Rel. Min. Ilmar Galvão — 2ª Turma — unânime — in *DJ* de 16-10-89 — pág. 15856).

Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares.

Ilegitimidade da cobrança do Tributo, por falta de definição da base de cálculo pela lei estadual.

Na expressão «saída da mercadoria do estabelecimento comercial» não se compreende o «fornecimento de alimentos e bebidas, no próprio estabelecimento», razão pela qual a base de cálculo prevista para a primeira hipótese não se aplica à segunda.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Provimento do recurso.» (Recurso Especial nº 999-RJ — registro 89.005914 — Rel. Min. Ilmar Galvão — 2ª Turma — unânime — in *DJ* de 13-11-89 — pág. 17023).

10. Os autos relevam, portanto, que o acórdão recorrido negou vigência à norma legal invocada pelo recorrente e também deu à mesma interpretação divergente da que foi dada pelo Supremo Tribunal Federal, tornando presentes os pressupostos do recurso especial (art. 105, inc. III, letras a e c) no tocante à primeira das questões enfocadas no recurso.» (Fls. 377/380).

.....

Examinemos a questão.

No Estado do Rio de Janeiro, segundo consta das informações prestadas, no 1º grau, pela autoridade impetrada, (fls. 143/144), o Código Tributário Estadual, Decreto-lei estadual nº 5, de 1975, estabeleceu:

«Art. 4º O Imposto sobre Circulação de Mercadorias tem como *fato gerador*:

III — o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.»

No que tange à base de cálculo, estabeleceu o mesmo Decreto-Lei Estadual nº 5/75:

«Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria;

II — na falta do valor a que se refere o inciso anterior, o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, no mercado atacadista da praça do remetente;

III — na falta do valor e na impossibilidade de determinar o preço aludido no inciso anterior...»

Destarte, verifica-se que a legislação estadual, ou o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro estabelece como base de cálculo do ICM o valor da operação. Na falta desse valor é que seriam buscados outros critérios para apuração do tributo devido.

No voto que proferiu, na Corte Suprema, ao julgar o RE 99.410-SP (RTJ, 114/696), o eminente Ministro Néri da Silveira esclareceu, com a acuidade jurídica que o caracteriza, toda a matéria, inclusive nos seus aspectos históricos. Disse S. Exa.:

«No RE nº 85.262-DF, o Plenário do STF afirmou que a possibilidade de se exigir o ICM sobre os alimentos, bebidas e demais mercadorias fornecidos dentro do próprio estabelecimento — bares, restaurantes, etc. — somente passou a ter base legal, com a vigência do Ato Complementar nº 34/67 e do Decreto-Lei nº 406/68. Como anotou o eminente Ministro Cunha Peixoto, relator para o acórdão, no referido julgamento, «o legislador compreendeu que a definição genérica de saída da mercadoria do estabelecimento comercial não abrangia o fornecimento de alimentos e bebidas dentro da casa comercial e entendeu de criar, através do Ato Complementar nº 34/67 e do Decreto-Lei nº 406/68, novo fato gerador do Imposto de Circulação de Mercadorias: o fornecimento de alimentos e bebidas no próprio estabelecimento». A possibilidade de exigir o ICM sobre os alimentos e bebidas fornecidos dentro do próprio estabelecimento só apareceu, pois, depois desses últimos diplomas legais. O Código Tributário não a incluiu entre as obrigações fiscais do comerciante» (in RTJ, vol. 89/178). Nos RREE nºs 76.907, 79.251 e 77.943, o

STF proclamou ser inexigível o ICM de bares, antes do Decreto-Lei nº 406/1968 e, depois dele, só se a lei estadual decretar a respectiva incidência nesses estabelecimentos.

Com efeito, o Decreto-Lei nº 406, de 31-12-68, em seu art. 1º, ao definir o fato gerador do ICM, previu, no inciso III, «o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares».

De outra parte, discorrendo sobre o artigo 97, do CTN, Aliomar Baleeiro anotou que «a decretação só se integra e completa com o quantum do tributo e a base para calculá-lo. Os incisos III e IV são consequência necessária dos incisos I e II, todos do art. 97». (apud Direito Tributário Brasileiro, 10ª Ed., pág. 408). Noutro passo, observou: «A lei fiscal não se limita a definir o fato gerador, o sujeito passivo, o quantum a pagar. Ela, salvo casos raros, como os dos impostos fixos, estabelece também os elementos ou atributos do fato gerador para sobre eles ser calculada objetivamente a alíquota do tributo, mediante simples operação aritmética. A esses elementos, legalmente designados, dá-se o nome de «base de cálculo» do imposto — (...)» (op. cit., pág. 409).

Ora, em São Paulo, a Lei Estadual nº 440, de 24-9-74, que dispõe sobre o ICM, estabeleceu no artigo 1º, III, repetindo o Decreto-Lei nº 406/1968 (artigo 1º, III), ser fato gerador do tributo «o fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares».

Quanto à base de cálculo do ICM, nessa hipótese de incidência, explicitamente, não a previram nem o art. 2º, do Decreto-Lei Federal nº 406/1968, nem o art. 19, da Lei Estadual Paulista nº 440/1974.

Quanto ao diploma estadual, no artigo 19 e seu inciso I, preceituou-se:

«Art. 19. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas, a base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorrer a saída de mercadorias».

Ora, o enunciado do inciso I do artigo 19 suso transcrito coincide com a fórmula do inciso I, do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 406/1968, que reza:

«Art. 2º A base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria».

Em nenhum dispositivo, entretanto, a lei estadual em foco, de expresso, fixou a base de cálculo do ICM, quando se tratasse de

terceira hipótese de sua incidência, descrita em seu art. 1º, III, ou seja, «o fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares». Viu o acórdão recorrido, todavia, no mencionado inciso I do art. 19 da Lei Estadual 440/1974, a base de cálculo do ICM, no caso, sendo assim, coincidente com a base de cálculo, quando se cogita de saída de mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

Ora, se se entende que o fato gerador, quanto a base de cálculo do tributo hão de estar definidos em lei, parece correto concluir que não é possível entender aplicável a base de cálculo do ICM, na hipótese de saída da mercadoria do estabelecimento, — cuja disciplina, de resto, é desdobrada em vários dispositivos do diploma estadual, — para o caso de incidência outra do tributo, qual seja, o fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares». Tenho como invocável, aqui, o entendimento que veio a informar o julgamento do RE nº 85.262/DF, quando o Plenário, a 2-6-77, afirmou que, antes de estabelecida a possibilidade de nova hipótese de incidência ou de novo fato gerador por lei nacional, e antes de instituído o tributo incidente sobre tal fato gerador por lei local, não podia ser cobrado o imposto de que ora se cogita. Tornou-se, aí, certo que o fornecimento de alimentos em restaurantes e bares não se podia ter como saída de mercadoria do estabelecimento. A pretendida ficção jurídica fez-se inaceitável, em ordem a equiparar, à saída, o fornecimento para consumo in loco. Exigiu-se lei, definindo o fornecimento em referência, como fato gerador distinto, qual condição básica à exigência do ICM, nesse caso (RTJ, 89/180).

Ora, tenho por igual que não se pode, pendente como é de lei a fixação da base de cálculo, adotar, pura e simplesmente, aquela estipulada para a hipótese de saída da mercadoria de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, em ordem a quantificar o ICM a ser pago na hipótese distinta de fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafês e estabelecimentos similares. É de ter presente, nesse sentido, o que bem sinalou Aliomar Baleeiro, in op. cit., pág. 221, verbis: «Note-se que, nessa modalidade, muitas vezes, o fornecimento está consorciado a uma prestação de serviços: — utilização de mesas, copos, louça, talheres, guarnição de toalha e guardanapos, trabalho de garçons, o próprio local aprazível ou panorâmico, música de fundo, pista de dança, etc. etc.» Noutro trecho, referindo-se a outras situações semelhantes, aduz: «O preço da «consumação», em sua maior parte, disfarça o valor daqueles serviços. O custo da mercadoria é ínfimo comparado ao do total cobrado. O mesmo se dirá do hotel que fornece o pequeno almoço de manhã. O problema poderia ser resolvido pelo faturamento em separado, ou por «forfait» (op. cit., pág. 221).

Tudo isso está, entretanto, a demonstrar a necessidade de a lei local fixar a base de cálculo do ICM, na hipótese do fornecimento de alimentação, bebidas ou outras mercadorias em bares, restaurantes e estabelecimentos similares. Não cabe, assim, invocar a norma genérica segundo a qual a base impositiva é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria, fórmula adequada ao caso em que o fato gerador é a saída de mercadorias do estabelecimento comercial, industrial ou produtor».

O que se exige, pois, é que seja fixada, na lei, base do cálculo própria da hipótese de incidência específica — fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares — não sendo aceitável o que a legislação estadual fez, equiparando, analogicamente, a saída de mercadoria com o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias. Porque, bem lecionou, no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Soares Muñoz, «no fornecimento de bebidas, alimentação etc. em bares e restaurantes há venda de mercadorias e prestação de serviços, tais como os provenientes da utilização de mesa, toalha, guardanapo, gelo, trabalho de garçons, porteiro, cozinheiro, etc. A lei estadual deve distinguir o preço dos serviços do preço das mercadorias, erigindo este em base de cálculo do ICM. A ausência de legislação nesse sentido torna impossível a cobrança do mencionado tributo» (RE 100.563-SP, RTJ, 109/1211).

É perfeito o raciocínio, convindo registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, iterativamente, nessa linha, conforme demonstrado nas razões de recurso e no parecer da Procuradoria-Geral da República (Inter plures, RE 99.410-SP, Rel.: Min. Néri da Silveira, RTJ 114/696; RE nº 100.563-SP, Rel.: Min. Soares Muñoz, RTJ 109/1211; RE 107.770-SP, RTJ 117/427; RE 104.715-SP, RTJ 116/1212).

Registre-se, aliás, que a jurisprudência desta Turma não destoa da jurisprudência do Supremo Tribunal (REsp. nº 610-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, *DJ* 16-10-89; REsp. nº 999-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, *DJ* de 13-11-89; REsp. nº 564-BA, *idem*, *idem*).

Do exposto, conheço do recurso e a ele dou provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 708 — RJ — (Reg. nº 89.9988-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Sagitário Alimentos Ltda. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Laura Maria C. M. Crespo e José Alfredo Ferrari Sabino.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (Em 2-4-90, Segunda Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

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

## RECURSO ESPECIAL Nº 871 — SP

(Registro nº 89.0010383-0)

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

Recorrente: *Bradesco S/A — Crédito Imobiliário*

Recorridos: *Natalício Gomes Patriota e outros*

Advogados: *Roberto Rosas e outros, Mario Saad e outros*

**EMENTA:** Posse imobiliária. Construção executória. Embargos de terceiro. Requisito da boa-fé.

Pode manifestar embargos de terceiro o possuidor de boa-fé, qualquer que seja o direito em virtude do qual tenha a posse do bem penhorado ou por outro modo constricto.

O titular de promessa de compra e venda, irrevogável e quitada, estando na posse do imóvel, pode opor-se à penhora deste mediante embargos de terceiro, em execução intentada contra o promitente vendedor, ainda que a promessa não esteja inscrita.

Recurso conhecido e desprovido.

### 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 pelo dissídio para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente-Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Adoto o relatório do acórdão recorrido:

«Trata-se de Embargos de Terceiros em Execução Hipotecária, julgados improcedentes, nos termos da r. sentença de fls. 303/304. Irresignados, os Embargantes manifestaram recurso de Apelação a esse Egrégio Tribunal, aduzindo, em síntese, que a despeito de se lhes ter dado conhecimento da existência de anterior hipoteca, gravando as unidades residenciais em via de construção e hoje concluídas e entregues há vários anos, mesmo assim as adquiriram,

porque acreditaram em cláusula contratual através da qual os vendedores prometiam liberar a notificada hipoteca. Reclamam de que a construtora agiu levemente, recebendo dos embargantes todas as parcelas do preço contratado, e não as repassando ao Agente Financeiro, frustrando de conseguinte, a liberação da hipoteca. Sustentam, ainda, a irrelevância do registro do instrumento contratual na Circunscrição Imobiliária competente e clamam, por fim, pela aplicação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.» (fls. 384/385).

Os juízes da Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo deram provimento à apelação para julgar procedentes os embargos e condenar a embargada, o que importou na consagração da seguinte tese:

«Em que pese, embora, a Súmula nº 621 da jurisprudência dominante no Egrégio Supremo Tribunal Federal, nem todos os instrumentos contratuais não inscritos, comportando promessa de compra e venda ou transmissão de direitos sobre imóveis, são inoponíveis a terceiros.

Com efeito, ainda que se reconheça a autoridade dos que se manifestaram em sentido contrário, a interpretação literal do art. 1046 e seu parágrafo 1º do Estatuto Procedimental é absolutamente inequívoca no sentido de que «os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, *ou apenas possuidor*». Regra indubitosa, prevista na lei específica e que não pode ser alterada por súmula, ainda que oriunda da nossa mais elevada Corte de Justiça». (Fl. 385).

O embargado recorreu extraordinariamente, com arguição de relevância. Fê-lo baseado no art. 119, III, alíneas *a* e *d*, da CF/68, sustentando que a crítica feita à Súmula 621, pelo acórdão, merece ser-lhe revertida para ensejo do RE pela letra *d*. Sendo as súmulas provisões da escorreita aplicação da lei, a egrégia Câmara é que estaria atropelando os textos, no que chamou de atividade pretoriana.

Se compromisso de compra e venda — continua o recorrente — embora anterior à execução, mas sem registro, é insuscetível de ser oposto à penhora realizada em ação para cobrança de crédito quirografário, com maior razão não pode ser oposto à penhora em execução hipotecária, uma vez constituído o direito real de garantia antes da celebração do compromisso e com declaração nele da existência do ônus real.

O recorrente alinhou, como violado o art. 292, da Lei de Registros Públicos, por haver o acórdão validado documentos que a lei considera nulos. E ao excluir da penhora imóveis hipotecados, agrediu o art. 759, do Código Civil. Fê-lo, do mesmo passo, quanto aos arts. 1º e 2º, Lei nº 5.741/71 (fl. 426), e 153, § 3º, da CF, este pertinente à proteção da coisa julgada (fl. 427).

O recurso foi admitido pela alínea c, a saber:

«Dentre as hipóteses elencadas nos incisos I a X do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (Emenda Regimental nº 2/85), encontra-se presente alegação de ofensa a dispositivo constitucional e divergência com a Súmula 621, a permitir que se instaure o juízo de admissibilidade (artigo 326). No tocante à afronta ao artigo 153, § 3º, da Lei Maior, não houve, em verdade ofensa à coisa julgada, conforme entendimento da douta Turma Julgadora, *in verbis*: «Anotese, por derradeiro, que a decisão do executivo hipotecário jamais poderia passar em julgado em relação à matéria dos Embargos de Terceiro, posto que os Autores não foram sequer partes naquela causa, estando o tema aqui proposto fora dos limites daquela lide e das questões lá decididas (art. 468 do CPC)» (fl. 405). «Relativamente à discrepância com a Súmula 621 do Pretório Excelso, o apelo merece prosperar. Em que pese a orientação esposada pela Colenda Câmara, que encontra adeptos em doutrina e jurisprudência de peso, mister se faz reconhecer não ser esta a postura da Augusta Corte. Cristalizou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento de o terceiro somente poder opor embargos para desconstituir a penhora, quando inscrita a promessa de compra e venda irretroatável e irrevogável anteriormente à constrição, pois nesse caso, a apreensão judicial não atinge a posse, mas sim o direito real à aquisição de que aquele é titular. Esse o teor da Súmula 621. Assim, no caso em exame, embora quitados os imóveis, junto à devedora hipotecária (Construtora) deixaram recorridos de transcrever os compromissos de compra e venda na Circunscrição Imobiliária competente» (fls. 465/466).

Os autos subiram ao STF, que rejeitou a argüição de relevância, e reputou frustrado o RE no tocante à negativa de vigência das normas infraconstitucionais. Porque já instalada esta Corte, foi convertido o RE em REsp, a ser julgado pelo dissídio com a Súmula nº 621, reservando-se o exame do RE pelo resíduo constitucional da coisa julgada (art. 153, § 3º, CF/67).

É o relatório, no essencial.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Temos decidido, na Turma, embargos de terceiro do promissário comprador com preço quitado, promessa irretroatável e não inscrita, a fim de evitar ou arrear a penhora do imóvel e sua praça para pagamento de dívida do promitente vendedor, quando não se vislumbre fraude à execução (REsp 226-SP, DJ de 16-10-89; REsp 713, julgado em 7-11-89, REsp 662-RS, DJ de 20-11-89, REsp 758-RJ, DJ de 30-10-89; REsp 866-RS, DJ de 30-10-89).

Assim fazemos quando provado o fato indiscutível da posse do embarcante, a ele transmitida e exercida desde logo, mansa e pacificamente, porque posse não se registra, isto é, os efeitos que dela derivam e não do domínio, que este se adquire, sim, através do caráter publicitário do registro, da sua legalidade e força probante.

Não temos recusado a equiparação do promissário comprador sem registro ao possuidor, para os efeitos do art. 1.046, § 1º, do CPC, pois a penhora não atinge apenas o direito real, mas também a posse. Podem manifestar embargos de terceiro o senhor ou possuidor, qualquer que seja o direito em virtude do qual tenha a posse do bem, seja direito real, ou obrigacional.

A matéria não é pacífica nos tribunais, como se sabe, tanto que embora sumulada pelo STF, sempre encontrou divergência nos tribunais do País, especialmente nos de São Paulo, Bahia e Distrito Federal. Aqui temos feito prevalecer o disposto no art. 1.046, § 1º, do CPC, que contém regra invidiosa e inalterável por decisões pretorianas ainda que oriundas do STF, que nem sempre decidiu assim (Cf. STF, ac. DJ 21-9-63/118ª, apud Alexandre de Paula, CPC Anotado, vol. IV; RT/1977, pág. 326; RT 294/716; RF 142/151; ac. 22-6-71, ap. 161.208).

A hipótese destes autos não é, porém, em tudo semelhante às demais que temos julgado.

Aos recorridos foram prometidas em venda unidades residenciais pertencentes à Construtora Elite Ltda., que as construíra com financiamento do Bradesco S.A. — Crédito Imobiliário, entidade integrante do Sistema Financeiro da Habitação. Os compromissos foram lavrados por instrumento particular, constando de sua Cláusula 8ª que os promissários compradores estavam cientes de hipoteca sobre o edifício, a favor do Banco, obrigando-se a promitente vendedora a liberar da hipoteca as unidades prometidas e a outorgar as escrituras definitivas.

O recorrente excutiu a hipoteca contra a Construtora Elite Ltda. e penhorou os apartamentos prometidos em venda aos recorridos. Estes defenderam-se com embargos de terceiro, porque haviam sido imitados na posse a partir dos compromissos devidamente quitados. Em curso a ação de embargos, ingressaram os recorridos com a ação ordinária do art. 287, do CPC, contra a Construtora Elite Ltda., na qual pediram a quitação da hipoteca e a outorga das escrituras respectivas.

Os embargos foram julgados improcedentes no primeiro grau. Em sua sentença, o Dr. Juiz disse que os embargantes não detinham o domínio dos apartamentos penhorados, mas só a posse e esta oriunda de contratos particulares sem registro imobiliário. A embargada, por sua vez, seria titular de hipoteca constituída sobre aqueles bens, em garantia do financiamento feito pelo recorrente à Construtora Elite Ltda. Examinou a sentença qual o interesse prevalente e concluiu que o compromisso sem inscrição não se opõe a terceiros, não podendo o compromissário, nesses casos, desconstituir a pe-

nhora só pela sua qualidade de possuidor do imóvel, tanto mais porque a posse dos embargantes era posterior à constituição da hipoteca, de cuja existência foram expressamente cientificados ao contratar.

O acórdão recorrido reformou a sentença, adotando a mesma orientação que temos seguido na Turma, acrescentando a circunstância de que o credor hipotecário não alegou fossem as vendas simuladas, nem demonstrou a inidoneidade dos pagamentos feitos pelos compromissários à Construtora Elite Ltda. Isso porque, nesse tipo de empreendimento, o preço das unidades autônomas é pago diretamente à Construtora, obrigada esta a repassar os pagamentos ao credor hipotecário. Se a Construtora não repassou os pagamentos; por não poder ou não querer, o possível direito de seqüela do credor hipotecário não operaria, dada a excepcionalidade desses negócios. Se a alienação não era vedada e os compromissários cumpriram as suas obrigações de compradores, estavam eles a salvo da ação.

Acho que é possível manter, também neste caso, a posição da Turma nas suas decisões anteriores sobre a matéria, pois os embargantes outra coisa não defendem nos embargos senão a sua posse nas unidades residenciais compromissadas, onde residem desde 1983 (fl. 4, item 7). É certo que os contratos, além de não inscritos, foram lavrados quando já onerava os imóveis a hipoteca do edifício de que eram unidades, o que poderia levar a crer a existência de *consilium fraudis* entre os promissários compradores e a promitente vendedora, assim em burla aos direitos creditícios do agente financeiro, cessionário fiduciário da totalidade dos direitos decorrentes da alienação do empreendimento, ou de cada uma de suas unidades e, por via de consequência, da própria garantia hipotecária, que era conhecida. Para eximir os compromissários dessa suspeição não seriam suficientes os contratos não registrados, a posse deles decorrente e o cumprimento pelos compradores «de suas obrigações no contexto dessa situação jurídica» (fl. 391), ou seja, o pagamento integral do preço com quitação. Impunha-se o reconhecimento da boa-fé dos embargantes, que reputo inelutável porque, sabedores da hipoteca, pactuaram nos contratos o seu levantamento a ser feito pela Construtora Elite Ltda., bem como a outorga das escrituras definitivas (Cláusula 8ª, fl. 15). Porque a Construtora Elite Ltda., não cumprisse tais obrigações no prazo previsto, foi notificada e depois condenada a fazê-lo, judicialmente, por sentença proferida na ação ordinária que lhe propuseram os compradores (fl. 274), antes da excussão da hipoteca e destes embargos. A sentença (e o acórdão que a confirmou) vale, pois, como provisão em favor da conduta contratual dos embargantes, tanto mais porque lá está dito o seguinte:

«E quanto ao alegado conluio, nada comprovou a ré» (fl. 279).

A Construtora Elite Ltda. foi condenada a liberar a hipoteca dos apartamentos e a outorgar as escrituras definitivas. Essa decisão, que é de índole cominatória (CPC, art. 287 c/c arts. 644/645), importou em declaração de vontade unilateral receptícia e garantiu aos compromissários os bens a

que têm direito, independentemente da participação e, portanto, da vontade da obrigada, sendo sua recusa suprida pela sentença.

É sabido que a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (CPC, art. 468). Assim, tendo comparecido nos autos o credor-hipotecário que falou e juntou documentos, não poderia, em processo posterior de execução contra a promitente vendedora, ignorar aquela decisão e exercitar o seu direito de seqüela sobre os imóveis compromissados, que penhorou à revelia dos promissários compradores e possuidores diretos.

Assim, passo a analisar os fundamentos do presente recurso, sem considerar frustrados o da letra a, do permissivo constitucional, pois contra os mesmos não devem prevalecer os antigos óbices do RI/STF, nem a tanto me obriga a respeitável decisão de fl. 529, ou aquela proferida na argüição de relevância.

Senão, vejamos:

1. Art. 759, Código Civil — o recorrente sustenta que o acórdão lhe negou o direito previsto no texto, de excutir os bens hipotecados, ou seja, os apartamentos prometidos em venda aos recorridos.

O acórdão menciona, à fl. 391, que os bens compromissados estavam a salvo da ação hipotecária, porque a Construtora Elite Ltda. era a responsável pela quitação do ônus. Não importam esses comemorativos da respeitável decisão, pois o seu fulcro está em que os embargantes, exatamente para forrarem-se da execução hipotecária, deram ciência dos seus contratos ao credor na ação ordinária (CC, art. 815, § 1º).

2. Art. 292, Lei dos Registros Públicos — Os embargantes celebraram contratos nulos — alega o recorrente — porque deveriam ser os mesmos precedidos de prévia comunicação, por exigência do texto referido. E o acórdão recorrido pretende transferir esse ônus ao credor hipotecário. Ao invertê-lo, negou-lhe vigência (fl. 439).

Embora o acórdão tenha dito que ao credor hipotecário competia a cautela elementar de notificar os adquirentes das unidades condominiais, de que ficariam sujeitos aos efeitos da hipoteca se o devedor se tornasse inadimplente (fl. 391), fê-lo como argumento paralelo ao deslinde da causa, mas não em afronta ao art. 292, LRP, a saber:

«A peculiaridade desse por assim dizer ato jurídico mais complexo, *somado* aos princípios da lealdade e confiança, é elemento que deve ser levado em conta no deslinde da causa, em favor dos adquirentes de boa-fé.»

Esse argumento teria origem no próprio contrato de financiamento com garantia hipotecária, onde estão previstas as vendas de unidades condominiais pela Construtora, diretamente a terceiros, a fim de possibilitar-lhe o pagamento da dívida hipotecária (Cláusula 15ª, fl. 155), desde que tais vendas fossem feitas no prazo de vigência do contrato de financiamento e na forma da Cláusula 21ª. Essas vendas ficaram, pois, a cargo da devedora e sem o controle do credor, que expressamente se omitiu, verbis:

«... Em nenhuma hipótese, o Mutuante comparecerá às escrituras de compra e venda das unidades residenciais objeto deste mútuo, na qualidade de Anuente, para posterior recebimento dos créditos gerados pelas vendas.»

3. Arts. 1º e 3º, da Lei 5.741/71 — O recorrente alega que a Egrégia Câmara, ao decidir que o exercício dos direitos subjetivos encontra limites e não como melhor pareça aos seus titulares, teria negado seu direito à ação inerente ao contrato de hipoteca, entrando em testilha com os artigos referidos, o primeiro por assegurar a execução hipotecária para a cobrança de créditos vinculados ao SFH e o segundo porque, enquanto que determina recaia a penhora sobre o imóvel hipotecado, o acórdão não a admitiu (fl. 426).

O acórdão não pretendeu impedir a atuação da Lei 5.741/71. Decidiu, sim, que os bens dos embargantes estariam a salvo da ação hipotecária ajuizada contra a Construtora Elite Ltda.. Isso porque ao credor hipotecário, que consentira nas vendas, caberia o controle dessas e que não assumiu.

Quanto ao fundamento da letra c (CF, art. 105, III, c), o recorrente aponta como divergida a Súmula nº 621, do STF, pelas razões já conhecidas e arredadas aqui, como também nos precedentes da Turma sobre a matéria.

Ante o exposto, conheço do recurso pelo dissídio, mas lhe nego provimento, para manter o venerando acórdão recorrido.

É como voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Quando aderi à Turma, no que diz respeito à tese contrária à Súmula 621, naturalmente, de acordo com o entendimento geral, ressalvei a possibilidade de examinar o assunto caso a caso, hipótese a hipótese, e, nesta questão, no início tive dúvidas quanto ao aspecto da prevalência do direito real de garantia e suas conseqüências, inclusive o direito da seqüela, tão bem salientado por V. Exa. Sr. Presidente. Mas, ainda assim, em face das peculiaridades do caso e da clareza com que o Eminentíssimo Relator esclareceu e informou à Turma de que se trata apenas do reconhecimento do direito à posse, conheço pelo dissídio, para negar provimento ao especial.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 871 — SP — (Reg. nº 89.0010383-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Gueiros Leite. Recte.: Bradesco S/A — Crédito Imobiliário. Recdo.: Natalício Gomes Patriota e outros. Advs.: Drs. Roberto Rosas e outros e Mario Saad e outros.

Decisão: A 3ª Turma do STJ decide, por unanimidade, conhecer do recurso pelo dissídio para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (julgado em 5-12-89).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Ausente justificadamente, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.

— ● —

**RECURSO ESPECIAL Nº 946 — GO**  
(Registro nº 89.0010459-4)

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

Recte.: *Adair Alves Arriel*

Recda.: *Graciema Borges Arriel*

Advogados: *Drs. Adahyl Lourenço Dias e outros e Ricardo Maciel Santana e outro.*

**EMENTA:** Separação judicial. Sevícia. Violação dos deveres conjugais.

I — Inocorrência de negativa de vigência ao art. 5º da Lei nº 6.515/77, porquanto as instâncias ordinárias bem analisaram e confrontaram as provas colhidas nos autos, concluindo que o réu violou os deveres conjugais. Dissídio jurisprudencial que não atende aos requisitos da Súmula nº 291 c/c o art. 295, parágrafo único, do Regimento Interno/STJ.

II — 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, 3 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 ação de separação judicial proposta por Graciema Borges Arriel contra o seu marido Adair Alves Arriel, com fundamento no art. 5º caput da Lei nº 6.515/77, em face de humilhações e ofensas morais, inclusive espancamento.

O réu contesta e reconvém, rebatendo as acusações, atribuindo à autora a responsabilidade pela inviabilidade da sociedade conjugal.

A sentença de 1ª Instância julgou

«Procedente a Ação e via de consequência improcedente a Reconvenção, para, com base no art. 5º da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, decretar a dissolução da sociedade conjugal do casal Graciema Borges Arriel e Adair Alves Arriel, já qualificados, dando como cônjuge culpado o Requerido, assegurando à Autora o uso do nome de solteira, aplicando ainda em seu favor o disposto no art. 10, da Lei 6.515, condenando o Requerido a prestar-lhe e aos filhos do casal, alimentos, fixados estes em três (03) salários mínimos mensais, na proporção de um (01) salário para cada alimentado.»

A 2ª Turma julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, à unanimidade de votos, negou provimento à apelação, em aresto assim ementado:

«Separação judicial.

Violação dos deveres do casamento.

Sevícias e ameaças, de revólver em punho, são fatos violadores dos deveres conjugais que, por sua gravidade, tornam insuportável a vida em comum.

Procedência do pedido.

Recurso conhecido e improvido.»

O recorrente interpôs recurso especial com fundamento nas letras a e c do art. 105, inc. III, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência ao art. 5º, da Lei nº 6.515/77, além de dissídio jurisprudencial.

Pelo despacho de fl. 189 foi o recurso admitido.

Com as razões de fl. 193 e contra-razões de fls. 198 a 202, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O voto condutor do acórdão guarda o seguinte teor:

«Satisfeitos todos os pressupostos recursais, merece conhecida a apelação.

Cuidam os presentes autos de uma ação de separação judicial contenciosa, embasada no art. 5º, caput, da Lei nº 6.515/77.

A autora, em seu pedido, alega ter sofrido humilhações, ofensas morais, maus-tratos de toda ordem e até espancamentos.

Já o réu, em reconvenção, rebate aquelas acusações, afirmando que a autora é que é responsável pela rutura da *affectio conjugalis*,

em consequência de agressões, viagens constantes, ameaças e até de um disparo de revólver.

Das testemunhas arroladas pela autora, uma delas presenciou brigas e ameaças, de revólver em punho, feitas pelo réu contra aquela.

As testemunhas do réu noticiaram uma briga entre a autora e a sua cunhada Irene, além de viagens por ela empreendidas.

Entretanto, tal briga entre cunhadas não interessa a esta demanda, porque o réu dela não teria participado.

Em relação às viagens, nada há a indicar que tenham sido empreendidas sem autorização marital. Ademais, ao que tudo faz crer, teriam ocorrido já numa época em que o relacionamento do casal estava muito difícil, em consequência dos freqüentes maus-tratos infligidos pelo marido à mulher, consoante o noticiam as testemunhas, às fls. 57, 58 e 60.

Portanto, a prova de natureza oral produzida pela autora é melhor do que a do réu.

Nessas condições, está demonstrado nos autos que o réu violou gravemente os deveres conjugais, tornando insuportável a vida em comum.

À vista do exposto, negamos provimento ao apelo e, em consequência, confirmamos a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.»

Ao juiz é dado, em contato direto com as provas, após o exame acurado dos fatos e suas circunstâncias, formar a sua convicção (cf. art. 131 do CPC).

No presente caso, não vislumbro negativa de vigência ao art. 5º da Lei nº 6.515/77, porquanto as instâncias ordinárias bem analisaram e confrontaram as provas colhidas nos autos para concluir que o «réu violou gravemente os deveres conjugais, tornando insuportável a vida em comum».

Acrescento, outrossim, que sobre a personalidade do réu ressalta o Ministério Público Estadual que este se encontra com prisão preventiva decretada, respondendo a crime de homicídio qualificado (fl. 90).

Por conseguinte, a exegese expendida pelo acórdão com relação ao dispositivo legal ora referido apresenta-se correta, não merecendo reparo.

Com relação ao dissídio jurisprudencial, este não se acha demonstrado, pois não infirma tese contrária do aresto recorrido, incidindo, portanto, a Súmula nº 291 c/c o art. 295, parágrafo único, do RI/STJ.

Aliás, um dos acórdãos trazidos à colação se alinha na mesma posição da decisão recorrida, verbis:

«Ao apreciar a gravidade da injúria para efeito de julgar ação de desquite, deve o juiz considerar a situação ou posição social dos

cônjuges, a educação, caráter e sensibilidade de cada um. Se assim deve proceder o juiz é óbvia conclusão de que o tema injúria grave no desquite envolve, de maneira inseparável, os fatos e o direito material de controvérsia. É o tema que abrange, numa perfeita complexidade, a prova do fato e o direito a ele aplicável» (Ac. do STF no RE 65.721 de 8-11-71, rel. Min. Antônio Neder, RTJ, v. 59, pág. 439).

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 946 — GO — (Reg. nº 0010459-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Adair Alves Arriel. Recda.: Graciema Borges Arriel. Advs.: Drs. Adahyl Lourenço Dias e outros e Ricardo Maciel Santana e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma: 3-10-89).

Os Srs. Ministros Barros Monteiro e Bueno de Souza votaram com o Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. BUENO DE SOUZA.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.008 — RJ

(Registro nº 89.0010625-2)

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

Recte.: *Evolução Comércio de Móveis e Decorações Ltda.*

Recdo.: *Patronato de Menores*

Advogados: *Drs. Wilson Queiroga Braga e Hélio José da Cunha Cavalcanti*

**EMENTA:** Ação revisional de aluguel. Locação regida pelo Decreto nº 24.150 (Lei de Luvás). Não se configura divergência com a Súmula nº 180 do Supremo Tribunal Federal, quando o perito fixa o novo aluguel tomando por base a data da citação, e não a do laudo pericial. Precedentes do STF (REs nºs 69.064 e 79.139).

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, 17 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 ação revisional de aluguel de imóvel sob a égide do Decreto nº 24.150, que foi julgada procedente pela sentença de fl. 100.

A Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, deu provimento à apelação para fixar o valor do aluguel revisionado em Cz\$ 12.821,00 mensais, a partir da citação, mantidos os demais termos do julgado recorrido.

Transcrevo do acórdão recorrido a parte objeto da impugnação:

«Também não colhe a tese de que o aluguel revisionado deva vigor a partir da data do laudo e não a partir da citação inicial, por isso que, embora a Súmula 180 do Supremo Tribunal Federal haja assentado o princípio esposado pela ré, locatária, e embora se considere proposta a ação tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, os seus efeitos só se produzem, em relação ao réu, depois que este foi validamente citado, e daí até porque o novo aluguel só pode vigorar a partir da citação inicial e não da data do laudo pericial que, inclusive, arbitrou o novo valor locativo não da data de sua feitura, mas da data da citação da ré. Sobre a questão já ocorreram esclarecimentos da invocada Súmula nº 180, encontrados na Revista Trimestral de Jurisprudência, à fl. 72, pág. 751, como referido na sentença, onde se assentou que o novo preço da locação vigora a partir do laudo pericial, se o perito, ao elaborá-lo, haja considerado a situação econômica predominante no momento em que foi ele redigido, o que não é o caso.»

O Recorrente interpôs recurso extraordinário alegando divergência com a Súmula nº 180 do Supremo Tribunal Federal.

Pelo despacho de fl. 173, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 182 a 184, vieram os autos a esta Corte, em face da instalação do Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O recurso se restringe exclusivamente ao fato de que, estabelecendo o enunciado da Súmula nº 180 do Supremo Tribunal Federal que na ação revisional do Decreto nº 24.150, o aluguel arbitrado vigora a partir do laudo pericial, não poderia o v. acórdão estabelecer prazo diferente, ou seja, com início a partir da citação inicial, divergindo do verbete da Súmula ora referida.

O Supremo Tribunal Federal, através de sua jurisprudência, tem admitido interpretações diversas sobre o enunciado da Súmula em debate, dependendo de certas circunstâncias, dentre elas quando o perito fixa o valor do aluguel com base em dados contemporâneos à citação.

No presente caso existe uma peculiaridade, como bem ressaltou o acórdão:

«O novo aluguel só pode vigorar a partir da citação inicial e não da data do laudo pericial que, inclusive, arbitrou o novo valor locativo não da data de sua feitura, mas da data da citação da ré.»

Ora, em questão idêntica assim se pronunciou o saudoso Ministro Barros Monteiro, pai do eminente Ministro Barros Monteiro, que hoje honra e integra esta Corte, ao votar no RE nº 69.064, verbis:

«Relativamente à invocada divergência com a Súmula 180, se é certo que, no caso, determinou o acórdão vigorasse o novo aluguel, a partir da citação, fê-lo, todavia, o r. julgado à vista de circunstâncias peculiares da espécie, entre outras a de que o próprio perito judicial, em seu laudo, fixou novo aluguel para vigorar da data anterior ao mesmo laudo.

E, como é sabido, já o eg. Tribunal Pleno abriu exceção à aplicação, em qualquer hipótese, da citada Súmula 180 (RTJ 45/417).

«Conheço, pois, do recurso, mas nego-lhe provimento» (RTJ 56/725).

Eis a sua ementa:

«Ação revisional de aluguel. Fixação deste a partir da citação e não do laudo pericial. Hipótese peculiar dos autos, em que o perito fixou o novo aluguel para vigorar em período anterior ao mesmo laudo.

«Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido» (RTJ 56/724).

Nessa mesma diretriz é o RE nº 79.139, relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho, em aresto assim ementado:

«Locação.

«Revisão de aluguel. Locação regida pela Lei nº 24.150 (Lei de Luvas).

Se o perito fixou o novo aluguel tomando por base a data da citação, e o acórdão, confirmando ou não tal valor, se reporta igualmente àquela data, o aluguel reajustado deve ser considerado a partir de então. A Súmula 180 é de aplicar-se se foi a data do laudo a considerada como a base para o levantamento do novo aluguel ou, embora com tal laudo não tenha concordado o Juiz, foi aquela mesma data também por ele tomada como o marco para a avaliação do novo valor locatício» (RTJ 104/157).

Nos termos dos precedentes, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

### VÓTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em face do exposto pelo eminente Ministro Relator, de que o perito levou em consideração o valor à época da citação, acompanho S. Exa.

Também não conheço do recurso, uma vez que a hipótese é diversa da que foi apreciada e julgada no Recurso Especial nº 353 desta Quarta Turma.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.008 — RJ — (Reg. nº 89.0010625-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: Evolução Comércio de Móveis e Decorações Ltda. Recdo.: Patronato de Menores. Advs.: Drs. Wilson Queiroga Braga e Hélio José da Cunha Cavalcanti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 17-10-89).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. BUENO DE SOUZA.



### RECURSO ESPECIAL Nº 1.065 — SP

(Registro nº 89.10834-4)

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

Recorrente: *Cromel de Oliveira*

Recorrida: *Prefeitura Municipal de José Bonifácio*

Advogados: *Drs. Gelson Reis Michel e outro e Maurício Marques do Nascimento*

**EMENTA:** Tributário. Taxa municipal de conservação de estradas. Município de José Bonifácio-SP. Base de cálculo e alíquota: Distinção. CTN, art. 77, parágrafo único. CF, 1967, art. 18, § 2º.

I — Taxa de Conservação e Serviços de Estradas Municipais do Município de José Bonifácio-SP: a sua base de cálculo não é idêntica à de qualquer imposto. Base de cálculo e critérios para aferição da alíquota: distinção.

II — Inocorrência, no caso, de violação à disposição inscrita no art. 77, parágrafo único, CTN (CF, 1967, art. 18, § 2º. CF, 1988, art. 145, § 2º).

III — Recurso Especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de março de 1990 (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 Cromel de Oliveira contra ato do Prefeito do Município de José Bonifácio, Estado de São Paulo, consubstanciado no lançamento da Taxa de Conservação e Serviços de Estradas Municipais, cuja base de cálculo é o número de hectares do imóvel rural, benfeitorias e outros fatores também usados para o cálculo do Imposto Territorial Rural.

A Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por unanimidade, reformando a sentença de primeiro grau que havia concedido a segurança, deu provimento ao apelo da Municipalidade e à remessa oficial (fls. 113/117).

Sustenta o acórdão que a taxa pode, perfeitamente, ser exigida somente dos proprietários, pois a conservação é feita para servi-los, as estradas estão à sua disposição. São eles quem mais as usam e, portanto, é justo que paguem pelo serviço.

Acrescenta o aresto que a base de cálculo da taxa não é igual à de qualquer imposto, pois a lei municipal a estrutura «em termos de potencialidade de utilização», levando em conta «as diferenciações físicas do sistema viário em relação a cada proprietário atingido...».

Inconformado, recorre extraordinariamente o impetrante, com fundamento no art. 119, III, *a* e *d*, da Carta de 1967, argüindo a relevância da questão federal.

Argumenta que o acórdão violou o art. 77, da Lei nº 5.172/66, a Súmula 595 e a jurisprudência do pretório Excelso. A cobrança da taxa é ilegítima, pois sua base de cálculo é idêntica à do ITR.

Alega, ainda, a recorrida que a Municipalidade infringiu a Constituição Federal ao criar tributo alheio à sua competência.

Às fls. 153/154, o eminente Presidente do Primeiro Tribunal de Alçada Civil paulista admitiu o recurso, reconhecendo a existência de divergência com a Súmula 595 — STF.

Subiram os autos à Corte Suprema.

Em despacho de fls. 178, o eminente Ministro Paulo Brossard, Relator, considerando «o recurso extraordinário parcialmente convertido em recurso especial (quanto às questões legais)», determinou a remessa dos autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesta Egrégia Corte, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, oficiando às fls. 183/184, opina, «pelo indeferimento do recurso especial, devolvendo-se os autos ao Colendo Supremo Tribunal, para o efeito de julgamento da parte constitucional suscitada no recurso extraordinário». Entendeu que a violação ao art. 77, da Lei nº 5.172/66 não foi prequestionada na decisão recorrida e que a Súmula indicada refere-se a matéria constitucional, não podendo fundamentar recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): Sustenta o recorrente que o acórdão violou o disposto no art. 77, CTN, além de divergir do enunciado da Súmula nº 595-STF e de acórdãos que indicou.

Oficiando, o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Getúlio Rivera Velasco Cantanhede, ofereceu o seguinte parecer:

«Trata-se de recurso extraordinário convertido, na parte infraconstitucional, em recurso especial, no qual se alega violação ao 77 da Lei nº 5.172/66, que não permite a identidade de fato gerador entre a taxa e o imposto, tendo sido suscitada argüição de relevância federal, já considerada prejudicada pela Suprema Corte.

O recurso foi admitido no Tribunal recorrido sob o fundamento de que houve violação à Súmula 595 do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual «É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base de cálculo seja idêntica à do Imposto Territorial Rural.»

O enunciado dessa súmula não cogita de violação a texto legal, mas de vulneração constitucional, daí não poder servir de fundamento ao recurso especial.

Mas, quanto à matéria legal, o recurso especial não é admissível por falta de prequestionamento, na decisão recorrida, de violação ao art. 77 da Lei nº 5.172/66, dela não tendo os recorrentes interposto embargos declaratórios para sanar tal deficiência, conforme o exige a Súmula 282 da Suprema Corte.

O parecer, em consequência, é pelo indeferimento do recurso especial, devolvendo-se os autos ao Col. Supremo Tribunal, para o efeito de julgamento da parte constitucional suscitada no recurso extraordinário.»

.....(fls. 1843/184).

Data venia, dirirjo do eminente parecerista.

É que, conforme tenho sustentado, em votos e trabalhos doutrinários («O Superior Tribunal de Justiça na Constituição», em Rev. Jurídica, Porto Alegre, nº 143, págs. 5 e segs.), o prequestionamento dá-se, na maioria das vezes, de modo implícito, quando a decisão contraria ou nega vigência à lei federal. No caso, está evidente o prequestionamento implícito, cumprindo-nos verificar se houve a alegada violação ao disposto no art. 77, parágrafo único, CTN, a dizer que «a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto, nem ser calculada em função do capital das empresas.»

A comprovar o prequestionamento implícito dessa disposição legal, esclareça-se que ela foi expressamente prequestionada na sentença de 1º grau (fl. 78).

Assim posta a questão, examinemo-la.

A base de cálculo, ou base imponible, segundo Aires Barreto, que cuidou do tema com rigor científico, na esteira da lição de Geraldo Ataliba («Hipótese de Incidência Trib.», Ed. RT, 1973, págs. 113 e ss.), é o atributo mensurável do aspecto material da hipótese de incidência, ou «o padrão, critério ou referência para medir um fato tributário», ou, em palavras outras, é o padrão que possibilita a quantificação da grandeza financeira do fato tributário (Aires Barreto, «Base de Cálculo, alíquota e princípios constitucionais», Ed. Rev. dos Tribs., 1987, pág. 38).

Consistindo a base de cálculo, ou base imponible, no padrão ou critério quantitativo da consistência material da hipótese de incidência, há de ser ela adequada a esta. Por isso se diz que a base de cálculo caracteriza o tributo, se vinculado ou não vinculado — classificação jurídica do tributo devida ao labor científico de Geraldo Ataliba e que distingue os tributos em duas espécies, fazendo-o com base no critério jurídico do aspecto material do fato gerador, que Geraldo Ataliba denomina de hipótese de incidência (Geraldo Ataliba, «Hipótese de Incidência Tributária», Ed. Rev. dos Tribs., 1973, pág. 141). Dizíamos que a base de cálculo caracteriza a espécie tribu-

tária, se vinculado (taxas e contribuições) e não vinculados (impostos). É que, se a base de cálculo, ou base imponible, é a mensuração do fato tributário, será ela, nos tributos não vinculados, o valor da consistência material da hipótese de incidência que será sempre um fato qualquer que não uma atuação estatal; de outro lado, nos tributos vinculados a base de cálculo consistirá na grandeza numérica ou econômica de uma atividade estatal. Confirma-se, no ponto, as lições de Aires Barreto (ob. cit., págs. 28-29) e Alfredo Becker, este a dizer que «a regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo um fato lícito qualquer (não consistente em serviço estatal ou coisa estatal), terá criado um imposto» e que «a regra jurídica tributária que tiver escolhido para base de cálculo do tributo o serviço estatal ou coisa estatal, terá criado uma taxa.» (Alfredo Augusto Becker, «Teoria Geral do Direito Tributário», Saraiva, 1972, pág. 345).

Assim visualizada a questão, em termos de teoria geral, examinemo-la sob o ponto de vista do direito positivo.

A Lei n.º 1.565, de 1981, do Município de José Bonifácio, Estado de São Paulo, instituiu a Taxa de Conservação e Serviços de Estradas Municipais, estabelecendo, no art. 2.º, que o seu fato gerador é «a execução, pelo Município, dos serviços de conservação, melhoramento e manutenção do sistema rodoviário que serve à zona rural». Estabeleceu, outrossim, nos seus artigos 4.º, 5.º e 6.º (fls. 13/14, dos autos):

«Artigo 4.º A base de cálculo da taxa é o custo do serviço prestado pelo Município, dividido entre os contribuintes de acordo com os critérios estabelecidos pelos artigos 5.º e 6.º.» (Fl. 183).

.....

«Artigo 5.º O valor da taxa, para fins de lançamentos, será encontrado mediante a aplicação da seguinte fórmula:

CS dividido por TPU = VFP × PU = VT, onde

I — CS é igual ao custo dos serviços referentes ao exercício financeiro imediatamente anterior ao exercício do lançamento, apurado através da soma das despesas realizadas e demais serviços de estradas municipais;

II — TPU é igual ao total de pontos de utilização, efetiva ou potencial, dos serviços prestados pelo Município, compreendendo a soma referente a todos os imóveis direta ou indiretamente beneficiados pelos serviços;

III — VFP é igual ao valor financeiro de um ponto de utilização expressado em cruzeiros e obtido através da divisão do custo dos serviços pelo total de pontos de utilização;

IV — PU é igual ao ponto de utilização, efetiva ou potencial, dos serviços prestados pelo Município e representa a unidade de medida dessa utilização;

V — VT é igual ao valor da taxa, expressado em cruzeiros, e será encontrado multiplicando-se o valor financeiro do ponto de utilização pelo número de pontos atribuídos ao imóvel do proprietário beneficiado.

Parágrafo único. A Lançadoria, para encontrar o valor da taxa (VT) dividirá o custo dos serviços (CS) pelo total de pontos de utilização de todos os imóveis beneficiados pelos serviços (TPU), encontrando o valor financeiro de um ponto (VFP), o qual será multiplicado pelo número de pontos de utilização (PU) do imóvel pertencente ao contribuinte.» (Fls. 183/184).

.....

Artigo 6º Os pontos potenciais serão encontrados em função das características do imóvel beneficiados pelos serviços, de acordo com a tabela que, em anexo, é parte integrante desta lei.» (Fl. 184).

· Appreciando a questão, assim a colocou o egrégio 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no acórdão recorrido:

«A segunda questão mais importante, de natureza jurídica, é a base de cálculo da taxa discutida. Está claro na lei municipal que ela se estrutura em termos de potencialidade de utilização. Há precisão e inclusive uma certa elegância de formulação matemática no art. 5º da Lei nº 1.565/81 do Município de José Bonifácio, o apelante (fl. 82). Maneja pontos de utilização, com os seus respectivos valores financeiros. Ora, os pontos de utilização correspondem, segundo o art. 6º da lei — com o anexo que a integra — às diferenciações físicas do sistema viário em relação a cada proprietário atingido: distancia do imóvel até a sede do município, número de matas-burros, peso das cargas (calculado pela capacidade bruta de produção dos imóveis servidos). Juntamente com esses dados são calculados também os custos da manutenção. A divisão dos encargos é, portanto, de tal modo calculada que, em verdade, a distribuição dos encargos venha corresponder, com elevado grau de aproximação, aos benefícios de cada produtor. Tudo isso ligado ao serviço de conservação das estradas de rodagem do município.

Inexiste aí, portanto, base de cálculo idêntica a qualquer imposto. Mais. O cálculo atende, em grau de alta aproximação, à efetiva disponibilidade do bem público, sobre que o município despende economias, beneficiando os proprietários de cada estrada.

Está, portanto, correta a tese sustentada pela apelante, desde a sua contestação — no que concerne à matéria do mérito.»

..... (Fl. 116).

Estou em que o acórdão decidiu bem a questão e o fez com observância do que está inscrito no art. 77, parágrafo único, CTN, bem assim no

que estatuiu o art. 18, § 2º, da Constituição de 1967 (Constituição de 1988, art. 145, § 2º).

Com efeito.

A base de cálculo, ou base imponible, da taxa objeto da causa, segundo está no art. 4º da Lei Municipal nº 1.565/81, é o custo do serviço prestado, custo que se divide entre os contribuintes de conformidade com os critérios inscritos nos arts. 5º e 6º da mesma lei municipal.

Enquanto o custo do serviço prestado constitui a base imponible, assim a medida do fato tributário, os critérios inscritos nos artigos 5º e 6º buscam aferir, em cada caso concreto, a alíquota, alíquota que é, na lição de Aires Barreto, «*fator individual, não estável*», «*ordem de grandeza ínsita à referibilidade da atuação*», que, em combinação com o «*dado numérico genérico*», que é a base imponible, faz resultar o «*quantum debeatur*» (ob. cit., pág. 71).

E se não há confundir, no plano jurídico-tributário, base de cálculo com alíquota, segue-se que, no caso sob exame, não há que se falar que a base imponible da taxa objeto da causa fosse idêntica à de qualquer imposto (CTN, artigo 77, parágrafo único; CF, 1967, art. 18, § 2º; CF, 1988, artigo 145, § 2º). Temos que mencionar a Constituição, CF, 1967, artigo 18, § 2º, por isso que a norma inscrita no art. 97, parágrafo único, CTN, é mera repetição do que está no art. 18, § 2º, da referida Carta; e se a norma infraconstitucional dispusesse de outra forma não valeria, o que teríamos que declarar.

Decidiu bem, portanto, o acórdão recorrido, da lavra do Juiz Raphael Salvador, ao afirmar, depois de percuciente análise dos fatores ou critérios determinadores da alíquota:

.....  
«Inexiste aí, portanto, base de cálculo idêntica a qualquer imposto. Mais. O cálculo atende, em grau de alta aproximação, à efetiva disponibilidade do bem público, sobre que o município despende economias, beneficiando os proprietários de cada estrada.» (Fl. 116).  
.....

Assim decidindo, o acórdão não afrontou o que está no verbete da Súmula nº 595-STF, pelo simples motivo de que a taxa objeto da causa não tem base de cálculo idêntica à de qualquer imposto.

Do exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.065 — SP — (Reg. nº 89.10834-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Cromel de Oliveira. Recorrida: Prefeitura Municipal de José Bonifácio. Advogados: Drs. Gelson Reis Michel e outro e Mauricio Marques do Nascimento.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 14-3-90, Segunda Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

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



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.074 — MG

(Registro nº 89.0010848-4)

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

Recorrente: *Construtora Cannes Ltda.*

Recorrido: *Museum Ind. Com. de Móveis Ltda.*

Advogados: *Drs. Alaor Fonseca da Costa e outros e Luiz Carlos de Souza*

**EMENTA:** Recurso Especial. Desrespeito ao ato jurídico perfeito (LICC, art. 6º).

Se o art. 6º, da LICC, repete o art. 153, § 3º, da CF/67 (art. 5º, XXXVI, CR), e este último dado por fundamento de RE simultaneamente interposto, não há ofensa oblíqua a depender do exame prioritário da lei ordinária, pois ambos cuidam da vedação das leis retroeficazes ou de sua eficácia no tempo. Apenas os §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º não fazem parte do direito constitucional e foram adotados pelo legislador ordinário com a finalidade de explicitarem-se os institutos indicados no texto maior.

Recurso de que não se conhece. Remessa dos autos ao STF.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso, nos termos da letra a do permissivo constitucional, determinando a ida dos autos ao Supremo Tribunal Federal para examinar o recurso extraordinário, nos termos do art. 153, parágrafo 3º, da Constituição anterior e o seu correspondente na Constituição atual. Tudo 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 GUEIROS LEITE, Presidente Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Construtora Cannes Ltda. interpõe REsp da decisão proferida na AC nº 39.674, pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, assim resumida:

«No que concerne à apelação manifestada pela autora, Construtora Cannes Ltda. (fls. 121/134), sem embargo da invocação da doutrina e colocação de argumentos inteligentes, razão também não lhe assiste. A tese a que se arrima a segunda apelante foi colocada, em resumo, no relatório que fiz dos pontos controvertidos postos na razão recursal. Arrima-se no entendimento de que a lei nova não pode modificar o aluguel contratado entre a apelante e a apelada, e que não se cuida de contrato prorrogado, mas de contrato por prazo determinado, e, assim, imune à lei nova, que introduziu novo critério de reajustamento. Pleiteia a reforma parcial da r. decisão recorrida, para atender-se ao primeiro pedido alternativo formulado no item 15, alínea a, da petição inicial (diferenças de aluguéis, vencidas e vincendas, a partir de março/86, na forma convencionada no contrato de locação, com equivalência e correção semestral, por OTNs, até o término do ajuste), tudo com correção monetária, honorários advocatícios e custas processuais. A pretensão recursal da segunda apelante, entretanto, não encontra respaldo nos elementos dos autos, especialmente no decisum, que acolheu o segundo pedido alternativo formulado na inicial, na alínea b, ficando, assim, atendida a postulação inaugural. Em escólio ao art. 292 do CPC, ensina J. J. Calmon de Passos, forte na lição de José Alberto dos Reis, «há de existir um nexó substancial entre os dois pedidos, os quais dizem respeito ao mesmo ato ou fato jurídico; denunciam uma atitude de dúvida ou hesitação do autor perante o ato ou fato. O autor começa por formular certa pretensão; mas, *porque não está seguro* de que essa pretensão seja legal e venha a encontrar acolhimento por parte do juiz, deduz subsidiariamente outra pretensão mais sólida, para ser considerada pelo juiz, no caso de não vingar a primeira» (Comentários ao CPC, III vol., 4ª ed., For., 1983, pág. 233, de J. J. Calmon Passos). É este o pedido posto na inicial, consoante se pode constatar das alíneas a e b de fl. 08, sendo acolhido pelo MM. Juiz monocrático o pedido alternativo da alínea b, por melhor traduzir o direito pleiteado e os respectivos fatos constitutivos da pretensão ajuizada, na medida em que tem por corretos os cálculos apresentados pela A. para a cobrança de aluguéis **pro rata**, inviabilizando, assim, os argumentos postos no apelo segundo. A própria segunda apelante — Construtora Cannes Ltda. — nas contra-razões (fl. 120), reconhece que, ao postular a diferença de aluguéis, o fez de maneira *alternativa*: segundo o reajuste previsto no contrato de locação, ou, então, pelo menos, na forma do art. 9º

do Decreto-Lei nº 2.284/86. A lei nova não modificou o aluguel contratado entre as partes, limitando-se a introduzir nova sistemática na correção dos aluguéis, reajustando-os pro rata, tendo em consideração os últimos seis meses de locação, e nem tampouco influiu na livre contratação do aluguel, mas, impondo aquela nova sistemática, com o fito de reajustar os aluguéis, tendo em vista que as regras do Direito Econômico devem ser obedecidas na fixação dos aluguéis, já que o preço da locação constitui, à evidência, objeto da política econômica do Estado. A tese da segunda apelante, portanto, no sentido de que o contrato, no caso, está imune à lei nova, ao introduzir novo critério de reajustamento, não encontra ressonância não apenas na área da política econômica do Estado como também na legislação aplicável.» (Fls. 161/163).

O recurso está fundamentado no art. 105, III, a, da CR, em que se alega negativa de vigência do art. 292, CPC, e ofensa ao art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O recurso foi admitido (fls. 193/198) e aparelhado, subindo os autos a esta Corte, onde a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República deu parecer pelo não conhecimento e remessa ao STF (fls. 225/226).

É o relatório, no essencial.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A empresa recorrente alugou à recorrida Museum Indústria e Comércio de Móveis Ltda. uma loja para comércio. O contrato foi cumprido até o advento do Decreto-Lei nº 2.284/86, que instituiu o chamado Plano Cruzado e passou a dispor diferentemente do que fora pactuado pelas partes.

Assim é que, segundo seu art. 9º, as obrigações pecuniárias anteriores à sua vigência e pactuadas em cruzeiros com cláusula de correção monetária seriam reajustadas pro rata, nas bases pactuadas e, em seguida, convertidas em cruzados.

A partir de março de 1986, os aluguéis passaram a ser pagos pela locatária, de acordo com essa norma, ou seja, pela média dos últimos seis meses e convertidos em cruzados, tudo, porém, segundo fatores constantes de u'a tabela que acompanhou o seu regulamento, baixado com o Decreto nº 92.592/86, art. 7º.

No acórdão recorrido decidiu-se que a lei nova não modificou o aluguel contratado, limitando-se a introduzir nova sistemática na sua correção, reajustando-o pro rata e tendo em consideração os últimos seis meses da locação. Não influiu, portanto, na livre contratação do aluguel, mas apenas impôs u'a nova sistemática afinada com as regras do direito econômico, já que o valor da locação constitui objeto da política econômica do Estado.

O recurso repousa, pois, no art. 153, § 3º, da CF — atualmente art. 5º, XXXVI, CR — por desrespeito ao ato jurídico perfeito. E na ofensa

ao art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pela incorreta aplicação do Decreto-Lei nº 2.284/86 à luz do direito intertemporal. Mas essa parte ficou restrita ao recurso extraordinário, tal como desmembrado do REsp pela digna presidência do Tribunal de origem (fls. 193/198 e 199/202).

De fato, se o texto constitucional é repetido pelo art. 6º, da Lei de Introdução, não há como falar em ofensa oblíqua a depender do exame prioritário da lei ordinária. O art. 5º, XXXVI, da CR, cuida precipuamente da vedação das leis retrofícas ou da sua eficácia no tempo. O texto reteve, a exemplo das Constituições anteriores (exceto a de 1937), o que corresponde à parte inicial do art. 6º, da LICC. Apenas as definições contidas nos seus parágrafos 1º, 2º e 3º não fazem parte do direito constitucional e foram adotadas pelo legislador ordinário com a finalidade de explicitar os institutos indicados no texto constitucional. É tranquilo, porém, que o princípio é da vedação de lei ou regra jurídica que fira direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada (Cf. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 — Com a Emenda nº 1/69, T. V, art. 153, § 3º).

A turma já decidiu sobre a coisa julgada, argüida em face do art. 153, § 3º, da CF/67. Mas não o fez em decorrência de *lei* e sim de *decisão judicial* que contrariava o art. 468, do CPC. Nesses casos a inconstitucionalidade é reflexa e pode ser corrigida com plena autonomia.

Resta-nos o art. 292, do CPC, a que o acórdão recorrido teria negado vigência, segundo afirma a recorrente. Mas, pelo que se lê da petição de recurso, teria ocorrido apenas um mero equívoco de natureza material, a saber:

«Equivocada, porém, *data venia*, a citação, na espécie, do art. 292, do CPC. É que esse dispositivo cuida, não de pedidos *alternativos*, mas da *cumulação*, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

Aqui não se trata de *cúmulo* de pedidos, mas de pretensão formulada de modo *alternativo* (omissis).» (Fl. 187).

Ora, se equívoco houve, poderia ter sido desfeito por embargos de declaração, que contudo não foram utilizados para tal fim.

Ante o exposto, não conheço do recurso e determino a ida dos autos ao STF, que examinará, querendo, o recurso extraordinário.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.074 — MG — (Reg. nº 89.0010848-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Recte.: Construtora Cannes Ltda. Recdo.: Museum Ind. Com. de Móveis Ltda. Advs.: Alaor Fonseca da Costa e outros e Luiz Carlos de Souza.

Decisão: A 3ª Turma por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso, nos termos da letra a do permissivo constitucional determi-

nando a ida dos autos ao Supremo Tribunal Federal para examinar o recurso extraordinário, nos termos do art. 153, parágrafo 3º, da Constituição anterior e o seu correspondente na Constituição atual.

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 1.119 — RJ

(Registro nº 89.0010980-4)

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

Recte.: *Café e Bar Diadema Ltda.*

Recdos.: *José de Oliveira e outros*

Advogados: *Drs. Eduardo Cerqueira Montebello e Manoel da Silveira Maia*

**EMENTA:** *Locação comercial. Cláusula de vigência em caso de venda. Anterior prenotação do título aquisitivo.*

I — *Efetuação do registro do título em prazo maior do que o previsto no art. 188 da Lei nº 6.015/73. Demora inimputável ao comprador, mas ao Cartório.*

II — *Inocorrência de violação dos arts. 188 e 205 da Lei de Registros Públicos.*

III — *Recurso especial não conhecido.*

## ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante 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: O v. acórdão recorrido guarda o seguinte teor:

«Despejo. Locação comercial. Novo adquirente. Existência da cláusula de vigência em caso de venda. Alegação de sua prenotação antes do registro imobiliário. Anterior prenotação do título aquisitivo. Aplicação do princípio «venda rompe locação». Art. 14 da Lei 6.649/79 c/c os arts. 1.197 e 1.209 do CC. Registro após os 30 dias assinados no art. 30 da Lei de Registros Públicos. Demora inimpunível aos compradores, mas ao Cartório de Registro. Desprovimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 77.783, em que é apelante Café e Bar Diadema, sendo apelados José de Oliveira e outros.

Acordam os Juízes da 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Relatório à fl. 43.

Julgada procedente a lide, apelou a locatária, havendo resposta.

A tese da recorrente é a prioridade do registro. Enfatiza que registrou a renovação da locação antes que a escritura de compra e venda fosse registrada.

Não é assim, *permissa venia*. A escritura foi levada a registro e prenotada em 28-10-87, sendo registrada em data de 1-2-88 (fls. 16v e 18), ao passo que o renovamento foi prenotado no dia 18-11-87 (fl. 17v.).

Como visto, a renovação da locação foi levada a registro posteriormente à data em que a escritura fora levada a registro, ou seja, 21 dias após.

O art. 186 da Lei nº 6.015, de 1973, dispõe que «o número da ordem determinará a prioridade do título».

Ora, a aquisição foi prenotada sob o nº 96.123 e a renovação da locação com o nº 96.491, porquanto, como retrodito, aquela fora apresentada 28 dias antes da renovação.

A alegação de que a prenotação da escritura perdeu a sua eficácia, pois o registro só veio a ser efetivado no dia 1-2-88, extravasando os 30 dias assinados nos arts. 188 e 205, não tem amparo legal. É que a apelante indemonstrou omissão dos apelados em atender as exigências legais. A prenotação do título aquisitivo gerou efeito jurídico com o registro. Incabível, nesta altura, argüir a prioridade da prenotação da renovação, sem, ao menos, apontar qualquer omissão dos interessados (art. 205 da lei supra).

Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso.»

O recorrente interpôs recurso especial alegando negativa de vigência aos arts. 188 e 205 da Lei nº 6.015/73.

Pelo despacho de fl. 77, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 81 a 83 e contra-razões de fls. 87 a 89, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A matéria objeto de recurso diz respeito à prioridade do registro para efeito de renovação de locação, em face da venda do imóvel locado.

Estabelece o art. 186 da Lei nº 6.015/73 que «o número de ordem determinará a prioridade do título».

Ora, a escritura de compra e venda foi levada a registro e prenotada sob o número de ordem 96.123, em 28-10-87, enquanto a renovação de locação foi prenotada com o número de ordem 96.481, em 18-11-87, ou seja, 28 dias após aquele.

É verdade que a escritura somente foi registrada em 1-2-88, isto é, após os 30 dias da prenotação (cfr. fl. 67).

Todavia, desarrazoada é a alegação de negativa aos arts. 188 e 205 da Lei nº 6.015/73, porquanto, consoante estabelece o dispositivo por último mencionado:

«Cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos trinta dias, do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender as exigências legais».

No presente caso, conforme salientou o v. acórdão, não ficou comprovado que a demora no registro da escritura se deveu aos interessados, mas sim ao Cartório, que extrapolou o prazo de 30 dias.

Por conseguinte, não há falar em violação dos dispositivos legais apontados.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Também estou de acordo, mas me permito acrescentar que não confiro ao disposto nos arts. 186, 188 e 205 da Lei dos Registros Públicos o alcance propugnado pela recorrente, uma vez que considero estas disposições concernentes apenas à atividade de registro propriamente dita.

No tocante à prevalência da renovação do contrato, por confronto com a venda subsequente a esta renovação, sustentada por efeito de o registro não ter seguido a mesma seqüência cronológica, preferiria considerar que a ofensa alegada aos dispositivos legais não se configura, tanto mais quanto a

boa-fé desaconselha a invocação de dispositivos legais concernentes à atividade administrativa de registro, em tema de relação contratual e de sua renovação. Mas, como disse, subscrevo também, por acréscimo, as considerações constantes do voto do Sr. Ministro Relator, que robustecem, para o caso concreto, este entendimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.119 — RJ — (Reg. nº 89.0010980-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: Café e Bar Diadema Ltda. Recdos.: José de Oliveira e outros. Advs.: Drs. Eduardo Cerqueira Montebello e Manoel da Silveira Maia.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 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. Min. BUENO DE SOUZA.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.297 — RJ

(Registro nº 89.0011461-1)

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

Relator p/ acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD*

Recorrido: *Andar'Anna Boutique Ltda.*

Advogados: *Drs. Vera Lúcia Rodrigues Gatti e outros, Drs. Luiz Henrique Pareto e outro*

**EMENTA:** Direitos autorais. Música ambiente em estabelecimento comercial. Retransmissão de emissoras de rádio. Pagamento devido.

1. A utilização de música em estabelecimento comercial, captada de emissoras de rádio, sujeita-se, nos termos da lei, ao pagamento dos direitos autorais.

2. O pagamento dessa verba decorre não apenas do lucro, indireto ou potencial, pela captação e predisposição da clientela em conseqüência da sonorização do ambiente, mas pela opção legislativa em valorizar o trabalho e o talento do artista.

3. O progresso tecnológico na reprodução dos sons não pode ensejar a apropriação do labor alheio e da criação intelectual, merecedores da proteção jurídica.

## 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 do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator p/ acórdão.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O v. acórdão recorrido guarda o seguinte teor:

«Direito autoral. Música ambiental no interior de loja, sem qualquer vantagem financeira. Improcedência confirmada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 996/89, em que é Apelante Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e Apelado Andar'Anna Calçados e Bolsas Ltda.

Acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento à apelação.

Cuida-se de ação sumaríssima de cobrança de direitos autorais decorrentes da sonorização ambiental em loja comercial, tendo a sentença de 1º grau a julgado improcedente.

A controvérsia já foi alvo de apreciação desta Câmara em acórdão unânime na Apelação Cível nº 583/89, o qual concluiu pela improcedência da cobrança.

Realmente, tratando-se de mera sonorização ambiental em interior de loja, com retransmissão de programas radiofônicos, tudo destinado mais diretamente ao entretenimento de seus funcionários, não há que se falar em direitos autorais, só cabíveis quando a transmissão ou retransmissão produz lucros, o que está implícito nos arts. 29 e 30, IV, c, da Lei nº 5.988, de 14-3-73.

Nesse sentido o acórdão unânime da 3ª Câmara Cível, Relator Des. Rodrigues Lema, Ementa nº 66, do Suplemento Jurídico do *Diário Oficial*, de novembro de 1988.

Nega-se, pois, provimento à apelação.»

O recorrente interpôs recurso extraordinário transformado *ipso iuris* em recurso especial, alegando violação do artigo 5º, XXVII, da Constitui-

ção Federal, arts. 29, 30, IV, a e b; 35 e 37, da Lei 5.988/77, e art. 11, § 1º, incisos 2º e 3º, da Convenção de Berna, ratificada pelo Decreto nº 75.699/75, além do dissídio jurisprudencial.

Pelo despacho de fls. 186 a 188, foi o recurso admitido parcialmente.

Com as razões de fls. 190 a 201 e contra-razões de fls. 208 a 210, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

#### VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A hipótese dos autos diz respeito a cobrança de direitos autorais supostamente devidos pela ré em razão de utilizar sonorização ambiental em loja comercial (loja de sapatos e bolsas), resultante de retransmissão de programas radiofônicos.

As instâncias ordinárias julgaram improcedente a ação sob o fundamento de que

«(...) tratando-se de mera sonorização ambiental em interior de loja, com retransmissão de programas radiofônicos, tudo destinado mais diretamente ao entretenimento de seus funcionários, não há que se falar em direitos autorais, só cabíveis quando a transmissão ou retransmissão produz lucros, o que está implícito nos arts. 29 e 30, IV, c, da Lei nº 5.988 de 14-3-73.»

Conforme consta dos autos, o ramo da recorrida é vender sapatos e bolsas, e não executar músicas. A música não se destaca como uma atração própria, por conseguinte, não há obrigatoriedade do recolhimento dos direitos autorais ao ECAD.

Ora, a singela música ambiente, apresentada por meio de sintonização de emissora, claramente não se constitui em execução.

Ressalte-se, ainda, que segundo se infere do acórdão, a música ambiental não visava qualquer vantagem financeira.

As emissoras levam ao ar músicas para serem ouvidas, e estas já pagam os direitos autorais.

Esta Corte já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema ao manter decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que não vislumbrava «execução» para efeito de cobrança de direitos autorais a retransmissão de música ambiente em estabelecimento comercial, especificamente, bar.

Eis o voto proferido pelo eminente Ministro Gueiros Leite, ao relatar o REsp nº 518, quando expôs:

«(...) alguns Tribunais têm decidido que mesmo a música ambiente, de emissão radiofônica e divulgada em hotéis, deve ser patrimonialmente protegida, mesmo se com finalidade lucrativa indireta, pois tal importará em nova execução pública distinta, sujeita, pois, a autorização específica.»

E prossegue:

«Estou inclinado, porém, a assumir posição diferente dessas respeitáveis decisões, convencido da argumentação do venerando acórdão recorrido. A singela música ambiental, apresentada pela sintonização de emissoras de rádio, não se constitui em execução no sentido que pretende a recorrida, tanto mais porque a cobrança de direitos nesses casos seria o *bis in idem*, desde que já pagos pela emissora.

Onde houver, porém, «couvert» artístico, com a música transmitida ao lado de outro serviço, aí a divulgação destaca-se como atração própria e como nova execução. Mas, com a extensão que se pretende dar a tais direitos e à função do ECAD, as repartições públicas, os hospitais, consultórios médicos e odontológicos, hotéis, ônibus e táxis, que sintonizem estações radiofônicas para o deleito e até mesmo a terapia de certos clientes, estariam, todos, sujeitos ao recolhimento prévio dos direitos autorais, sob pena de multa pecuniária e de suspensão da divulgação ou utilização.»

Nessa mesma diretriz são as decisões inseridas na RJ TJESP, vol. 75/74, RT 561/108, RT 515/117, RT 511/114.

Embora o recorrente traga decisões divergentes, filio-me, particularmente, ao precedente desta Corte, para também conhecer do recurso, porém lhe negar provimento.

Após o trânsito em julgado remetam-se os autos para o Supremo Tribunal Federal, a fim de ser julgada a matéria de ordem constitucional.

É o meu voto.

#### VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Como assinaliei na sessão de ontem, quando do pedido de vista, cuida-se de tema dos mais controvertidos o que se põe a julgamento nestes autos, autêntica vexata quaestio.

Vou pedir vênia ao em. Relator para discordar de S. Exa., uma vez ter ponto de vista contrário.

A uma, porque, a meu juízo, a lei se apresenta explícita a respeito, como se vê do art. 73, § 1º, da Lei nº 5.988/1973, verbis:

«Consideram-se espetáculos públicos e audições públicas, para os efeitos legais, as representações ou execuções em locais ou estabelecimentos, como teatros, cinemas, salões de baile ou concerto, boates, bares, clubes de qualquer natureza, lojas comerciais e industriais, estádios, circos, restaurantes, hotéis, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se represente ou transmitam obras intelectuais, com a participação de artistas remunerados, ou mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais».

A duas, porque a melhor doutrina que se construiu na matéria tem sido incisiva em prestigiar o entendimento da autora-recorrente.

Antônio Chaves, reconhecidamente o nosso melhor doutrinador a versar o direito autoral, após anotar que o aproveitamento ulterior das emissões radiofônicas pode verificar-se por três formas, assinala «que qualquer espécie de nova emissão, qualquer reemissão ou retransmissão, de que o público venha a ter ou possa ter conhecimento, há de ser expressamente autorizada pelo autor, seus sucessores e cessionários», aduzindo que «a razão reside justamente no fato de estar implícito nelas o intuito lucrativo» («Direito Autoral de Radiodifusão», p. 371, in RT 494/185).

Em estudo de cunho universitário, escreveu o Prof. Milton Fernandes ao focalizar o aproveitamento de emissões de rádio e televisão em locais que satisfazem as exigências do direito de execução e representação pública:

«A prática é hoje muito generalizada e se verifica com a audiência e audiovisão de aparelhos de rádio e TV em bares, restaurantes, hotéis, boates, navios, estádios, aviões e outros locais de frequência pública ou coletiva, que aproveitam aquelas emissões com intuito de lucro.

O autor, ao permitir a radiofonização e a televisão de suas obras, concede esta licença à estação respectiva. Os destinatários das emissões podem utilizá-las nas mesmas circunstâncias em que lhes é permitido fazer uso da obra autoral reproduzida: individualmente ou no ambiente familiar. Se pretendem aproveitá-las em público, com intuito de lucro, estão sujeitos a nova outorga dos criadores.

Filadelfo Azevedo observa que, assim como os donos de hotéis, cafés e bares têm que pagar ao autor pelas execuções de músicas, efetuadas por suas orquestras, também têm que fazê-lo os que se limitarem a manter aparelhos sonoros» («Pressupostos de Direito Autoral de Execução Pública», Belo Horizonte, 1968, cap. IV, § 6º)».

Como enfatizou B. J. Hammes, doutor em Direito pela Ludwig Maximilians Universität, destacando as proporções que o problema tem assumido em muitos países, se o progresso técnico criou facilidades de reprodução de som e imagem, o uso descontrolado desses meios pode, no entanto, constituir-se em assenhoreamento indevido de bens alheios, impondo-se a salvaguarda dos legítimos interesses dos criadores intelectuais («Estudos Jurídicos», Unisinos, Vol. IX, nº 24, 1979).

Na jurisprudência, porém, acentuado é o dissenso, a dispensar transcrições, dada a profusão de decisões em um e outro sentidos.

Dois julgados, no entanto, merecem ser destacados.

O primeiro, do Supremo Tribunal Federal, RE nº 104.157 — MG (RTJ 113/1.355), de que foi Relator o em. Ministro Moreira Alves, que não co-

nheceu do apelo extremo que impugnava acórdão do eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acolhedor da tese do lucro indireto.

O segundo, deste novo Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 518, de 26-9 pp., onde por três votos a dois prevaleceu a tese contrária, com a seguinte ementa:

«Recurso especial. Direito do autor. Música ambiente. Retransmissão de emissoras locais.

A singela música ambiente, apresentada pela sintonização de emissoras de rádio, não se constitui em execução que enseja o pagamento de direitos autorais, tanto mais porque a cobrança nesses casos seria *bis in idem*, já pagos os direitos pelas emissoras.

Bar e restaurante sem «couvert» artístico.

Recurso conhecido e desprovido».

Dos votos vencidos, dos eminentes Ministros Cláudio Santos e Eduardo Ribeiro, extraio:

Do primeiro, quando S. Exa., com arrimo no transcrito § 1º do art. 73, acentua não se justificar comparações entre um bar-restaurant e um hospital, uma repartição pública ou um táxi.

Do segundo, quando S. Exa. afirma que

«Nos termos em que a Lei 5.988/73 regulou a matéria, notadamente em seu art. 73, § 1º, a transmissão feita em estabelecimentos como bares, restaurantes e outros, visando o lucro direta ou indiretamente, sujeita-se ao pagamento autonomamente de direitos autorais. E justifica-se que assim seja, em meu entendimento. Se alguém se utilizar de uma música, transmitindo-a em seu estabelecimento, com objetivo de lucro, está se aproveitando do trabalho alheio. Vale-se do labor, do esforço, do talento do artista, para com isso ampliar seus próprios lucros. Não há mal que o faça, mas justo que pague por isso.

O eminente Ministro Relator, com o brilho usual, adentrou na questão pertinente ao lucro, julgando necessário fosse demonstrado que efetivamente obtido. Peço vênias para também aqui divergir. A lei não exige se evidencie que daquela execução artística de transmissão de determinadas músicas, haja resultado, concretamente, o lucro. Se um espetáculo artístico redundar em fracasso financeiro, nem por isso deixam de ser devidos direitos autorais.

Objetivo do comerciante, quando sonoriza o ambiente é captar clientela. Isto o que importa e não o sucesso ou insucesso. Referindo-se a lei a lucro direto ou indireto, quer abranger exatamente essas situações em que não se cobra diretamente pela execução da música, mas se intenta tornar o ambiente, de algum modo, mais agradável, para que a clientela se avoluma ou lá permaneça por mais tempo».

Em síntese, conheço do recurso por ambas as alíneas e provejo o recurso para julgar procedente o pedido, invertendo os ônus da sucumbência.

## VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Peço vênia ao eminente Relator para aderir ao voto que proferiu o Ministro Sálvio de Figueiredo.

A espécie é de cobrança de direitos autorais decorrentes da sonorização ambiental do estabelecimento comercial pertencente à ré. Local de frequência coletiva, a comunicação ao público da obra artística depende da autorização de seu autor (art. 30, inciso IV, letra c, da Lei nº 5.988, de 14-12-73), enquadrando-se a loja de bolsas e sapatos, ademais, na ampla dicção em que se acha vazado o art. 73 e seu parágrafo 1º, do mencionado diploma legal, in verbis:

«Art. 73. Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão, ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela, ou obra de caráter assemelhado.

§ 1º Consideram-se espetáculos públicos e audições públicas, para os efeitos legais, as representações ou execuções em locais ou estabelecimentos como teatros, cinemas, salões de baile ou concerto, boate, bares, clubes de qualquer natureza, lojas comerciais e industriais, estádios, circos, restaurantes, hotéis, meios de transporte de passageiros terrestres, marítimos, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem, recitem, interpretem ou transmitam obras intelectuais, com a participação de artistas remunerados ou mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais».

Assim, como observa Carlos Alberto Bittar, «o direito de execução pública compreende toda e qualquer comunicação sonora da obra com o público, realizada com intuito de lucro, direto ou indireto, por processo acabado» («A Lei de Direitos Autorais na Jurisprudência», pág. 97, ed. 1988).

Irrecusável, no caso, a ocorrência do denominado lucro indireto, por sinal já admitido pela jurisprudência do Pretório Excelso no precedente inserto na RTJ 113/1.352-1.359, Relator Ministro Moreira Alves. Além de tornar o ambiente mais agradável a seus empregados, o comerciante faz uso da sonorização para facilitar a captação da clientela, dela haurindo inegável benefício próprio.

Acha-se aí, bem caracterizado, o lucro indireto, de tal forma a justificar o reclamo concernente aos direitos autorais, pois não é dado ao dono do estabelecimento locupletar-se à custa de outrem, como, aliás, teve opor-

tunidade de ressaltar o ilustre Ministro Eduardo Ribeiro em voto vencido declarado no Recurso Especial nº 518-SP: «Se alguém se utilizar de uma música, transmitindo-a em seu estabelecimento, com objetivo de lucro, está se aproveitando de trabalho alheio. Vale-se do labor, do esforço, do talento do artista, para com isso ampliar seus próprios lucros. Não há mal que o faça, mas justo que pague por isso».

José de Oliviera Ascensão, a propósito, lembra que «se um supermercado fez executar música há um intuito de lucro, indireto embora, e já o autor deve ser remunerado. Se o supermercado tem secção de discos, as obras executadas não são oneradas (art. 49/V), a não ser que se verifique que a secção de discos foi o pretexto encontrado para dar música a todo o supermercado. Deve-se pois verificar se as execuções se limitam às necessidades próprias da secção de discos ou se destinam na realidade a todo o público do supermercado» («Direito Autoral», pág. 158, 1980).

Na forma da lei, portanto, a loja comercial, que instala música ambiente no recinto, está sujeita à cobrança dos direitos autorais, porquanto, como dito, «toda a utilização depende de autorização. Mencionam-se especialmente as seguintes formas: edição, tradução, adaptação ou inclusão em fonograma ou película cinematográfica, comunicação ao público, direta ou indireta, por qualquer forma ou processo, como execução, representação, recitação ou declamação, radiodifusão sonora ou audiovisual, emprego de alto-falante, de telefonia com ou sem fio ou de aparelhos análogos, videofonografia (art. 30). As formas de utilização são independentes entre si (art. 35) (Bruno Jorge Hammes, «Direito do autor — Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973», in Revista Forense, vol. 255, pág. 129).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente o pedido inicial, nos termos do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo.

É o meu voto.

## VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes colegas. Rogando vênias ao eminente Relator, acompanho os votos dos eminentes Ministros Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro, assim decidindo pelos motivos expostos no voto proferido, nesta mesma sessão, no REsp 1.444.

O aludido voto tem o seguinte teor:

«Pedi vista dos autos, neste REsp e no REsp nº 1.297, neste último, Relator o eminente Ministro Fontes de Alencar, tendo em vista a existência de manifestações divergentes sobre a matéria, dissenso revelado inclusive no julgamento realizado na eg. 3ª Turma, REsp 518, quando o ponto de vista desfavorável à cobrança de direitos autorais foi vencedor por três votos a dois.

Confesso minha simpatia pelo posicionamento que resultou adotado majoritariamente na 3ª Turma, isto é, no sentido de que «a singela música ambiente, apresentada pela sintonização de emisoras de rádio, não se constitui em execução no sentido que pretende a recorrida, tanto mais porque a cobrança de direitos nesses casos seria o *bis in idem*, desde que já pagos pela emissora». Neste sentido, diga-se, são muitas as decisões judiciais, como apontado no voto proferido pelo eminente Ministro Fontes de Alencar no REsp 1.297.

Encontro, todavia, óbices que me parecem intransponíveis à adoção deste critério, isto é, o teor suficientemente explícito do art. 73, e 1º, da Lei nº 5.988/73, e do art. 11, bis, da Convenção de Berna, promulgada pelo Decreto nº 7.699, de 6-5-75, referidos no voto do eminente Relator, Min. Barros Monteiro. Neste voto, e igualmente no pronunciamento do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo no REsp 1.297, encontram-se pronunciamentos da doutrina, sufragando o ponto de vista de que «qualquer espécie de nova emissão, qualquer remissão ou retransmissão, de que o público venha a ter ou possa ter conhecimento, há de ser expressamente autorizada pelo autor, seus sucessores ou cessionários» (Antônio Chaves, «Direito Autoral da Radiodifusão», pág. 371), aduzindo que «a razão reside justamente no fato de estar implícito nelas o intuito lucrativo». No caso dos autos, é uma casa de venda de artigos esportivos, e admissível supor que o entretenimento aos funcionários e aos clientes possa resultar em «lucro indireto» ao comércio.

Também ponderável o argumento que surge da norma do artigo 5º, XXVII, da vigente Constituição: «Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar». É norma constitucional auto-aplicável, assegurando aos autores um monopólio na utilização das criações de sua mente, dando-lhes exclusivamente o direito de utilizar de sua obra artística, literária ou científica, e de autorizar sua reprodução pública».

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Srs. Ministros, se bem compreendi, com exceção do Sr. Ministro Fontes de Alencar, todos os votos sustentam o entendimento, aliás vencido na Terceira Turma, de que a retransmissão do som recebido pelo rádio, de programas musicais, em estabelecimentos onde é livre o acesso para o público, para conveniência deles, dá ensejo à exigência do direito autoral. A matéria, já suficientemente debatida, enseja o pronto resumo de meu entendimento.

Também penso que a aquisição, a propriedade e a posse de aparelho receptor de rádio, associada ao fato de que a empresa de radiodifusão tenha já recolhido a contribuição devida pelo direito autoral das composições artísticas transmitidas, não autoriza o usuário do aparelho receptor a difundir, em iniciativa diversa da mera recepção, o som recebido pelo rádio, para, dessa segunda difusão, recolher algum proveito, qualquer que seja.

Não vejo mister qualificar o intuito dessa segunda transmissão ao proveito estritamente econômico que dela possa extrair o usuário do aparelho receptor radiofônico; nem mesmo, seja estritamente necessário associar essa atividade aos fins porventura perseguidos no exercício de alguma atividade empresarial ou profissional, pelo usuário do aparelho. O que me parece suficientemente claro no texto federal é a distinção que corre entre a audição da transmissão radiofônica e sua retransmissão para uma nova audiência, para um alcance mais amplo e mais diversificado que possa, de alguma forma, corresponder à comodidade, ao interesse, à vantagem ou à satisfação do emissor, porque, assim não sendo, haveria uma restrição ao direito de propriedade autoral. De fato, a contribuição recolhida pela empresa da radiodifusão tem por pressuposto a simples transmissão; não, obviamente, atividades outras, exercidas por terceiros. Penso, portanto, que a exigência da contribuição reclamada se coaduna, não somente com os dizeres do texto legal como também com o seu intuito, de amparar e de encorajar a atividade artística criativa. Bem poderia ser diverso o critério da lei. Certas exceções, por outro lado, bem que poderiam ter sido expressamente contempladas. Antevejo que a jurisprudência venha a ser provocada quanto a algum tipo de exceção; mas não deparo, no presente momento, caso que justificasse a restrição à exigência da contribuição. Peço, portanto respeitosa vênua ao eminente Ministro Fontes de Alencar, como também expresse minha sensibilidade para com os doutos votos, pelo menos no momento, preponderantes, na Egrégia Terceira Turma, para acompanhar os doutos votos que me antecederam, na consonância do que vem de expor o Sr. Ministro Athos Carneiro.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 1.297 — RJ — (Reg. n.º 89.0011461-1) — Rel. orig.: O Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Rel. p/acórdão: O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD. Recdo: Andar'Anna Boutique Ltda. Advs.: Drs. Vera Lucia Rodrigues Gatti e outros e Drs. Luiz Henrique Pareto e outro.

Decisão: prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Relator (4ª Turma — 20-2-90).

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

O Sr. Ministro Bueno de Souza acompanhou os votos-vista vencedores. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.386 — RJ  
(Registro nº 89.11722-0)

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

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

Recorrido: *Djair D'Aguiar*

Advogado: *Dr. Euler Ismael Branco*

**EMENTA:** Crime de roubo e extorsão. Possível a tentativa de extorsão, pela sua condição de crime material.

O roubo caracteriza-se pela subtração da coisa alheia móvel, mediante grave ameaça ou violência à pessoa. A extorsão, pela obtenção de indevida vantagem econômica através de constrangimento, mediante violência ou grave ameaça.

Na hipótese dos autos, a vítima, sob coação, entregou os objetos que portava. Não houve subtração, mas entrega (traditio), que caracteriza a extorsão. É a lição de Frank, no sentido de que o «ladrão subtrai, o extorsionário faz com que se lhe entregue».

Admitido como crime material, a ação delituosa fica na tentativa, desde que o autor dela não tirou proveito econômico, dada a pronta intervenção de polícia.

Provido parcialmente o recurso, para restabelecer a sentença.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão em parte e, em consequência, restabelecer a sentença de primeiro grau, 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, 6 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de recurso especial com apoio nas letras a e c, inciso III, do artigo 105, da Constituição

Federal, promovido pela douda *Procuradoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro* contra acórdão da egrégia *Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal* do mesmo *Estado*, que, em decisão unânime, deu nova classificação ao delito de extorsão contido na denúncia e na sentença de primeiro grau, que preferiu defini-lo como tentativa de extorsão. O Tribunal a quo, contrariando as classificações anteriores, entendeu tratar-se de tentativa de roubo.

Para melhor compreensão da ocorrência delituosa, de que trata o processo, transcrevo o *Relatório da Sentença* proferida pelo *MM. Juiz de Primeiro Grau*:

«Vistos, etc...

Djair D'Aguiar se vê processado como incurso nas sanções do artigo 158 do Código Penal, isso porque segundo a denúncia:

«No dia 8 de abril de 1984, por volta das 12 horas e 40 min., em frente à Central do Brasil, nesta cidade, o denunciado, simulando estar armado de revólver, constrangeu Angelita Borges Frescorato a fazer-lhe a entrega de seu relógio e anel, com intuito de obter indevida vantagem econômica em prejuízo desta.

Na verdade, a lesada passava pelo local, quando dela se acercou o denunciado, que, dizendo-se armado, exigiu que lhe fosse entregue o relógio e o anel. Como o denunciado trazia uma camisa enrolada e embaixo do braço, a lesada pensou estar ali a arma e, intimidada, não teve alternativa, senão fazer a entrega dos bens.

Apreendido os bens, o denunciado saiu em desabalada carreira, tendo sido perseguido por populares aos gritos de «pega ladrão», o que chamou a atenção de um policial militar que se encontrava numa cabine da PMRJ, no local, tendo este policial logrado prender o denunciado em poder de quem estavam os bens da lesada.

Em sede policial, o denunciado negou o cometimento do crime.

O acusado foi citado por edital. Não atendeu ao chamado. Sendo-lhe decretada a revelia.

Apresentou defesa preliminar através do Dr. Defensor Público. Inquiriram-se testemunhas arroladas na denúncia. Em alegações finais falou o MP e a defesa.

In casu, a lesada informa à fl. 102 que reconheceu tanto o acusado quanto os objetos que fora obrigada a entregar.»

Decidida a questão pelo egrégio Tribunal de Justiça, como tentativa de roubo, o doutor Procurador da Justiça interpôs recurso especial. O réu ofereceu impugnação. O ilustre *Presidente do Tribunal de Justiça* recebeu o re-

curso. Apresentadas as razões pelo recorrente e recorrido, os autos foram remetidos a esta Corte. Ouvido o *Ministério Público Federal*, na pessoa do ilustre *Subprocurador Clayton Rossi*, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Reconhecido o dissídio jurisprudencial, com a transcrição das decisões contrárias ao acórdão impugnado, e a conseqüente oposição ao texto do artigo 158 do Código Penal, tendo o recurso especial como cabível. Por essa razão, preliminarmente, dele conheço.

A questão suscitada é simples. Discute-se a qualificação do delito.

Para melhor compreensão do ocorrido, registre-se que a denúncia classificou o fato como extorsão (art. 158 do Código Penal). A sentença o admitiu como tentativa de extorsão (fl. 121). A egrégia Segunda Câmara, ao apreciar o recurso, entendeu tratar-se de tentativa de roubo simples, desde que «a simulação de estar armado somente teve sentido de amedrontar a vítima e conseguir a posse dos bens» (fl. 156).

A demanda sugere dois temas: o primeiro, a fixação dos limites entre o roubo e a extorsão; o segundo, sobre a natureza jurídica da extorsão, se de natureza formal ou material, no que se prende à possibilidade de sua forma meramente tentada.

No primeiro caso, parece estar vencida a controvérsia, no instante em que o roubo se caracteriza pela subtração da coisa móvel alheia, mediante grave ameaça ou violência à pessoa; e a extorsão (de — extorquere — obter à força) se caracteriza pela obtenção da coisa através de constrangimento. Na extorsão, lembra HUNGRIA, «diversamente do roubo, é a própria vítima que, coagida, se despoja em favor do agente». (Comentários, Forense, 1958, Vol. VII, pág. 66). É a lição de FRANK, no sentido de que «o ladrão subtrai, o extorsionário faz com que se lhe entregue» (ob. cit., pág. 66).

Na hipótese dos autos, o réu «dizendo-se armado», compeliu a sua vítima a entregar-lhe um relógio e um anel. E diz a denúncia: «Como o denunciado trazia uma camisa enrolada e embaixo do braço, a lesada pensou estar ali a arma e, intimidada, não teve alternativa, senão fazer a entrega dos bens» (fl. 2)

Pelo descrito na denúncia, não há dúvida tratar-se de extorsão. A vítima fez entrega dos bens por força do constrangimento a que foi submetida. A caracterização do crime é perfeita, desde que isso ocorreu em razão da grave ameaça que sofreu. Não houve subtração, desde que a vítima entregou, sob coação, os objetos.

Nesse aspecto a sentença diverge da denúncia, apenas quando tem a extorsão aqui como tentada, desde quando não houve proveito econômico do autor, como veremos, oportunamente.

O egrégio Tribunal a quo seguiu caminho diverso, ao preferir o roubo na sua forma tentada, e explica o ilustre Relator:

«No entanto, Senhor Presidente, entendo diferente. O acusado praticou um delito de *roubo* e não de extorsão.

A lesada não entregou a coisa ao acusado espontaneamente, o fez coagida, ameaçada, e temerosa de levar um tiro.

Para reforço do meu entendimento cito o comentário feito pelo nosso culto colega Álvaro Mayrink na sua obra «Direito Penal — Doutrina e Jurisprudência», 2ª ed. Vol. II, pág. 437, constante do seguinte:

«Seguindo a posição correta de Antolisei, quando o sujeito ativo exerce grave ameaça sobre o lesado e o coage a entregar a res furtiva, inexistente injusto de extorsão, mas sim de roubo. O atuar da vítima sob direta vigilância do agressor não constitui verdadeiro consentimento, o obrar do agredido é ausente de vontade, traduzindo-se em mero instrumento do agredido material nas mãos do sujeito ativo do injusto. Desta forma, a res é na verdade subtraída, porque sem vontade não há ação e na hipótese ocorre roubo e não a extorsão.»

«A violência ou ameaça são empregadas com o escopo da subtração da res furtiva. É o meio pelo qual o autor do fato punível obtém o desapossamento da coisa — momento consumativo dos injustos de furto e roubo.»

Esta mesma Câmara já decidiu por unanimidade que:

«A diferenciação entre os injustos de roubo e extorsão se situa na liberdade ou não do lesado, de agir ou de querer. Desta forma, se o risco é imediato há extorsão, se mediato roubo.

Aduza-se, ainda, o papel preponderante da prescindibilidade ou não do sujeito passivo, pois, se a vítima é mero instrumento da vontade do sujeito ativo, há o injusto de roubo, visto que não lhe foi dada qualquer opção, dominado teve que entregar seus bens» (TACRIM-RJ Ap. Crim. Rel. Álvaro Mayrink).

O delito praticado pelo recorrido foi o de roubo simples, eis que a simulação de estar armado somente teve o sentido de amedrontar a vítima e conseguir a posse dos bens.

Por outro lado, o delito de roubo ficou na tentativa, eis que, ao proceder a subtração, o apelado saiu correndo, ocasião em que a vítima avisou aos policiais, sendo ele preso logo a seguir, na posse dos bens.»

A referência feita pelo ilustre Juiz Álvaro Mayrink à posição de Antolisei, na parte transcrita pelo eminente relator, à fl. 155, ainda que sem indi-

cação da fonte doutrinária na transcrição, foi por mim examinada, e consta da obra do ilustre penalista italiano, exatamente no seu «manuale di diritto penale», parte especial, vol. I, Giuffrè Editore, 1972, págs. 290 e 297, ao estudar, respectivamente, a ação constitutiva dos crimes de *rapina* e da *estorsione*.

O que diz o famoso autor peninsular, na sua festejada obra, não tem aplicação à hipótese dos autos. A lição do mestre alienígena alude ao chamado constrangimento absoluto, o que deixa a vítima fora de entendimento, ao afirmar, expressamente:

«Se si trattasse di costringimento assoluto, vale a dire di quella coazione che riduce la persona a uno strumento dell'agente, e il risultato fosse l'impossessamento di una cosa mobile, non di estorsione si dovrebbe parlare, ma di rapina, como abbiamo visto esaminando questa seconda figura criminosa.»

Traduzindo: Se se tratasse de constrangimento absoluto, vale dizer daquela coação que reduz a pessoa a um instrumento do agente, e o resultado fosse o apossamento de uma coisa móvel, não de extorsão se deveria falar, mas de rapina, como havíamos visto examinando esta segunda figura criminosa.

No exame da rapina (furto com violência sobre pessoas ou roubo), art. 628, do Código italiano, Antolisei trata do assunto, no mesmo teor, e formula alguns exemplos (pág. 290, da ob. cit.). Ali está dito que há roubo quando o agente subtrai a coisa com suas próprias mãos, e quando, ao contrário a vítima é compelida a entregá-la, e falha provocando apreensão direta por parte do sujeito ativo, se realiza o delito da extorsão.

Observe-se que esse procedimento a que se reporta Antolisei, não tem qualquer semelhança com o caso dos autos, onde a vítima entregou o relógio e o anel, sem perder o sentido, simplesmente atemorizada, com a ameaça de uso de arma, que ela acreditava possuir o agente.

Nem poderia ser de outro modo, porque a extorsão no Código Peninsular é, exatamente, o que diz a lei penal brasileira. Basta que se traduza o seu artigo 629:

«O que, mediante violência ou ameaças, ao obrigar a alguém a fazer ou não fazer alguma coisa, obtenha para si ou para outros um proveito injusto, com prejuízo alheio.»

Ao definir o roubo (furto com violência sobre pessoas) o mesmo diploma usa a expressão: «se apodera, mediante violência ou ameaças contra pessoas...». A lição de outro eminente mestre italiano, Maggiore, professor da Universidade de Palermo, elimina qualquer dúvida, ao afirmar, distinguindo a extorsão dos crimes de furto simples e com violência:

«... Mas, ao mesmo tempo, vê-se claramente a diferença que existe entre o furto simples e o violento, de uma parte, e a extorsão, de outra, porquanto no furto há apreensão adprehensio, e na

extorsão, ao contrário, há uma entrega *traditio* de parte do sujeito passivo que retém a coisa, porém não uma entrega livre, como nos contratos fiduciários (depósito, mandato, prenda, comodato) (Derecho Penal, Ed. Temis, 1972, Bogotá, vol. V, pág. 93).

Com todos esses fundamentos, é fácil concluir que a denúncia classificou bem o delito, quando o apontou como extorsão, restando apurar-se apenas se ela chegou a consumar-se, ou ficou na simples tentativa, como preferiu a sentença.

Este tema constitui a segunda parte da nossa proposição, envolvendo a tormentosa dúvida em saber-se se a extorsão é crime material ou formal, e, se em qualquer das hipóteses admite a tentativa.

Os doutrinadores brasileiros se inclinam pela natureza formal do crime de extorsão. Nesta linha se colocam: Hungria, *Comentários*, vol. 7, pág. 71; Heleno Fragoso, *Lições*, vol. 1, pág. 315; Oscar Stevenson, *Direito Penal*, RJ 1948, pág. 36; Damásio de Jesus, *D. Penal*, 1979, vol. II, pág. 339; Paulo José da Costa Jr., *Comentários*, vol. 2, Saraiva, 88, pág. 219 e outros. Em posição contrária, afirmando a condição de crime material, está o professor Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Saraiva, 1986, vol. II, pág. 265.

Para o crime formal, dispensa-se para a consumação o proveito econômico. O constrangimento com a entrega da coisa é o suficiente. Nesta posição, na doutrina estrangeira, destaca-se Pessina, ao afirmar:

«O obter a entrega da coisa exigida com a intimação constitui o momento consumativo do crime» (Apud M. Noronha, *ob. cit.*, pág. 263).

Para o professor Magalhães Noronha a consumação só se opera com o proveito injusto.

A jurisprudência tem admitido a tentativa de extorsão, em vários casos transcritos nos autos.

Para nós, a julgar pela posição extremada em que se colocam os defensores da natureza formal do delito, a posição mais consentânea com a lógica é admitir-se a natureza material do crime, como pensa Magalhães Noronha.

Na hipótese dos autos, logo após o constrangimento provocado pela ameaça do uso de arma, e de se haver despojado dos objetos, a vítima pediu socorro e os recuperou, graças à pronta intervenção de um policial militar (cfr. 9 e 10).

Neste caso, não obtido o proveito econômico injusto, não é possível falar-se em crime consumado. O critério, neste particular, é igual ao da tentativa de roubo, o que não causa nenhuma distorsão, desde que os dois crimes têm a mesma natureza jurídica.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso, para reformar o acórdão impugnado, fazendo prevalecer, contudo, a sentença recorrida, isto é, reconhecer que o crime é de tentativa de extorsão.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.386 — RJ — (Reg. nº 89.0011722-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Djair D'Aguiar. Advogado: Dr. Euler Ismael Branco.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão em parte e, em consequência, restabelecer a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 6-2-90 — Sexta Turma).

Os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade e William Patterson votaram de acordo com o Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.413 — DF

(Registro nº 89.0011796-3)

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

Recorrentes: *Walter Barbosa, Waldir Barbosa e José Gomes da Mota*

Recorrido: *Ministério Público do Distrito Federal*

Advogado: *Dr. Paulo e B. de Souza Pires*

**EMENTA:** Criminal. Tóxico. Tráfico e Associação criminosa.

*Cúmulo material.* Incensurabilidade da decisão afirmativa do concurso material, segundo a verificada característica do prévio e duradouro ajuste entre os agentes para a prática de crimes (Lei 6.368/76, arts. 12 e 14).

#### ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Condenados por infração cumulada dos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, os apelantes de então insistiram na argüição de incompatibilidade do concurso material considerado, consoante recurso extraordinário fulcrado tanto na letra *a* como na letra *d* do permissivo até ali vigente — fl. 47.

Agravaram do despacho de inadmissão para o Supremo Tribunal Federal, a tempo e modo do ensejo à remessa do agravo ao conhecimento deste eg. Tribunal, consoante a declinatória exarada pelo Sr. Ministro Moreira Alves à fl. 65.

Provi o agravo de instrumento para melhor exame da controvérsia, nos seguintes termos:

«Conquanto improvável o agravo relativamente à inadmissão do recurso extraordinário, porque carente da mínima indicação o alegado dissídio pretoriano, no entanto, pela letra *a* do permissivo de então (agora regente do recurso especial resultante da conversão decretada pelo STF — fl. 65), reputo-o provável para melhor exame da controvertida tese da incompatibilidade do concurso material dos delitos tratados nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76.

Por outro lado, verifico *conter o instrumento os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial.*

Pelo que, na consonância do art. 253, § 2º, do RISTJ, determino seja reautuado o feito como recurso especial, dando-se vista dos autos à nobre Subprocuradoria-Geral da República.» — Fl. 69.

Daí o presente processamento do recurso especial convertido, contrário a cujo conhecimento é o parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Valim Teixeira, «de vez que não demonstrada a alegada infringência a texto da lei e nem a ocorrência de dissídio jurisprudencial» — fl. 72.

Relatei.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, vê-se que o melhor exame a que aludi no provimento do agravo se justifica a termo apenas de uma nova conferência da colocação da matéria, da forma como sobre a mesma todos nós tínhamos entendimento próprio, várias vezes manifestado em votos proferidos no extinto Tribunal Federal de Recursos.

Na verdade, apesar da discordância de alguns, naquela velha Corte sempre predominou a orientação da compossibilidade do concurso material dos delitos de tráfico de entorpecentes e de associação, conceituável em função do prévio e duradouro ajuste entre os agentes. Dessa predominância dei conta detalhada ao votar na ACr 8.044-MS, com as seguintes informações:

«Quanto à tipicidade do delito de associação, conquanto tenha razão o douto parecerista em colacionar precedentes que recusam o cúmulo material com o delito de tráfico, o consenso do Tribunal a propósito é meramente aparente, vez que, como se sabe, apenas na Primeira Turma vingou por unanimidade essa orientação. É certo que o parecer arrola o acórdão da eg. Primeira Seção, conforme fora proferido na Rev. Cr. 449, Relator o Sr. Ministro Nilson Naves; no entanto, na unanimidade com que ali se decidiu somaram-se os votos que, embora rebeldes à tese da inacumulação delituosa, para aquele caso concordavam em não ter ocorrido a associação, senão que a mera co-autoria.

Aliás, salvo equívoco dos votos de adesão, essa rebeldia veio a predominar em função da nova composição daquela Eg. Seção, conforme o decidido em recentíssima assentada (ausente o Sr. Ministro Nilson Naves), à unanimidade pronunciada a viabilidade do discutido cúmulo material de delitos. Recordo o julgamento da Rev. Cr. 483, Rel. Min. Assis Toledo, sessão de 19 de agosto p. passado, com asseverações assim ementadas:

«Penal e Processual Penal. Tóxicos. Concurso material entre tráfico internacional (art. 12) e associação criminosa (art. 14).

Hipótese em que, pela existência de prévio ajuste e conluio duradouro entre os agentes, para a prática de crimes, torna-se possível o concurso de delitos.

Pedido de revisão criminal indeferido.»

Com esse reparo feito ao parecer, veja-se que o caso dos autos é mesmo o da *societas criminis*, consoante a indesmentida confissão da propositada viagem dos réus pela rota Lagos/Nigéria a São Paulo, e dali a Santa Cruz de La Sierra, onde adquiriam a cocaína, apressando-se em cumprir a derrota-maldita do tráfico, interrompida, porém, quando embarcavam no comboio Corumbá a Campo Grande. Ao lado disso, destaque-se o confessado ajuste da igual distribuição dos lucros da operação de venda o produto na Nigéria.

É certo que esses pormenores do prévio conluio criminoso restaram silentes no interrogatório dos réus em juízo, onde os mesmos se retrataram a estilo de evasivas e justificativas rasas, como a aquisição do tóxico para consumo próprio, desacreditada até mesmo pela quantidade do valioso produto adquirido, pressuposto de sua destinação ao ultra-mar. A retratação, contudo, não apaga a confissão, segundo a sua consonância com os demais elementos dos autos, tal qual demonstrado no parecer.» — 3ª Turma, 15-9-87.

De forma que, agora voltando ao exame da controvérsia, persisto no entendimento que ali resumi nesta ementa:

«Criminal. Tóxico. Tráfico internacional e associação criminosa.

*Cúmulo material.* Sua configuração legal, segundo a característica do prévio ajuste entre os agentes para a prática de crimes (Lei n.º 6.368/76, arts. 12 e 14).» in *DJ* de 19-2-88.

Assim o faço, com relembração, aliás, do coincidente ementário do Supremo Tribunal Federal, por sua letra mais antiga como pela mais moderna, verbis:

«Lei de Tóxicos», arts. 12 e 14. Crimes autônomos. Concurso material. Seria ilógico que, organizado o bando para praticar crimes, deixasse de ser punido exatamente porque realizou os objetivos para que foi constituído.

HC indeferido.» — HC 63.611-RJ, 2ª T., Rel. Min. Cordeiro Guerra, in RTJ 118/486.

E anos após, esta reafirmação daquele celebrado *leading case*:

«Habeas corpus. Entorpecente. Concurso material dos crimes previstos nos artigos 12 e 14 da Lei 6.368/76. Possibilidade do concurso, se a associação é previamente organizada para a prática do tráfico de drogas. Formação de quadrilha por grupos brasileiro e israelense, como organização anterior e necessária ao tráfico.

Habeas corpus denegado.» — HC 67.386, 2ª T., Rel. Min. Carlos Madeira, em 23-5-89.

Desse modo, vem ao caso louvar-se o acerto do v. acórdão recorrido, posto em asseverações desta ordem:

«Embargos infringentes criminais. Entorpecentes. Tráfico. Quadrilha. Concurso material. Crime autônomo de associação.

Presente o *animus associativo* deve-se reconhecer a figura delitiva prevista no art. 14 da Lei 6.368/76 e não a simples co-autoria.

Descabimento da qualificadora do art. 18, III, da Lei de Tóxicos para evitar um *bis in idem*.» — Fl. 41.

Donde ressaltar a mais correta interpretação dos invocados arts. 12 e 14 da Lei 6.368, sem vez, assim, para prosperar a arguição recursal de contrariedade ou malferimento à sua vigência, do mesmo modo como antes a reputei improsperável quanto ao indemonstrado dissídio interpretativo.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 1.413 — DF — (Reg. n.º 89.0011796-3) — Relator: O Exmo Sr. Ministro José Dantas. Rectes.: Walter Barbosa, Waldir Barbosa e José Gomes da Mota. Recdo.: Ministério Público do Distrito Federal. Advogado: Dr. Paulo E. B. de Souza Pires.

Decisão: A Turma por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 20-11-89, 5ª Turma).

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

— ● —

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.445 — RJ

(Registro nº 89.11975-3)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Arthur Gonçalves dos Santos Júnior*

Recorrido: *Sateplan Consórcios Ltda.*

Advogados: *Drs. Cácio da Rocha e Jorge Antônio Culuchi*

**EMENTA:** Recurso Especial (CF/88, art. 105-III). Admissibilidade. 1. É inadmissível, quando com fundamentação deficiente, não permitindo a compreensão da controvérsia. 2. Também é inadmissível quando o acórdão atacado não tenha enfrentado questão federal. 3. É imprescindível que do tema federal, objeto do recurso, tenha cuidado a decisão recorrida. 4. Recurso Especial não conhecido.

### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de novembro de 1989 (data do julgamento).

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Foi o recurso especial admitido pela Desembargadora Maria Stella Rodrigues, nestes termos:

«Trata-se de Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, a, da nova Carta, alegada contrariedade à lei federal — art. 8º da Lei 5.768/71 c/c o art. 39 do Dec. 70.951/72 —, interposto por Arthur Gonçalves dos Santos Junior contra o V. Acórdão de fls. 165/169 da Egrégia Quinta Câmara Cível do nosso Tribunal de Justiça, ementado, in verbis:

‘Consórcio para aquisição de automóveis. Cotas extras em relação ao reajuste dos preços de veículos. É lícita a cobrança de cotas extras aos participantes de grupo de plano ainda não encerrado, em razão de reajuste do preço, com base na Portaria nº 377, de 1986, do Ministério da Fazenda’.

Alega o recorrente que seu pedido se baseou no Recurso Especial interposto como Extraordinário na Apelação Cível nº 1.624/89.

Portaria nº 330 do Ministério da Fazenda, em seu art. 18, conforme atribuição conferida pelo art. 8º da Lei nº 5.768/71 c/c o art. 3º do Dec. 70.951/72, tendo o aresto contrariado esses dispositivos ao entender que a cobrança de cotas extras em consórcio para aquisição de automóveis se estende aos participantes de grupo de plano ainda não encerrado, mesmo que já liquidadas todas as prestações, como é o caso do recorrente.

Impugnado o recurso (fl. 174).

Em que pese o não prequestionamento, por se tratar de relevante tese de direito, sobre a qual não há ainda jurisprudência predominante da nova Carta e atendendo recomendação de tolerância na admissão, exposta no Agravo de Instrumento nº 34.028-MG, publicado na RTJ STF, fl. 38, pág. 574, admito o recurso.

Abra-se vista às partes para as razões nos termos do art. 543, §§ 2º e 3º, do CPC.»

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Leio a petição de interposição do recurso, fl. 172 (lê). De acordo com o art. 105, inciso III, da Constituição, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial e não em recurso extraordinário, «as causas decididas...» etc, embora um recurso não difira do outro, conceitualmente. Depois, a petição de fl. 172 colocou a questão de modo vago, não permitindo a exata compreensão da controvérsia. E, olhe! Ne procedat iudex ex officio, mormente em grau de recurso excepcional.

Afora a imperfeição formal que acabo de apontar, inviável se me apresenta ainda o recurso, seja pela falta de aplicação de lei federal por parte do acórdão recorrido, seja pela ausência do prequestionamento. Com efeito, ao dar pela licitude da cobrança de cotas extras, o acórdão limitou-se a examinar a Portaria nº 377, de 1986, do Ministério da Fazenda. E portaria ministerial não se enquadra na alínea a do aludido art. 105-III, por não ter feição de tratado ou de lei federal. Por outro lado, o art. 8º da Lei nº 5.768/71, c.c. o art. 39 do Decreto nº 70.951, como questão federal, não foi ventilado no acórdão recorrido. E o prequestionamento é imprescindível, porquanto, como dito antes, o recurso especial não difere do re-

curso extraordinário, um irmão gêmeo do outro. Quanto ao recurso extraordinário, não se põe em dúvida a necessidade desse requisito. Da mesma forma, no writ of error, isto é, o extraordinário no direito norte-americano, donde veio a idéia do nosso extraordinário. A propósito, ver Matos Peixoto, in «Recurso Extraordinário», Freitas Bastos, 1935, pág. 98. Também Thomas Cooley, in «Princípios Gerais de Direito Constitucional», Revista dos Tribunais, 1982, pág. 132: «...deve surgir no próprio registro (record), expressamente ou por efeito de interpretação, clara e necessária que surja em um Tribunal estadual, e que assim sirva de base do julgado,...». Numa opinião antiga, de 1894, no caso *California Powder Works v. Davis*, já dizia o Chief Justice Fuller (em tradução livre): «... deve aparecer inequivocamente, além de ter sido a questão federal submetida à decisão de mais alta Corte Estadual competente, que tal decisão tenha sido necessária...» («in United States Reports, vol. 151, Cases Adjudged in The Supreme Court», 1894, págs. 389/396).

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.445 — RJ — (Reg. nº 89.11975-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Arthur Gonçalves dos Santos Júnior. Recorrido: Sateplan Consórcios Ltda. Advogados: Drs. Cácio da Rocha e Jorge Antônio Culuchi.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma — 21-11-89).

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



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.521 — RS

(Registro nº 89.0012177-4)

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

Recorrente: *Luiz Roberto Seffrin*

Recorrente: *Vitor Hugo Hartmann*

Recorrente: *Pedro de Oliveira Gonçalves*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

Advogado: *Dr. José Jappur*

EMENTA: Processo Penal. Mutatio libelli. Súmula nº 453 do STF.

A Súmula nº 453 do STF, em interpretação ao art. 617, do CPP, pressupõe causa cuja instrução haja sido concluída em primeira instância. Inexistência, in casu, de dissídio com a jurisprudência sumulada. Recurso não conhecido.

## 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, 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 março de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim sumariada no r. despacho de fl. 73, do eminente Juiz Presidente do Tribunal Federal da 4ª Região:

«Luiz Roberto Seffrin e outros interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Magna Carta, visando à reforma do v. acórdão da Terceira Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos», por entenderem que foram vulnerados os incisos XXXIX e LX do art. 5º da Constituição, porque não pode ser mudado o libelo acusatório em Segunda Instância e inviável o enquadramento em crimes hipotéticos. Invocam, por outro lado, dissídio com a Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal, porque decretada a prescrição em Primeira Instância não poderia a Segunda Instância dar nova definição jurídica aos fatos. Sustentam ter ocorrido violação de lei federal.

O Recurso Especial, por não se encontrar ainda instalado o E. Superior Tribunal de Justiça, foi processado como Recurso Extraordinário, por força do art. 27 das Disposições Constitucionais Transitórias.

Após a impugnação de fls. 60/65 e já instalado o E. STJ, foi determinada a remessa dos autos a este Tribunal, para que se procedesse na forma do decidido pelo Plenário da Suprema Corte ao julgar questão de ordem relativa ao RE 117.870-1, quando foi aberto prazo aos recorrentes para formalizar Recurso Extraordinário, limitado aos fundamentos antes invocados, na forma do art. 102, III, da Constituição Federal, sob pena de preclusão, como consta do despacho de fl. 70».

Declarada preclusa a matéria constitucional, o recurso foi admitido pela letra c do item III do art. 105, da Constituição, nestes termos:

«Num primeiro momento, realmente, existe divergência, que só pode ser afastada mediante exame de determinados conteúdos, à luz de interpretações que fogem da etapa inicial de admissibilidade que se restringe a um juízo aparente da divergência alegada, sem que possa ser atingido o mérito do apelo».

Subindo os autos, neles oficiou o Ministério Público Federal, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, Sr. Presidente.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A Súmula nº 453 do STF, estampando o entendimento de que não se aplicam à segunda instância o art. 384 e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal, não tem a abrangência pretendida pelo recorrente.

Com efeito, em interpretação ao art. 617 do Código de Processo Penal, só é de ser invocada quando concluída, em primeira instância, a instrução da causa, pois, em tal hipótese, a *mutatio libelli* importaria na reabertura da instrução, o que não se conforma ao sistema processual penal brasileiro.

Como enfatizou o eminente Ministro Evandro Lins, no percuente voto proferido no HC nº 40.359, que se constitui em um dos precedentes que conduziram ao enunciado sumular em tela, «a exclusão do art. 384 do elenco de disposições sancionadas no art. 617 do Código de Processo Penal deixa patente que o legislador não quis transformar o juízo de apelação em nova fase instrutória do procedimento penal».

Pois bem. Na espécie vertente, verifica-se que o v. aresto recorrido determinou o prosseguimento da ação penal, por entender errônea a capitulação feita pelo Ministério Público, e considerada pelo MM. Juiz para declarar extinta a punibilidade, pela prescrição da pena em abstrato, já que os fatos narrados na denúncia configurariam delito outro, em relação ao qual não se operara a prescrição. Não deu aplicação, contudo, ao art. 384, ou a seu parágrafo único, tão-só reconheceu que isso poderia ocorrer em primeira instância, ao que ressaí da conclusão do voto condutor: (lê). Como a instrução sequer se iniciara, não se divisa dissídio com a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal.

Assim, e por revelar-se irrepreensível, por outro lado, o juízo recusativo de admissibilidade, no tocante à alínea a do permissivo constitucional, pois o recorrente não indicou o dispositivo legal a que o v. aresto teria contrariado ou negado vigência, não conheço do recurso. É como voto, Sr. Presidente.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.521 — RS — (Reg. nº 89.0012177-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Luiz Roberto Seffrin. Recte.: Vitor Hugo Hartmann. Recte.: Pedro de Oliveira Gonçalves. Recdo.: Ministério Público Federal. Adv.: José Jappur.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Sexta Turma — 20-3-90).

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



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.548 — PR

(Registro nº 89.12258-4)

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

Recorrente: *Banco do Brasil S.A.*

Recorrido: *Yoshioka S.A. Com. Ind. e outro*

Advogados: *Drs. Mario José Negrello e outros, Marco Antonio Araújo Miliari*

**EMENTA:** Processual Civil. Recurso especial.

O art. 183 do CPC versa sobre prazo processual. Inexistência de ofensa ao citado artigo no acórdão recorrido.

Dissídio pretoriano não demonstrado.

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O recurso extraordinário do Banco do Brasil não mereceu acolhida preliminar, na instância de origem, tendo em vista as razões alinhadas na seguinte decisão da Presidência do Tribunal de Alçada do Paraná:

«Vistos.

1. Em ação declaratória de existência de relação cambial, decorrente de endosso em duplicata, o acórdão recorrido improveu apelação do Banco do Brasil S.A. por firmar convicção: «O endossatário sucede ao endossante apenas na propriedade do título, e não em suas relações jurídicas. Direito autônomo que decorre da própria assinatura do endossante. Deixou, contudo, o endossatário de resguardar seus direitos, no momento próprio e pelos meios processuais adequados, quando seus títulos de crédito, por força do endosso, sofreriam a agressão de uma ação anulatória. Impossível, agora, contornar a expressa e imperativa regra posta no § 4º do art. 13 da Lei das Duplicatas» (fl. 212).

2. Insatisfeito, o Banco do Brasil S.A. interpõe recurso extraordinário com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional.

Aduz negativa de vigência ao artigo 183 do Código de Processo Civil, além de dissídio pretoriano, porque entende jurídico o reconhecimento do seu direito de regresso contra o endossante e seu avalista apesar dos protestos não se terem consumado por causa superveniente, de força maior, estranhos à vontade e diligência do Banco, ora recorrente.

3. O recurso extraordinário, *data venia*, não encontra condições para o seu prosperar. Impressionam os argumentos do petitório recursal que, todavia, deixou de prequestionar o dispositivo legal em que arrima sua pretensão (Súmula 356). Ademais, para estabelecer confronto de julgados seria necessário reativar os parâmetros basilares da decisão recorrida, que adentra questões de ordem fática diversa — e se revela plena de razoabilidade jurídica (Súmula 400) — descabendo, pois, o seu acerto no caso em tela (artigo 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Nego seguimento ao recurso» (fls. 235/236).

Posteriormente, mercê de provimento do agravo de instrumento interposto daquela decisão, o recurso constitucional foi processado, remetido ao STF e, a final, convertido em especial.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Processual Civil. Recurso especial.

O art. 183 do CPC versa sobre prazo processual. Inexistência de ofensa ao citado artigo no acórdão recorrido.

Dissídio pretoriano não demonstrado.

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O acórdão recorrido assim está ementado:

«Ação declaratória (arts. 4º e 282 do CPC) de existência de relação cambial, decorrente de endosso em duplicata.

O endossatário sucede ao endossante apenas na propriedade do título, e não em suas relações jurídicas.

Direito autônomo que decorre da própria assinatura do endossante.

Deixou, contudo, o endossatário de resguardar seus direitos, no momento próprio e pelos meios processuais adequados, quando seus títulos de crédito, por força do endosso, sofriam a agressão de uma ação anulatória. Impossível, agora, contornar a expressa e imperativa regra posta no § 4º do art. 13 da Lei das Duplicatas. Recurso improvido» (fl. 212).

No corpo do decisório colegiado encontra-se o trecho a seguir:

«Mas, ainda que se reconheça essa autonomia e daí a sobrevivência do direito de crédito do Banco, gerado pelo endosso, não se perca de vista que o § 4º do art. 13 da Lei 5.474 diz que o portador que não tirar o protesto da duplicata em forma regular e dentro do prazo de trinta dias contado da data do seu vencimento perderá o direito regressivo contra os endossantes e respectivos avalistas. Mas tal protesto não ocorreu.

Alega o recorrente que a tanto foi impedido, primeiro pela medida cautelar de sustação de protesto e, segundo, pela propositura da ação ordinária de declaração de inexistência de débito, a final julgada procedente. Todavia, pelo que se depreende da certidão de fl. 147, ditas ações foram propostas pela sacada, Cooperativa Agropecuária Centro Norte do Paraná, contra o sacador e aqui apelado Yoshioka S.A. Comércio e Indústria, e não contra o recorrente, Banco do Brasil. Ora, no momento em que seus títulos de crédito (e seus, porque deles era o legítimo proprietário por força do endosso) sofriam a agressão de uma ação anulatória para a qual parece não ter sido chamado, competia-lhe intervir no feito para resguardar seus direitos, sobretudo o de regresso contra o endossante e seu avalista. Não o tendo feito no momento certo e pelos meios proces-

suais próprios, não lhe é dado utilizar-se agora de meios oblíquos para contornar a determinação imperativa do § 4º do art. 13 da Lei de Duplicatas» (fls. 215/216).

Aí se vê que nenhuma ofensa causou o acórdão ao art. 183 do CPC que versa sobre a extinção de prazo processual, salvo a ocorrência de justa causa.

Por outro lado, não me parece demonstrado o dissídio pretoriano eis que nos acórdãos cotejados não há notícia de situação fática idêntica à dos presentes autos, isto é, em que o recorrente não foi parte na cautelar de sustação de protesto, permanecendo inerte.

Pelos motivos expostos, não conheço do recurso.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Dentro das estreitezas do recurso excepcional, há que se convir em que, efetivamente, não se pode dar como violado o art. 183 do Código de Processo Civil que se refere a prazos e direitos de índole processual.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1548 — PR — (Reg. nº 89.12258-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Banco do Brasil S.A. Recdo.: Yoshioka S.A. Com. Ind. e outro. Advs.: Mario José Negrello e outros, Marco Antonio Araújo Miliari.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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



### RECURSO ESPECIAL Nº 1.577 — SP

(Registro nº 89.0012355-6)

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

Recorrentes: *Marina Villares da Silva Novaes e Municipalidade de São Paulo*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Renato Dias Baptista Machado, outros e Sandra Regina Lobue*

**EMENTA:** Tributário. Repetição de indébito. Correção monetária. Multa.

É tranqüila a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a correção monetária, na repetição de indébito, é calculada desde o recolhimento indevido. De outro lado, não há como se admitir que julgado indevido determinado tributo, não seja restituído ao contribuinte o que pagou a título de multa por não o haver recolhido. Recurso da autora conhecido e provido; recurso do réu 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, tomar conhecimento e dar provimento ao recurso da autora e não conhecer do recurso do réu, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A matéria de que tratam os autos foi assim resumida no relatório da sentença:

«Marina Villares da Silva Novaes, qualificada nos autos, promove a presente ação de repetição de indébito fiscal contra a Municipalidade de São Paulo. Alega, em suma, que é proprietária do imóvel que menciona, que, via de ação de anulação, foram anulados os lançamentos do IPTU dos exercícios de 1976 a 1981, tendo sido determinada a devolução do que foi pago. Que, além do imposto, ela, autora, pagou, nos exercícios de 1978 e 1979, multa de 100%, por falta de inscrição. Que, se os lançamentos foram anulados, automaticamente está anulada a multa, posto que calculada sobre o tributo. Que, ademais, ilegal é o acréscimo. Pede, pois, seja decretada a nulidade da multa, compelida a ré a lhe devolver os valores correspondentes. Atribui à causa o valor de Cr\$ 575.264. Com a inicial vieram os documentos de fls. 6/30.

Em audiência, contestou a acionada (fls. 39/42), carreado os documentos de fls. 43/4. Diz, em síntese, que a multa foi bem aplicada, já que não procedeu a autora à alteração dos dados da inscrição imobiliária. Que, não obstante a anulação dos lançamentos, a multa permanece. Que, quando muito, deve ser devolvido o excesso.

Não foi produzida prova oral.»

O Dr. Juiz julgou procedente a ação e a sentença foi confirmada em parte pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, pelos fundamentos que passo a ler:

«O v. acórdão da Colenda Quarta Câmara deste Tribunal reconheceu a irregularidade e ilegalidade dos lançamentos, determinando a devolução das quantias pagas a maior. Ora, insubsistentes os lançamentos dos tributos, não poderia prevalecer os acréscimos de 100% por falta de inscrição imobiliária, cobrados juntamente com o imposto territorial.

Ademais, a falta de inscrição constitui ilícito administrativo, mas não pode a penalidade ser exigida como imposto e cobrada juntamente com este por afrontar o disposto no art. 3º do CTN. Nesse sentido a jurisprudência: JTACSP vols. 87/107; 89/16; 92/151.

Por outro lado, a multa não pode ter a mesma base de cálculo do imposto territorial urbano (valor venal do imóvel — art. 33 do CTN).

Consoante salientado em v. acórdão estampado nos JTACSP, vol. 88, pág. 40 «Se para a cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para incidência dos impostos» (CF, art. 18, § 2º), com muito mais razão não se pode admitir a mesma base de cálculo para cobrança de simples penalidade de caráter administrativo.

Os recursos da Municipalidade e o oficial comportam provimento parcial para que a correção monetária das quantias a serem restituídas seja contada a partir do ajuizamento da ação, de acordo com o art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81, não mais se justificando a aplicação da construção pretoriana que determinava a correção a partir dos recolhimentos.

Daí por que dá-se provimento parcial aos recursos.»

Inconformada, a Prefeitura do Município de São Paulo interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 119, inciso III, letras *a* e *d*, da Constituição de 1967, alegando negativa de vigência aos artigos 113, 115, §§ 2º e 3º, e 142 do CTN e conflito com julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, do qual citou trecho do voto do relator, Ministro Francisco Rezek, do seguinte teor:

«Quanto à letra *a*, perfeita é a análise promovida na origem pelo despacho que deu trânsito ao recurso extremo. O único tema prequestionado, a merecer debate nesta instância, é o que tange à obrigação tributária acessória.

O art. 113, § 2º, do CTN, dispõe que a obrigação acessória «decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela prevista no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos».

No caso, a lei local determina que se leve formalmente ao conhecimento do órgão competente o fato da demolição de prédio urbano, e o faz no transparente interesse da arrecadação do imposto predial. É notória, de resto, a importância do IPTU como instrumento de extrafiscalidade, votado ao propósito da utilização racional do solo urbano. Os municípios podem fixar alíquotas sensivelmente diversas, à consideração do uso do imóvel pelo proprietário; e em regra não deixam de fazê-lo. Paulo de Barros Carvalho, assim, comentando o que parece curial na vida dos municípios, observa que

«...no IPTU, opera-se flagrante majoração na importância final do gravame, na hipótese de tratar-se de terreno baldio ou prédio indevidamente aproveitado.» (Curso de Direito Tributário, Saraiva, 1985, pp. 123/124).

De sua vez, recorreu extraordinariamente a autora da parte do acórdão que estabeleceu deverem ser corrigidas as quantias a serem restituídas «a partir do ajuizamento da ação, de acordo com o art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.899/81», fundamentando-se em jurisprudência do STF em sentido contrário.

Indeferidos pelo despacho de fl. 103, os recursos foram encaminhados ao STF porque acolhidas as arguições de relevância, e dali vieram os autos a esta Corte porque transformados em recursos especiais (despacho de fl. 153).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A autora, em seu recurso, apresentou como divergentes da decisão recorrida, no ponto em que determinou a aplicação de correção monetária sobre o valor a ser restituído pela ré, julgados do STF, pela forma seguinte:

«...esta Corte já firmou o entendimento de que, não obstante o advento da Lei nº 6.899/81, permanece íntegra a sua jurisprudência no sentido de que o início da fluência da correção monetária na repetição do indébito fiscal é a data do recolhimento indevido» (Revista Trimestral de Jurisprudência, 111/847 — Rec. Extr. de nº 102.065-SP, relator o eminente Min. Moreira Alves).

Mais:

«A jurisprudência do STF sempre admitiu a correção monetária na repetição do indébito tributário a partir do recolhimento indevido (ERE 80.196-SP, ERE 77.698-SP, RTJ 76/876), independentemente do advento da Lei nº 6.899/81» (RTJ, 114/414).

Ainda:

A Lei nº 6.899/81 não veio a impedir a fluência da correção monetária nos casos em que, anteriormente, já era admitida, mas, sim, estendê-la a hipóteses a que essa correção não se aplicava. Permanece íntegra a jurisprudência desta Corte no sentido de que o início da fluência da correção monetária na repetição do indébito fiscal é a data do recolhimento indevido (RTJ, 111/850).

Manifesta que é a divergência, conheço de tal recurso, e, tendo em contra ser tranqüilo o entendimento na Corte Maior no sentido de que, na repetição de indébito, a correção monetária é calculada desde o recolhimento indevido, dou-lhe provimento.

Passo a examinar o recurso do réu, Município de São Paulo.

Também pelo recurso interposto foi alegada divergência com julgado da Segunda Turma do STF, do qual foram trazidas aos autos as notas taxográficas, e no qual lê-se no voto do relator:

«O art. 113, § 2º, do CTN, dispõe que a obrigação acessória «decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.»

No caso, a lei local determina que se leve formalmente ao conhecimento do órgão competente o fato da demolição de prédio urbano, e o faz no transparente interesse da arrecadação do imposto predial. É notória, de resto, a importância do IPTU como instrumento de extrafiscalidade, votado ao propósito da utilização racional do solo urbano. Os municípios podem fixar alíquotas sensivelmente diversas, à consideração do uso do imóvel pelo proprietário; e em regra não deixam de fazê-lo. Paulo de Barros Carvalho, assim, comentando o que parece curial na vida dos municípios, observa que

«...no IPTU, opera-se flagrante majoração na importância final do gravame, na hipótese de tratar-se de terreno baldio ou prédio indevidamente aproveitado.» (Curso de Direito Tributário, São Paulo, Saraiva, 1985, pp. 123-124).

Não vendo contrariedade, no acórdão recorrido, às normas de direito federal que definem o instituto da obrigação tributária acessória, não conheço do recurso extraordinário.»

Não se mostra clara a divergência da orientação adotada no trecho lido, com aquela seguida pela decisão recorrida ao acentuar:

«O v. acórdão da Colenda Quarta Câmara deste Tribunal reconheceu a irregularidade e ilegalidade dos lançamentos, determinando a devolução das quantias pagas a maior. Ora, insubsistentes os lançamentos dos tributos, não poderia prevalecer os acréscimos de 100% por falta de inscrição imobiliária, cobrados juntamente com o imposto territorial.

Ademais, a falta de inscrição constitui ilícito administrativo, mas não pode a penalidade ser exigida como imposto e cobrada juntamente com este por afrontar o disposto no art. 3º do CTN. Nesse sentido a jurisprudência: JTACSP vols. 87/107; 89/16; 92/151.

Por outro lado, a multa não pode ter a mesma base de cálculo do imposto territorial urbano (valor venal do imóvel — art. 33 do CTN).

Consoante salientado em v. acórdão estampado nos JTACSP, vol. 88, pág. 40 «Se para a cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para incidência dos impostos» (CF, art. 18, § 2º), com muito mais razão não se pode admitir a mesma base de cálculo para cobrança de simples penalidade de caráter administrativo».

De qualquer sorte, entretanto, o recurso não mereceria ser conhecido, porque ultrapassada a jurisprudência apontada a confronto, por decisão do Plenário do STF ao apreciar o RE 94.001, sendo relator o Ministro Moreira Alves, e cujo acórdão ficou assim ementado:

«Acréscimo de 200% ao imposto imobiliário sobre imóveis onde haja construções irregulares.

Acréscimo que configura sanção a ilícito administrativo.

O artigo 3º do CTN não admite que se tenha como tributo prestação pecuniária compulsória que constitua sanção de ato ilícito. O que implica dizer que não é permitido, em nosso sistema tributário, que se utilize de um tributo com a finalidade extrafiscal de se penalizar a ilicitude. Tributo não é multa, nem pode ser usado como se fosse.

Se o município quer agravar a punição de quem constrói irregularmente, cometendo ilícito administrativo, que crie ou agrave multas com essa finalidade. O que não pode — por ser contrário ao artigo 3º do CTN, e, conseqüentemente, por não se incluir no poder de tributar que a Constituição Federal lhe confere — é criar adicional de tributo para fazer as vezes de sanção pecuniária de ato ilícito.

Recurso extraordinário conhecido e provido, declarada a inconstitucionalidade da redação dada pela Lei nº 7.785, de 20 de setembro de 1972, ao inciso I do artigo 15 da Lei nº 6.989, já alterado pela Lei nº 7.572, de 29 de dezembro de 1970, todos do município de São Paulo.»

Realmente, não seria possível admitir-se que julgado indevido determinado tributo cobrado ao contribuinte, não fosse a ele restituído o que pagara a título de multa por não o haver recolhido.

Meu voto, assim, é conhecendo e provendo o recurso da autora e não conhecendo do recurso do réu.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.577 — SP — (Reg. nº 89.0012355-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Rectes.: Marina Villares da Silva Novaes e Municipalidade de São Paulo. Recdos.: Os mesmos. Advs.: Drs. Renato Dias Baptista Machado, outros e Sandra Regina Lobue.

Decisão: A Turma, por unanimidade, tomou conhecimento e deu provimento ao recurso da autora e não conheceu do recurso do réu. (Em 18-12-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.646 — RJ

(Registro nº 89.12529-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Sateplan Consórcios Ltda.*

Recorrida: *Maria de Jesus Gomes Ramos*

Advogados: *Drs. Jorge Antônio Culuchi e outros e Raul José de Barros e Prata*

**EMENTA:** Alienação fiduciária em garantia.

Lícita a utilização dessa garantia nas operações de consórcios, regularmente constituídos na forma da Lei 5.768/71, dependentes de autorização do Poder Público para funcionamento e sujeitos a sua fiscalização.

## 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 especial e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 27 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente, ajuizada por Sa-

teplan Consórcios Ltda., com fundamento no Decreto-Lei nº 911/69, contra Maria de Jesus Gomes Ramos, em razão de alegada inadimplência da Ré, no pagamento das prestações pertinentes à aquisição daquele mesmo bem, mediante plano de consórcio de que a requerente é administradora.

O Juízo de primeiro grau decidiu pela inaplicabilidade do Decreto-Lei nº 911/69 às pessoas jurídicas desvinculadas do sistema financeiro e julgou extinto o processo, condenando a autora nas custas.

Na apelação alega a autora que por força de lei, instrução normativa da SRF nº 031, de 21-8-72, derivada do Decreto nº 70.941, de 9-8-72, item 7.12, as empresas de consórcios são autorizadas a valer-se alternativamente das seguintes garantias: reserva de domínio, alienação fiduciária, títulos de créditos, fiança ou aval de pessoa física. Afirma que a jurisprudência do Egrégio Tribunal do Estado reiterou entendimento de que as administradoras de consórcios têm direito a demandar busca e apreensão.

A Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão unânime, negou provimento à apelação. Decidiu que «o mecanismo criado pelo Dec.-Lei nº 911/69, para garantir os financiamentos de bens de consumo, aliás de legalidade discutível, só se aplica às entidades financeiras onde, evidentemente, não se incluem os consórcios».

Recorre extraordinariamente a vencida, com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, e no art. 325 do RISTF. Aponta julgados do STF, arguindo relevância.

Com a instalação do STJ, restou prejudicada a relevância, convertendo-se ipso jure o extraordinário em especial, determinada por despacho do STF a devolução dos autos ao respectivo Tribunal de origem.

Admitido parcialmente o especial, pela alínea c do item III do art. 105 da Constituição Federal, abriram-se vistas às partes, manifestando-se apenas o recorrente.

É o relatório.

## VOTO

**EMENTA:** Alienação fiduciária em garantia.

Lícita a utilização dessa garantia nas operações de consórcios, regularmente constituídos na forma da Lei 5.768/71, dependentes de autorização do Poder Público para funcionamento e sujeitos a sua fiscalização.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Controverte-se, nos autos, sobre quem pode receber, em garantia, bens alienados fiduciariamente. O v. acórdão, confirmando a sentença, entendeu que apenas as instituições financeiras poderiam fazê-lo e como tal não se haveriam de considerar as administradoras dos chamados consórcios. Seguramente demonstrado que, assim decidindo, divergiu de julgados do Supremo Tribunal Federal, devendo o recurso ser conhecido.

Desde a Lei 4.728/65, que cuidou do instituto em exame em seu artigo 66, dificuldades têm surgido quanto a vários de seus aspectos. Inicialmente, viram-se juízes e advogados em dúvida sobre como fazer efetiva, judicialmente, a garantia. As perplexidades perduraram, até que se acudiu com o Decreto-Lei 911/69, que deu melhor tratamento à matéria e estabeleceu normas processuais específicas. Draconianas, é verdade, mas que, de qualquer sorte, aclararam o caminho a seguir nas demandas postas em Juízo.

Atualmente, pelo menos três questões persistem como tema de discussão. Uma delas, se bens consumíveis podem ser alienados fiduciariamente. Outra, se podem ser objeto da garantia bens que, antes de efetivar-se o mútuo, já integrassem o patrimônio do devedor. A terceira, aquela de que se cogita no recurso.

Não se encontra, na Lei 4.728/65 ou no Decreto-Lei 911/69, qualquer dispositivo que restrinja a utilização da alienação fiduciária em garantia a determinadas pessoas ou entes jurídicos. A circunstância de ter sido prevista em lei, que visou precipuamente a regular o mercado de capitais, não é de si decisiva, sabido que em seu texto encontram-se vários dispositivos que tratam de matérias a ele não pertinentes, ao menos diretamente. Em princípio, pareceria lícito afirmar que não se podem estabelecer as questionadas limitações, conclusão que se reforçaria com a leitura do disposto no artigo 29 da Lei 6.729/79. Regula esta a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, e o artigo citado estipula que às operações de compra de mercadorias pelo concessionário, para fins de comercialização, não se aplicam as disposições do mencionado artigo 66 da Lei 4.728. A necessidade de excepcionar serviria de argumento para afirmar que, não fosse a ressalva, aquelas operações poderiam fazer-se com adoção da alienação fiduciária em garantia.

Malgrado isso, tomam corpo as teses restritivas. Bem salientou o eminente Ministro Moreira Alves que a regulamentação processual trazida pelo Decreto-Lei 911/69, com a prevalência da posição do credor, na ação de busca e apreensão, não se compadece com sua utilização indiscriminada (RTJ 93/1274). Entretanto, também não há razão, *data venia*, para restringir-se excessivamente o quadro daqueles que dele poderão valer-se. Parece-me que pertinentes as colocações feitas no citado voto, admitindo que as administradoras dos consórcios, dedicados a operações de poupança popular, dependentes de autorização do Poder Público para funcionar e sujeitas ao controle desse, haverão de ser consideradas como instituições financeiras em sentido amplo e habilitadas a receber, em garantia, bens alienados fiduciariamente. Vale salientar que não há proibição explícita na lei ao amplo uso do instituto. Se assim é, não há razão para tê-lo como de emprego vedado quando não concorrem as razões que conduziram a cercar-lhe a utilização.

Conheço, pois, do recurso, tendo em vista o dissídio jurisprudencial, e dou-lhe provimento para que se prossiga no processo.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp 1.646 — RJ — (Reg. nº 89.12529-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte: Sateplan Consórcios Ltda. Recda: Maria de Jesus Gomes Ramos. Advs.: Drs. Jorge Antônio Culuchi e outros e Raul José de Barros e Prata.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 27-3-90 — Terceira Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Sr. Min. GUEIROS LEITE.



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.648 — RJ

(Registro nº 89.12539-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Erotildes Laranja Moreira*

Recorrido: *Manuel Alberto Pereira Dias*

Advogados: *Drs. Emilio Nina Ribeiro e outros e Pedro Gordilho e outros*

**EMENTA:** Concubinato. Sociedade de fato. Partilha de bens.

O concubinato, só por si, não gera direito a partilha. Necessário que exista patrimônio constituído pelo esforço comum. Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa contribuição para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante.

Entretanto, havendo o acórdão negado tivesse a autora colaborado, de qualquer forma, para o acréscimo patrimonial, não se pode reconhecer existente sociedade de fato.

## ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 27 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente, Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Erotildes Laranja Moreira ajuizou ação de dissolução de sociedade de fato contra Manuel Pereira Dias, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis — RJ, alegando convívio marital, *more uxorio*, durante oito anos, de 3-9-78 a 3-10-86, e abandono do lar comum em consequência de maus-tratos, injúrias e sevícias, inflingidos pelo então concubino. Anexando farta documentação, pretendeu a autora que, existindo sociedade de fato, fosse-lhe reconhecido o direito à meação do patrimônio, adquirido no período da união, a ser apurado em liquidação de sentença. Na contestação argüiu-se confusão dos conceitos de concubinato e sociedade de fato, apontando-se o primeiro como incapaz de gerar direitos. Afirmou-se não ter havido contribuição da autora para aumento do patrimônio do réu.

A decisão de primeiro grau entendeu provado o concubinato, mas não a sociedade de fato, «capaz de gerar direitos correspondentes à meação», julgando a ação improcedente, com a condenação em custas e honorários advocatícios, arbitrados em 20% do valor da causa.

Apreciando a apelação interposta, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro confirmou a sentença. Daí o recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, letras *a* e *c*, da Constituição (fls. 641/670 — vol. 2), impugnado (fls. 672/674) e admitido, parcialmente, pela letra *c* do artigo e inciso invocados (fls. 676/678).

A ilustre Desembargadora 3ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro embasou sua decisão na assertiva de não se prestar o recurso especial ao reexame de questões de fato (Súmula 279 do STF), mas considerou que logrou a recorrente demonstrar o dissídio pela menção de acórdãos de outros Tribunais, determinando partilha de bens, desde que demonstrada a relação *more uxorio*, face à prestação de trabalhos domésticos.

É o relatório.

## VOTO

**EMENTA:** Concubinato. Sociedade de fato. Partilha de bens.

O concubinato, só por si, não gera direito a partilha. Necessário que exista patrimônio constituído pelo esforço comum. Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa contribuição para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante.

Entretanto, havendo o acórdão negado tivesse a autora colaborado, de qualquer forma, para o acréscimo patrimonial, não se pode reconhecer existente sociedade de fato.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Tenho sustentado, desde quando Juiz de Direito e Desembargador no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que, para se reconhecer a existência de sociedade de fato entre concubinos, não é indispensável que ambos hajam contribuído diretamente para a formação do patrimônio. Assim, não se exigirá que exerçam os dois atividade remunerada e com o produto desta colaborem para a aquisição dos bens. Já salientei em outra oportunidade que

«...na sociedade brasileira mais tradicional é comum divisão do trabalho em que a mulher se encarrega dos afazeres domésticos enquanto o marido dedica-se ao trabalho remunerado. O cuidado da casa, a educação dos filhos são tarefas de relevo e, não se encarregasse delas a mulher, não teria o homem, provavelmente, condições de formar patrimônio. Não se me afigura correto admitir-se que, após anos de convivência, durante os quais os encargos dividiram-se do modo ainda mais comum entre nós, possa o homem simplesmente despedir a mulher, ficando com todos os bens, uma vez que só ele exercia atividade remunerada. A ela só restaria a miséria, posto que, não sendo casada, não teria como pleitear alimentos».

Moura Bittencourt, apreciando a Súmula 380, salienta que não se pode pretender, para admitir a partilha, a prova cabal de existência de uma sociedade de fato, com todos seus requisitos. A referência a esta sociedade entre concubinos tem um sentido especial.

«De outro modo, não teria propósito o preceito pretoriano, pois «comprovada a existência de sociedade de fato», é lógico o cabimento de «sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum» (cf. art. 673 do Código de Processo Civil de 1939, mantido nesse ponto pelo art. 1.218, n.º VII, do de 1973), sejam quais forem os integrantes dessa sociedade de fato. Salvo se forem marido e mulher, pois nesse caso estão sujeitos a um regime especial à parte, de maiores garantias para a esposa» («Concubinato» — Liv. Ed. Univers. de Direito — 2.ª ed. — 1980 — págs. 98/99).

Por outro lado, não me parece suficiente a existência apenas da vida em comum para justificar a partilha dos bens adquiridos naquele período. Necessário se apure que, de algum modo, ainda que indiretamente, haja a mulher colaborado para a formação ou crescimento do patrimônio.

Tratando-se de recurso especial, a base fática para a decisão há de buscar-se naquilo que as instâncias ordinárias consideraram provado. Ora, no caso em exame, o acórdão recorrido não reconheceu qualquer contribuição por parte da autora. Decidir de modo diferente exigiria reavaliação da prova, o que não é possível fazer nesta via excepcional.

Não houve dissídio com o que se contém na Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Refere-se esta a «patrimônio adquirido com o esforço comum». E o acórdão negou houvesse patrimônio adquirido deste modo.

Dos arestos arrolados no recurso afasta-se, de logo, o citado a fls. 644/5, posto que originário do mesmo Tribunal que prolatou a decisão recorrida. Não satisfaz a exigência da letra c do item III do artigo 105 da Constituição.

O acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo — Apelação Cível 275.219 — não se presta a demonstrar o dissídio. Deixou-se ali afirmado que o direito a partilha derivava não do concubinato, mas da sociedade de fato, e se teve como demonstrado que esta existia, cooperando a autora para a aquisição do patrimônio. Esta circunstância de fato é que, exatamente, não se teve como provada na hipótese em julgamento.

Assim também o julgado citado às fls. 649/654. Fundou-se em que a mulher contribuíra para a formação do patrimônio, com o trabalho doméstico e colaborando na administração de uma fazenda.

O acórdão transcrito à fls. 654/657 deixou afirmado que a mulher contribuíra de forma decisiva para a formação do patrimônio, ainda que cooperando apenas com a lida doméstica, elemento que o distingue do caso em exame. A decisão recorrida não reconheceu qualquer contribuição por parte da autora.

No que diz com a letra a da previsão constitucional, limitou-se a recorrente a mencionar, de passagem, o artigo 1.365 do Código Civil. E não houve qualquer violação a esse dispositivo. A questão, repita-se, situa-se no plano dos fatos: não se teve como provada a sociedade.

Não conheço do recurso.

## VOTO

OXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, em inúmeros julgados que tive a oportunidade de proferir no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sempre fiz uma distinção: temos em nosso País uma sociedade heterogênea, composta por camadas que se situam desde a mais absoluta falta de recursos até as mais abastadas. Nesse sentido é que sempre distingui o concubinato *more uxorio* como forma de contribuição para formação do patrimônio comum àqueles casais de renda baixíssima, onde, sem dúvida alguma, a simples participação da mulher nas lides domésticas, e mesmo na ajuda que, eventualmente, preste ao seu concubino, até na acessão que faz a um pequeno terreno para construção do seu lugar de moradia, um casebre, uma casa modesta, para admitir, aí sim, a existência da sociedade de fato; a circunstância de compartilhar suprindo as necessidades do lar, propiciando a formação de economia, nas poucas rendas, com as lavagens de roupas, com pequenos serviços domésticos prestados a terceiros que, num casal de baixa renda, pode ser levado em conta para formação de uma sociedade de fato. Este, todavia, não é o caso.

A prova dos autos, pelo-memorial que recebi e tive o cuidado de ler, como faço, de resto, com todos os que me chegam às mãos, é a mais ampla no sentido de ser o recorrido homem abastado e de que sua concubina com ele conviveu, deixando claro no seu próprio depoimento ter usufruído de vida faustosa, participando de viagens ao exterior, enfim, vivendo como se marido e mulher fossem, mas, ainda é de seu depoimento, que em nada contribuíra para a formação das empresas comerciais de que titular o varão.

O eminente Relator examinou esse aspecto, fundamental, para o julgamento, e também o da inexistência de prequestionamento da matéria.

De igual, também resultara indemonstrada a divergência jurisprudencial, com que pretendeu arrimar, a recorrente, seu pedido do Especial. Com essas poucas considerações, Sr. Presidente, apenas para definir o ponto de vista que mantenho, é que acompanho o eminente Ministro Relator, quanto ao mais.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, essa é uma matéria de fato que se exaure no duplo grau da jurisdição ordinária. Não conheço nenhum sistema no mundo onde haja uma terceira instância para o exame de matéria de fato, seja naqueles países onde há o recurso de cassação, ou naqueles onde existe, especificamente, o recurso extraordinário.

De modo que não tenho nenhuma dúvida em acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, porquanto evidenciado que a matéria dependeria do reexame de prova e, por isso, o recurso não pode ser conhecido.

#### VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Também acompanho, porque em recente decisão da Turma, em caso de que fui Relator, salientei que não poderíamos, aqui no Tribunal, reexaminar a prova em grau de recurso especial, para dizer se ocorre o concubinato *more uxorio* e se o mesmo se traduzia, ao correr do tempo, em sociedade de fato entre concubinos. O recurso especial deve ser reexaminado à luz da súmula referida, para saber se dela diverge, para desautorizar os benefícios que outorga aos casais irregulares.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.648 — RJ — (Reg. nº 89.12539-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Erotildes Laranja Moreira. Recdo.: Manoel Alberto Pereira Dias. Advs.: Drs. Emilio Nina Ribeiro e outros e Pedro Gordilho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Sustentaram oralmente os Drs. Emílio Nina Ribeiro, pela Recorrente; Pedro Gordilho, pelo Recorrido, e Néelson Parucker, Subprocurador-Geral da República (3ª Turma — 27-3-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Gueiros Leite e Nilson Naves. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE.



**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL**  
**Nº 1.649 — PA**  
(Registro nº 89.12540-0)

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

Agravante: *Eduardo José Salame*

Agravado: *R. Despacho de fl. 113*

Advogados: *Drs. Carlos dos Santos Sousa e outros e Paulo Torres Guimarães*

**EMENTA:** Recurso especial. Descabimento.

Interposto o apelo excepcional na vigência da ordem constitucional precedente, uma vez não oferecida a arguição de relevância, tornaram-se preclusas as questões concernentes ao tema infraconstitucional.

Cuidando-se de decisão não final, ainda recorrível perante o Tribunal a quo, inadmissível é o recurso especial.

Agravo regimental a que se nega provimento.

**ACÓRDÃO**

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: É deste teor o despacho agravado:

«Vistos.

O Tribunal de Justiça do Pará, reformando a decisão de 1ª Instância, deu provimento ao apelo do locatário para julgar improcedente a ação de despejo (retomada para uso de descendente). Opostos pelo autor vencido embargos de declaração, foram eles rejeitadas contra o voto do Relator. Manifestou, então, o locador, recurso extraordinário, com fulcro no art. 119, n.º III, alíneas a e d, da precedente Carta Magna, alegando afronta ao art. 39 da Lei n.º 6.649/79 e dissídio jurisprudencial com julgados que aponta, bem como com a Súmula 409 do STF. O despacho de fls. 91/92 determinou o processamento do recurso.

Duas circunstâncias tornam inviável no caso o apelo excepcional:

Primeiro, quando do julgamento dos embargos declaratórios, o Relator sorteado modificou o seu voto anteriormente proferido, passando destarte a negar provimento à apelação do locatário (fls. 80/82). Logo, cabendo daí o recurso de embargos infringentes, não se tratava à evidência de decisão final. Incide, pois, na espécie, a Súmula 281 do Excelso Pretório.

Ao depois, o apelo extremo foi interposto a 5 de outubro de 1987, na vigência da ordem constitucional precedente. Como tem decidido esta Casa, o não oferecimento da arguição de relevância permite reconhecer a preclusão das questões concernentes ao tema infraconstitucional.

Pelo exposto, com fundamento no art. 34, parágrafo único, do RISTJ, nego seguimento ao recurso» (fl. 113).

Ainda irresignado, interpôs o locador o presente agravo regimental, aduzindo que não cabia trancar-se o recurso especial por simples despacho. Acentuou que argüiu a negativa de vigência de lei federal, enquanto que, de outro lado, comprovou fartamente o dissídio pretoriano. Contraditou, a final, a aplicação da Súmula 281 do STF, não só por cuidar ela do recurso extraordinário, mas também porque os embargos de declaração não são suscetíveis de modificar a decisão embargada.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O RISTJ atribui ao relator do feito a faculdade de negar seguimento a recurso manifestamente incabível (art. 34, parágrafo único).

O apelo extremo foi manifestado em 5 de outubro de 1987, na vigência, portanto, da ordem constitucional precedente. Esta Corte reiteradamente tem entendido, com supedâneo em decisões do Excelso Pretório, que, não oferecida a arguição de relevância, se tornam preclusas as questões concernentes ao tema infraconstitucional. É o caso dos autos, sendo certo que o ora agravante não colige qualquer fundamento que se possa contrapor ao despacho agravado nesse particular.

De outro lado, conforme já explicitado, a 2ª Câmara Isolada do Tribunal de Justiça do Pará deu provimento ao apelo do locatário, para julgar improcedente a ação de despejo (fls. 69/70). Ocorre, entretanto, que, opostos embargos de declaração pelo locador, tais embargos foram rejeitados pela Turma Julgadora, contra o voto do Relator sorteado, Desembargador Raymundo Hélio de Paiva Mello, que os recebia e, conseqüentemente, negava provimento à apelação que fora interposta pelo locatário (fl. 80). Logo, cuida-se aí de decisão não final, ainda récorrível perante o Tribunal a quo, donde o manifesto descabimento do recurso especial. Participando este da mesma natureza do recurso extraordinário, pertinente afigura-se a invocação da Súmula 281 do STF.

Nego, ante o exposto, provimento ao agravo regimental.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

AgRg no REsp nº 1.649 — PA — (Reg. nº 89.12540-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Agravante: Eduardo José Salame. Agravado: R. Despacho de fl. 113. Advogados: Drs. Carlos dos Santos Sousa e outros, Paulo Torres Guimarães.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental. (Em 3-4-90 — 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o relator. Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.686 — PB

(Registro nº 89.12644-0)

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

Recorrentes: *José Waldomiro Ribeiro Coutinho e outros*

Recorrido: *Sebastião Justino da Silva Ribeiro Coutinho*

Advogados: *Drs. Paulo Américo Maia e outro e Valério Costa Bronzeado e outro*

**EMENTA:** Ato jurídico. Nulidade. Partilha com exclusão de herdeiro.

Não contraria o art. 153 do Código Civil a declaração de nulidade de partilha, feita com exclusão de herdeiro legitimamente reconhecido.

Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

Recurso não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

Decidê a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Transcrevo, à guisa de exposição, a decisão do Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba:

«Vistos.

Trata-se de recurso especial, a teor do art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Carta Política Nacional, interposto de decisão do Egrégio Tribunal Pleno, nos autos dos Embargos Infringentes na Apelação nº 84.101/423, da comarca da Capital, em que figuram, como embargantes, José Valdomiro Ribeiro Coutinho, sua mulher e outros, e, como embargados Sebastião Justino da Silva e sua mulher, e que foram rejeitados, por maioria de votos.

Eis a decisão recorrida, em sua ementa:

«Embargos infringentes. Recurso interposto visando sobrelevar voto vencido que dava provimento parcial à apelação, para, no fazimento de nova partilha, excluir a meação da viúva. Rejeição dos embargos. Voto vencido».

Houve embargos de declaração, que foram rejeitados, por votação unânime.

Os recorrentes sustentam que a decisão impugnada ao confirmar o aresto proferido pela 2ª Câmara Cível (fls. 292/298), rejei-

tando os fundamentos do voto vencido do Des. Luiz Pereira Diniz (fls. 299/300), que se insurgia ao entendimento da maioria, na parte em que incluía na anulação da partilha a meação do cônjuge supérstite e, assim também, na parte em que os réus foram condenados em custas e honorários de advogado — teria afrontado os arts. 153 do Código Civil e 21 do Código de Processo Civil.

Justificando o seu entendimento de que houve infringência à norma do art. 153, do Código Civil, alegam os recorrentes que a meação de um cônjuge, numa partilha realizada em processo de inventário, é perfeitamente separável, desde que o direito do herdeiro reconhecido não se dirige contra a mencionada meação, mas tão-somente às partes dos herdeiros sucessíveis.

Trazem à colação abundante e harmoniosa jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, confirmativa de que a parte válida de um ato jurídico não pode ser lesada, ou comprometida, pela parte inválida, nula ou anulada, e, igualmente, com respaldo naquela forte fonte do Direito, aduzem argumento em defesa do quinhão do cônjuge sobrevivente, alheio ao direito do filho reconhecido do cônjuge falecido.

Igualmente, apóiam-se em elementos jurisprudenciais para se insurgirem ao pagamento de honorários e custas, apontando decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sentido oposto ao decidido pelo acórdão recorrido, na aplicação do art. 21, do CPC.

A impugnação dos recorridos traz à discussão decisões — que não transcrevem — do Supremo Tribunal Federal, publicadas, segundo afirmam, na RTJ 108/217, 81/800 e 114/246, e RT 541/298, 543/211.

A invocação a esses supostos precedentes jurisprudenciais é feita em reforço ao argumento de que descabe o Recurso Especial, em face da Súmula 286, do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

«Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida».

As decisões mencionadas pelos recorridos não têm similitude com a matéria objeto do recurso e, por isso mesmo, não vieram a lume.

A divergência há de ser material, ou seja, tem de referir-se ao mesmo suporte fático, o que não ocorre com as decisões mencionadas pela impugnação. Basta confrontá-las!...

Ademais, tenho para mim que não se há de falar, na espécie, em aplicação da Súmula 286, quando, a partir do advento da Constituição Federal nova, e, mais precisamente, a partir de 17 de abril

do corrente ano, o julgamento do recurso compete ao Superior Tribunal de Justiça.

Para inviabilizar o recurso, seria necessário que se afirmasse que a orientação que se consagrou no acórdão recorrido é a mesma do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

E nesse ponto, vale advertir que esse Superior Tribunal já vem pondo sub censura alguns enunciados da Súmula, como dão conta as publicações oficiais.

Tenho, por isso, como configurado o dissídio jurisprudencial.

Admito o recurso, não só pela alínea *c*, mas também pela alínea *a* do permissivo constitucional, determinando o seu processamento, observando-se as ulteriores formalidades de lei. Publique-se». (Fls. 387/390).

Processado regularmente o recurso com as razões das partes, nesta instância recursal extraordinária manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

#### VOTO

**EMENTA:** Ato jurídico. Nulidade. Partilha com exclusão de herdeiro.

Não contraria o art. 153 do Código Civil a declaração de nulidade de partilha, feita com exclusão de herdeiro legitimamente reconhecido.

Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

Recurso não conhecido.

*O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos (Relator):* No julgamento da No julgamento da apelação, decidiu a Segunda Câmara Cível do TJ da Paraíba na conformidade da seguinte ementa:

«*Ementa:* Ação de nulidade absoluta de partilha, cumulada com anulação de venda de bens do espólio. Procedência. Apelação.

A declaração judicial da paternidade retroage à data da abertura da sucessão, desde que esta se tenha verificado na vigência da Lei nº 883, de 1949. Não pode subsistir a partilha feita após a propositura da ação em fraude aos direitos do filho reconhecido. O art. 1.803 do CC só será de aplicar-se se a ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, for proposta após a homologação da partilha.

É nula a partilha feita com exclusão de herdeiro legitimamente reconhecido.

Declarada a nulidade, todos os bens do espólio devem voltar ao *statu quo ante*, inclusive os alienados, desde que nulificadas sejam as transações.

Recurso não provido e manutenção da sentença pelos seus fundamentos». (Fl. 292).

Votou vencido o Des. Luiz Pereira Diniz a sustentar que, de acordo com o art. 153 do Código Civil, a meação da viúva poderia ser separada, visto ser válida e não sofrer as conseqüências da disputa do filho no inventariado, excluído do processo sucessório, matéria até então não versada.

Mantido em embargos infringentes foi o acórdão, sendo de destacar o seguinte trecho do voto do relator:

«Ninguém ignorava o que estava a pretender o ora embargado varão. Também ninguém tivera a iniciativa de promover a reserva de bens, como expresso no art. 1.001, segunda parte do Código de Processo Civil, a fim de evitar a possibilidade de prejuízo acaso viesse, como veio, a ser julgada procedente a investigatória. Destarte, somente os quatro filhos legítimos, conjuntamente com a sua genitora, arrimados no art. 1.773 do Código Civil e na conformidade do art. 1.029 do CPC, acordaram em fazer partilha amigável e por termo nos autos, devidamente homologada por sentença. Marginalizou-se o ora embargado. Preteriu-se um herdeiro que, não obstante filho natural, tem o mesmo direito à herança e em igualdade de condições aos que forem legítimos (art. 2º da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, na redação dada pelo art. 51 da Lei do Divórcio nº 6.515, de 26-12-1977)». (Fl. 356).

E, adiante:

«Não prosperam os embargos infringentes. A partilha amigável, declarada nula com base «nas decisões de Tribunais do País e nos ensinamentos da doutrina», como se houve e qualquer um percebe, não tem condições de sobrevivência, mesmo em parte. A meeira beneficiou-se com bastante mais do que lhe cabia e os herdeiros filhos legítimos ficaram com bem menos do que o direito lhes dava. Concordam nisso por dois motivos fundamentais: a) porque, filhos legítimos da viúva meeira, em algum tempo teriam todos os seus direitos de volta; b) porque, assim, porventura intocável a meação do cônjuge supérstite, a herança do filho natural resultaria emagrecida. Sairia não da metade da massa hereditária, mas tão apenas da parte com que, amigavelmente, se contentaram os embargantes. Convenha-se que, sob qualquer aspecto, não há a mais mínima justiça na pretensão — *data venia* — dos recorrentes.» (Fl. 357).

Diante de tais considerações, é fácil concluir-se pela ausência de qualquer infringência à norma substantiva invocada.

Quanto ao dissídio, observou o Ministério Público Federal cuidar-se neste caso, de partilha amigável, e, nos acórdãos apontados como paradigmas, de partilhas judiciais.

Finalmente, sobre o questionado art. 21, do CPC, salienta a Subprocuradoria: «... é de se notar que o v. acórdão recorrido negou provimento aos embargos infringentes, pelo que confirmada ficou a procedência da ação.»

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.686 — PB — (Reg. nº 89.12644-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrentes: José Waldomiro Ribeiro Coutinho e outros. Recorrido: Sebastião Justino da Silva Ribeiro Coutinho. Advogados: Paulo Américo Maia e outro e Valério Costa Bronzeado e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 20-2-90 — 3ª Turma).

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

---

#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.689 — GO

(Registro nº 89.12647-4)

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

Recorrente: *José Baldo*

Recorrido: *Aloana Alves Pereira*

Advogados: *Drs. Longino José C. Fernandes e outro, José de Oliveira e outro*

**EMENTA:** Recurso Especial. Questões de fato. Prova.

Sujeitas ao reexame de provas as questões de contemporaneidade do convívio sexual da mãe da autora e do réu, com a sua concepção, bem assim da *exceptum plurium concumbentium*, não se conhece do recurso especial.

#### ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O assunto está exposto no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, no seguinte trecho:

«Aloana Alves Pereira, menor impúbere, nascida em 26 de agosto de 1983, representada por sua mãe, Terezinha Darcimar Alves Pereira, intentou *demand*a de investigação de paternidade cumulada com *demand*a de alimentos contra José Baldo, casado, médico.

2. Alegou a autora que foi concebida em decorrência de relações sexuais praticadas por sua mãe Terezinha Darcimar Alves Pereira, e seu pai, José Baldo, durante quatro (4) meses seguidos, a partir de julho de 1982.

3. Pediu a condenação do réu à prestação de alimentos, vencidos e vincendos, e ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa (fls. 2 a 5).

4. Processada regularmente, julgou-se improcedente a demanda sobre o fundamento de «fragilidade da prova testemunhal» e da «inexistência de qualquer outra forma convincente, quanto à coincidência das relações sexuais da mãe com o réu e a concepção da suplicante, bem como a exclusividade dessas relações e a aparente fidelidade da mãe com o suposto pai na data da concepção» (fls. 60 a 65).

5. Apelou a autora e deu-se provimento à sua apelação para reformar a sentença recorrida e julgar procedente o pedido de reconhecimento, declarando a menor Aloana Alves Pereira filha de José Baldo e condenando o réu no pagamento de alimentos à autora, a partir do trânsito em julgado do acórdão, no valor correspondente a meio (1/2) Piso Nacional de Salário.

6. Fundou-se no acórdão em que a autora foi concebida no mês de novembro de 1982, provavelmente na segunda quinzena, coincidindo a concepção com a época que sua mãe estava mantendo relacionamento sexual com o investigado; em que não restou provada a *exceptum plurium concumbentium* argüida pelo réu; em que «os indícios e presunções desaguam numa única fonte, a da verdade que indica o recorrido pai da autora» (fls. 155 a 165).

7. Ficou resumida nesta ementa o acórdão:

«Investigação de paternidade. Não provada a *exceptium plurium concumbentium* e, por outro lado, emergindo do complexo probatório indícios e presunções veementes da alegada paternidade, julga-se procedente o pedido de reconhecimento». (Fl. 165).

8. Interpôs o réu *recurso especial*, para o Superior Tribunal de Justiça, com amparo no art. 105, item III, letras a e c, da Constituição Federal de 1988, sobre o fundamento de que o acórdão recorrido:

a) *negara* vigência ao art. 363, item II, do Código Civil, que diz que os filhos ilegítimos têm ação contra os pais para demandar o reconhecimento da filiação se a concepção do filho coincidiu com as relações sexuais mantidas entre a mãe e o suposto pai;

b) *contrariara* o acórdão do Supremo Tribunal Federal que diz que não é possível inferir a paternidade se a mãe era prostituta ao tempo da concepção» (fls. 195/197).

Conclui a peça em referência pela sugestão do não conhecimento do recurso especial.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Recurso especial. Questões de fato. Prova.

Sujeitas ao reexame de provas as questões da contemporaneidade do convívio sexual da mãe da autora e do réu, com a sua concepção, bem assim da *exceptium plurium concumbentium*, não se conhece do recurso especial.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Consta da ementa do acórdão recorrido:

«Investigação de paternidade. Não provada a *exceptium plurium concumbentium* e, por outro lado, emergindo do complexo probatório indícios e presunções veementes da alegada paternidade, julga-se procedente o pedido de reconhecimento» (fl. 165).

Do voto do relator, destaco:

«...acontece que a narrativa da mãe da autora-recorrente harmoniza-se com o contexto probante dos autos. À unanimidade, as testemunhas ouvidas dão notícia do relacionamento amoroso do casal, sendo visto o requerido, constantemente, sair com Terezinha Darcimar, pegando-a nas proximidades de sua casa e, em seu carro (do recorrido), para as suas aventuras.

Até mesmo as testemunhas arroladas pelo recorrido não negam isto.

Verifico também que a *exceptium plurium concumbentium* argüida pelo réu-recorrido não restou comprovada. Ao contrário, nenhuma testemunha afirma haver a mãe da apelante diversificado nos seus relacionamentos carnavais durante o período em que esteve envolvida com o investigado.

A conclusão admissível não pode ser outra senão a de que Tezinha Darcimar não era mulher de vários homens, de modo a trazer incerteza quanto à paternidade da investigante» (fl. 161).

Pretende o recorrente que o acórdão tenha violado o art. 363, inc. II, do CC, e ainda divirja de outro a versar sobre a mãe prostituta.

Ora, a violação somente seria possível se o acórdão tivesse reconhecido não terem coincidido a concepção e as relações sexuais da mãe com o suposto pai. Tal não se deu, e o fato, evidentemente, somente poderia ser apreciado se a prova fosse reexaminada. O mesmo raciocínio deve ser feito quanto à alegação de que a mãe seria prostituta.

Pelos motivos expostos, nos termos do parecer da Subprocuradoria, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.689 — GO — (Reg. nº 89.12647-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: José Baldo. Recdo.: Aloana Alves Pereira. Advs.: Longino José C. Fernandes e outros, José de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.726 — SP

(Registro nº 89.0012783-7)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de S. Paulo*

Recorrido: *Celso Cavalcanti*

Advogados: *Drs. Guido Santini Júnior e outros*

EMENTA: Processo Penal. Arquivamento de inquérito. Recurso de ofício.

Inquérito arquivado a requerimento do Ministério Público. Irrecorribilidade da decisão. A submissão ao duplo grau

obrigatório, visto situar-se a espécie na esfera de influência do art. 7º da Lei nº 1.521/51, não autoriza admitir contra a decisão do Tribunal recurso voluntário que a decisão objeto de integração não comportava. Recurso não conhecido.

### 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, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim sumariada no r. despacho de fl. 81:

«O representante do Ministério Público postulou, perante o Juízo de Primeira Instância, o arquivamento de inquérito policial em que figurava como indiciado Celso Cavalcante.

Determinado o arquivamento, recorreu o MM. Juiz de Direito ex officio, tendo a E. Décima Primeira Câmara deste Tribunal, por votação unânime, negado provimento ao recurso.

Com apoio no art. 105, III, letra a, da Constituição da República, a douta Procuradoria-Geral de Justiça interpõe recurso especial. Alega, em síntese, que o ven. acórdão atacado, ao afirmar que para a configuração do delito descrito no art. 279 do Código Penal é necessária a prova de que a substância se tornou nociva à saúde, negou vigência ao referido dispositivo legal.

A defesa apresentou a impugnação de fls. 72/77».

Admitido e processado o recurso, subiram os autos. Nesta instância, oficiou o Ministério Público Federal, opinando pelo conhecimento e provimento, com a conseqüente baixa dos autos em Juízo de primeiro grau, para que sejam remetidos ao Procurador-Geral de Justiça.

É o relatório, Sr. Presidente.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Como ressuma do relatório, o inquérito policial foi arquivado a requerimento do Ministério Público, sendo os autos alçados ao Tribunal por força de recurso de ofício.

Com efeito, o pedido de arquivamento, em nosso sistema, não se sujeita propriamente ao controle judiciário, atuando o juiz apenas como fiscal da aplicação do princípio da obrigatoriedade mitigada da acusação, como ensina Frederico Marques, esgotando-se essa atuação na aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal, isto é, ou o juiz acata o pedido de arquivamento, ou, em caso de recusa, remete os autos ao Procurador-Geral, ficando obrigado, no entanto, a determinar o arquivamento, se este insistir no pedido.

E, como assente na doutrina e na jurisprudência, é irrecorrível a decisão que determina o arquivamento de inquérito policial, submetendo-se, em caráter de exceção, ao duplo grau obrigatório, nos casos que se situam na esfera de influência do art. 7º da Lei nº 1.521/51.

Penso, porém, que a submissão ao duplo grau obrigatório não autoriza admitir contra a decisão do Tribunal recurso voluntário que a decisão objeto de integração não comportava, sem quebra do sistema do Código de Processo Penal.

Assim sendo, Sr. Presidente, voto, preliminarmente, no sentido de que não se conheça do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.726 — SP — (Reg. 89.0012783-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Celso Cavalcanti. Adv.: Dr. Guido Santini Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 10-4-90).

Votaram os Srs. Ministros Dias Trindade, William Patterson e Carlos Thibau. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.728 — SP

(Registro nº 89.12785-3)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *José Pedro de Oliveira*

Advogado: *Dr. Orlando Calvielli*

**EMENTA:** Penal. Roubo. Consumação e tentativa.

Tem-se por consumado o delito de roubo quando é a coisa retirada com violência da posse e vigilância da vítima, ainda quando o agente tenha sido preso instantes depois com o produto do crime.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Especial, nos termos e condições 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, 13 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O Ministério Público recorre de acórdão da Sexta Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que, ao julgar apelação interposta por José Pedro de Oliveira, reduziu a pena que lhe fora imposta pelo Juiz da 22ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, pela prática do delito do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ao desclassificar o delito para a forma tentada de roubo simples.

O recurso se funda no art. 105, III, c, da Constituição, tendo em vista divergência jurisprudencial sobre a interpretação do art. 14, II, em face do art. 157, § 2º, I, todos do Código Penal.

Admitido e processado o recurso especial, subiram os autos a este Tribunal, neles opinando o Ministério Público pelo provimento, para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É como relato.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O recurso ataca tão-somente a questão relativa ao reconhecimento da tentativa de roubo, em lugar de sua consumação, silenciando quanto à desqualificação do delito, feita pelo venerando acórdão recorrido, que no particular transitou em julgado.

Estamos, portanto, diante de roubo simples, da previsão do art. 157, restando examinar apenas se o delito foi consumado ou, simplesmente, tentado, como está no acórdão.

Verifica-se iniludivelmente o dissídio jurisprudencial, porquanto à orientação indicada no acórdão se contrapõem os acórdãos trazidos a confronto, segundo a mais recente apreciação do colendo Supremo Tribunal Federal.

A prisão do recorrido ocorreu quando o mesmo, dirigindo veículo que fora por ele roubado bastante tempo antes, quase provocou acidente com uma viatura policial, em local distante daquele em que verificado o roubo, como reconhecido pela Corte revisora, o que indica que o agente se achava na posse da coisa roubada, dela dispondo, fora da vigilância da vítima.

Em hipóteses semelhantes, os acórdãos divergentes esposando a melhor doutrina têm como consumado o delito de roubo, valendo aqui transcrever, dos inúmeros citados, ante a expressividade de sua ementa, o proferido no RECr 108.049-3-SP, Relator o Sr. Min. Francisco Rezek:

«Roubo. Consumação e tentativa.

Entende-se consumado o roubo se o agente, havendo arrebatado a coisa, logrou retirá-la da esfera de vigilante observação da vítima, ainda que por breve tempo».

No caso examinado houve a completa violação da norma, não se havendo de como dizer apenas iniciada a execução do delito, que se teria deixado de consumir pela prisão do agente quando cometia infração de trânsito, horas depois do roubo do carro da vítima, em local distante onde acontecera o evento.

Isto posto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para cassar o acórdão, na parte impugnada, de modo a aplicar ao recorrido a pena de quatro anos de reclusão e dez dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo da data do fato.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.728 — SP — (Reg. nº 89.12785-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: José Pedro de Oliveira. Adv.: Dr. Orlando Calvielli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial, nos termos e condições do voto do Sr. Ministro Relator (Em 13-2-90 — Sexta Turma).

Os Srs. Mins. William Patterson, José Cândido, Carlos Thibau e Costa Leite votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WILLIAM PATTERSON.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.731 — SP

(Registro nº 89.012788-8)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Ivan Francisco da Silva

Advogados: Francisco de Assis Tripiano e outro

**EMENTA:** Recurso Especial. Ação penal nas contravenções. Iniciativa.

1. A iniciativa da ação penal contravencional, sem exclusivismos, tanto podia ser feita através de denúncia pelo órgão do Ministério Público, quanto por auto de prisão em flagrante e portaria expedida pelo Juiz ou a autoridade policial.

2. Recurso provido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso 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, 5 de março de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento nas alíneas a e c, item III, do art. 105 da Constituição Federal (fls. 152/162), por não se conformar com o v. acórdão de fls. 147/150, pelo qual a Décima Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, *ex officio*, anulou o processo criminal *ab initio*, decretando, por consequência, a prescrição, ao argumento de que o Ministério Público é parte ilegítima para, através de denúncia, dar início à ação penal nas contravenções.

O recorrente, além de colacionar jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, justifica sua irrisignação da seguinte forma:

«3. Como se vê, a Lei Complementar nº 40, de 1981, ao fixar no art. 3º, II, que é função institucional do Ministério Público a promoção da ação penal pública, não faz qualquer distinção, de forma que se aplica tanto aos crimes de ação penal pública como às contravenções, que são de ação penal pública (LCP, art. 17).

Se a ação penal contravencional é também pública, dúvida não há, repita-se, que o art. 3º, II, da Lei Complementar nº 40, de 1981, deu expressamente, ao Ministério Público, legitimidade para desencadear a ação penal contravencional.

E, diga-se de passagem que, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, que previu, como função institucional privati-

va do Ministério Público, a promoção da ação penal pública (CF, art. 129, I), o processo por contravenção, seja descrito na LCP ou em outra lei especial, só pode ter início mediante denúncia do Ministério Público e não mais por auto de prisão em flagrante ou portaria do Juiz ou da autoridade policial.

4. Afirmando o v. acórdão recorrido não ter o Ministério Público legitimidade para iniciar a ação penal contravencional, que é pública, negou vigência ao art. 3º, II, da Lei Complementar nº 40, de 1981» (ut fls. 172/173).

O Ministério Público Federal, às fls. 184/187, acolhendo os respeitáveis fundamentos do recorrente, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Recurso Especial. Ação penal nas contravenções. Iniciativa.

1. A iniciativa da ação penal contravencional, sem exclusivismos, tanto podia ser feita através de denúncia pelo órgão do Ministério Público, quanto por auto de prisão em flagrante e portaria expedida pelo Juiz ou a autoridade policial.

2. Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): Proferindo voto no CC nº 250-SP, na 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, tive oportunidade de sustentar que não se podia recusar ao Ministério Público legitimidade, também, para propor a ação penal contravencional. Quer dizer, nas contravenções a ação podia ter início mediante auto de prisão em flagrante, portaria ou denúncia. Farei juntar cópia do aludido voto.

O tema foi exaustiva e brilhantemente estudado pelo nosso ilustre colega, Ministro Assis Toledo, quando S. Exa. era Subprocurador-Geral da República.

Oferecendo parecer no RE nº 109.795-PR em que foi levantada a mesma questão versada neste recurso especial, escreveu o professor Assis Toledo:

«Não encontramos, contrariamente ao que sustenta o signatário do recurso, qualquer divergência com a Súmula 601, nem manifesta nem velada, e menos ainda com o acórdão proferido no RE 99.326 — PR da lavra do Ministro Alfredo Buzaid. Tanto naquela como neste a *quaestio iuris* enfrentada era nitidamente diferente da versada nestes autos: lá foram interpretados os arts. 3º, II, e 55, da Lei Complementar nº 40/81, chegando-se à conclusão de que tais preceitos «não revogaram a legislação anterior que atribui a iniciativa para a ação penal pública, no processo sumário, ao juiz ou à au-

toridade policial, mediante Portaria ou Auto de Prisão em Flagrante», que, após aceitar como incontestável o enunciado da Súmula, inferiu o Tribunal que desse enunciado não se pode extrair o princípio da exclusividade da Portaria ou do Auto de Prisão em Flagrante para o impulso inicial da ação penal pública nas contravenções. Em um caso, negou-se a pretendida exclusividade do Ministério Público: no outro, negou-se a pretendida exclusividade da Portaria. Nenhuma contradição entre as proposições.

É o que está dito, com todas as letras, neste tópico final do acórdão recorrido:

.....  
«Constata-se, pois, que tais enunciados têm a seguinte estrutura da LOMAN não brota o pretendido efeito revogador, e então «não impede», «não impossibilita», «não afasta» a iniciativa conferida ao Juiz ou ao Delegado pela legislação anterior; «possibilidade não retirada do ordenamento jurídico.»

Estabelecer-se que as regras não foram revogadas, e que elas possibilitam, não existindo impedimento, afastamento para portaria, não é necessariamente o mesmo que fixar-se que o Ministério Público não possa oferecer denúncia. Não parece desarrazoado interpretar-se que os textos transcritos deixam implícita essa atividade, que se dá na hipótese de conexão com crime de ação penal pública.

Essa construção teria o mérito seguramente não desconsiderável de encurtar os procedimentos de ofício, que maculam a separação que deve ser clara e firme, rocando o plano constitucional do contraditório e da ampla defesa entre o Juiz e o acusador».

Ora, segundo pensamos, tal entendimento é perfeitamente correto, pois, com a edição da Súmula nº 601, não modificou o Supremo Tribunal Federal sua reiterada jurisprudência no sentido de admitir a denominada «denúncia substitutiva» que, no procedimento sumaríssimo, substitui precisamente a Portaria de que trata o art. 531 do CPP.

Tanto é assim que, recentissimamente, mesmo após a edição da Súmula em exame, a Suprema Corte, apreciando idêntica alegação em recurso da defesa (note-se que, aqui, o Ministério Público está declaradamente se posicionando em favor do réu), repeliu-a, acolhendo o seguinte parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Carlos Eduardo Vasconcellos:

.....  
«Finalmente, com respeito à ilegitimidade do órgão ministerial para iniciar a ação penal contravencional mediante denúncia, a pretensão do paciente reclama um rito de defesa menos amplo que

aquele a que está sendo submetido. No caso concreto, a representação do ofendido, desde logo afirmando a autoria, foi recebida em 29 de maio de 1985 (fl. 29), e a denúncia foi ofertada em 24 de junho (fl. 21), portanto, mais de quinze dias após.

O fundamento mediante o qual o tribunal recorrido denegou a ordem — os arts. 3º, II e 55 da Lei Complementar nº 40 teriam derogado os arts. 26 e 531 do CPP (fl. 57) — não prevalece na jurisprudência do Excelso Pretório, exemplificada pelo RE nº 99.326-PR, Relator o Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 110/313 e pelo RHC 60.339-SC, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 11-2-83, pág. 928.

Todavia, há de prevalecer a denegação porque, mesmo antes do advento da mencionada lei complementar, vinha o Supremo dando interpretação aos dispositivos do CPP, segundo a qual não ficava excluída a possibilidade de início da ação penal mediante denúncia. Assim, no RE 78.335-SP (RTJ 70/868), proclamou: «O STF sustenta sua orientação de que o procedimento a que se refere a Lei nº 4.611/65 não exclui se instaure, mediante denúncia, a ação penal nela prevista.»

No mesmo julgado, cita-se trecho do voto do Ministro Djaci Falcão, lançado no RE 75.084-SP:

«Na verdade, a lei teve por objetivo evitar delongas. Contudo, não afasta, totalmente, o início do processo, mediante denúncia do Ministério Público. Assim, quando a autoridade policial não inicia o processo mediante portaria e são decorridos mais de 15 dias ao órgão do Ministério Público, cabe iniciar a ação penal» (RTJ 70/870).

Esta interpretação elástica, de que a iniciativa se transfere para o órgão do MP após quinze dias do fato, inobstante conhecida a autoria desde logo, é razoável na medida em que amplia a defesa. Os exemplos trazidos dizem respeito aos crimes culposos da Lei nº 4.611, mas os argumentos são válidos para todos os processos penais iniciados de ofício pela autoridade policial ou judiciária. Também no RHC 57.795, (DJ 18-4-80, pág. 2565) o STF não se afasta dos precedentes. Com muito maior razão, existindo a Lei Complementar nº 40, embora sem extinguir o procedimento dos arts. 26 e 531 do CPP, pode o MP iniciar a ação penal mediante denúncia» (RHC 63.536-9, MG Rel.: Min. Néri da Silveira, xerox anexa).

Nesse caso, tratava-se de contravenção de crueldade com animais e perturbação da tranqüilidade (arts. 64 e 65 da LCP), fatos similares ao do presente processo: perturbação do trabalho ou do sossego alheio (art. 42).

Não há, portanto, a alegada divergência com a Súmula. E, afastada esta, incide o óbice regimental quanto ao mais».

(RE nº 109.795/PR — Min. Rel. Octávio Galotti — RTJ 119/1306-1308)

O Ministro Octávio Gallotti, na oportunidade, concluiu:

«Se o presente recurso pudesse ultrapassar a preliminar de admissibilidade, não teria dúvida em negar-lhe provimento, porquanto, em sessão de 3 de dezembro de 1985, já aderira ao voto do eminente Ministro Néri da Silveira, como Relator do Recurso de Habeas Corpus nº 63.536, no sentido de que, nas contravenções, não se exclui o início da ação penal, mediante denúncia (*DJ* de 28-2-86). Essa tese, que é a do acórdão recorrido, acha-se agora reforçada pela brilhante argumentação do eminente Professor Assis Toledo, no parecer que acabo de ler ao Tribunal.

Sucede que, em se tratando de contravenção apenada com prisão simples e havendo sido rejeitada a Arguição de Relevância, só a caracterização da divergência com a Súmula nº 601 poderia vencer o óbice previsto no art. 325, I, do Regimento Interno. Ora, esse conflito não se configura, pois, como também salientado pela douta Procuradoria-Geral da República, do enunciado em questão «não se pode extrair o princípio da exclusividade da Portaria ou do Auto de Prisão em Flagrante para o impulso inicial da ação penal pública nas contravenções». A permissão da Portaria não exclui a possibilidade da denúncia substitutiva ou complementar» (RE nº 109.795/PR — RTJ 119/1309).

Vale acrescentar que, na forma do disposto no item I do art. 129 da Constituição de 1988, foi extinto o procedimento *ex officio*, ou seja, a ação penal contravencional somente pode começar por iniciativa do Ministério Público, não mais por auto de prisão em flagrante, ou portaria do Juiz ou da autoridade policial.

É função institucional do Ministério Público: «promover, privativamente, a ação penal pública.»

O julgado, no entanto, está sob o império da legislação anterior.

Também adianto que, embora a pena aplicada pela sentença tenha sido a de multa, a publicação ocorreu em 23-6-1988. Portanto, ainda não transcorreram dois anos. A prescrição da pretensão executória não pode ser reconhecida, agora.

Dito o que, o meu voto é conhecendo do recurso, a fim de que o Tribunal de Alçada Criminal examine o mérito da apelação.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.731 — SP — (Reg. nº 89.0012788-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Ivan Francisco da Silva. Adv.: Francisco de Assis Tripiano e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (em 5-3-90 — 5ª T.).

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

— ● —

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.738 — SP**  
(Registro n.º 89.0012795-0)

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

Recorrente: *Artur Feliciano da Costa*

Recorrido: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Advogados: *Drs. Nicanor Joaquim Garcia, Hermelinda Teixeira da Silva Sérgio e outros.*

**EMENTA:** «Ação de acidente do trabalho. Prescrição.

Afastadas, pela Súmula 230 do Supremo Tribunal Federal, possíveis dúvidas quanto à imprescritibilidade da ação de acidente do trabalho, não há como se deixar de reconhecer a ocorrência, na hipótese, de prescrição, pois tendo o autor sofrido acidente em 12-6-79, do qual resultou a perda de parte do dedo médio da mão esquerda, e recebido tratamento até 24 de julho do mesmo ano, quando recebeu alta, concluindo perícia então feita não haver seqüela indenizável, de há muito já se esgotara o prazo prescricional ao ser a ação ajuizada em abril de 1986, nos termos do disposto no inciso I, do art. 18, da Lei n.º 6.367/76, conclusão esta não afastada pela orientação adotada no julgado trazido a confronto. 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, 18 de dezembro de 1989 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Artur Feliciano da Costa, em abril de 1986, propôs ação contra o INPS para vê-lo

condenado a pagar-lhe auxílio acidente, alegando que, em 12-6-79, quando trabalhava, como ajudante, para a empresa Perpal Indústria e Comércio de Metais Ltda., sofrera acidente que lhe reduzira a capacidade de trabalho, por ter ficado com lesão no dedo médio da mão esquerda.

Contestando a ação o réu argüiu ter ocorrido a prescrição do direito de propô-la, argüição que foi acolhida pela sentença e confirmada, mais tarde, por maioria, em decisão da Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Opostos embargos infringentes foram os mesmos rejeitados, argumentando o relator:

«Consta dos autos que o obreiro exercia a função de ajudante para a firma Perpal — Indústria e Comércio de Metais Ltda., quando, em 12-6-79, seu dedo médio da mão esquerda foi atingido por uma prensa.

O laudo técnico confirmou a amputação da falange distal do terceiro quirodáctilo em decorrência do acidente, restando, em seqüela, «coto sensível à pressão e percussão».

Embora as lesões se mostrassem irreversíveis, com seqüelas aparentes e inconfundíveis, a perícia administrativa realizada pelo órgão previdenciário, em 24-7-79, concluiu pela inexistência de seqüelas acidentárias indenizáveis, concedendo alta ao acidentado, conforme consta do registro anotado na Carteira de Trabalho desse trabalhador (xerocópia à fl. 8).

Ora, em casos como este, a seqüela, a toda evidência, foi possível ser reconhecida, independente de perícia, de aí ter-se por presente, desde então, plena ciência do acidentado da extensão da lesão sofrida, quando, negado benefício acidentário, passou a ter condições de ajuizar este pedido indenizatório. Iniciou-se, nesse momento, o prazo prescricional.

Vem decidindo esta Câmara que «a partir da ciência inequívoca pelo obreiro, da definição administrativa a respeito de seu pedido nasce para ele a pretensão e, se não exercitada no prazo legal, opera-se, inafastavelmente, a prescrição.

A Colenda 4ª Câmara, na ap. sum. 196.390, j. em 12-5-87, entendeu que «tratando-se de lesões irreversíveis e diretas, a alegação de que incorre prescrição quando inexistente perícia a cargo da Previdência Social não se justifica, de vez que adotada tal alegativa, dela resultaria a imprescritibilidade da ação, pois seu ajuizamento depende sempre de ocasional interesse do acidentado».

Não é outro o entendimento da Colenda 8ª Câmara. No julgamento da ap. sum. 201.015, realizado em 22-9-87, fixou-se que «a prescrição começa a ser contada do dia em que, positivo ou negativo o laudo administrativo, é negado o pagamento de qualquer benefício».

Na hipótese dos autos cuida-se de incapacidade permanente provocada por acidente típico, de que resultou seqüelas aparentes e irreversíveis, afastando a aplicação dos incs. I e II do art. 18 da Lei Acidentária. Inclui-se, a situação presente, assim, na disposição prevista no inc. III, do citado artigo, que não deve ter interpretação literal sob pena de se admitir a imprescritibilidade das ações acidentárias, como bem ressaltado no v. acórdão embargado.»

Inconformado o autor interpôs recurso extraordinário, apontando como divergente julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

«Ação de Acidente do Trabalho. Prescrição. Não tendo o Instituto Nacional de Previdência Social reconhecido o nexó causal entre o defeito físico e o acidente sofrido pelo segurado, o prazo prescricional da ação acidentária começa a fluir do exame pericial que, em juízo, o comprovar. Artigo 18, II, terceira parte da Lei nº 6.367, de 1976.»

Recurso não conhecido.»

O recurso foi recebido e admitido como especial, à consideração de que ficara demonstrada a divergência de interpretação do art. 18, inciso III, da Lei nº 6.367/76.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):  
Estabelece a Lei nº 6.367/76, no seu art. 18:

«As ações referentes a prestações por acidente do trabalho prescreverão em cinco anos contados da data:

I — do acidente, quando dele resultar a morte ou a incapacidade temporária verificada esta em perícia médica a cargo do INPS;

.....  
III — em que for reconhecida pelo INPS a incapacidade permanente ou sua agravação.»

Um primeiro exame de tal dispositivo levaria a admitir que em relação à indenização por acidente do trabalho jamais prescreve a ação para obtê-la, restringindo-se a prescrição às prestações respectivas.

Tal interpretação, entretanto, foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal quando, em sua Súmula 230, assentou que «a prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade».

Afastada a imprescritibilidade da ação, não há como deixar de reconhecer-se que, no caso concreto, ocorreu a prescrição.

O autor, vê-se dos autos, em 12-6-79, sofreu acidente do qual resultou a perda de parte do dedo médio da mão esquerda, e, após tratamento que durou até 24 de julho do mesmo ano, recebeu alta, concluindo perícia então feita não haver seqüela indenizável (fl. 8).

Ora, de acordo com o estabelecido no inciso I do art. 18, a partir do reconhecimento da incapacidade temporária do autor, conseqüente de acidente, incapacidade que durou até 24-7-79, pois então teve alta, começou a ter curso o prazo de prescrição, que já se esgotara de há muito ao ser a ação ajuizada em abril de 1986.

Não afasta essa conclusão a orientação adotada no julgado trazido a confronto, pois este se refere à hipótese de o INPS não reconhecer nexos causal entre o defeito físico e o acidente sofrido pelo autor, o que na hipótese dos autos não ocorreu, pois tal nexos causal foi reconhecido, negando-se, contudo, que houvesse indenização a ser paga.

Por tais razões o meu voto é não conhecendo do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.738 — SP — (Reg. nº 89.0012795-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Artur Feliciano da Costa. Recdo.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Advs.: Drs. Nicanor Joaquim Garcia, Hermelinda Teixeira da Silva Sérgio e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 18-12-89 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pedro Acioly. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 1.780 — RN

(Registro nº 89.0012980-5)

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

Recorrente: *Universidade Federal do Rio Grande do Norte*

Recorridos: *Abrão Marcos e outros*

Advogados: *Drs. Jandira de Souza do Amaral, João Miguel de Oliveira e outros*

**EMENTA:** «Administrativo. Professor titular. Concurso.

Ao dispor o art. 10 da Lei nº 5.539/68 que os Professores Adjuntos poderiam concorrer em concurso para provimento do cargo de Professor Titular, pôs-se de acordo com o inciso VI do art. 176 da Constituição de 1967, segundo o qual os cargos de final de carreira, e não apenas os iniciais, deviam ser providos por concurso. Recurso conhecido e provido».

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Professores Adjuntos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte requereram mandado de segurança contra ato pela qual o Reitor da mesma Universidade indeferia requerimento, por eles formulado, no sentido de serem enquadrados como Professores Titulares.

Argumentaram que, tendo se submetido a concurso para o cargo que ocupavam, assistia-lhes direito líquido e certo a tal enquadramento sem a realização de novo concurso, como era exigido pela autoridade impetrada.

Lograram êxito na primeira instância e a sentença concessiva da segurança foi confirmada, por maioria, pela Primeira Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, o que ensejou a interposição de recurso especial pela Universidade, invocando o disposto no art. 105, III, letra c, da Constituição, ao fundamento de que a decisão recorrida negara vigência ao art. 10 da Lei nº 5.539, de 27-11-68, que estabelecera:

«Art. 10. O provimento de cargo de Professor Titular será feito mediante concurso público de títulos e provas a que poderão concorrer Professores Adjuntos, Docentes Livres ou pessoas de alta qualificação científica, a juízo do colegiado universitário competente, pelo voto de 2/3 de seus membros.»

Admitido pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o recurso foi remetido a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A Constituição de 1967, no inciso IV, do art. 176, estabelecia:

«O provimento dos cargos, iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior dependerá, sempre, de prova de habilitação, que consistirá em concurso público de provas e títulos, quando se tratar de ensino oficial.»

Vigente tal dispositivo, foi promulgada a Lei n.º 5.539/68, que viu-se do relatório, estabelece no art. 10:

«Art. 10. O provimento de cargo de Professor Titular será feito mediante concurso público de títulos e provas, a que poderão concorrer Professores Adjuntos, Docentes Livres ou pessoas de alta qualificação científica, a juízo do colegiado universitário competente, pelo voto de 2/3 de seus membros».

Ao dispor que os Professores Adjuntos poderiam concorrer em concurso para provimento do cargo de Professor Titular, o legislador exigiu, de acordo com a Constituição, que os cargos finais de carreira e não apenas os iniciais fossem providos por concurso.

Diverso fosse o entendimento do legislador ordinário, não incluiria ele, entre os que apresentavam condições para concorrer ao concurso para Professor Titular os que já ocupavam os cargos de Professores Adjuntos.

Meu voto, ante tais circunstâncias, é conhecendo do recurso e lhe dando provimento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 1.780 — RN — (Reg. n.º 89.0012980-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recte.: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Recdos.: Abrão Marcos e outros. Advs.: Drs. Jandira de Souza do Amaral, João Miguel de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (em 18-12-89 — 1.ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pedro Acio-li. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



#### RECURSO ESPECIAL N.º 1.816 — SP

(Registro n.º 89.0013087-0)

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

Recorrente: *Cláudio Cieri*

Recorrido: *Flávio Selmo Júnior*

Advogados: *Dr. Euzébio Inigo Funes e outros e Dr. Lázaro de Campos Júnior e outros*

**EMENTA:** *Locação. Plano Cruzado. Reajuste pactuado. Condição suspensiva. Norma de ordem pública. Incidência imediata.*

I — A norma de ordem pública, notadamente a de caráter econômico, tem incidência imediata, sobretudo quando do contrato consta expressa ressalva e previsão quanto a possível futura autorização legislativa.

II — Sobrevindo autorização legislativa, a disposição contratual, até então submetida a uma condição suspensiva, passa a vigorar em sua plenitude.

## ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

## EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: 1. Debate-se no recurso, fundado na alínea a do art. 105, III, da Constituição, sobre a ocorrência ou não de negativa de vigência ao art. 7º do DL nº 2.284, de 10-3-86, editado por ocasião do «Plano Cruzado», em face da cláusula 17ª do contrato de locação celebrado pelas partes em 9-8-86, vazada nos seguintes termos:

«17ª) O aluguel livremente estipulado no presente contrato não sofrerá reajuste até 27-2-87, salvo se nesse período nova legislação permitir. Após esse prazo o aluguel sofrerá reajuste imediato e automático, segundo a variação das OTNs (Obrigações do Tesouro Nacional) seja qual for a sua periodicidade de variação. Sendo certo que, no mínimo, o reajuste será semestral, ou seja, de seis em seis meses, pelas OTNs, IPC ou outro índice legal equivalente desde que legal até a entrega real e efetiva das chaves. As cláusulas impressas no presente contrato que contrariam as disposições do Decreto-Lei nº 2.283/86 ficam nulas de pleno direito, até o fim do período do congelamento do aluguel, ou seja, até no máximo dia 28-2-87.»

2. A r. sentença, além de ter julgado extinto o processo da ação de despejo, por inércia do locador, julgou improcedente a pretensão consignatória.

O eg. 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por sua Segunda Câmara, proveu o recurso em relação à consignação ao argumento de que somente a partir de agosto de 1987 poderia ser reajustado o locativo, em face do referido art. 7º do DL nº 2.284/87, que assim estabelecia:

«Art. 7º A partir da vigência deste decreto-lei, é vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a um ano. As obrigações e contratos por prazo igual ou superior a doze meses poderão ter cláusula de reajuste, se vinculada a OTN em cruzados.»

Salientou o v. acórdão que:

«O contrato de locação de fls. 7/8 foi assinado em 9 de agosto de 1986 e, portanto, em plena vigência do Decreto-Lei nº 2.284 de 10 de março de 1986, cujo artigo 7º, como salientou o MM. Juiz a quo, vedava cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a 1 (um) ano. Em consequência, somente após 8 de agosto de 1987 poderia ser reajustado o locativo. Cuida-se de norma cogente. Logo, o estatuído na cláusula 17ª do referido contrato não tem valor legal, não podendo sobrepor-se a um imperativo de ordem pública.»

3. Alega o recorrente-locador que o DL nº 2.322, de 26-2-87, deu nova redação ao DL nº 2.290, nos seguintes termos:

«Art. 1º O artigo 2º do Decreto-Lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986, passa a vigorar com a seguinte redação:

«Art. 2º Somente poderão ter cláusulas de reajuste os contratos que o vinculem às variações nominais da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN, observada, para as locações residenciais, periodicidade não inferior a seis meses.»

Argumenta, em acréscimo, que a r. decisão impugnada teria aplicado legislação revogada.

O recorrido, por sua vez, argumenta que o contrato foi celebrado na vigência do DL nº 2.284/86, trazendo à colação o DL nº 2.288, de 23-7-86.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Cuida-se de recurso interposto de decisão que, reformando a r. sentença, julgou «improcedente ação de despejo por falta de pagamento e procedente o pedido em ação de consignação em pagamento», sob o argumento central de que o contrato de locação fora firmado sob a égide do Decreto-Lei nº 2.284/86, cujo art. 7º fulminava de nulidade as cláusulas de reajuste monetário nos contratos inferiores a um ano.

2. Conheço do recurso e o provejo.

Oportuno, todavia, proceder a um retrospecto histórico da legislação editada no período para dilucidar a questão, tendo em vista que as partes nela se alicerçam para sustentar suas teses.

Em 28-2-86 veio a lume o Decreto-Lei nº 2.283, que introduziu no País as regras econômicas do denominado «Plano Cruzado». Poucos dias após, baixou-se o Decreto-Lei nº 2.284, de 10-3-86, procedendo a algumas correções, mas mantendo, na estrutura, o plano original. Nesse diploma legal vedava-se expressamente a utilização de cláusulas de reajuste monetário, como mecanismo de rompimento da inflação na época dita «inercial» ou de «expectativa», consoante se vê do artigo 7º daquele diploma (Decreto-Lei nº 2.284/86), assim redigido:

«Art. 7º A partir da vigência deste decreto-lei, é vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazos inferiores a um ano. As obrigações e contratos por prazo igual ou superior a doze meses poderão ter cláusula de reajuste, se vinculada a OTN em cruzados.»

Em 23-7-86, pretendendo reduzir o excesso de demanda gerado com o sucesso inicial do plano, expediu-se o Decreto-Lei nº 2.288, cujo art. 18 deu nova redação ao art. 7º do Decreto-Lei nº 2.284/86, que passou a vigor com o seguinte texto:

«Art. 7º A partir da vigência deste Decreto-Lei, é vedada, sob pena de nulidade, cláusula de reajuste monetário. As obrigações e contratos por prazo igual ou superior a doze meses poderão ter cláusulas de reajuste se vinculadas a índices setoriais de custos e pela variação da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN.»

Como se vê, a única alteração de monta diz com a possibilidade de utilização de índices setoriais de custos como indexadores da correção monetária.

O mesmo sentido ainda se encontra no Decreto-Lei nº 2.290, baixado em 21-11-86, logo após conhecido o resultado das eleições de 15 de novembro daquele ano. O *caput* do art. 2º desse diploma legal prescrevia:

«Art. 2º Somente as obrigações contratuais por prazo igual ou superior a doze meses poderão conter cláusulas de revisão livremente pactuada pelas partes, vinculada a índices setoriais de preços ou custos, que não incluam variação cambial.»

O § 3º do dispositivo fazia expressa referência aos contratos locativos, *verbis*:

«§ 3º Os contratos de locação de imóveis poderão conter cláusula de revisão do aluguel, por período igual ou superior a doze meses.»

Finalmente, em 26 de fevereiro de 1987, após a constatação de que o «Plano Cruzado» não fora capaz de conter a inflação, que ressurgiu ao longo do período a despeito do «congelamento», foi baixado o Decreto-Lei nº 2.322.

Nesse diploma, pelo art. 1º, se modificou integralmente o art. 2º do Decreto-Lei nº 2.290/86, cujo caput (que interessa ao caso em exame) passou a ter a seguinte redação:

«Art. 2º Somente poderão ter cláusula de reajuste os contratos que o vinculem às variações nominais da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN, observada, para locações residenciais, periodicidade não inferior a seis meses.»

Desse cipoal de diplomas legais, releva pinçar dois momentos:

1º) a supressão da correção monetária em todos os contratos inferiores a um ano (Decreto-Lei nº 2.284/86);

2º) a volta da correção monetária com periodicidade semestral para as locações residenciais (Decreto-Lei nº 2.322/87).

Sob esse prisma deve ser analisada a espécie, donde resulta que razão assiste ao recorrente.

De fato, quando celebrado o contrato, em 9 de agosto de 1986, ainda vigia a vedação da correção monetária nos contratos inferiores a doze meses.

Entretanto, as partes, certamente prevendo a alteração a ser procedida em março de 1987, quando a OTN voltaria a sofrer correção monetária, introduziram no contrato a cláusula 17ª, que previa reajuste a partir de 27-2-87, estipulando ainda a periodicidade mínima de seis meses.

A meu ver, justificava-se a precaução naquela oportunidade (agosto de 1986), porquanto já se sabia que, por força do disposto no parágrafo único do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.284/86, a OTN seria alterada em 1º de março de 1987, segundo a variação do IPC (Índice de Preços ao Consumidor). A preocupação naquele momento era legítima, na medida em que se tornava pública e notória a prática do ágio na circulação da riqueza, a evidenciar o recrudescimento do fenômeno inflacionário, como veio a confirmar-se, pois em 1º de março de 1987 a OTN saltou de 106,40 para 181,61, pulando no mês seguinte (abril de 1987) para 207,97, traduzindo a ocorrência de uma inflação de 75,21% no período reprimido por decreto, e a sua aceleração em níveis de 26,36% ao mês, tendência que se manteve e, nos últimos tempos, desgraçadamente, nos infelicitas, em patamares considerados hiperinflacionários.

Esta digressão histórica é importante para gizir o contexto no qual o ajuste locatício foi celebrado e a superveniência de legislação de ordem pública, atento ao fato de que «toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (natureza integrada do ato interpretativo) (Miguel Reale, «Estudos de Filosofia e Ciência do Direito», São Paulo, 1978, pág. 81).

Assim sendo, tem-se que as partes celebraram um contrato durante o período em que o reajuste do aluguel somente poderia ocorrer após doze meses, mas deixaram inserido na avença a possibilidade de reajuste semes-

tral se a legislação assim o permitisse. Sobrevindo a autorização legislativa pela via do Decreto-Lei nº 2.322/87, a disposição contratual, até então submetida a uma condição suspensiva, passou a vigorar em toda sua plenitude. Daí porque o locador, usando de uma faculdade contratualmente assegurada, e com respaldo legal, tinha o direito de proceder ao reajuste do valor do aluguel, noticiando os autos, inclusive, que o índice utilizado para o reajuste estava absolutamente adequado.

Sendo o Decreto-Lei nº 2.322/87 norma de ordem pública, de conteúdo eminentemente econômico, imediata seria sua aplicação.

A propósito, leciona Paul Roubier que as leis monetárias incidem sobre os contratos vigentes, acentuando:

*«Et précisément, si elle a effet dans les contrats en cours, c'est parce qu'elle n'est pas une loi relative à une situation contractuelle, mas une loi relative à un statut légal, le statut de la monnaie; la loi, considérée comme loi de droit public, atteint aussi bien dans leur contrats qu'en dehors de tout contrat.» («Le Droit Transitoire», Dalloz et Sirey, 2<sup>a</sup> ed., Paris, 1960, pág. 426.)*

Com suporte nessa obra clássica de direito transitório, Orlando Gomes sustenta, por igual modo, a aplicação imediata da lei nova de caráter econômico aos contratos em curso, afirmando:

«... tal como sucede com as leis clássicas de ordem pública, as disposições normativas impugnadas de espírito da ordem pública, notadamente dirigista, aplicam-se imediatamente, sem que possam ser paralisadas pela invocação de supostos direitos adquiridos. Assim o contrato não lhe deve ser contrário ou discrepante, quer na sua formação, quer quando produz seus efeitos.

As cláusulas discordantes do mandamento legal são substituídas automaticamente pelas disposições normativas.»

E, adiante, arremata seu pensamento:

«Largo domínio da atividade contratual acha-se sob o protetorado do direito econômico, exercido através de leis e regulamentos que estreitam cada vez mais a esfera da autonomia privada, como sucede com a relação de trabalho e a relação de inquilinato, dentre outros. Diz-se que o contrato se objetiva. Ora, o estatuto legal dessas relações jurídicas impõem-se em cláusulas que perderam a contratualidade, subtraídas, como foram, à liberdade de estipulação» («Questões de Direito Civil», 5<sup>a</sup> edição, Saraiva, 1988, pág. 358).

Também a jurisprudência tem-se inclinado no sentido da imediata aplicação da norma de ordem pública, notadamente as de caráter econômico (ou de «ordem pública de direção», consoante lição de Farjat, citado por Orlando Gomes na obra referida) e conforme se verifica de recentes decisões desta corte (cfr. REsp 3, 29, 557, 602, 667, 692, 815, 819, 1.287, 1.290).

Se assim é, com maior força de razão a lei nova se aplica ao contrato em vigor quando dele consta expressa ressalva e previsão quanto a possível futura autorização legislativa, como na espécie.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para, cassando o r. acórdão recorrido, restabelecer o *decisum* de primeiro grau.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, a decisão de Primeiro Grau julgou extinto o processo em relação à ação de despejo por falta de pagamento e considerou improcedente a ação consignatória. O Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, provendo o apelo interposto, houve a ação de consignação em pagamento como procedente.

Acompanho o eminente Relator, porquanto até 28 de fevereiro de 1987 a OTN esteve congelada em virtude do denominado «Plano Cruzado». Não poderia ocorrer, portanto, até então, qualquer reajuste. Na cláusula 17<sup>a</sup>, as partes previram a possibilidade de, após esse período, ocorrer um reajuste automático segundo a variação das OTNs, ou, quando não, no mínimo, um reajuste semestral, em princípio vedado pela legislação referente àquele plano de estabilização do governo.

Em 26 de fevereiro de 1987 foi editado o Decreto-Lei n.º 2.322/87, que deu nova redação ao art. 2.º do Decreto-Lei n.º 2.290, restando a partir daí permitida às locações residenciais a periodicidade não inferior a seis meses. Então, o reajuste, no caso dos autos, era admissível sim por força desse novo Decreto-Lei n.º 2.322, de incidência imediata, visto cuidar-se de legislação cogente, de ordem pública, conforme bem evidenciou o Ministro Relator em seu brilhante e minudente voto.

Não andou corretamente, portanto, o Tribunal a quo ao prover o recurso em relação à ação de consignação em pagamento, uma vez que era perfeitamente possível e lícito no caso o reajuste, vencido o período de seis meses.

Ante o exposto, também conheço do recurso e dou-lhe provimento.

### VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, o motivo que me levou a pedir vista esvaneceu-se com a leitura de peças dos autos e com o detido exame do minucioso voto proferido pelo eminente Ministro Relator.

Acompanho o eminente Relator.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 1.816 — SP — (Reg. n.º 89.0013087-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Cláudio Cieri. Recdo.: Flávio Selmo Jú-

nior. Advs.: Drs. Euzébio Inigo Funes e outros, Drs. Lázaro de Campos Júnior e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Fontes de Alencar, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 6-3-90).

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

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.850 — RS  
(Registro nº 89.0013257-1)

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

Recorrente: *Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB*

Recorrida: *Helka Von Muhlen*

Advogados: *Drs. Henrique Fonseca de Araújo e outros e Cirlei T. Bagatini e outro*

EMENTA: Previdência privada. Reajustamento de aposentadoria. Direito adquirido. Pacta sunt servanda.

I — Aderindo às condições do estatuto quanto ao plano de aposentadoria, a eventual alteração deste por normas cogentes submete-se o associado de APLUB.

II — Não prevalece o alegado direito adquirido em face de normas de ordem pública, tais as leis que regulamentam o curso da moeda do País ou lhe disciplinam o orçamento.

III — Os pactos devem ser cumpridos e o contrato faz lei entre as partes mas não têm o condão de derrogar as leis imperativas, cogentes, por isso que emanadas da natureza soberana do Estado. Caracterizada a violação das normas das Leis nºs 6.205/75; 6.425/77; 6.435/77 e o Decreto nº 81.402/72. Dissídio jurisprudencial comprovado.

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 unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e no-

tas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de março de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: A Associação dos Profissionais Liberais Universitários — APLUB — vem, nos autos da ação ajuizada contra si por Helka Von Muhlen objetivando reajustamento de valores que lhe são pagos à guisa de aposentadoria, interpor recurso especial (fls. 291/248) do art. 105, III, a e c, da CF/88 por entender que o acórdão de fls. 211/217 — vol. 2 infringiu os dispositivos das leis federais 6.205/75; 6.423/77; 6.435/77 e Decreto n.º 81.402/78, disposições outras (fl. 220), e dissentiu também dos arestos que aponta à fl. 237.

No relatório de fl. 208 — vol. 2, diz-se que a autora ingressou em um «Plano Especial de Aposentadoria oferecido pela ré, restando avençado contratualmente que ao fim de quinze anos de contribuição tornar-se-ia beneficiária de proventos equivalentes a dois salários mínimos mensais. Afirmou que, inobstante tal ajuste, ao passar a receber sua aposentadoria esta lhe foi paga a menor. Argumentou que pelos princípios gerais do direito obrigacional e pela própria Carta Magna então vigente, não há respaldo jurídico para uma alteração unilateral de contrato; referiu jurisprudência que tem por atinente à espécie e pediu a procedência da ação.

Citada, veio aos autos a requerida, oferecendo constestação. Sustentou a improcedência da ação alegando que a Lei n.º 6.205/75 tornou defeso a utilização do salário mínimo como fator de atualização monetária, devendo a moeda, a partir de 1977, ser revigorada em seu poder de compra pela variação das ORTNs (Lei n.º 6.423/77), disposição esta expressa pelo art. 22 da Lei n.º 6.435/77, que regulamentou a matéria para fins previdenciários. Aduziu que a substituição do referencial de cálculo dos benefícios estava prevista no contrato, não havendo que se falar em direito adquirido por parte da autora».

E o acórdão recorrido, admitindo prevalecer o direito adquirido da autora ora recorrida Helka Von Muhlen, deu-lhe procedência ao pedido para condenar a ré e ora recorrente APLUB a pagar àquela os «benefícios de acordo com o salário-mínimo, cumprindo-lhe, também, ressarcir a diferença dos benefícios pagos, corrigidos monetariamente, a partir do momento em que seriam devidos».

No exame de admissibilidade do Especial, o despacho do ilustre Presidente do Tribunal a quo foi no sentido de dar seguimento ao recurso por entender razoável a alegada violação da lei federal.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): As razões fundamentais do acórdão recorrido estão assim colocadas (fl. 214 — vol. 2):

«Em tais termos, Senhor Presidente, mantenho a posição no sentido de assegurar à associada o direito de perceber o benefício segundo o contrato e de acordo com as normas previstas na data do ingresso.

O eminente Des. Manoel Celeste dos Santos, em acórdão que se encontra nos autos, bem analisa a matéria, tendo a ementa o seguinte teor:

«Previdência privada. Alteração de valores dos benefícios e dos prêmios de pagamentos ou mensalidades. Leis diversas que entendidas incidentes.

O vigor, eficácia, força ou valia das leis, determinado às datas de suas publicações e outra cento e vinte dias depois, desafiavam a imediatidade e generalidade, ad futuram das leis, vez que não podiam revogar o ato jurídico perfeito, seja o já consumado, segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou e o direito adquirido. Mesmo quando admitidas as leis de aplicação imediata também aos efeitos já produzidos, o que seria absurdo, nenhuma das partes poderia ser prejudicada e o que poderia fazer a entidade privada era permutar de fator corretivo dos planos por outro que não resultassem em gravame para os associados, nem para a entidade previdenciária.

Provimento denegado».

Adoto todos os seus fundamentos.»

A recorrente APLUB, em seu longo arrazoado de fl. 325 usque 359, fundamenta seu Especial no fato de que as leis federais ditas violadas são de ordem pública, por isso que afastam o alegado direito adquirido reclamado pela recorrida quando entendeu devesse ser seu reajustamento de aposentadoria mantido nos termos em que avençado em obediência ao princípio *pacta sunt servanda* e ao referido direito adquirido.

É que o pacificado entendimento jurisprudencial está em consonância com a natureza das normas cogentes em matéria financeira e monetária, pois destas é que se serve o Estado para sua política de controle da economia. Essas normas emanam da própria soberania do Estado e os administrados não podem opor contra elas o princípio constitucional da aquisição dos direitos.

Paulo Dourado de Gusmão, das normas de ordem pública diz que «dentre as normas coercitivas se destacam as *normas de ordem pública* que disciplinam instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos per-

sonalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz ou pelas partes por deverem ter certa duração. São normas de «ordem pública» as de direito público, as que organizam a família, as que disciplinam a capacidade, a incapacidade, nome, prescrição, nulidade de atos, etc.» (Introdução do Estudo do Direito — 12ª Ed., Forense, página 127).

Correto, pois, o despacho que admitiu o seguimento do Especial (fl. 316 — vol. 2) sob o fundamento de que «As Leis n.ºs 6.205/75; 6.423/77 e 6.435/77, por sua natureza monetária, são de aplicação imediata, alcançando obrigações de natureza contratual. Não há que se falar em direito adquirido a padrão monetário».

Conheço, pois, do recurso e o faço com apoio no art. 105, III, alínea a e c, da Constituição vigente.

A matéria sobre que versa o apelo excepcional já é por demais conhecida deste Superior Tribunal, como o aresto de fl. 360 — vol. 3, acostado aos autos cuja ementa está assim consignada (REsp. 20-RJ):

«Lei de ordem pública. Incidência imediata. Incide a lei nova (n.º 6.435, de 15-7-1977) a regular a atualização das contribuições e dos benefícios da previdência privada, sem violação de direito adquirido. Orientação da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do precedente firmado no RE n.º 105.137-0, rel. Min. Cordeiro Guerra. Segunda Turma, publicado no *DJ* de 27-9-85.»

De minha lavra foi o acórdão (REsp-450-RS) de hipótese semelhante cuja ementa está colocada nestes termos:

«Processual Civil. Recurso Especial. Montepio. Lei de ordem pública. Incidência imediata. Art. 105, III, c, da Constituição Federal vigente, ou art. 119, III, d, da Magna anterior.

I — O plano, por seu estatuto há de ser cumprido na forma pela qual a ele aderiu o associado. Não está em jogo o requisito ao estatuto originário, a caracterizar direito imutável do segurado, integrado em seu patrimônio, senão alteração da regra contratual, desde o início prevista, sob forma de futuras alterações no Estatuto.

II — Incide a lei nova (Lei n.º 6.345, de 1977) a regular a atualização das contribuições e dos benefícios da previdência privada, sem violação do direito adquirido.

III — Configurado o dissídio entre o acórdão recorrido e a jurisprudência pretoriana, conhece-se do recurso, para julgar improcedente a ação.»

Face a tais fundamentos, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, condenando a autora a pagar honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigidos, até o efetivo pagamento.

É o voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.850 — RS — (Reg. nº 89.13257-1) — Rel.: O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil — APLUB. Recda.: Helka Von Muhlen. Advs.: Drs. Henrique Fonseca de Araújo e outros e Cirlei T. Bagatini e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao Recurso Especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. (Julgado em 27-3-90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.



### RECURSO ESPECIAL Nº 2.033 — RJ

(Registro nº 90.0000724-0)

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

Recorrente: *Marco Antônio da Silva Abreu*

Recorrido: *Foramer S/A*

Advogados: *Drs. Custódio Toscano e outros e Márcio Lucio Marques e outros*

**EMENTA:** Processo Civil. Matéria probatória. Reexame inadmissível no recurso especial. Contrato. Alegação de descumprimento. Ônus da prova. Exegese dos arts. 385, 388-I e 389-II, CPC. Recurso não conhecido.

Não se conhece de recurso especial no qual a matéria em debate envolve essencialmente a apreciação da prova produzida, vinculada à inexistência do original do documento em que se fundaria o contrato que se afirmou descumprido.

### ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

## EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: 1. Trata-se de ação ordinária proposta pelo recorrente contra o recorrido para obter perdas e danos em razão de rompimento unilateral de contrato de representação firmado entre os postulantes.

Insurge-se o recorrente contra o acórdão prolatado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que por unanimidade de votos negou provimento ao recurso.

Inconformado, interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, pelas alíneas *a* e *d*, alegando negativa de vigência aos artigos 333, 334, 368, 371, 372, 384, 389, 395, 437 e 470 do Código de Processo Civil, além de dissídio pretoriano, com arguição de relevância de questão federal.

No eg. Tribunal de origem negou-se seguimento ao recurso extraordinário e determinou-se o processamento da relevância.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 478/481, opinou pelo não conhecimento do recurso.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão dando pela ausência da questão constitucional e convertendo o recurso em especial.

2. A r. sentença julgou improcedente a pretensão ao fundamento de que inexistiria prova do compromisso escrito, estando irregular a reprodução apresentada e não tendo sido exibido o original para a respectiva autenticação, concluindo não poder afirmar falsa a assinatura nem autêntico o documento.

Ao desprover a apelação, ementou o Tribunal de origem:

«Contrato. Ação fundada na alegação de seu descumprimento. Quem alega o descumprimento de um contrato tem que provar a sua existência, cabendo à outra parte, para se exonerar, demonstrar o seu exato adimplemento.»

3. Argumenta o recorrente que, tendo o original sido furtado, caracterizado restou obstáculo invencível para a sua exibição, estando, entretanto, autenticada e conferida a xerocópia, aplicando-se o art. 384, CPC.

E aduziu:

a) se o juiz desacolheu o incidente de falsidade, aplicável seria o art. 334, IV, CPC;

b) se a falsidade não se viu esclarecida, o ônus seria da ré recorrida (CPC, art. 437);

c) que não seria aplicável o art. 388, CPC, mas o art. 387, segundo o qual a fé do documento somente cessa quando o juiz assim o declara;

d) que teria ocorrido coisa julgada em face do art. 470, CPC.

A recorrida, por sua vez, alega inocorrência de prequestionamento e impossibilidade de reexame de prova no âmbito do recurso especial, acrescentando:

a) a imprestabilidade dos documentos de fls. 7 e 101;

b) que a tradução fora feita da fotocópia, em data em que, segundo a versão do autor, o mesmo ainda não teria sido furtado;

c) que inadmissível a celebração de um contrato em forma tão simplória, o que ganha realce se em confronto com o de fls. 65/77;

d) que impossível condenação no incidente de falsidade à vista da inexistência do original;

e) que a questão a ser decidida se cinge à existência ou não da carta-compromisso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Não conheço do recurso sob a alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, por não ter o recorrente demonstrado o dissídio, limitando-se à transcrição de duas ementas de acórdãos do Supremo Tribunal Federal concernentes ao conceito de ofensa à lei federal.

Quanto à alínea a, consoante relatado, o recorrente elenca diversos dispositivos da legislação processual codificada que teriam sido vulnerados.

Não lhe assiste razão, no entanto.

Em primeiro lugar, porque a pretensão recursal esbarra no óbice da inviabilidade do reexame de prova, incompatível com a natureza do recurso especial, a exemplo do que ocorria com o recurso extraordinário em sua feição na vigência da ordem constitucional anterior (verbete 279 da súmula do Supremo Tribunal Federal). A causa, como salientado no pronunciamento de inadmissibilidade no eg. Tribunal de origem, foi composta à luz da prova, inclusive pericial, e do exame da fotocópia da carta-compromisso trazida aos autos.

Merece, a propósito, reproduzir os termos do v. acórdão, de que foi relator o insigne Desembargador Renato Maneschy, verbis:

«A decisão recorrida, a nosso ver, está pontualmente correta e não merece a acre censura que lhe faz o apelante.

O autor, ora apelante, demanda a reparação de prejuízos que teria como causa o descumprimento de um contrato de representação exclusiva, firmado em 24 de outubro de 1978, que veio aos autos através de cópia fotostática da respectiva tradução.

A causa de pedir, portanto, foi aquele contrato, no qual a ré teria assumido a obrigação de pagar ao autor, além das comissões

de praxe, a quantia mensal de vinte mil dólares norte-americanos, durante três anos, a partir de novembro de 1978, compromisso que não honrou.

O fato constitutivo do direito do autor seria, assim, o descumprimento de um contrato de representação exclusiva, e a responsabilidade que se pretende colher de natureza contratual.

Quem alega o descumprimento de um contrato tem que provar a sua existência, cabendo à outra parte, para se exonerar, demonstrar o seu exato adimplemento.

Negada a existência do próprio contrato, está o réu negando o fato constitutivo em que o autor faz assentar seu pedido e cuja prova lhe incumbe. O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, do CPC).

Cabia, portanto, ao autor demonstrar a existência do alegado contrato de representação exclusiva, e desse ônus não se desincumbiu.

Ao contestar a ação a ré negou a existência do alegado contrato, afirmando que em data anterior a em que se alega ter sido ele assinado, havia atribuído a representação exclusiva que o autor reclama para si à empresa Brastich Equipamentos e Serviços de Petróleo S.A.

Com o fito de provar a existência do contrato que diz ter sido descumprido pela ré, trouxe o autor aos autos, inicialmente, cópia fotostática de uma tradução (fl. 7), e, posteriormente, cópia do próprio contrato.

Chamado a juntar o original do contrato que alega ter sido firmado pela ré, disse não poder fazê-lo por ter sido ele furtado, juntamente com outros papéis, oferecendo a fotocópia de fl. 101.

Bastaria o fato de não ter o autor trazido aos autos o original da mencionada carta-compromisso, onde faz repassar o fato constitutivo do seu direito, para que não pudesse prosperar a pretensão deduzida na inicial, certo de que, nos termos do art. 385 do Código de Processo Civil, cópia de documento particular só tem valor probante quando procedida a sua conferência, intimadas as partes e certificada pelo escrivão a conformidade entre a cópia e o original.

Mesmo que o malsinado documento tivesse vindo no original, o fato de ter sido contestada a assinatura implicaria na cessação de sua fé, como expressamente dispõe o n.º I do art. 388 do CPC («cessa a fé do documento particular quando: I — lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade»), incumbindo o ônus da prova (da autenticidade da assinatura) à parte que produziu o documento, vale dizer, àquela que dele pretende se servir no processo (art. 389, II).

Por isso, e no particular de impugnação quanto à assinatura, a lição de Orozimbo Nonato, no Recurso Extraordinário nº 10.386 (Rev. dos Tribunais, vol. 186, pág. 938), se mantém atual:

«Nem se alegue que se trata de defesa, de execução, e nesta o réu assume o papel de autor, pesando-lhe, pois, o ônus da prova respectiva. É que só a alegação de falsidade (hoje da *assinatura* — art. 338, I, do Cód. de Proc. Civil de 1973) produz a desintegração do título («cessa a fé do documento particular se lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade» — tocando o ônus da prova à parte que produziu o documento). A alegação de falso (*assinatura*) se considera exceção e, levantada, produz por si mesma o efeito de retirar ao título um elemento de certeza que deve ser pelo autor restaurado. É esse o magistério de La Lunia, que à sua própria, junta a autoridade de Ademburg, Von Caustein e Staube.»

De outro lado, a regra constante do nº I do art. 389, que atribui à parte que argüir a falsidade o ônus de prová-la, como é óbvio, pressupõe que a discussão se trave em torno do original do documento, ou de cópia a que se atribua valor probante, nos termos do art. 385.

Se a cópia oferecida pela parte é objeto da contestação da outra, não vem a ser devidamente conferida pelo escrivão, não tem ela valor probante; não se trata de um *documento*, isto é, de uma coisa representativa de um fato juridicamente relevante. Não é documento qualquer coisa representativa, mas só aquele que tem influência no mundo jurídico (Carraro, *yl Diritto Sul Documento*, Padova, 1941 — nº 2, pág. 9).

O incidente de falsidade suscitado pela ré, dessarte, só teria razão de ser em face do documento original, cuja autenticidade fosse negada. Argüir de falsa coisa juridicamente relevante, porque, em sendo cópia sem conferência, não tem valor probante, vale dizer, não é um documento, é uma superfetação.

A rigor, portanto, suscitado o incidente mas verificada a impossibilidade de trazer aos autos o original da cópia, tal incidente perde a sua razão de ser, não devendo sequer ser processado.

Como quer que seja, a conclusão da perícia, que não se sentiu autorizada a expender uma conclusão definitiva, nem mesmo uma opinião técnica de cunho pessoal, não vem em desfavor da ré, pois se questionando a respeito da falsidade da assinatura lançada na carta-compromisso de fl. 101, o ônus de provar a autenticidade da mesma era do autor que produziu o documento, isto é, que o trouxe como prova (art. 389, I, do CPC).

O fato do relacionamento do autor com a ré, que se pretende provado no processo, é irrelevante para o desate da controvérsia,

eis que não é nele que se faz repousar a pretensão deduzida na inicial, mas no contrato de representação, cuja prova da existência não se deu.»

Nada precisaria ser aduzido. Entretanto, em atenção ao ilustre patrono do recorrente, de quem acuso o recebimento de fundamentado memorial, acrescento a observação de que, mesmo que transposto o obstáculo, melhor sorte não o ampararia, uma vez inócurrenente, no plano jurídico, a vulneração de qualquer das normas apontadas.

Com efeito, não tendo o autor juntado o original do contrato, impossível restou a apuração da autenticidade ou não da assinatura através da prova pericial hábil, impossibilitando também, em consequência, definição judicial na via própria.

Certo é que «a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original» (CPC, art. 385). Não menos certo, contudo, também é que «cessa a fé do documento particular quando lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade» (CPC, art. 388, I), incumbindo o ônus da prova, se «se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento» (CPC, art. 389, II).

Em conclusão, não conheço do recurso.

## VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O *punctum saliens* do litígio diz com a própria existência do contrato. Para comprová-lo, o autor exibiu uma cópia reprográfica da carta-compromisso, que teria sido firmada pela ré, através de seu representante legal. O original não pôde ser exibido, em face de furto de que foi vítima o demandante, segundo ele afirmou.

Escuda-se o autor — ora recorrente — na circunstância de que a reprodução fotográfica do documento original foi conferida pelo 7º Tabelião de Notas do Rio de Janeiro, tal como exige o art. 384 do CPC. Não é bem assim, porém, pois, de conformidade com o magistério de Pontes de Miranda e de João Carlos Pestana de Aguiar, o escrivão a que se refere o citado dispositivo legal é aquele do processo em que o documento original foi levado ou em que o documento já faz parte do processo e é tirada uma reprodução para servir de prova em outro feito. Segundo Pontes de Miranda, «o art. 384 já estatui quanto à conferência com o original, junto aos autos, ou apenas levado ao juízo, para que o escrivão confira a reprodução. Aí, o original há de ser documento particular, que é examinado pelo escrivão, para portar por fé a conformidade antes de ser junta aos autos a reprodução, levando a parte o documento; ou, inserto nos autos, dele se tira reprodução,

para servir de prova alhures, devidamente conferido pelo escrivão, com o porte de fé» («Comentários ao Código de Processo Civil», Tomo IV, pág. 358, ed. 1974).

João Carlos Pestana de Aguiar preleciona, de seu turno, *in verbis*: «o que se dá, na verdade, é prever, o art. 384, a extração de reproduções dos documentos particulares que integram processos, para sua utilização fora dos autos. Já a norma do art. 385 regula o valor probante de cópia, junto aos autos, de documento particular, quando caberá a conferência com o original pelo escrivão na presença das partes» («Comentários ao Código de Processo Civil», vol. IV, pág. 207, ed. 1974).

Daí a menção, formulada tanto pela sentença como pelo Acórdão, acerca da inobservância no caso do disposto nos arts. 384 e 385 do Código de Processo Civil.

Não juntado o documento original, frustrou-se o incidente de falsidade, que, a rigor, como acentuou o julgado recorrido, não devia sequer ter sido processado. A alegação de falsidade da assinatura somente seria suscetível de ser confirmada mediante o exame do original da peça e nunca da cópia xerografada.

A conclusão que se extrai desses dados é que o autor não se desincumbiu a contento do ônus de evidenciar a existência do contrato, fato constitutivo de seu direito. As suas demais assertivas não passam de incursões sobre o quadro probatório, cuja apreciação não é cabível no âmbito do apelo excepcional.

Não ocorre vulneração de preceito de lei federal, nem tampouco se caracteriza na espécie o dissídio pretoriano, como demonstrou à saciedade o Sr. Ministro Relator.

Ante o exposto, também não conheço do recurso.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.033 — RJ — (Reg. nº 90.0000724-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Marco Antônio da Silva Abreu. Recdo.: Foramer S/A. Advs.: Dr. Custódio Toscano e outros e Dr. Márcio Lucio Marques e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Barros Monteiro, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 27-3-90).

Os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar acompanharam os votos antecedentes.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

## RECURSO ESPECIAL Nº 2.048 — RJ

(Registro n.º 90.0000773-9)

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

Recorrente: *Cooperativa Habitacional da Guanabara Ltda.*

Recorrido: *Condomínio do Edifício Conjunto Residencial Vista Mar*

Advogados: *Drs. Vilma Oliveira de Oliveira e outros e Othon Guilherme de Araújo Dale e outro*

**EMENTA:** Processo Civil. Ação de cobrança. Liquidação extrajudicial. Intervenção do Ministério Público. Artigos 246 e 249, § 1º, do CPC.

I — Rejeita-se a preliminar de nulidade, por alegada ausência do Ministério Público se este, quando intervém no processo, não a argúi, demonstrando inexistir prejuízo.

II — Inteligência do art. 249, § 1º, do CPC.

III — Inexistindo a alegada negativa de vigência do dispositivo de lei invocado, não se conhece do Recurso Especial.

### 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 especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de março de 1990 (data do julgamento).

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

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Condomínio do Edifício Conjunto Residencial Vista Mar ajuizou ação de cobrança contra a Cooperativa Habitacional da Guanabara Ltda., objetivando o recebimento das cotas condominiais devidas pela ré, desde janeiro de 1981, referente ao apartamento n.º 201, do bloco 5, quadra B, de sua propriedade.

Julgada procedente a ação (fls. 106/110), apelou a autora, pedindo, em preliminar, a anulação do processo, a partir da sentença, por não haver intervenção da Curadoria de Liquidações, obrigatória, eis que se encontra em regime de liquidação extrajudicial decretada pelo extinto BNH e, no mérito, pede a improcedência da ação (fls. 111/113).

Após as contra-razões (fls. 115/117), manifestou-se o Ministério Público, pedindo o prosseguimento do feito (arts. 243 e 245 do CPC), (fl. 124).

Examinando-o, a Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por unanimidade, negou provimento ao recurso (fl. 127).

Inconformado, opôs o apelante embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fl. 132).

Irresignado, ainda, interpôs o embargante Recurso Especial, com fulcro no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal, onde se alega que o Acórdão recorrido teria negado a vigência do art. 246 do CPC (fl. 135), sem impugnação do recorrido.

A Procuradoria-Geral da Justiça Estadual oficiou pela decretação da nulidade do processo (art. 246, § único, do CPC) (fl. 141).

O Nobre Presidente daquele Tribunal admitiu o Especial pela letra a, III, do art. 105, do permissivo constitucional (fl. 143).

Intimadas as partes para apresentar razões, apenas a recorrente as ofereceu (fl. 147).

Instada a se manifestar (fl. 154), a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 155/156).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Examino o recurso pela hipótese prevista na letra a do inciso III do art. 105 da Carta Magna em vigor.

Alega o recorrente que o Acórdão recorrido teria negado a vigência do art. 246 do Código de Processo Civil, ao repelir a preliminar de nulidade do processo, argüida na apelação, por falta de intervenção da Curadoria de Liquidações, obrigatória, tendo em vista que a postulante se encontra em regime de liquidação extrajudicial, decretada pelo extinto BNH e prorrogada pela sua sucessora, a CEF.

Contudo, sem razão.

Revelam os autos que a liquidação extrajudicial da recorrente somente foi noticiada por ocasião da apelação, e nela, também, requerida a intervenção da Curadoria de Liquidações.

Cabe ressaltar que, intimado, manifestou-se o Ministério Público, porém, naquela oportunidade, não argüiu nenhuma nulidade e nem alegou qualquer prejuízo (fl. 124).

Assim, não tenho como válida a assertiva no parecer da douta Procuradoria da Justiça Estadual sobre a nulidade do processo força do artigo 246, § único, do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que se afirma, inexistente ofensa ao dispositivo de lei invocada. Isso porque a não intervenção do Ministério público na primeira instância além de nenhum prejuízo acarretar à recorrente, este, em verdade, interveio nos autos nada requerendo. O Acórdão recorrido decidiu corretamente a controvérsia, ao rejeitar essa preliminar, conforme preceitua o art. 249, § 1º, da lei processual civil.

Sobre o tema, leciona Pontes de Miranda:

«Diz o art. 249, § 1º, que o ato processual não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, se isso não prejudicar a parte. Aqui, não se atende à diferença entre nulidade não cominada e nulidade cominada. O que importa é que não haja prejuízo à parte.» (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Tomo III, 1974, pág. 347).

Portanto, ao que se depreende dos autos, não se configura a alegada negativa de vigência do artigo referido. Ao contrário do que afirma a recorrente, a decisão recorrida aplicou com acerto a lei à espécie; não discrepando da doutrina ou do direito pretoriano.

Inexistentes, pois, os requisitos da letra a, inciso III, do art. 105, da Carta Magna, não conheço do Recurso Especial.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Não me parece que o fato de uma sociedade encontrar-se em liquidação imponha a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, nas causas em que figure como parte.

Acompanho o Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.048 — RJ — (Reg. nº 90.0000773-9) — Rel.: O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Cooperativa Habitacional da Guanabara Ltda. — Em liquidação extrajudicial. Recdo.: Condomínio do Edifício Conjunto Residencial Vista Mar. Advs.: Vilma Oliveira de Oliveira e outros e Othon Guilherme de Araújo Dale e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do Recurso Especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. (Julgado em 27-3-90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

## RECURSO ESPECIAL Nº 2.063 — RJ

(Registro nº 90.850-6)

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

Recorrentes: *Francisco Caravello e outros*

Recorridos: *SAGAP — Granja Agrícola e Pastoril Ltda. e Município do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. José dos Reis Feijó Coimbra, Arnaldo Monteiro Luna e outros, Sandra Maria Fernandes da Cruz e outros*

**EMENTA:** Usucapião. Rediscussão de matéria fática e ausência de prequestionamento.

Descabe o recurso especial, se nele pretende o recorrente o reexame de prova, além de versar sobre matéria não tratada na decisão recorrida.

Inocorrência de contrariedade aos arts. 66, nº I e 530, nº I, do Código Civil, e 10, parágrafo único, nº I, do CPC. Conflito pretoriano não caracterizado.

Recurso especial de que não se conhece.

### 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, 3 de abril 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 de usucapião intentada por adquirentes de três áreas contíguas, os quais postulam o reconhecimento do domínio em relação à gleba excedente localizada nos fundos, cuja posse — segundo eles — de há muito lhes fora transmitida pelos mesmos alienantes. Contestado o pedido pela «SAGAP — Granja Agrícola e Pastoril Ltda.» e pelo Estado do Rio de Janeiro, sucedido pelo Município do Rio de Janeiro, após uma alongada tramitação do feito, a sentença de fls. 547/556 julgou a ação improcedente, aduzindo como fundamentos centrais os seguintes: a) área usucapienda é de propriedade da mencionada co-ré, que, na década de 1920, ali implantou um loteamen-

to; b) inexistência de prova sobre o início da posse exercida pelos antecessores dos demandantes; c) interrupção da prescrição aquisitiva em face de notificação dirigida a Augusto Caldas, antecessor dos autores, em 30 de dezembro de 1955. Irresignados, apelaram os vencidos, mas o Acórdão de fls. 620/624 negou provimento ao recurso, mantendo a decisão de 1º grau por seus fundamentos, sob a seguinte ementa:

«Usucapião. Lapso prescricional não comprovado. Área imprecisa. Falta de consentimento do cônjuge. Artigos 10, parágrafo único, I, e 95 do Código de Processo Civil. Sentença mantida» (fl. 620).

Ainda inconformados, os suplicantes manifestaram recurso extraordinário, com arguição de relevância, convertido posteriormente em recurso especial, alegando ofensa aos arts. 66, nº I, e 530, nº I, do Código Civil, uma vez que, não aprovado o loteamento pela Municipalidade, esta não se tornou senhora do leito da rua «Projetada»; bem como atrito com o disposto no art. 10, parágrafo único, inciso I, do CPC, à falta de interpelação da mulher de Augusto Caldas para efeito de interromper o lapso da prescrição aquisitiva. Além disso, apontaram dissonância jurisprudencial, tocante a este último aspecto, com dois julgados, um oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, outro do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo.

Admitido o apelo excepcional pela alínea a do permissivo constitucional, as partes ofereceram razões e contra-razões. A final, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O objetivo dos autores, tal como ressaltado desde logo na peça preambular, é o de legalizar as terras situadas ao fundo das áreas de que são proprietários, estas devidamente tituladas.

O decisório de 1ª instância, confirmado in totum em grau de apelação, por seus próprios fundamentos (fl. 620), negou agasalho à pretensão, considerando, entre outras razões, a existência de via pública em loteamento promovido pela co-ré «SAGAP» e, ainda, a interrupção da prescrição aquisitiva por força de protesto endereçado a Augusto Caldas, antecessor dos ora recorrentes.

Estes os dois pontos atacados no apelo extremo interposto.

Não se vislumbra, porém, contrariedade aos preceitos legais invocados, arts. 66, nº I, e 530, inciso I, do Código Civil, de um lado, e art. 10, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil, de outro.

A sentença, logo no início de sua motivação (fl. 552), acentuou achar-se provada a existência de um loteamento na área usucapienda, criado pela

co-ré, projeto que chegou a ser registrado em competente departamento do município. Ocorreu, assim, sem sombra de dúvidas, a afetação do imóvel ao domínio público no que concerne à faixa destinada ao arruamento, o que se dá *ipso iure*, automaticamente.

Afirmando os recorrentes, no apelo excepcional, que o citado loteamento não foi aprovado pela municipalidade, estão ao certo pretendendo rediscutir fatos, o que se afigura inadmissível nessa via (Súmula 279 do Excelso Pretório).

De outra parte, a decisão de 1º grau, totalmente encampada pelo Acórdão recorrido, reputou interrompida a prescrição aquisitiva frente à interpeção movida contra Augusto Caldas, predecessor dos demandantes. Não cuidou às expressas da notificação de sua esposa, o mesmo ocorrendo com o julgado recorrido, que nenhum fundamento novo lhe acrescentou.

Tem-se daí que o tema em foco não foi devidamente prequestionado (Súmulas 282 e 356 do STF), não bastando a alusão que lhe fez a declaração de voto vencedor prolatado pela ilustre Desembargadora-Revisora. Ter-se-ia aí que inclusive revolver matéria fática, porquanto a recorrida «SAGAP» sustenta que a mulher de Augusto Caldas chegou a ser interpelada conforme certidão de fls. 335v./336.

Não há como falar-se, pois, em afronta ao art. 10, parágrafo único, nº I, do CPC, mesmo porque não se cuidava então de ação real imobiliária.

Além do que restou exposto, cabe observar que os recorrentes não impugnaram um outro fundamento abordado pelo Acórdão recorrido, suficiente, por si só, para arredar-lhes o intento. Reporta-se ele à imprecisão da área usucapienda, matéria esta com efeito não ventilada no recurso especial. Daí a pertinência do enunciado da Súmula 283 do Pretório Excelso no caso presente, consoante bem denotou o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do Dr. Nelson Parucker, que assim enfocou a inconformidade manifestada pelos recorrentes:

«Não têm razão os Recorrentes, *permissa venia*, no particular. Com efeito, o art. 66, inciso I, da lei civil material; a rigor não está em causa, não podendo, por conseguinte, haver sido objeto de qualquer violação. Deveras, dito dispositivo somente assevera serem públicos e de uso comum do povo as ruas, praças, etc. No caso, cuidava-se de parte de um loteamento que destinou certa área para tal finalidade, sendo devidamente registrado (fl. 488). Portanto, matéria insuscetível de rediscussão na presente inconformidade, a teor da Súmula 279, do Pretório Excelso, por envolver questão de prova.

No que se relaciona ao previsto no art. 10, parágrafo único, inciso I, da lei instrumental civil, ao contrário do afirmado na peça recursal, houve a notificação do cônjuge do antecessor dos interessados, na aludida posse, consoante certidão de fl. 335v. Destarte, *concessa venia*, tampouco há falar em conflito com a norma processual, na espécie.

Por fim, de assinalar, que as demais alegações de irresignação, da mesma forma, não procedem, de vez que não prequestionadas e inviável o pretendido dissenso jurisprudencial, eis que não comprovado, devidamente, restando destacar que sobrou outro fundamento, no ven. Aresto recorrido, que não foi alvo de qualquer objeção, por parte dos interessados, mas que é suficiente, *data venia*, para a sua inteira subsistência, qual seja o da absoluta «imprecisão da área usucapienda, cuja posse, pelos antecessores dos Autores, não teria sido comprovada» (fl. 671), de acordo com o gizado no D. voto da Em. Desembargadora Revisora, à fl. 622, *in fine* (Súmula 283 da Corte Suprema). (Fl. 681).

O dissenso pretoriano, como salientado no predito parecer, não é suscetível de caracterizar-se no caso, seja porque os julgados tidos como paradigmas não se acham insertos em repertórios de jurisprudência autorizados, seja porque dizem respeito a hipóteses de todo desassemelhadas, eis que versam ambos sobre rescisões de compromisso de venda e compra.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.063 — RJ (Reg. nº 90.850-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Francisco Caravello e outros. Recdos.: SAGAP — Granja Agrícola e Pastoril Ltda. e Município do Rio de Janeiro. Advs.: Drs. José dos Reis Feijó Coimbra, Arnaldo Monteiro Luna e outros, Sandra Maria Fernandes da Cruz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 3-4-90 — 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Bueno de Souza, Athon 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 2.291 — SP

(Registro nº 90.1791-2)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Milton Giacomino Pagliusi*

Advogados: *Drs. Elza Masako Eda e Raul Schwinden Júnior e outro*

**EMENTA:** Administrativo. Prescrição. Fundo de direito. Inexistência de ato administrativo indeferitório da pretensão. Decreto nº 20.910, de 1932.

I — Não há falar em prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação.

II — Recurso Especial não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 16 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro CARLOS M. VELLOSO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de ação sumaríssima, ajuizada por Milton Giacomino Pagliusi, funcionário da Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo, contra a Fazenda Estadual, objetivando a contagem de 1.461 dias de trabalho remunerado, como monitor, prestados à Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, para todos os fins, na forma da Lei 437/85 e da Lei 10.261/68.

A sentença de fls. 38/42 julgou improcedente a ação, ao entendimento de que o autor não foi servidor da Universidade, pois as funções de monitoramento, privativas dos alunos e exercidas, em geral, por duas ou três vezes por semana, não caracterizam relação de emprego.

A Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento ao recurso do autor, rejeitando a preliminar de prescrição levantada pela ré e reformando a sentença de primeiro grau.

Entendeu o acórdão de fls. 64/65, que «o fato do monitor ser contratado como um estímulo à carreira universitária e à pesquisa não tira da função o caráter laboral, pois o monitor se obriga a prestar serviços à Universidade, ficando sujeito a horário e à disciplina hierárquica, devendo prestar contas de suas atividades ao titular da cadeira que leciona ou ao assistente da mesma a que se acha submetido». Assim, o «vínculo jurídico que o liga à Administração lhe dá a condição de servidor público...».

Inconformada, a Fazenda Estadual interpõe recurso extraordinário, com arguição de relevância, fundamentado no art. 119, III, a e d, da Constituição anterior.

Alega o recorrente que a ação está irremediavelmente prescrita, nos termos do Decreto 20.910/32, tendo sido atingido o «próprio direito» do autor e não apenas «as prestações vencidas há mais de cinco anos».

Sustenta, ainda, que a decisão divergiu da jurisprudência do Pretório Excelso, transcrevendo ementas de acórdãos sobre o tema.

O eminente 3º Vice-Presidente do Tribunal paulista, em despacho de fls. 75, inadmitiu o recurso, considerando que a espécie não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos I a X do art. 325, do RISTF. À fl. 114, tendo em vista a instalação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, admitiu o recurso como especial.

Com as razões da recorrente (fls. 116/119) e do recorrido (fls. 121/126) subiram os autos a esta egrégia Corte.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Administrativo. Prescrição. Fundo de direito. Inexistência de ato administrativo indeferitório da pretensão. Decreto nº 20.910, de 1932.

I — Não há falar em prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação.

II — Recurso Especial não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO (Relator): A rejeição da arguição de prescrição assenta-se sobre os seguintes fundamentos:

«.....

A prescrição não ocorreu.

O apelante não requereu a contagem nas vias administrativas e nem a Administração, por qualquer forma, repeliu a sua pretensão.

Não houve, pois, lesão do direito reclamado há mais de cinco anos que possa justificar a ocorrência da prescrição invocada pela ré. Andou bem a sentença em a repelir.

.....» (fls. 64/65.

Está correto o entendimento do acórdão recorrido.

No REsp. nº 756-SP, por mim relatado, decidiu esta Eg. Turma:

«Administrativo. Prescrição. Fundo de direito. Prestações anteriores ao quinquênio. Inexistência de ato administrativo indeferitório da pretensão. Funcionário do estado de São Paulo. Cálculo dos adicionais e da sexta-parte incorporadamente. Lei Complementar Estadual nº 180, de 12-5-78. Decreto 20.910, de 1932.

I — Não há falar em prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede a citação para a ação. Quando a legislação em que se fundamenta a pretensão é anterior ao ato de reforma ou de aposentadoria do servidor, se a ação é proposta mais de cinco anos após o referido ato, dá-se a prescrição do fundo de direito, porque o ato de reforma ou de aposentadoria, com base na referida legislação, negou a própria pretensão.

II — Inexistência de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

III — Recurso Especial não conhecido (letra a) e conhecido e improvido (letra c).»

No REsp. nº 215-SP, também por mim relatado, outro não foi o decidido por esta Eg. Turma (*DJ* 18-9-89).

Do exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.291 — SP — (Reg. 90.1791-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Milton Giacomino Pagliusi. Advogados: Drs. Elza Masako Eda e Raul Schwinden Júnior e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Américo Luz, pediu vista o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Aguarda o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. (2-4-90, Segunda Turma). Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro CARLOS M. VELLOSO.

#### VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: O ônus da prova cabe a quem alega.

A Fazenda Estadual, no presente caso, alegou haver sido alcançada pela prescrição quinquenal a pretensão de servidor seu, de ter computado como tempo de serviço público, para os efeitos legais, período em que serviu à Universidade Federal do Rio de Janeiro, como monitor.

Acontece, entretanto, que o terminus a quo do prazo extintivo, na hipótese em tela, não é a data em que concluiu a prestação do mencionado serviço, mas, sim, aquela em que passou a servir ao Estado de São Paulo, entidade perante a qual se pretende fazer valer a dita pretensão.

Nos autos, entretanto, nada consta sobre o assunto, o que impede seja a questão apreciada.

Meu voto, por isso, é pelo não conhecimento.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.291 — SP — (Reg. nº 90.1791-2) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Carlos M. Velloso. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Milton Giacomino Pagliusi. Advogados: Drs. Elza Masako Eda e Raul Schwinden Júnior e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (16-4-90, Segunda Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro.

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