

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 2.250-0 — SP
(Registro nº 90.0001599-5)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Mecânica Iman Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Tereza Roma e outros*

EMENTA: Tributário, Civil e Processual Civil. Fraude à execução. Bem imóvel alienado antes da execução mas posterior à sua transcrição no registro imobiliário. Arts. 530, I, 533 do Código Civil e 185 do CTN. 1. A propriedade imobiliária só se transmite após a transcrição do título no registro de imóveis. 2. A presunção de fraude prevista no art. 185 do CTN é *juris et de juris*. 3. Pode sofrer constrição judicial o imóvel alienado por escritura pública firmada em data anterior à execução fiscal mas levado à transcrição no registro imobiliário somente depois de seu ajuizamento. 4. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Mi-

nistros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 04 de outubro de 1993
(data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: A recorrente

tirou agravo de instrumento em execução fiscal contra despacho que indeferiu seu pedido para que fosse procedida a penhora em bem imóvel que pertencera à recorrida, cuja escritura pública de compra e venda fora celebrada em março de 1982.

Entende a recorrente que, como o registro imobiliário só foi procedido em 18 de julho de 1984 e tendo sido a execução aparelhada em outubro de 1982, teria havido fraude à execução, razão pela qual poderia a penhora recair sobre o bem reportado.

O v. aresto hostilizado assim decidiu a causa, em sua integral reprodução:

“Nada obstante ter sido registrada somente em 18.06.84, a escritura foi lavrada em 3.3.82, por instrumento público, nas Notas do 2º Tabelião da Comarca de Suzano.

Ora, tal circunstância, afasta, completamente, a alegada fraude de execução, posto que esta só foi ajuizada em 29.10.82, portanto, quase oito meses depois da lavratura daquele instrumento.

Nada será possível argüir em relação a este, no que tange à sua autenticidade, à vista de merecer fé pública até prova cabal em contrário, produzida em ação adequada” (fls. 24).

Inconformada, a recorrente lançou o recurso extraordinário com arguição de relevância, convertido, *ipso jure*, no especial de que se cuida, com base nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, em que

alega ofensa aos arts. 185 do CTN e 530, I, e 533 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial, cujo seguimento foi negado pelo Juízo primeiro de admissibilidade e ordenado por despacho do eminente Ministro José Delgado, ~~que~~, à época, atuava em substituição ao eminente Ministro Pedro Acioli.

A irrisignação não foi respondida e a douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): A questão a ser deslindada está em definir se é da **data da escritura** de compra e venda de bem imóvel ou se é da **data do seu registro** que se estabelece como fraudulenta a alienação de bens por sujeito em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Assim, há de se estabelecer se a alienação, por escritura pública de compra e venda, torna ou não imune à constrição judicial o imóvel que lhe tenha servido de objeto, se, ao tempo de celebração daquele instrumento público, não corria contra o vendedor ação de execução fiscal, que só foi aparelhada posteriormente, em data ulterior à venda, mas anterior ao registro.

O r. aresto hostilizado, conforme salientado no relatório, entendeu

que não, visto que a circunstância de a escritura ter sido lavrada em 3.3.82, por instrumento público, inobstante ter sido registrada somente em 16.08.84, teria afastado, completamente, a alegada fraude de execução, posto que esta só foi ajuizada em 29.10.82, portanto, quase oito meses depois da lavratura daquele instrumento.

Com base nessas premissas teve por “não ser possível nada argüir em relação a tal instrumento, no que tange à sua autenticidade, à vista de merecer fé pública até prova cabal em contrário, produzida em ação adequada”.

Data venia, não me parece ter sido dado ao feito a melhor solução.

A questão tem seus desdobramentos.

Reconheço que há ponderáveis argumentos a sustentar posições divergentes.

Inicialmente há de ser fixado que o direito brasileiro, tendo adotado o sistema binário ao exigir o pacto de transferência do imóvel e a sua transcrição no registro apropriado, estabeleceu, na lição de SERPA LOPES (in “Curso de Direito Civil”, vol. VI, ed. Freitas Bastos, 1ª ed., 1960, 346, pág. 351), ser essa segunda fase condição essencial não só de eficácia como de constituição.

ORLANDO GOMES (in “Direitos Reais”, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991), leciona que “sem transcrição, não se adquire *inter vivos* a propriedade de bem imóvel. É seu principal modo de aquisição. Não basta o título translativo. Preciso é

que seja registrado. Do contrário, não opera a transferência, a que, simplesmente, serve de causa. Assim é nos sistemas jurídicos, como o nosso, que não reconhecem força translativa aos contratos ... Entre nós nenhum título *adquirendi* é hábil para transmitir a propriedade do bem imóvel. Todos estão sujeitos a registro, sejam onerosos ou gratuitos” (pág. 132).

E mais:

“O princípio da obrigatoriedade significa que o registro do título translativo é indispensável à aquisição da propriedade imobiliária *inter vivos*. A lei o condensa em termos claros, ao declarar que, enquanto se não transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos. Somente, pois, o registro confere propriedade, não bastando a escritura, tanto assim que se o alienante firmar duas escrituras, vendendo o mesmo imóvel a pessoas diferentes, adquirir-lhe-á a propriedade o primeiro que registrar, ainda que o seu título translativo seja de data posterior. A necessidade do registro, fazendo-se sentir de modo tão *peremptório*, determina, assim, sua obrigatoriedade, que a lei estabelece expressamente” (op. cit., pág. 137).

J. M. DE CARVALHO SANTOS, no seu “Código Civil Brasileiro Interpretado” (Freitas Bastos, volume VII, 11ª edição, 1987), observa que “o que transfere o domínio é a transcrição” (pág. 346). Assim, “antes da transcrição, o ato da aliena-

ção é mero contrato, que só obriga as partes contratantes, não passando o comprador de mero credor do alienante, contra o qual só lhe compete ação pessoal para obrigá-lo a entregar o imóvel ou indenizar perdas e danos (LAFAYETTE, cit., § 48)" (pág. 347).

Já CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (in "Instituições de Direito Civil", vol. IV, 6ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1984), salienta que "pelo nosso direito, o contrato não opera a transferência do domínio. Gera tão-somente um direito de crédito, impropriamente denominado direito pessoal. Somente o registro cria o direito real. É o registro do instrumento no cartório da sede do imóvel que opera a aquisição da propriedade (Cód. Civil, arts. 530 e 531)" (pág. 92).

ARNOLD WALD, por sua vez (in "Direito das Coisas", 8ª, com a colaboração do Prof. ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, vol. III, ed. 1991) ensina que "o direito contemporâneo oferece-nos dois sistemas distintos de transferência de propriedade — o franco-italiano e o germânico. Para aquele, o simples contrato transfere a propriedade, o acordo de vontade é suficiente para que determinado bem saia de um patrimônio sendo incorporado a outro. Os registros públicos, no sistema franco-italiano, visam apenas documentar e comprovar o negócio feito, dando-lhe efeitos em relação aos terceiros, que não foram partes na operação contratual. No sistema germânico, ao

contrário, a propriedade só se transfere mediante a transcrição do ato ou da sentença do Registro de Imóveis competente. É este último aliás o sistema adotado pelo nosso direito. A propriedade imobiliária só se transfere mediante transcrição do ato jurídico ou da sentença no Registro de Imóveis" (pág. 138).

A seguir, arremata:

"No sistema germânico e brasileiro, o contrato só cria obrigações, cujo inadimplemento importa perdas e danos, isto é ressarcimento do prejuízo causado. Mas o contrato por si só não transfere a propriedade. Assim, se o vendedor não entrega a coisa vendida e a escritura de venda, por qualquer motivo, não pode ser transcrita no Registro de Imóveis, a única possibilidade para o comprador é rescindir a compra e pedir uma indenização pelos prejuízos que o vendedor lhe causou" (op. cit., pág. 138).

Por isso que WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (in "Curso de Direito Civil — Direito das Coisas", ed. Saraiva, 20ª ed., 1981, p. 109) entende que, enquanto não tenha sido procedida a transcrição da compra e venda do imóvel, ainda que lavrada em escritura pública, o comprador só tem direitos pessoais invocáveis contra o vendedor (um mero direito de crédito, na observação de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA).

Tanto é assim que o proprietário poderá celebrar duas ou mais escrituras tendo por objeto a venda de um mesmo bem imóvel e só lhe su-

cederá aquele que primeiro registrar o título, restando aos demais um mero direito pessoal.

É que há de ser considerado o disposto nos arts. 530, I, e 533 do Código Civil, *verbis*:

“Art. 530 — Adquire-se a propriedade imóvel:

I — Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel”.

“Art. 533 — Os atos sujeitos à transcrição (arts. 531 e 532, n^{as} II e III) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856 e 860, parágrafo único)”.

Fixado esse ponto, tem-se, assim, que a transmissão do bem, cuja penhora se pretende, deu-se em 18.6.84, quando foi procedido o registro.

Há de ser verificado, agora, o alcance da norma contida no art. 185 do Código Tributário Nacional, *in litteris*:

“Art. 185 — Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução”.

Referido dispositivo, tem como fonte inspiradora o art. 2º do Decreto nº 22.866/33, que, como observa CELSO RIBEIRO BASTOS (in “Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário”, ed. Saraiva, 1991, pág. 605), “o texto era mais drástico do que o do CTN” pontificando que “*consideram-se feitas em*

fraude da Fazenda Pública as alienações ou seu começo, realizadas pelo contribuinte em débito”.

Aliás, o art. 593 do Código de Processo Civil também cuida de dar garantia ao credor, nele estando inserida norma que muito se assemelha à de que trata o art. 185 do CTN.

Por isso é que tenho como de bom aviltre trazer a lição de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (in “Comentário ao Código de Processo Civil”, Forense, Rio, vol. VI, t. II, p. 495), que, ao comentar o citado artigo da Lei Adjetiva, demonstra as diferenças existentes entre fraude contra credores e fraude à execução, salientando que nesta “o elemento da má-fé é indiferente, tanto ao devedor como ao adquirente, presumido, em regra, *juris et de jure*, desde que ocorram os requisitos dos incisos deste artigo, inclusive os previstos em leis especiais (v.g. *Lei nº 5.172, de 1966 — “Sistema Tributário Nacional”*)”.

Por isso que “os atos afetados pela ‘fraude contra credores’ são anuláveis”, enquanto “os atos visados pela fraude à execução são ineficazes” (op. cit., loc. cit.).

No mesmo diapasão a voz autorizada do mestre PONTES DE MIRANDA (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, Rio, 1ª ed., vol. IX, p. 446), quando leciona que “é preciso que se não intrometa no assunto da fraude à execução o elemento da culpa, nem, tampouco, do lado do adquirente, o ele-

mento da má-fé. Quem faz transcrever a alienação depois da decretação da falência frauda a execução, ainda que não tenha tido culpa o alienante em se retardar a transcrição, e ainda que de boa-fé o adquirente. O suporte fático da fraude à execução nada tem com o suporte fático da fraude contra credores”.

Destarte, irrelevante perquirir se presente ou ausente o **concilium fraudis**.

Tem-se, assim que até nas execuções entre particulares o direito do credor tem a proteção mencionada; **a fortiori** há de ter o crédito da fazenda pública, quando mais porque o cogitado art. 185 do CTN há de ser interpretado sistematicamente, dentro do contexto onde ele está subsumido, vale dizer, do capítulo que disciplina os privilégios e garantias do crédito tributário.

No caso, é certo que a escritura foi lavrada por instrumento público em 3.3.82, mas só foi levada ao registro imobiliário em 18.6.84, ao passo que a execução foi ajuizada em 29.10.82.

Com efeito, ela só deixou de integrar o patrimônio da recorrida após o aparelhamento da cobrança judicial. É o que exsurge da simples leitura dos arts. 530, I, e 533, do Código Civil.

Destarte, quando foi procedido o registro já havia execução ajuizada do que resulta evidente que já aí na ocorrência da fraude prevista na lei tributária.

Por isso tudo é que conheço do recurso para lhe dar provimento, reformando o r. aresto vergastado, para o fim de determinar seja procedida a penhora no bem indicado pela recorrente e cogitado no recurso ora dirimido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.250-0 — SP — (90.0001599-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Asfor Rocha. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Maria Tereza Roma e outros. Recdo.: Mecânica Iman Ltda.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Aguarda o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira (em 23.06.93 — 1ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: A controvérsia gravita em torno destes fatos:

a) o Estado de São Paulo, em outubro de 1982, promoveu execução fiscal;

b) requereu que a penhora incidisse sobre imóvel que pertencera à executada e fora alienado, em março de 1982, mediante escritura pública de compra e venda;

c) afirma que a alienação é ineficaz, porque o registro da escritura de compra e venda somente ocorreu em julho de 1984. Teria, assim, ocorrido fraude à execução;

d) por isto, a penhora poderia recair sobre o imóvel.

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo repeliu a pretensão, porque:

“Nada obstante ter sido registrada somente em 18.06.84, a escritura foi lavrada em 3.3.82, por instrumento público, nas Notas do 2º Tabelião da Comarca de Suzano.

Ora, tal circunstância, afasta, completamente, a alegada fraude de execução, posto que esta só foi ajuizada em 29.10.82, portanto, quase oito meses depois da lavratura daquele instrumento. Nada será possível argüir-se em relação a este, no que tange à sua autenticidade, à vista de merecer fé pública até prova cabal em contrário, produzida em ação adequada” (fls. 24).

O Estado recorreu, invocando as alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Alega ofensa aos arts. 185 do CTN, e 530, I, e 533, do Código Civil.

O e. Ministro Cesar Rocha, Relator deste recurso, dá-lhe provimento, porque, em seu entendimento,

“A propriedade imobiliária só se transmite após a transcrição do título no registro de imóveis.

A presunção de fraude prevista no art. 185 do CTN é *jure et de jure*.

Pode sofrer constrição judicial o imóvel alienado por escritura pública firmada em data anterior à execução fiscal mas levado à transcrição no registro imobiliário somente depois do ajuizamento.”

Para chegar a estas proposições, o Ministro Cesar Rocha desenvolveu primoroso e erudito voto, fincado em boa doutrina.

Pedi vista, porque, há pouco tempo a E. Corte Especial inseriu na Súmula de nossa Jurisprudência, o verbete que tomou o nº 84, nestes termos:

“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

A Súmula nº 84 consolidou tendência que prosperou na Segunda Turma e no âmbito das Turmas integrantes da Segunda Seção, gerada em magníficos votos. Destes, lembro o pronunciamento do e. Ministro Athos Carneiro, no REsp nº 1.172, *in verbis*:

“Sr. Presidente, ao apreciar este tema impressiono-me, sobremodo, com as conseqüências, no plano social, dos nossos julgamentos.

Sabemos que no nosso país, principalmente nas camadas pobres da população, um grande número de negócios, e até direi, a maior parte

dos negócios, é efetuada de maneira menos formal, e até absolutamente informal. Compram-se e vendem-se pequenos terrenos, apartamentos e casas apenas mediante a emissão de recibos, sinais e arras e mesmo de promessa de compra e venda ou “transferências de posse” redigidos de forma singela. E é muitíssimo comum que esses documentos não venham a ser registrados no Registro de Imóveis, inclusive porque com frequência os termos em que estão vazados não permitiriam o registro. Para o registro imobiliário é necessário que o contrato revista determinados requisitos, o que exige, frequentemente, a presença do tabelião ou do profissional do Direito.

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

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

desde antes do surgimento do crédito que origina a penhora.

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

Tenho a impressão de que levar nosso raciocínio para o terreno do direito registral importará inclusive na aplicação das normas jurídicas dentro de um, digamos assim, tecnicismo exagerado. É certo que, num plano, puramente registral, o domínio do imóvel penhorado ainda, tecnicamente, integra o patrimônio do promitente-vendedor.

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

Então, se dirá: mas o credor não sabia disso; o credor considerava que o imóvel era do promitente-vendedor; emprestou-lhe dinheiro, ou com ele negociou, confiante de que aquele imóvel fazia parte, sem ônus, do seu patrimônio. Será que essa assertiva corresponde às realidades da vida? Será que o credor foi

realmente averiguar no Registro Imobiliário? Não atentou para a circunstância de que naquele imóvel estaria morando alguém, às vezes há muitíssimos anos, comportando-se como dono? E a penhora, por sua vez, terá ela sido objeto de registro, de molde a ter eficácia perante terceiros?

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

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

De maneira que, rogando vênias ao eminente Relator, e reconhecendo as dificuldades da matéria e o peso dos argumentos em contrário, ousou divergir da Súmula nº 621, retornando à antiga orientação do Pretório Excelso, revelada, v.g., nos RREE in RTJ, 91/257; RTJ, 92/818; destarte, mantenho o aresto proferido pelo eg. Tribunal de Alçada do Estado do Paraná."

Adiro ao preceito sumulado.

Na hipótese que ora examinamos, o acórdão recorrido se ajusta àquele dispositivo.

Peço vênias ao e. Relator, para negar provimento ao recurso.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente e Srs. Ministros, reconheço a profundidade dos argumentos lançados, inclusive do Sr. Ministro Cesar Rocha, com fonte doutrinária de respeitável significação. Porém, tenho sempre me deixado dominar pela orientação de que nenhuma lei ou aplicação do Direito não pode fugir das realidades, sob pena de ficar esbarrada ou expulsa do sentido contemporâneo do objetivo que pretendeu alcançar.

Com essas explicações, peço vênias para, divergindo, acompanhar, no caso concreto, o eminente Ministro Gomes de Barros.

VOTO — DESEMPATE (VOGAL)

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente, em relação ao surgimento de questões novas, ao contrário, não é possível nesta fase.

A presunção do legislador é a de que já temos educação suficiente para saber que uma escritura pública, uma promessa de compra e venda ou mesmo uma escritura pública de compra e venda não vale contra terceiros, se não levada a trans-

crição, no registro imobiliário próprio. E o registro não tem a função exclusiva de transferir a propriedade. São três as funções precípuas: a primeira delas é a fixação da data do contrato — presume-se realizado na data em que foi levado a registro. A segunda finalidade é a da publicidade do ato que foi firmado entre duas ou mais pessoas. Do ato do registro é que os terceiros, os que não intervieram no contrato, têm conhecimento da existência do contrato. E a última consequência é exatamente a da transferência da propriedade imobiliária.

Ao se entender que um contrato, sem o devido registro, seja traslativo da propriedade, ou tenha eficácia em relação a terceiros, abrem-se ensanchas a abusos inomináveis. Por exemplo, uma ação executiva em que se penhora um bem móvel ou imóvel. A penhora, segundo os tratadistas, é premonitória. Ela previne os atos alienatórios ou esbulhatórios futuros, em relação ao bem penhorado. Mas, a prevalecer esse ponto de vista, penhorado o imóvel, o devedor poderá se acumpliciar com terceiros e fazer contratos alienatórios e embargar a penhora, como terceiro, ou na condição de proprietário do imóvel. A penhora, aí, não teria, absolutamente, nenhum valor, deixaria de ser premonitória, como esclarece o eminente Relator, porque um contrato de promessa de venda, sem o registro, teria um valor maior que a apreensão judicial, teria um valor maior que a escritura devidamente registrada sobre cuja propriedade litigam as partes.

Com um contrato de promessa de compra e venda, muitas vezes forjado, sem ser levado a registro, para efeito de publicidade — repito — pode-se impedir uma execução, ou pode-se impedir o andamento de uma ação existente entre duas partes que possuam, na realidade, contrato devidamente registrado.

Com a máxima vênia dos eminentes Ministros que votaram em contrário, acompanhado, com todas as honras, o eminente Ministro Cesar Rocha.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.250-0 — SP — (90.0001599-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Asfor Rocha. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Maria Tereza Roma e outros. Recdo.: Mecânica Iman Ltda.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, verificou-se o empate. Estando presente à sessão o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, foi lhe dada a palavra, tendo em vista, que ele tinha condições de votar. Após o seu voto acompanhando o Exmo. Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira, deu pro-

vimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira,

Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 4.295-0 — SP
(Registro nº 90.0007361-8)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Municipalidade de São Paulo*

Recdo.: *Jayme Scaramelli — espólio*

Advs.: *Angélica Marques dos Santos e outros, e Isa Maria Francese*

EMENTA: Administrativo. Funcionário. Reintegração. Prescrição. Pagamento. Correção monetária. 1. Em função da reintegração do funcionário às funções anteriormente ocupadas, os atrasados devem ser pagos corrigidos monetariamente. 2. A correção monetária não é um *plus*, mas simples atualização da moeda, sendo devida em todas as obrigações. 3. O lapso prescricional começa a fluir a partir do momento em que deveria ter sido adimplida a obrigação, sendo interrompido pelo cumprimento daquela, ainda que incompleto. 4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento. Votaram os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, José de Jesus Filho, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Contra acórdão que, rejeitando a prescrição, determinou a incidência da correção monetária

sobre o **quantum** administrativamente pago ao autor, a partir da data em que ocorreu o referido pagamento, manifestou a municipalidade de São Paulo o presente especial, alegando violação dos artigos 219, 269, IV, CPC; 1º do Decreto nº 20.910/32, além da Lei nº 6.899/81, bem como divergência jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Uma vez que a Administração reintegrou o funcionário ao cargo que ocupava, com direito ao pagamento integral dos vencimentos correspondentes ao tempo em que esteve afastado e, como efetuou referido pagamento desatualizado, o espólio de Jayme Scaramelli acionou a municipalidade de São Paulo visando à percepção da correção e demais consectários legais.

Os recursos das partes foram decididos pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo nesses termos (fls. 94/6):

“A demissão ao ser revista, não há dúvida, se pautou na absolvição penal do agente, descaracterizando-se o ato administrativo, que não aguardou aquele deslinde. Ao operar-se o pagamento ao funcionário reintegrado, em sendo incompleto, tendo-se em vista, mesmo, o espírito do ressarcimento, espelhado nos termos do documento de fls. 14, formalizou-se o ilícito civil, que torna o resultado devido como dívida de

valor, ou seja, o montante da correção monetária não paga, para atuar a obrigação a satisfazer-se. Aliás, pela jurisprudência, não mais se questiona sobre dívida de valor e dívida de dinheiro. A sua incorporação judicial empresta-lhe o conteúdo de valor, precipuamente.

E a prescrição não houve. Reintegrado o funcionário, estava no aguardo de ser satisfeito de tudo que lhe era devido pela municipalidade, atualizadamente. Assim, a partir do pagamento ou do aparente cumprimento da obrigação da municipalidade é que se conta o lapso prescricional. Ou seja, da data do recebimento, que se reputa parcial e não inteiro. Se o funcionário deixasse fluir o quinquênio, fulminado estaria seu direito, consoante copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aplicada nesta Câmara.

Se o pagamento incompleto deu-se a 12/1/1983, a 5/1/1988 foi despachada a inicial, seguindo-se despacho para citação e completada esta a 14/1/1988 (fls. 21). Tais atos judiciais interromperam, na esteira da melhor jurisprudência, o alcance prescricional, que se não atingiu.

Neste episódio, de contagem de datas e prazos, não se antevê má-fé da litigante-ré, que obrou em equívoco delineamento, sem evidente malícia.

Assim, o pagamento deve ser completado da seguinte forma ao vencedor: da data da demissão do funcionário, ocorrida, até a data em que fez a municipalidade o paga-

mento incompleto, flui correção monetária sobre todo o montante devido e conforme o reconhecimento administrativo (fls. 14). Então, desse cálculo, abater-se-á o quanto pagou a municipalidade. Sobre o saldo apurado, vencer-se-á correção monetária até a data da efetiva liquidação, mais juros de mora, estes a partir da citação (época em que se positiva a mora, com o retardamento, segundo o correntio entendimento jurisprudencial). A municipalidade pagará, ainda, as custas em reembolso, corrigidas das datas em que o autor as recolheu, mais a verba honorária consignada na r. sentença. De suas custas, a municipalidade está isenta, **ex vi legis**.

Não se há de cogitar da Lei nº 6.899/81, precisamente, pois antes dela já se havia por reconhecido o reajustamento monetário nos débitos judiciais, formados em ilícito civil (obrigação de valor, qualquer, deixada de ser satisfeita, parcial ou **in integrum**)."

Adotando a decisão supratranscrita, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.295-0 — SP — (90.0007361-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Angélica Marques dos Santos e outros. Recdo.: Jayme Scaramelli-espólio. Advogada: Isa Mara Francese.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso mas negou-lhe provimento (em 07.02.94 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 4.732-0 — SP

(Registro nº 90.0008285-4)

Relator: *O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Divaldo Barbosa e outros*

Advogados: *Drs. Maria Aparecida Medina Fecchio e outro, e Antônio Roberto Sandoval Filho*

EMENTA: Administrativo. Vantagem funcional. Cálculo dos adicionais. Prescrição (Decreto Federal nº 20.910/32). Fundo do direito. Prestações anteriores ao quinquênio. Constituição Estadual, art. 92, VIII. Lei Complementar nº 180/78. Lei Estadual nº 6.043/61. Súmulas nºs 163, TFR e 443, STF. 1. A Constituição renega alteração ditada por lei complementar, com fundamento de hierarquia inferior, restando intangido o direito materialmente constituído pela Lei Maior. 2. A prescrição somente alcança as prestações anteriores ao quinquênio precedente à citação para a ação, no caso concreto, não albergando o fundo do direito. 3. Na espécie examinada, a repercussão prescricional limita-se às prestações periódicas e sucessivas anteriores à data da citação (art. 3º, Decreto nº 20.910/32). 4. Precedentes da jurisprudência. 5. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Mi-

nistro Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Brasília, 23 de junho de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Nos autos da apelação cível proposta por Divaldo Barbosa e outros contra a Fazenda do Estado de São Paulo, na qual pleiteiam

o cálculo dos adicionais por tempo de serviço de forma cumulativa, a incidência dos adicionais sobre a sexta-parte de forma recíproca, o enquadramento na conformidade dos artigos 3º, 4º e 23, da Lei Complementar Estadual nº 180/78 e o pagamento das diferenças atrasadas pela prescrição quinquenal, o Egrégio Tribunal de Justiça local deu parcial provimento, excluindo a prestação porque não ocorrente.

Malferindo essa decisão, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário (art. 119, III, *a* e *d*, da CF/67), com arguição de relevância, alegando que o v. aresto negou vigência ao artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, ao rejeitar a prescrição.

Entende a recorrente que a prestação atingiu o próprio direito reclamado e não as prestações vencidas há mais de cinco anos e que, no caso, não se aplica o verbete da Súmula nº 443/STF.

Além disso, alega a Fazenda que o **decisum** malsinado divergiu de julgados da Suprema Corte (fls. 355/360).

O recurso extraordinário foi convertido em especial e admitido pelo Egrégio Tribunal a **quo** (fl. 391).

Contra-arrazoando, os recorridos evidenciaram o não cabimento do apelo, por não restarem cumpridas as exigências do art. 255 do RI/STJ e, no mérito, disseram incorrer a prescrição, “pois esta só passa a ser contada a partir do dia em que a Administração nega o benefício pleiteado” (fls. 401/406).

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Eduardo Weaver de Vasconcelos Barros, opinou pelo provimento do apelo, destacando:

“Praticada uma pretensa lesão a um direito, a falta de manifestação da parte que se considera lesada, por todo esse largo período de tempo, impõe a incidência plena da prescrição, fulminando qualquer possibilidade de futuro questionamento da matéria, em precisa e justa aplicação do ideal de pacificação social que inspira o fenômeno da prescrição, na exata conformação do que ocorre com qualquer obrigação patrimonial, segundo os princípios orientadores do sistema de composição dos conflitos.

Não parece correto sustentar, portanto, ainda que indiretamente, a imprescritibilidade das vantagens dos funcionários públicos, não só por criar injustificado privilégio em relação aos direitos das pessoas em geral, como por acabar invertendo o sentido do princípio que levou ao sistema de prescrição mais drástico do citado Decreto nº 20.910/32” (fls. 425/426).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Cuida o recurso (art. 105, III, *a*, CF) de questão afeita à prescrição de vindicado direito, não reconhecida pelo v. acórdão hostilizado, aprisionando vantagens funcionais, suprimidas pela

Administração Pública, aduzindo a parte recorrente:

omissis

“... entendeu o v. acórdão recorrido que não ocorreu a prescrição, porque a pretensão dos autores recai sobre cada sucessiva parcela dos vencimentos.

Entretanto, a recorrente não pode se conformar com o v. aresto, uma vez que este, ao rejeitar a prescrição da ação, acabou por negar vigência ao artigo 1º de Decreto Federal nº 20.910/32, consoante se demonstrará a seguir” (fl. 356).

.....

“Ora, a prescrição, **in casu**, atingiu o próprio direito reclamado, e não as prestações vencidas há mais de cinco anos, como decidiu o v. acórdão recorrido.

De fato, a pretensão dos recorridos não significa apenas e tão-somente, o pagamento de verbas já reconhecidas por lei, mas a subversão do atual sistema retributório, havendo uma verdadeira mescla do sistema antigo com o atual.

Conclusivo, pois, que o que se está a discutir consiste no próprio direito em si, sendo suas irradiações patrimoniais meras conseqüências dependentes do reconhecimento de alegada lesão.

Data venia, em virtude dessas razões não se aplica ao caso em tela a Súmula nº 443, do Pretório Excelso, como decidiu a Col. Câmara.

Tratando-se de ação cuja procedência depende do reconhecimento

do próprio direito, e cujo ajuizamento ocorreu em data posterior ao quinquênio prescricional, de rigor a decretação da prescrição, nos termos do citado artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910/32” (fl. 357).

Não obstante essas incisivas anotações, com objetividade e segurança, assentou o v. julgado:

omissis

“Não ocorreu a prescrição.

A pretensão dos autores recai, na verdade, de modo independente, sobre cada sucessiva parcela dos vencimentos, persistindo o direito à percepção da correta retribuição pecuniária, com a ressalva de que, eventualmente, não estejam atingidos pela liberação quinquenal” (fl. 350).

Na vigia recursal, comemora-se que a ação foi promovida por funcionários da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, visando a percepção de adicionais por tempo de serviço, entendendo os autores, ora recorridos, que o Estado, aplicando a Lei Complementar nº 180/78, “... viola as normas legais e o próprio entendimento jurisprudencial mais recente e a própria norma constitucional, pois segundo este o adicional e a sexta-parte incidem sobre os “vencimentos integrais”.

A bem se ver, a teor do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, atento aos limites do recurso posto, o tema finca-se no exclusivo circunlóquio da prescrição.

E o que pretendem os autores? Pediram a reincorporação, aos seus vencimentos, dos adicionais especificados na inicial. O Estado, recorrendo, insiste na ocorrência da prescrição, sob a razão de que teria atingido o fundo do direito questionado. Põe-se: teriam os funcionários permanecido inertes por mais de cinco anos? Eis, pois, a indagação básica: ocorreu tão-somente a prescrição das parcelas mensais ou do fundo do direito (art. 3º, Decreto nº 20.910/32)?

A respeito, no REsp nº 5.635-0-SP, como Relator, fazendo remissão às alegações insculpidas pela Subprocuradoria Geral da República, no voto, registrei:

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

(dia-a-dia, mês a mês, ano a ano conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos exatos termos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza: “Art. 3º — Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que se completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto”. Se, como está expresso nesse dispositivo legal, a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente **quantum**) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião no momento em que deve ser feito seu pagamento, tudo o que a esse **quantum**, que é a prestação, está indissolavelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorre ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal), ou de má interpretação da Administração Pública) se rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, reconhece, portanto, a exigência incontroversa do fundo do direito, mas paga menos do que é constitucional ou ilegalmente devido o direito ao pagamento certo renasce periodicamente. Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimento sucessivo na Administração Pública e a reclamação expressa do funcionário — se o servidor público requer ao Estado

a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão” (RE nº 110.419, Pleno, Rel. Ministro Moreira Alves).

Ora, a Administração nunca recusou aos recorridos o pagamento de seus vencimentos acrescidos de todos os adicionais considerados devidos. A controvérsia gira, única e exclusivamente, em torno do critério de cálculo do adicional por tempo de serviço (sua incidência ou não sobre a chamada “sexta-parte”) — vale dizer, sobre o **quantum** da vantagem jamais contestada. Se o principal, o direito, nunca foi negado, obviamente não houve lesão que desencadeasse o fluxo prescricional. A prescrição, em tal caso, se ocorrente, limita-se às parcelas vencidas mantendo-se íntegra a ação (direito — pretensão — ação) relativa ao fundo de direito”.

Nesse sentido, à palma de reforço, não se omitindo as Súmulas nºs 163-TFR e 443-STF, em casos por tudo semelhantes, a jurisprudência desta Corte é firme:

— “Administrativo. Prescrição. Fundo de direito. Prestações anteriores ao quinquênio. 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 re-

clamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que precede à citação para a ação.

II. Inexistência de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

III. Recurso especial não conhecido (letra a) e conhecido e improvido (letra c)” (REsp nº 1.361-SP, Rel. Min. Carlos Velloso — in DJU de 10.02.90).

— “Processual Civil — Prescrição — Funcionário — Gratificação.

O pedido de aplicação de critério correto para a fixação do **quantum** de adicionais, difere da vindicação da própria gratificação. A incidência da prescrição há de levar em conta a postulação que, na espécie, só ocorre nas prestações vencidas.

Afastada a negativa de vigência a tratado ou lei federal.

Recurso conhecido pela letra c e improvido” (REsp nº 2.168-SP, Rel. Min. Garcia Vieira — in DJU de 25.06.90).

— “Administrativo — Servidor público — Adicional por tempo de serviço — Prescrição quinquenal — Sentido da Súmula nº 443 da E. Corte.

O pedido é sobre a aplicação de critério correto para fixação de **quantum** devido, diferentemente da pretensão à gratificação. O eminente Ministro Moreira Alves esclareceu que os acórdãos nos quais se apóia a Súmula nº 443 distingue “o direito de ter uma vantagem do direito ao critério para o estabelecimento do **quantum** dessa vantagem, para considerar que, no último

caso, só corre a prescrição das prestações vencidas” (REsp nº 1.221-SP, Rel. Min. Garcia Vieira — in DJU de 28.05.90).

— “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 12.05.78 — 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. 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)” (REsp nº 756-SP, Rel. Min. Carlos Velloso — in DJU de 05.02.90).

— “Prescrição — A Constituição não pode ser modificada por lei

complementar. Em se considerando a chamada hierarquia das leis, entre elas forma-se relação de subordinação a inferior tem fundamento na superior. Em consequência, alteração introduzida pela segunda é carente de eficácia. Na hipótese, o direito material resta intocável. A prescrição alcança apenas as prestações sucessivas” (REsp nºs 1.342-SP, e 2.866-SP, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro — in DJU de 18.12.89 e 11.07.90).

— “Administrativo — Vantagem funcional — Recálculo de vencimentos com incidência dos adicionais por quinquênio sobre a sexta-parte — Artigo 92, VIII, da Constituição Paulista — Prescrição — Decreto nº 20.910/32 — Fundo de Direito.

Inocorrência na hipótese da prescrição aludida, porquanto o direito postulado pelos autores esteve expressamente assegurado, no tempo, pela Constituição Paulista. Recurso não conhecido” (REsp nºs 737, 1.044, 2.904 e 2.906-SP, Rel. Min. Américo Luz — in DJU de 13.11.89, 05.08.90 e 18.07.90).

— “Administrativo. Vantagem funcional — Recálculos de vencimentos — Incidência recíproca e sucessiva — Adicionais — Sexta-parte — Art. 92, VIII, da Constituição Paulista — Prescrição — Decreto nº 20.910/32 — Fundo de Direito.

I — Inocorrência na hipótese da prescrição aludida. O direito postulado esteve expressamente assegurado pela Constituição Paulista.

II — Recurso que se conhece e se lhe nega provimento” (REsp nº 1.343-

SP — Rel. Min. Geraldo Sobral — in DJU de 09.04.90).

Confluente ao entendimento cultivado harmoniosamente, excluídas as parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu a citação da ação, sombreada a perspectiva de sucesso da pretensão da deduzida pela parte recorrente, confortado o v. acórdão pela rememorada jurisprudência, voto pelo improvimento do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.732-0 — SP — (90.0008285-4) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Milton Luiz Pereira. Recente.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Maria Aparecida Medina Fecchio e outro. Recdos.: Divaldo Barbosa e outros. Advogado: Antônio Roberto Sandoval Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 23.06.93 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.872-0 — GO
(Registro nº 90.0013495-1)

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Goiás*

Recorrido: *Carlton — Hotelaria e Turismo Ltda.*

Advogados: *Drs. Fernando Ferreira de Araújo e outros*

EMENTA: Ministério Público. Intervenção. Interesse público. 1. A aferição da existência do interesse público que imponha a intervenção do Ministério Público pode ser objeto de controle pelo Judiciário. 2. Hipótese em que inexistente aquele, por dizer a causa com o interesse, predominantemente privado, pertinente à exclusividade do uso de determinado nome comercial. 3. Nome comercial — Registro. 4. Realizado perante a Junta Comercial, sua eficácia não se restringe aos limites da respectiva circunscrição, conferindo o privilégio em todo o país.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 1º de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Carlton — Hotelaria e

Turismo Ltda. ajuizou ação cominatória contra Carlton Hotel Thermas e Turismo Ltda. Alegando ser titular exclusiva do nome comercial “Carlton”, devidamente registrado, pleiteou fosse a ré condenada a excluí-lo de sua denominação, pena de multa diária. Ação julgada procedente em ambos os graus.

O Ministério Público do Estado de Goiás, entendendo que a discussão sobre regularidade de registro público não se limita à esfera privada, apresentou recurso especial. Com base no art. 105, III, *a*, da CF, sustentou que contrariado o art. 8º da Lei nº 4.726/65 e vulneradas, ainda, a Portaria nº 1, de 12.02.74 e a Instrução Normativa nº 5, de 16.09.86, ambas do Departamento Nacional de Registro do Comércio. Recurso admitido.

Perante esta Corte o Ministério Público opinou pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): O recurso foi interposto pelo Ministério Público e o primeiro ponto a examinar-se é sua legitimidade para fazê-lo. Coloca-se, entretanto, uma questão prévia. Parte da doutrina considera que, quando se cuide da hipótese prevista no artigo 82, III, do Código de Processo Civil, decidir sobre a existência do interesse público envolve discricionariedade, e ao próprio Ministério Público cabe aferir se presente.

Esse entendimento, parece-me, é influenciado pela doutrina italiana que, entretanto, não se pode invocar utilmente, dada a diversidade na regulamentação legal da matéria. O Código de Processo Civil da Itália cuida do tema em seu artigo 70. Após arrolar cinco hipóteses em que obrigatória aquela intervenção, pena de nulidade, e de estabelecer que deve ocorrer em todas as causas perante a Corte de Cassação, finaliza nos seguintes termos:

“Può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse”.

Vê-se que previstas distintas intervenções. Uma primeira classe, em que, obrigatória. Outra, facultativa, que se faz mediante valoração

discricionária da existência do interesse público.

Em nosso ordenamento, a lei não distinguiu. Fez obrigatórias todas as previsões de intervenção, comandando nulidade para a falta. Se assim é, ter-se o próprio **parquet**, como único juiz de que aquela se faça, significará, como observou César Peluzo, em debate que se acha publicado na Revista de Processo (nº 3, p. 136), outorgar-lhe, “nada mais nada menos do que a função jurisdicional de dizer quando o processo é nulo e quando não o é”. Bastaria, com efeito que, em segundo grau, peticionasse no sentido de que presente o interesse público. Se essa aferição estiver imune de controle, haverá de levar à nulidade do que se fez perante o Juízo monocrático.

Entendo, pois, que o simples fato de órgão do Ministério Público afirmar a existência daquele interesse não haverá de conduzir a que se haja de aceitá-lo como presente. Tendo em vista as notáveis consequências que disso podem derivar, lícito ao Judiciário avaliar se existe.

No caso em exame, pretende-se que há o questionado interesse, por dizer a causa com registros públicos. Não me parece seja isso bastante. Não se trata de registro imobiliário, em que assume especial relevo a regularidade da matéria pertinente à propriedade fundiária. Ou do registro civil, cuja importância não carece de ser salientada. A hipótese diz com o uso do nome comercial e do resguardo do privilégio decorrente do registro. O interesse

é predominantemente das partes envolvidas. Algum interesse público sempre há no exato cumprimento da lei, mas isso certamente não pretende abranger o item III do artigo 82, pena de a intervenção dever ocorrer sempre que se exercite a função jurisdicional.

Abri, neste Tribunal, vista ao Ministério Público, é certo, já que oficiara na Corte de origem, e por cautela, pois não conhecia a opinião dos demais integrantes da Turma. Convenci-me, entretanto, de que o pronunciamento não era obrigatório.

Não conheço do recurso, pois, por falta de legitimidade do recorrente.

Assim não fosse, entretanto, de qualquer sorte não seria de se conhecer.

Alega-se que violado o disposto no artigo 8º da Lei nº 4.726/65, a estabelecer que as Juntas Comerciais têm jurisdição na área da respectiva circunscrição. Não foi esse dispositivo contrariado. As Juntas executarão o registro do comércio relativamente às empresas sediadas em sua circunscrição. Daí não se segue, entretanto, que os atos por elas praticados tenham também sua eficácia adstrita aos limites daquela.

Afirma-se, ainda, que violada Portaria e Instrução Normativa. Isso, entretanto, não daria ensejo ao especial. Do texto daquelas o que se

há de entender, em verdade, é que será necessário proceder-se ao arquivamento, em cada Junta, para que essa torne eficaz o privilégio, já existente, negando o registro de nome colidente.

O entendimento exposto já foi adotado, por esta 3ª Turma, no julgamento do REsp nº 11.767, de que fui Relator (DJ 24/08/92) e pela Egrégia 4ª Turma nos REsp nºs 6.169, Relator Athos Carneiro, DJ 12/08/91 e 9.142, Relator Sálvio de Figueiredo, DJ 20/04/92.

Como dito, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.872-0 — GO — (90.0013495-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Ministério Público do Estado de Goiás. Recdo.: Carlton — Hotelaria e Turismo Ltda. Advogados: Fernando Ferreira de Araújo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 01.03.94 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.492-0 — RS

(Registro nº 91.0000937-7)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Irmãos Zandavalli Ltda.*

Advogado: *Júlio César Serrano*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

EMENTA: Recurso Especial. Ação Civil Pública. Cerceamento de defesa e ofensa a Lei Federal não demonstrados. 1. Não se conhece de recurso especial, em ação civil pública julgada procedente, se incorreu cerceamento de defesa, como não se evidenciou qualquer ofensa a dispositivo de lei federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus Filho.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de ação civil pública ordinária de não fazer, com pedido de liminar de cessação de ativi-

dade nociva, proposta pelo Ministério Público contra a empresa Irmãos Zandavalli Ltda., alegando, em síntese, que a ré desenvolve atividade de criação de aproximadamente oitocentos porcos no perímetro urbano da cidade de Barros Cassal, a uma quadra da avenida principal, perto de imóveis comerciais, residenciais e a 150 metros do hospital da cidade, em flagrante desrespeito à legislação que regula a matéria.

O Ministério Público requereu, além da decretação da revelia, posto que, citada e intimada, a ré não contestou o feito, o julgamento antecipado da lide.

O Juiz singular julgou, então, procedente o pedido, antecipadamente, determinando o encerramento das atividades de suinocultura na área urbana da cidade, no prazo de vinte dias, fixando multa diária de cinquenta OTNs para o

caso de descumprimento da cominação, sem prejuízo da pena prevista na legislação penal.

Submetido o feito ao crivo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a egrégia Segunda Câmara Cível, por unanimidade, manteve a sentença, restando o acórdão assim ementado:

“Ação civil pública.

Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa rejeitada — Em face da revelia, dá-se por comprovados os fatos alegados pelo Ministério Público, na petição inicial — Dossiê de Delegacia Regional de Saúde confirma denúncia do **parquet** — Incômodos os riscos produzidos por pocilga que abriga, em zona urbana, cerca de oitocentos porcos — Descaso da apelante pelo bem-estar e integridade física dos concidadãos — Apelação improvida por unanimidade.”

Na origem, o recurso especial não foi admitido pelo fundamento único, *a*, por não se encontrar a causa entre as hipóteses elencadas pelo art. 325 do RISTF, ainda em vigor por força do disposto no art. 27, § 1º, das Disposições Transitórias da atual Carta Magna.

Dei provimento, no entanto, ao agravo, determinando a vinda dos autos para melhor examinar o caso.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 179/181, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSI-MANN: Trata-se de recurso especial interposto por Irmãos Zandavalli Ltda., fundado no art. 105, inciso III, alínea *a*, do permissivo constitucional, indicando contrariedade ao art. 19 da Lei nº 7.347/85.

Eis o que nele se contém:

“Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.”

O Ministério Público Federal analisando a questão, assim se manifestou:

“O apelo, contudo, não merece prosperar.

Na verdade, o aresto hostilizado jamais negou que “aplica-se à ação civil pública, prevista nesta lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições” (art. 19) — muito antes pelo contrário.

Acontece que, como parece evidente, não havendo a Lei de Ação Civil Pública disciplinado o rito procedimental a ser obedecido, impugna-se efetivamente imprimir ao feito o **procedimento comum ordinário**, nos explícitos termos dos artigos 271, 272 e 274, do Código de Processo Civil.

Ora, de conformidade com as regras do procedimento comum ordi-

nário, “citação é o ato pelo qual se chama a Juízo o réu ou o interessado, **a fim de se defender**” (art. 213) e o recorrente foi regularmente **citado**, além de ter sido intimado para acompanhar, querendo, a inspeção judicial (fls. 44 e verso). De outro lado, também de acordo com o procedimento comum ordinário, “começa a correr o prazo: I — quando a citação for pessoal ou com hora certa, da data da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido” (art. 241) estando certo que o mandado foi juntado em 18 de março de 1988 (fls. 43 v.). Finalmente, ainda na forma do procedimento ordinário, “o réu poderá oferecer, no prazo de quinze (15) dias, em petição escrita, dirigida ao Juiz da causa, contestação, exceção ou reconvenção” (art. 297) havendo fluído **in albis** o prazo para resposta (fls. 46).

Nesse contexto, e ainda à luz do procedimento comum ordinário, incensuráveis as conclusões a que chegou o acórdão recorrido: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” (art. 319); “e o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: II — quando ocorrer a revelia” (art. 330).

Inaceitável, ademais, a invocação dos artigos 930, parágrafo único, e 802, II, do Código de Processo Civil, manifestamente inaplicáveis à ação civil pública: primeiro, porque não são regras de procedimento comum ordinário — são regras típicas de

procedimentos especiais; segundo, porque não se pode confundir “justificação prévia” com “inspeção judicial”, ainda que tenham certos pontos de contacto; terceiro, porque, no caso, ficou muito clara a distinção entre a citação (oferecendo o prazo de 15 dias para contestar, contados da juntada do mandado ao processo, sob pena de revelia) e a intimação (para que o demandado acompanhasse, querendo, a inspeção judicial).”

Correto o parecer. Adotando-o como razões de decidir, não conheço do presente recurso, mesmo porque já cessadas as atividades danosas (fls. 152).

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.492-0 — RS — (91.0000937-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Hélio Mosimann. Recte.: Irmãos Zandavalli Ltda. Advogado: Júlio César Serrano. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 15.12.93 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 8.305-0 — SP

(Registro nº 91.0002627-1)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Ilda Ferreira da Silva e outros*

Advogados: *Drs. Anadil Abujabra Amorim Mendonça Alves e outro, e Adão Armando Ribeiro*

EMENTA: Processual Civil. Mandado de Segurança. Art. 18 da Lei nº 1.533/51. Decadência não configurada. 1. Não integra o prazo decadencial de que trata o art. 18 da Lei nº 1.533/51, o período compreendido entre o dia da concessão de liminar proferida em ADIn e a data em que foi ela julgada prejudicada. 2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, Milton Luiz Pereira.

Brasília, 08 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Os recorridos impe-

traram mandado de segurança contra ato omissivo do Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo pleiteando a gratificação pelo regime especial previsto nos arts. 9º e 10, da Lei Complementar nº 516, de 9 de junho de 1987, conforme consta da inicial às fls. 03.

Observaram que o Governo do Estado postulou a declaração de inconstitucionalidade daqueles dispositivos, cuja liminar foi concedida, mas, posteriormente, quando do julgamento definitivo, foi julgada prejudicada a representação, pelo advento da Constituição Federal de 1988.

Após o seu regular processamento, o eg. Tribunal a quo afastou a caducidade argüida e, no mérito, concedeu a segurança.

Inconformada, a Fazenda Paulista lançou o especial de que se cuida

com base na alínea *a* do permissivo constitucional, porque teria sido violado o art. 18 da Lei nº 1.533/51, segundo o qual “o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorrido o prazo de cento e vinte dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

Contra-razões apresentadas, tendo o recurso sido admitido.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): O recurso preenche todos os requisitos de sua admissibilidade, por isso que o conheço.

Todavia, a r. decisão vergastada não merece nenhum reparo.

Argumenta a recorrente (fls. 209) que a Lei Complementar nº 516 entrou em vigor em 27 de agosto de 1987 (fls. 209). Observa, ainda, que os recorridos dela tiveram ciência no máximo no dia 1º de outubro de 1987. Como o **mandamus** só foi impetrado no dia 22 de fevereiro de 1989, teria sido ultrapassado, e em muito, o prazo decadencial de cento e vinte dias fixado pelo art. 18 da Lei nº 1.533/51.

Acontece, contudo, como bem salientado no r. **decisum** hostilizado, que no dia 1º de outubro de 1987 foi concedida liminar suspendendo os efeitos das normas referenciadas, de

sorte que os impetrantes teriam que aguardar o desfecho daquela representação.

Pela ação direta de inconstitucionalidade declara-se, em tese, com efeito **erga omnes**, a invalidade da lei em si, retirada que fica do sistema jurídico a lei imprestável.

Ora, desde que concedida liminar em sede de ADIn — suspendendo os efeitos da lei que lhe serve de objeto, na medida em que, como toda liminar, antecipa provisoriamente o que pode vir a ser assegurado na decisão final — resta sustada, ainda que sem foros de definitividade, a eficácia normativa **erga omnes** da lei de que ela cogita.

Se é assim, tenho que, no caso concreto, a partir do momento em que a liminar foi lançada e até quando a ADIn foi julgada prejudicada, não poderiam os recorridos buscar amparo em dispositivo de lei cuja eficácia tinha sido suspensa, ainda que provisoriamente.

Neste interregno — da concessão da liminar ao julgamento da ADIn — os dispositivos legais não espraavam nenhum efeito, dado que, cautelarmente, foram os mesmos suspensos.

A norma legal, para ser aplicada, há de ser plenamente vigente, isto é, tem que estar disponível, pois é a vigência que define a sua dimensão temporal, na expressão de ARNALDO VASCONCELOS (in “Teoria da Norma Jurídica”, RJ, Forense, 1978). Faltante esse elemento, não pode servir de base de sustentação a direito líquido e certo reclamado pela via do **mandamus**.

Devo anotar, ademais, que, inobstante ponderáveis vozes em contrário (veja-se a propósito, REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, in “Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade”, RT, 2ª ed., 1990), a jurisprudência do Pretório Excelso é firme em admitir que a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos *ex tunc*, do que resulta em tornar írrito e nulo tudo quanto se fez à sombra da lei cuja validade constitucional foi infirmada.

Ora, se a prestação jurisdicional definitiva importa consequências dessa gravidade, parece ser lícito intuir que a cautelar antecipativa dessa prestação impede — com o caráter da provisoriedade, é certo — a mais não poder e enquanto persistir, que se busque amparo em norma jurídica cuja instância de validade técnico-formal não pode ser invocada.

Com efeito, não integra o prazo decadencial o período compreendido entre a data em que foi conferida a liminar e o dia em que a ADIn foi julgada prejudicada.

Como não há nos autos nenhuma referência de que sem esse período teriam decorrido cento e vinte dias,

a ensejar a decadência, a r. decisão atacada guarda os contornos da irretocabilidade.

Destarte, nego provimento ao recurso e remeto os autos ao colendo Superior Tribunal Federal para julgamento do extraordinário.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.305-0 — SP — (91.0002627-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Asfor Rocha. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Anadil Abujabra Amorim Mendonça Alves e outro. Recdos.: Ilda Ferreira da Silva e outros. Advogado: Adão Armando Ribeiro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 08.09.93 — 1ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 9.026-0 — PR

(Registro nº 91.0004532-2)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Estado do Paraná*

Advogados: *Gisela Dias e outros*

Recorridos: *Daisy Ritta Felix e outro*

Advogados: *Maurício Souza Bochnia e outro*

EMENTA: Servidor Público. Salário profissional. Técnico em radiologia. Lei Federal nº 7.394/85. Funcionários estaduais. Inaplicabilidade. 1. Consolidado o entendimento de que a lei federal não alcançava sequer os então empregados celetistas da União, inadmissível seria impor, sem previsão legal, a norma aos servidores estatutários estaduais.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e José de Jesus Filho. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 1º de dezembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Paraná, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras *a* e *c*, do permissivo constitucional, contra acórdão da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

“Radiologistas — Piso salarial — Lei nº 7.394/85 — Qualificação profissional.

A profissão de Técnico em Radiologia é regulada pela Lei nº 7.394/85 (Regulamentada pelo Decreto nº 92.760/86).

Não se pode conjugar o art. 16 da Lei nº 7.394/85 com o art. 5º da Lei nº 3.999/61, com o intuito de dobrar o salário da categoria.

Permitindo o Estado o exercício de determinada função, obrigado está a remuneração nos termos da lei.

Reexame e apelação parcialmente providos.”

Alega o recorrente, o Estado do Paraná, em síntese, que “o v. acórdão recorrido, ao conceder às recorridas o salário profissional estabelecido em lei federal, negou-a, por aplicá-la a uma hipótese onde lhe faltava competência normativa.

“Violou, também, os artigos 2º e 6º, da LICC, que determinam a vigência e eficácia das leis estaduais ignoradas pela aplicação da lei federal e divergiu de julgado do STF, onde se pontuou a inaplicabilidade do salário profissional a servidores estatutários, isto é, não regidos pela CLT”.

Admitido e processado na origem, vieram os autos a esta instância superior, acompanhados das contra-razões de fls. 142/144.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 166/169, pronunciou-se pelo provimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, o recurso, tal como está posto, a meu sentir, merece ser provido.

Com efeito, o fundamento primeiro — alínea *a* — lastreia-se em

ofensa ao artigo 16, da Lei Federal nº 7.394/85, porquanto aplicado a uma hipótese completamente diversa daquela para a qual foi editado e artigos 2º e 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Reza o artigo 16, da citada Lei nº 7.394/85 — que regula o exercício da profissão de técnico em radiologia e dá outras providências — **verbis**:

“Art. 16. O salário mínimo dos profissionais que executam as técnicas definidas no art. 1º desta lei, será equivalente a dois salários mínimos profissionais da região, incidindo sobre esses vencimentos 40% (quarenta por cento) de risco de vida e insalubridade.”

Eis o artigo 1º da lei em comento, que trata a abrangência do diploma legal:

“Art. 1º. Os preceitos desta lei regulam o exercício da Profissão de Técnico em Radiologia conceituando-se como tal **todos os Operadores de Raios X** que, profissionalmente, executam as técnicas:

I — radiológica, no setor de diagnóstico;

II — radioterápica, no setor de terapia;

III — radioisotópica, no setor de radioisótopos;

IV — industrial, no setor industrial;

V — de medicina nuclear.”

Não se compreenderia, realmente, como entender alcançados, pelos

dispositivos legais supratranscritos, apenas os profissionais ao abrigo da CLT, se a lei estende seus efeitos a todos os operadores.

Em não havendo distinção de regimes — estatutário ou celetista — não haveria porque excluir da profissão de técnico em radiologia “todos os operadores de raios X” (art. 1º).

O enfoque da questão, entretanto, é outro, em relação à ofensa à Lei Federal nº 7.394/85, conforme bem demonstrou a Subprocuradoria Geral da República, em seu parecer de fls. 167 e 169, como segue:

“Equivocou-se, **data venia**, o julgado.

A questão da inaplicabilidade das normas que estabelecem valores remuneratórios mínimos, tipo salário piso profissional, aos servidores públicos em geral parece tranqüilamente vencida, com muito mais razão naquilo que cuida dos funcionários estatutários estaduais.

Vale observar que especificamente neste caso, inclusive, o dispositivo que pretendia estender os benefícios da lei aos servidores públicos federais (art. 15, fls. 23) foi vetado pelo Presidente da República.

De um modo geral, no entanto, o extinto TFR chegou a relacionar no enunciado nº 212 da Súmula o seguinte entendimento predominante:

“A partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.820, de 1980, o servidor público celetista não tem direito à percepção de salário mínimo profissional.”

Naturalmente, consolidado o entendimento de que ditas leis federais não alcançavam sequer aos então empregados celetistas da própria União Federal, inadmissível seria pretender impor sua norma aos servidores estatutários estaduais, dependentes que estão da lei de cada um dos entes federativos.

Iterativa, aliás, é a jurisprudência desse Superior Tribunal de Justiça afirmando que a Constituição de 1967, vigente na época da edição da invocada Lei nº 7.394/85 atribuiu aos Estados o poder de baixar normas relativas à organização de seu funcionalismo e à fixação dos vencimentos respectivos (v.g. RSTJ 15/458).

Isto posto, opino a favor do provimento do presente recurso, reformando-se a decisão recorrida para respeitar a autonomia da administração pública estadual.

Brasília, 23 de agosto de 1993.

Eduardo Weaver de Vasconcellos
Barros, Subprocurador-Geral da República.”

No que respeita à ofensa aos artigos 2º e 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, desconheço-a, por faltar-lhe o requisito indispensável do prequestionamento.

Quanto ao segundo fundamento — alínea c — as razões do recurso não trouxeram decisão divergente a justificar o recurso sob esse prisma.

Dou, pois, provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.026-0 — PR —
(91.0004532-2) — Relator: Exmo.
Sr. Min. Hélio Mosimann. Recte.:
Estado do Paraná. Advogados: Gise-
la Dias e outro. Recdos.: Daisy Rita
Felix e outro. Advogados: Mauri-
cio Souza Bochnia e outro.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, conheceu do recurso e deu-lhe

provimento, nos termos do voto do
Sr. Ministro Relator (em 01.12.93 —
2ª Turma).

Participaram do julgamento os
Srs. Ministros Peçanha Martins,
Américo Luz e José de Jesus Filho.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro JOSÉ DE JESUS FILHO.

RECURSO ESPECIAL Nº 11.379-0 — RS

(Registro nº 91.0010459-0)

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Calçados Licetti Ltda.*

Recorrido: *Estado do Rio Grande do Sul*

Advogados: *Ovídio A. Baptista da Silva e outros, e Vera Lúcia Zanet-
te e outros*

EMENTA: Execução Fiscal. Embargos de Terceiro. Alienação de bens penhorados. Presunção de fraude. Art. 185/CTN. Insolvência do devedor. Súmula STJ-07. 1. Executado o crédito tributário, constituído mediante inscrição na dívida ativa, presume-se fraudulenta a alienação dos bens do devedor. 2. Decidida a questão da insolvência com base nos elementos probatórios, não pode ser reexaminada na instância extraordinária. 3. Matéria não prequestionada e divergência inespecífica não viabilizam o recurso especial. 4. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribu-

nal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Américo Luz, Antô-

nio de Pádua Ribeiro, José de Jesus Filho e Hélio Mosimann.

Brasília, 20 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial oposto a acórdão do Egrégio TJRS cujo relatório assim resumiu a questão:

Calçados Licetti Ltda., Lípio Berghan e Iraci Berghan opuseram embargos de terceiro em executivo fiscal que o Estado do Rio Grande do Sul move contra Madeireira Floresta Ltda. objetivando o levantamento da penhora que recaiu sobre imóveis que foram adquiridos pelos embargantes em data anterior ao ajuizamento da execução. Relataram os embargantes terem firmado em 28 de fevereiro de 1984 contrato de promessa de compra e venda de uma gleba de terras com 12.495 m² de área. Disseram que como a empresa alienante não conseguia certidão negativa do IAPAS, realizaram a prenotação no registro imobiliário em maio de 1984. O Estado em 8 de outubro de 1984 ajuizou a execução fiscal, efetivando-se a penhora em bens tidos como suficientes para cobrir a execução. Em julho de 1986 foi inscrita a promessa de compra e venda no álbum imobiliário. Em setembro de 1986 requereu o Estado a declaração de ineficácia de todas as alienações feitas

pela executada e a subsequente constrição executiva dos imóveis de propriedade e posse dos embargantes. O pedido foi acolhido pelo Magistrado que reconheceu terem sido as alienações feitas em fraude à execução, declarando sua ineficácia e ordenando a penhora dos bens. Sustentaram os embargantes a ilegalidade da constrição, pois não houve fraude à execução de uma vez que a transação é anterior ao ajuizamento da execução.

O Estado, em impugnação, referiu ter sido a constrição judicial atacada obtida por força de decisão judicial, que reconheceu a ineficácia das alienações dos imóveis. Sustentou a correção da medida, pois para caracterizar-se a fraude basta que o devedor não tenha reservado bens suficientes para pagamento do débito inscrito como dívida ativa, o que ocorreu no caso dos autos.

O Ministério Público manifestou-se pela rejeição dos embargos.

Sentenciando, o Magistrado julgou improcedentes os embargos entendendo ineficaz a prenotação feita no registro imobiliário, porque a escritura pública foi feita somente em julho de 1986, muito depois do ajuizamento da primeira execução. Condenou os embargantes nas custas e honorários, estes fixados em 15% sobre o valor da causa.

Irresignados e tempestivamente apelam os embargantes. Em preliminar, alegam ser a sentença **ultra petita**, eis que o Juiz declarou a validade das citações das execuções,

o que foge ao limite da ação. No mérito aduzem que a transação foi feita antes da inscrição do primeiro débito fiscal e a escritura pública firmada posteriormente foi apenas formalização do negócio jurídico já perfeito e acabado. Por fim sustentam que as penhoras não valem contra terceiros porque não levadas a registro, o mesmo com as certidões de citação.

Respondidos e preparados, subiram os autos.

Opina o Ministério Público, em ambas as instâncias, seja negado provimento ao recurso.

É o relatório (fls. 232/233).

Interposto o recurso especial por Calçados Licetti Ltda., Lípio Berghan e Iraci Berghan, com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c*, alegaram os recorrentes violação aos arts. 593, I, e II do CPC, negativa de vigência dos arts. 7º e 14 da Lei nº 6.830/80, e divergência com julgados de outros Tribunais, mormente com o exarado no REsp nº 188, de que foi Relator o eminente Ministro Bueno de Souza, cuja ementa simplesmente transcreve.

Contra-arrazado o recurso, argüiu o Estado que não foram prequestionados os atos de lei dito violados e negados, nem demonstrado o dissídio pretoriano nos termos exigidos pelo art. 255, parágrafo único do RISTJ.

Admitido o recurso interposto por Calçados Licetti Ltda., apenas pelo permissivo da letra *a*, foi inadmitido o recurso manifestado por Lí-

dio Berghan e Iraci Berghan, tendo o ilustre Des. José Barison, assim declarado na decisão: "II. Cumpre destacar inicialmente que, apesar de interposto em peça única, porque patrocinados pelo mesmo causídico, diversas são as situações dos recorrentes. Calçados Licetti Ltda., firmou a promessa de compra e venda, com base na qual esgrime contra a penhora, antes da propositura das execuções. Já o casal Lípio Berghan adquiriu a propriedade do outro imóvel penhorado, do qual se desfez o devedor, mediante dação em pagamento, quando já instauradas as execuções em tela.

De suma importância, para o recurso do casal de Lípio, era a definição quanto a insolvência do devedor, dado que sua tese passava pelo reconhecimento de que a insolvência somente decorreu do desleixo do credor, que permitiu ao devedor ficar com a posse dos bens anteriormente penhorados, consumindo-os. Ocorre, no entanto, que essa questão da insolvência foi decidida soberanamente pelo Órgão Julgador, à vista do exame das circunstâncias fáticas da causa e que não podem, diante dos enunciados das Súmulas nºs 05 e 07 do STJ, sofrer revisão na instância excepcional. De fato, a propósito assim dispôs o v. acórdão: "Na espécie, como se vê da própria inicial, é admitida a insolvência, embora tenham os autores tentado, infrutiferamente, atribuí-la ao credor por permitir o depósito de bens imóveis em poder do executado, o que se mostra irrelevante para descaracterizar a situação da devedora.

“E nem vale o argumento de que não teria havido maior aprofundamento sobre as razões que ditaram a conclusão da irrelevância da questão, dado que para forçar os esclarecimentos, prequestionando convenientemente o tema, cabia aos recorrentes lançar mão dos embargos declaratórios.

No que diz com a eficácia da penhora, cuida-se de matéria que, tal como assentado no v. acórdão, não apresenta maior significado, desde que é a partir da propositura da execução, e não a partir da penhora, que a oneração ou transferência de bens do devedor do fisco se sujeita à ineficácia frente à execução fiscal. Ademais, os arts. 7º e 14 da Lei nº 6.830 não foram ventilados na decisão recorrida, como bem observou o Dr. Procurador-Geral de Justiça, faltando-lhes o indispensável requisito do prequestionamento. E nem há naqueles dispositivos qualquer comando ou cominação para a hipótese de inobservância do que prevê. A cominação, se existente, estaria na LRP. E a violação a qualquer dispositivo da Lei dos Registros Públicos, sobre não tratada na decisão recorrida, não foi alegada na petição recursal.

Sob o fundamento da alínea *a* do permissivo constitucional, destarte, não há como dar passagem à irrisignação do casal de Lípio.

Diversa, todavia, é a situação da empresa Calçados Licetti Ltda.” (fls. 270/271).

Dispensei o parecer do Ministério Público Federal (art. 256/RISTJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Para a solução da controvérsia impõe-se ter presentes os seguintes aspectos da demanda: a) objetivando a cobrança de créditos do ICM, o Estado do Rio Grande do Sul promoveu execução fiscal contra Madeireira Floresta Ltda., em outubro de 1984, ordenada a citação, por despacho, no dia 24 daquele mesmo mês; b) O Estado ajuizou mais cinco execuções contra a mesma devedora, reunidas todas elas, reavaliados os bens então penhorados e designada data para leilão; c) Não encontrados os bens submetidos à constrição, o exequente requereu fosse declarada a ineficácia das alienações feitas pela executada e, obtendo êxito, foi realizada nova penhora sobre dois imóveis; d) o primeiro deles, com 12.495 m², fora objeto de contrato de promessa de compra e venda celebrado com Calçados Licetti Ltda., em fevereiro/84, somente registrado no ofício imobiliário em julho/86; e) O segundo, com 4.626,25 m², fora dado em pagamento a Hélio Lutz, em maio/86, que, a seu turno, o vendeu ao casal Lípio e Iraci Berghan, tendo os adquirentes oposto embargos de terceiro.

O acórdão recorrido, em essência, parte do pressuposto de que a presunção de fraude contra a Fazenda Pública — que se não confunde com fraude à execução comum — é absoluta, nos termos do art. 185/CTN, valendo-se dos ensinamentos de Costa e Silva. Cumpre transcrever os seguintes trechos do acórdão:

“

Com relação à presunção do art. 185 do CTN, COSTA E SILVA, em sua “Teoria e Prática da Execução Fiscal”, pág. 612, assinala com propriedade: “Ora, o art. 185 do CTN estabelece normas, segundo as quais, presume-se fraudulenta a alienação ou por oneração de bens ou rendas, ou seu começo, sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Trata-se, segundo depoimento de BALEEIRO, de uma presunção geral e absoluta, isto é, **jure et de jure**, de que há fraude contra a execução (fls. 237).

.....

Na hipótese do art. 185 do CTN essa presunção é absoluta (**juris et de jure**).

Contudo para que essa presunção seja possível mister se faz a ocorrência conjunta dos seguintes pressupostos:

a) que haja uma alienação, ou oneração de bens ou rendas, ou, pelo menos, a adoção das providências preliminares destinadas à concretização do ato, com **eventus damni**;

b) que o alienante, ou instituidor do vínculo determinado pela existência de um direito real sobre sua propriedade, seja sujeito passivo em obrigação tributária. Considerando-se, todavia, que a dívida ativa é também constituída por obrigação não-tributária, segue-se que a sujeição passiva também se refere à obrigação contratual;

c) que o crédito da Fazenda Pública, tributária ou não, já esteja constituído definitivamente, isto é, inscrito como dívida ativa;

d) que, finalmente, esteiada naquela dívida, já tenha a Fazenda Pública deduzido sua pretensão em Juízo” (fls. 238/239).

A decisão está integrada pelo voto do Exmo. Des. Tupinambá do Nascimento, cuja reprodução também se impõe:

“

Sr. Presidente. V. Exa. examinou, a meu sentir, todas nuances do processo para chegar a essa conclusão, mas me permito, para enriquecer o voto de V. Exa., examinar dois pontos que foram colocados da tribuna: primeiro, quanto à anterioridade da promessa de compra e venda. Esse compromisso de compra e venda não tinha efeito de constitutividade; isso porque, a simples prenotação vale por 30 dias. A constitutividade se dá através do registro, esse registro não houve. Se não há constitutividade, o que há, efetivamente, com relação a essa promessa de compra e venda, que é anterior, é de direito pessoal e não de direito real.

O segundo aspecto concerne ao fato da penhora não estar registrada. Efetivamente, há fraude, quando se trata de dívida do Estado. Segundo diz o art. 185 do CTN, o que define a fraude, o momento definidor da fraude, não é o registro da penhora, ou existência da penhora, é a existência de crédito constituído, ou seja, dívida devidamente ins-

crita. E mais: como apresentou o eminente Relator — e concordo tranqüilamente — é que haja o ajuizamento da ação, devidamente citado o interessado.

Então, tenho para mim que o argumento da anterioridade, que talvez tivesse uma grande importância em outro momento, neste processo, não tem a relevância que se pretende dar.

O segundo aspecto, o da penhora, porque se fosse uma dívida, uma ação de execução de particular, teria grande relevância. Em execução fiscal, não vejo essa influência, motivo por que acompanho integralmente o voto de V. Exa.” (fls. 239/240).

Buscando amparo nas alegadas infringências aos arts. 593, I e II, do CPC, 7º e 14, da Lei nº 6.830/80, e em possível dissídio pretoriano, os argumentos lançados pelos recorrentes não invalidam os fundamentos do aresto impugnado.

Quanto à questão da insolvência do devedor, como assinala o despacho de fls. 269/273, a matéria foi soberanamente decidida pelo acórdão à luz das **circunstâncias fáticas da causa**, esbarrando o seu exame, na instância extraordinária, no óbice da Súmula STJ-07, conforme, aliás, registrei no relatório.

Com referência aos arts. 7º e 14, da Lei nº 6.830/80, não foram eles ventilados no acórdão recorrido, não tendo os recorrentes cuidado de opor embargos declaratórios a fim de prequestioná-los convenientemente. O mesmo se diga em relação

ao art. 593, I e II, do CPC, não se podendo inferir prequestionamento implícito no voto proferido pelo Ilustre Des. Tupinambá do Nascimento, acima transcrito, que faz parte do acórdão.

No que diz respeito ao dissídio pretoriano, a indicação feita pelos recorrentes não satisfaz os requisitos exigidos pelo art. 255/RISTJ. Pelo contrário, o recorrido, em suas contra-razões de fls. 253/265, precisamente a partir da fl. 257, demonstra exaustivamente a inespecificidade dos arestos apontados e sua inadequação à hipótese dos autos.

Resta, portanto, o exame do tema central do acórdão recorrido. No particular, reporto-me à lúcida palavra do ilustre representante do Ministério Público Estadual, no parecer de fls. 224/226:

“Questão fundamental a ser solucionada parece ser aquela relacionada com a fraude, ou ausência dela, na realização das aquisições, pelos apelantes, quando já estava angularizada a relação processual como efeito do ajuizamento das execuções e de citações, formalmente válidas. Para solução do problema, não basta que se fale, nestes autos, em fraude à execução, pura e simplesmente, mas em fraude à execução **contra a Fazenda Pública**.

O Código Tributário Nacional, no artigo nº 185, assim trata este tipo especial de fraude:

“Presume-se fraudulenta a alienação ou a oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito pas-

sivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa e em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo — não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução”.

MILTON FLAKS, in “Comentários à Lei da Execução Fiscal”, após referir lição de LIEBMAN a respeito da fraude à execução, diz que “Segundo se extrai do magistério do grande mestre italiano, a fraude de execução **prescinde da penhora**, bastando a propositura da demanda” (Forense, 1981, pág. 292 e seg.).

Salientando-se que, tanto LIEBMAN quanto o autor nacional tratam de fraude à execução **comum**, sobe de importância a mesma interpretação quando se está tratando, nestes autos, de fraude contra a Fazenda Pública que, pela disposição do CTN, tem tratamento suficientemente especificado. E diz-se suficientemente especificado porque se o legislador exigiu, para a consolidação da fraude, apenas aqueles dois elementos, que são a inscrição regular do débito e a existência da demanda, cujo termo **a quo** é a data do despacho ou de distribuição do pedido, o debate sobre a penhora a seu registro perde importância, porque não existe penhora sem que haja um processo de execução e, no caso de execução fiscal, não há o processo sem que uma dívida esteja,

antes, regularmente inscrita. É a ordem natural das coisas — destas coisas, gize-se” (fls. 224/225).

E conclui:

“

Os apelantes, ao formalizarem os contratos de aquisição, haviam dispensado as certidões negativas. Mesmo assim, alegam a boa-fé. O conceito de boa-fé, entretanto, não tem toda essa amplitude, não pode ser confundido com descuidos graves quando da aquisição de bens imóveis de grande valor — especialmente no que diz respeito à empresa Calçados Licetti Ltda. que, com sua estrutura empresarial de vulto, deveria ser pessoa jurídica afeita a tais detalhes. Pois, como refere o apelado, bastava uma simples certidão judicial para que tivesse tido conhecimento sobre a situação da vendedora, ré em seis (6) processos de execução — o que já teria sido alerta mais do que suficiente.

Já disse alguém que “a interpretação é um método de tortura que, aplicado à lei, faz com que ela acabe por dizer algo diferente do que aquilo que diz naturalmente”. No caso dos autos, se o torturador — perdão: o intérprete! — aplicar boas tenazes ao art. 185, do CTN, há de conseguir com que “fase de execução” seja **realização de penhora** — e coisas mais há de conseguir, se bem mais torturar — ou interpretar...” (fls. 226).

Pelos motivos acima expostos não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acompanhei atentamente as sustentações orais e o voto proferido pelo eminente Relator. Não vejo espaço para conhecer-se deste recurso em face dos argumentos apresentados.

Acompanho o eminente Relator.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Presidente): O argumento que ouvi da tribuna impressionou-me. Sustentou o advogado que, movida a execução, foram penhorados bens, madeira; que esses bens foram avaliados e seriam suficientes para garantir a execução. O Estado concordou com que o executado ficasse como depositário dos bens. Em assim acontecendo, os bens foram dilapidados, desapareceram; portanto, ficou desfalcada a garantia. Essa matéria é incontroversa ou o acórdão dela não cuidou?

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O acórdão não cuidou; até fiz questão de ler o relatório do acórdão e de parte dele; mas a afirmação é verdadeira. Também entendi que o fato de ter havido a penhora antes sobre bens não é relevante. O que importa, a meu ver, para caracterizar a insolvência na execução fiscal, é que exista o crédito fiscal e, mais ainda, no caso, impressionou-me a argumentação da boa-fé (não fosse da lavra do

Mestre Ovídio, um dos Mestres de Processo Civil, trata-se de uma petição muito bem lançada), mas também tive que afastá-la, porque a própria recorrente afirma que antes teve o cuidado de pedir o atestado de regularidade junto ao IAPAS, e não o obteve. Ainda assim, transacionou e o fez mediante documento particular. Parece-me que essa boa-fé não se sustenta. Por isso mesmo, é que fiz questão de ler também o pronunciamento do Ministério Público nesse sentido. Essa é a razão de decidir.

Além do mais, como acentuou a ilustre representante da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul, tais matérias não foram prequestionadas, e o acórdão invocado da lavra do eminente Ministro Bueno de Souza, não diz respeito a essa matéria.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Presidente): Enfim, essa questão que acabei de trazer à colação não foi abordada pelo acórdão recorrido. Sobre ela não se pronunciou. Não disse que “os bens penhorados eram suficientes e, mais ainda, que o depositário dos bens penhorados foi o executado, com a concordância do exequente. Isso não foi versado pelo acórdão recorrido.

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Pelo menos, como já disse a V. Exa., no relatório que transcrevi, não há referência, embora assinalando que, efetivamente, a promessa teria sido firmada antes da execução. Quanto a isso é fora de dúvida; agora, com re-

lação a esses detalhes da prova não considerados ou superados pelo acórdão, deles não poderia tratar em recurso especial.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Presidente): Ao julgar recurso especial, temos de partir de fatos incontroversos. Se esse fato tivesse sido aceito como incontroverso pelo acórdão, creio que poderíamos decidir sobre as consequências jurídicas dele derivadas, mas se não abordou a matéria, penso, realmente, dentro dos limites do recurso especial, que ficamos...

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. (ADVOGADO): O acórdão afirma que houve a insolvência. Portanto, estaria dizendo que a causa da insolvência foi a alienação. Parece-me, **data venia** de V. Exa., que a matéria estaria no acórdão.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Presidente): A questão relativa a insolvência é de fato. Se o acórdão afirmou a sua existência não podemos dizer o contrário. Se o acórdão tivesse dito que os bens por horas foram suficientes, e que o executado ficou como depositário, com a concordância do exequente e, não obstante, se trata de insolvência, nesse caso, creio que se poderia dizer que deu aos fatos incontroversos qualificação jurídica inadequada: definir como insolvência aquilo que insolvência não pode ser considerado. Agora, se o acórdão não se pronunciou realmente sobre

esses fatos, penso que não há como admiti-los como provados, para lhes dar consequência jurídica diversa.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Presidente): Confesso que a questão foi posta com grande brilhantismo por ambos os advogados, inclusive pelo ilustre advogado do recorrente. Mas, pela forma que consta dos autos e foi versada no acórdão, sinto-me impedido de dar qualquer outra consequência jurídica que não a dada pelo julgado recorrido.

Por isso, também acompanho o ilustre Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. Ouvi com muita atenção as duas sustentações brilhantes pelo ilustre Advogado da recorrente e pela ilustre Procuradora do Rio Grande do Sul. O Ministro Relator colocou bem a questão. Mostrou que não há espaço, porque não houve prequestionamento, e V. Exa. trouxe, agora, um ângulo novo que também não foi objeto do acórdão. Lamentando todos esses fatos, só me resta acompanhar o eminente Relator.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.379-0 — MS — (91.0010459-0) — Relator: Exmo. Sr.

Min. Peçanha Martins. Recte.: Calçados Licetti Ltda. Advogados: Ovídio A. Baptista da Silva e outros. Recdo.: Estado do Rio Grande do Sul. Advogados: Vera Lúcia Zanette e outros. Sustentaram, oralmente os Drs. Ovídio A. Baptista da Silva, pela recorrente e Vera Lúcia Zanette, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 20.10.93 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 14.065-0 — MG
(Registro nº 91.0017648-6)

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

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorridos: *Antônio Augusto da Silva e outros*

Advogados: *Drs. Ruy Ferreira Brettas e outros*

Sust. Oral: *Dr. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, pelo Ministério Público Federal*

EMENTA: Representação judicial. 1. Compete aos Procuradores do DNER exercerem a representação judicial da autarquia. Intervenção voluntária do Ministério Público Federal não admitida. CF art. 129, inciso IX. 2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

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

Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A questão foi assim relatada no Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“ANTONIO AUGUSTO DA SILVA E OUTROS, perfazendo o total de 17 (dezesete) autores, todos servidores públicos autárquicos, inativos e em atividade, devidamente qualificados na inicial, ajuizaram a presente **ação ordinária** contra o **Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER**, objetivando o recebimento da Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias, a partir da vigência do Decreto-Lei nº 2.194, de 26.dez.84, que a instituiu, até a data da publicação do Decreto nº 93.715, de 16.dez.86, que regulamentou o citado diploma legal, quando passaram a receber o mencionado benefício.

Sustentaram que o direito à pretendida gratificação surgiu em 1984, com a publicação do aludido Decreto-Lei nº 2.194, que a criou, e não a partir da data em que foi publicado o decreto regulamentador, ou seja, 16.dez.86.

Pediram, então, para os autores em atividade, a concessão da mencionada gratificação, a partir da data de sua instituição (27.12.84), condenando o departamento-réu ao pagamento das parcelas vencidas, no percentual de 70% (setenta por cento) sobre os seus vencimentos, até 16.dez.86, quando passaram a receber o benefício, tudo acrescido de juros e correção monetária. No que

diz respeito aos aposentados após 27.dez.84, pediram o pagamento da gratificação até a sentença final, incorporando-a, depois, aos seus proventos, tudo, também, com os acréscimos de juros e correção monetária (cf. fls. 02/08).

O réu, uma vez citado, contestou a ação (cf. fls. 75/81), alegando que o pedido dos autores carece de amparo legal, porque: a) o recebimento da Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias está condicionado aos requisitos estabelecidos no art. 8º do Decreto-Lei nº 2.194/84, dependendo, assim, de regulamentação; b) por isso, só começou a ser paga a partir de 16.dez.86, com a publicação do Decreto nº 93.715, que regulamentou o diploma legal que a instituiu, e depois da Portaria nº 688/75, que definiu os critérios para o seu pagamento; c) os servidores aposentados não foram alcançados pelo benefício e, d) os servidores em atividade, para receberem a gratificação, teriam que abrir mão da Gratificação pelo Desempenho de Atividades de Apoio, como ocorreu a partir de dezembro de 1986; quando, por força do Decreto nº 93.715/86, passaram a receber a gratificação ora reclamada.

Sentenciando, o ilustre Juiz Federal da 13ª Vara, Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, Osmar Tognolo, julgou procedentes os pedidos, “... condenando o DNER a pagarlhes a Gratificação pelo Desempenho de Atividades Rodoviárias desde o momento em que ela passou a ser concedida no âmbito da Autarquia, e nos mesmos percentuais em que

vem sendo paga atualmente, deduzindo-se do que for apurado os valores pagos a título de Gratificação pelo Desempenho de Atividades de Apoio. Sobre a diferença incidirá correção monetária a partir do mês em que devida cada parcela, bem como juros de mora de 0,5% ao mês, a contar da citação e calculados sobre os valores já atualizados. O autor Antônio do Prado Medeiros terá, além disso, direito à incorporação da GAR em seus proventos, se atendida a condição prevista no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.194/84, qual seja, recebimento da GAR nos 12 (doze) meses anteriores à aposentação, e na forma preconizada no parágrafo único do mesmo artigo” (fls. 137/138).

Inconformado, apelou o Departamento-réu (cf. fls. 140/145).

Contra-razões às fls. 147/149” (fls. 158/159).

Apreciando o recurso da autarquia a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade de votos negou provimento à apelação.

Daí o recurso especial do Ministério Público Federal, estribado nas letras *a* e *c* da permissão constitucional, sob alegação de que ao determinar que o pagamento da Gratificação de Atividades Rodoviárias se fizesse a partir de 27/12/84, o acórdão impugnado negou vigência ao Decreto-Lei nº 2.194/84, ao Decreto nº 93.715/86 que regulamentou aquele, e ao Decreto-Lei nº 2.211/84.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Superior Instância.

Aqui, propugnou a douta Subprocuradoria Geral da República pelo provimento do recurso.

É este o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Não tem o Ministério Público Federal **data venia**, legitimidade para intervir voluntariamente nestes autos, não por falta de mérito, que lhe sobra, mas por ter o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem — DNER — representação própria que é exercida por intermédio de seu procurador, que promove em Juízo, a tutela dos seus interesses. Se não interveio nesta fase é porque não quis. Assim a substituição processual voluntária manifestada pelo nobre representante do Ministério Público Federal é vedada nos termos do inciso IX do art. 129 da Constituição Federal.

Pelo exposto, e preliminarmente, não conheço do recurso especial.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, não é possível ultrapassar a preliminar levantada por V. Exa. Acredito que é caso para o Ministério Público atuar cobrando responsabilidades. Mas, na verdade, só uma rescisória poderá consertar a prodigalidade contra o Estado.

Acompanho V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.065-0 — MG — (91.0017648-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. José de Jesus Filho. Rec-te.: Ministério Público Federal. Recdos.: Antonio Augusto da Silva e outros. Advogados: Ruy Ferreira Brettas e outros. Sustentou, oralmente, o Dr. Eduardo Weaver de Vasconcellos Barros, pelo Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 06.12.93 — 2ª Turma).

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

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO.

RECURSO ESPECIAL Nº 16.343-0 — SP (Registro nº 91.0023166-5)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Grou Metalúrgica Ltda.*

Advogados: *Drs. José Luiz Matthes e outro*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Eleonora Lucchesi Martins Ferreira e outro*

EMENTA: Tributário. CTN, artigo 204, parágrafo único. Ofensa não caracterizada. 1. Processual civil. Honorários de advogado. CPC, art. 20. Violação não ocorrida. 2. Tratando-se de lançamento subsequente à declaração do próprio contribuinte, impunha-se, para deferir-se a perícia, que, nos embargos, a executada indicasse quais os equívocos ou falhas da sua declaração a justificarem aquela prova. Como isso não ocorreu, não há identificar vulneração ao art. 204, parágrafo único, do CTN. 3. O julgado que arbitra a verba advocatícia em percentual sobre o valor da causa corrigido até a data da sentença e, a partir daí, até o pagamento do principal da condenação, não nega vigência ao artigo 20, do CPC. 4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimida-

de, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 22 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto por Grou Metalúrgica Ltda., com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c* da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Décima Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, integrado pelo julgado proferido nos embargos declaratórios manifestados, que, mantendo a decisão monocrática, julgou improcedentes os embargos à execução fiscal para cobrança do ICM decorrente de débito declarado e não pago.

Alega a recorrente negativa de vigência ao art. 204, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e ao art. 20 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Contra-arrazoado (fls. 74-78), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 81), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao decidir a causa, aduziu, em recurso, o acórdão recorrido (fls. 36-37):

“Assim, em suma, tendo sido a executada quem declarou o ICM devido no período e não provando a existência de indigitada guia substitutiva, ou da recusa em recebê-la pela repartição fiscal, teria ela que apontar nos embargos — e não o fez — quais os equívocos ou falhas de sua declaração, para que se justificasse a produção de provas em instrução, especialmente a pericial.

O julgamento dos embargos no estado da lide, pois, encontra respaldo no parágrafo único do art. 17 da Lei nº 6.830, de 22.09.80, por isso rejeitada a preliminar de nulidade da sentença.”

E, mais adiante, quanto à verba advocatícia, afirmou (fls. 38-39):

“Por derradeiro, não se ajusta à espécie o argumento de que os honorários advocatícios, fixados na sentença, só desde a prolação dessa devem ser atualizados.

Cuida-se de execução fiscal, certo que, mesmo que não houvesse embargado e intentasse a executada solver a dívida exequenda, já estaria sujeita à verba honorária.

Aplica-se à espécie como iterativo, por analogia, a regra do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, que dispõe que os honorários advocatícios devem ser fixados “en-

tre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação.”

Arbitrando, por conseguinte, a verba honorária em 10% sobre o débito integral, fê-lo no mínimo possível a sentença, certo que tal débito integral será o que se apurará por ocasião da final liquidação pelo recolhimento.

Mesmo que, aliás, devessem ser os honorários advocatícios arbitrados com arrimo no valor da causa e nada obstaría que se o considerasse atualizado à data da sentença. A verba, ainda assim, seria certa e, por seu turno, corrigível desde a prolação da sentença.

O que não se deve é atualizar retroativamente a honorária, que só foi definida na sentença (valor certo ou percentual sobre montante definido). Mas é válido arbitrá-la em percentual sobre o valor da causa corrigido até a data da sentença e, assim fixada, desde então atualizá-la até a data do pagamento do principal da condenação, ou da execução aparelhada.”

No contexto assinalado, não há divisar qualquer ofensa ao artigo 204, parágrafo único, do CTN, porquanto, como bem decidido, não se justificava, na espécie, o deferimento da pretendida prova pericial.

De outra parte, não viola o artigo 20 do CPC o julgado que arbitra

a verba advocatícia em percentual sobre o valor da causa corrigido até a data da sentença e, a partir daí, até o pagamento do principal da condenação.

Finalmente, o dissídio pretoriano não restou demonstrado com a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados (RISTJ, artigo 255 e parágrafos).

Isto posto, em conclusão, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 16.343-0 — SP — (91.0023166-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Grou Metalúrgica Ltda. Advogados: José Luiz Matthes e outro. Recdo.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Eleonora Lucchesi Martins Ferreira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 22.11.93 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 17.739-0 — SP
(Registro nº 92.0002093-3)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Olivan Escritório de Advocacia S/C*

Recorridos: *Sebastião Faria da Cunha e Cia. Ltda. — em concordata, e Gráfica Belém Ltda. — comissária da concordata, preventiva de Sebastião Faria da Cunha e Cia. Ltda.*

Advogados: *Drs. Luiz Carlos Olivan e Adriano Sérgio Rinaldo e outros*

EMENTA: **Concordata. Crédito dado como satisfeito nos autos principais. Recurso de apelação. 1. Conquanto que ao arripio das normas procedimentais, se o Juiz julga desde logo o crédito em questão, pondo termo à verificação que lhe correspondia, o recurso cabível é o de apelação e não o de agravo de instrumento. Arts. 97 e 98, § 3º, da Lei de Falências. 2. Recurso especial conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93 e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 23 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Presidente, em exercício. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: “Olivan Escritório de Advocacia S/C” ingressou nos autos da concordata de “Sebastião Faria da Cunha & Cia. Ltda.”, requerendo, na qualidade de credora da concordatária em razão de serviços profissionais, a verificação de livros, pretensão esta que restou indeferida. A concordatária em seguida pleiteou a intimação da referida credora para habilitar o seu crédito, sob pena de realização do depósito da quantia correspondente. Efetivamente promoveu ela o depósito de Cz\$ 212.150,58, o qual, todavia, foi reputado insuficiente pela credora. Após a apresentação dos laudos periciais, o MM. Juiz de Direito pro-

feriu decisão, considerando tempestivo o depósito, pois a aludida credora não chegara a habilitar o seu crédito, e, mais que isso, satisfeito o mesmo crédito no importe de Cz\$ 126.653,78, compreendendo o principal e juros. Conseqüentemente, autorizou o levantamento pela credora da referida quantia e do saldo pela empresa concordatária.

Dessa decisão "Olivian Escritório de Advocacia S/C" interpôs o recurso de apelação, que, entretanto, deixou de ser recebido pelo Magistrado de 1ª instância, sob o fundamento de que "ao concluir que o depósito era satisfativo do crédito desse credor, a decisão não pôs termo ao processo de concordata..." (fls. 27), donde o recurso cabível no caso era o de agravo de instrumento.

Inconformada, a credora manifestou agravo de instrumento, sustentando que se operou um julgamento nos termos do disposto no art. 97 da Lei Falimentar, pelo que o decisório então proferido desafiava o recurso de apelação.

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao agravo pelas seguintes razões:

"A agravante, como consta claramente de suas razões, não cuidou de habilitar regularmente seu crédito na concordata concedida à devedora, e esta tampouco a incluiu na relação de seus credores.

Não obstante tal circunstância, pelo que se depreende dos autos, inconsistentemente vinha interferindo no processo, tendo, por isso mesmo, a

E. Primeira Câmara deste Tribunal, em anterior agravo, afirmado que haveria, inclusive, postura pouco profissional e que não havia declarado seu crédito por mero capricho.

O Juízo *a quo*, ante a insistência da agravante, foi instado a decidir questão incidental, declarando que seu crédito estava sujeito aos efeitos da concordata, e que, uma vez que não teria havido habilitação, o depósito feito pela concordatária seria tempestivo e suficiente para quitar a obrigação.

E foi contra tal decisão que a agravante interpôs apelação que não foi recebida pelo Juízo *a quo*.

E está correta tal decisão.

Não se decidiu a respeito de habilitação, que, em tese, seria passível de apelação. Decidiu-se, sim, a respeito da validade e tempestividade de depósito feito, para satisfação de crédito que sequer constava da relação de credores.

Assim, contra tal decisão cabia agravo de instrumento, e ao oferecer apelação incidiu a agravante em erro grosseiro, o que impede seja aplicado o princípio da fungibilidade" (fls. 67/68).

Daí o recurso especial manejado pela credora vencida com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional. Alegou-se vulneração dos arts. 97 e 98, § 3º, da Lei de Falências, ao argumento central de que, se houve o julgamento do crédito, ainda que de forma processual irregular, mas da qual participaram a

concordatária, o comissário e o Ministério Público, o recurso cabível era o de apelação.

Apelo extremo admitido na origem, pronunciou-se afinal a Subprocuradoria Geral da República pelo provimento do recurso, a fim de que a Eg. Câmara julgue o mérito da apelação, além de recomendar-lhe determine à 1ª Instância a observância do rito processual previsto nos §§ 1º/3º do art. 98 da LF, em obediência ao princípio constitucional do **due process of law**.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): O crédito da ora recorrente não foi listado pela devedora no rol dos credores, nem tampouco promoveu a interessada a habilitação de seu crédito. Apesar disso, nos autos principais da concordata instaurou-se um contencioso acerca do montante do crédito existente, resultante da prestação de serviços profissionais de advocacia em determinada causa. A devedora efetuou o depósito da quantia de Cz\$ 212.150,58, com a qual não concordou a credora por tê-la como insuficiente.

Realizou-se a perícia, de conformidade com a qual se teria apurado o **quantum** devido pelos mencionados trabalhos profissionais. E, afinal, depois de classificar a credora na situação prevista no art. 175, § 2º, inc. II, da Lei Falencial, o MM.

Juiz de Direito julgou satisfeito o crédito, autorizando o levantamento, tanto pela credora (tocante à sua parte) como pela concordatária (em relação ao saldo remanescente).

Em verdade, a decisão então proferida não se reveste da condição de sentença apenas na forma; o seu conteúdo é, outrossim, de verdadeira sentença, pois que, embora em procedimento inusitado, alheio às normas processuais, se decidiu sobre o crédito da “Olivan Escritório de Advocacia S/C”, de existência reconhecida e incontroversa.

O procedimento esboçado seria precisamente o estabelecido na lei (art. 98 e §§ do Dec.-Lei nº 7.661/45). Mas, o Dr. Juiz de Direito, premido talvez pelas circunstâncias, julgou desde logo o crédito em questão, dando-o por satisfeito. Vale dizer, ainda que de forma extravagante, prolatou u’a sentença; pôs termo à verificação daquele crédito. Daí o cabimento **in casu** do recurso de apelação, seja em face do disposto no art. 97 da LF, seja ante o estatuído no art. 98, § 3º, do mesmo diploma legal.

Colhe, portanto, o parecer exaltado pelo Ministério Público Federal, da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Vicente de Paulo Saraiva, **in verbis**:

“S. Exa., entretanto, em vez de bloquear seu levantamento até que o recorrente se habilitasse retardatário — mas regularmente —, cedeu por fraqueza ou desenfado: não só julgou o depósito mais que suficiente quanto tempestivo; autorizou

também seu levantamento pelo recorrente até o montante achado pela perícia (e o saldo restante, pela concordatária): fls. 19/20.

E assim, admitiu as investidas do recorrente como habilitação retardatária, sem sua autuação em apartado nem as necessárias impugnações e parecer do MP (LF, art. 98 e §§ 1º/3º), muito embora: julgou o crédito, portanto.

Ora, da sentença o Juiz que verifica o crédito cabe, realmente, apelação (id., arts. 97, **caput** e 98, § 3º)" (fls. 95/96).

Como se vê, o MM. Juiz de Direito proferiu uma sentença, a tanto equivalendo o **decisum** que resolve a verificação ou habilitação retardatária de crédito; não se limitou a deliberar sobre mera questão incidente. Ao prejudicado cabia interpor, por conseguinte, o recurso de apelação e não o de agravo de instrumento.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que a C. Câmara julgue a apelação como for de direito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 17.739-0 — SP — (92.0002093-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Oliven Escritório de Advocacia S/C. Advogado: Luiz Carlos Oliven. Recdo.: Sebastião Faria da Cunha e Cia. Ltda. — em concordata. Advogados: Adriano Sérgio Rinaldo e outros. Recda.: Gráfica Belém Ltda. — comissária da concordata preventiva de Sebastião Faria da Cunha e Cia. Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (em 23.11.93 — 4ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, em exercício.

Relator: *O Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Fernando Túbero*

Recorrida: *Ferrovia Paulista S/A — FEPASA*

Advogados: *Ulisses Nutti Moreira e outros, Nádia Bacha Scarati Feijó e outros*

EMENTA: FEPASA. Servidor aposentado. Reajuste dos proventos. Enquadramento. Nulidade da sentença. Preclusão. Arts. 128, 460 e 458, II, do CPC. Inocorrência de violação. 1. Nulidade da sentença não argüida no momento oportuno, perante a instância ordinária, não pode ser reeditada no grau extraordinário por força da preclusão. 2. Acórdão que aprecia a apelação e o recurso adesivo, explicitando o acerto da decisão de primeiro grau, motivo pelo qual declarou prejudicado o adesivo, não ofende o art. 458, II, do CPC. 3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 13 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recur-

so especial, fundado na letra *a* do inc. III do artigo 105 da Constituição Federal, interposto por Fernando Túbero contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que acolheu a apelação da FEPASA para julgar improcedente ação em que foi pleiteada alteração dos proventos da aposentadoria, inclusive em razão de enquadramento postulado, considerando prejudicado o recurso adesivo do autor.

Sustenta o recorrente, em resumo, que o acórdão recorrido, reconhecendo ter a sentença condenado a recorrida em objeto diverso do discutido na lide, deveria ter anulado a decisão anterior e, não o tendo feito, contrariou os arts. 128 e 460 do CPC, infringindo, também, o art. 458, II, do mesmo diploma, por não ter fundamentado a rejeição do apelo adesivo.

Pede o provimento do recurso para reformar-se o aresto impugnado, decretando-se a nulidade da sentença.

Contra-razões às fls. 349/353 e admissão do recurso, na origem, pelo despacho de fls. 355/357.

Dispensado o pronunciamento da Subprocuradoria Geral da República, na forma regimental (art. 256).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): Como esclarecido no relatório, o recorrente acionou a FEPASA a fim de obter o reajustamento dos proventos da sua aposentadoria, tendo em vista os seguintes pedidos: enquadramento, com progressão horizontal, em classe correspondente a Chefe de Divisão; diferenças do salário complementar em decorrência deste enquadramento; respeito às vantagens pessoais (adicionais de nível superior e por tempo de serviço), cujos percentuais devem ser calculados em função do enquadramento pretendido; diferenças decorrentes da "curva salarial" e do "acerto de estrutura" relativos, respectivamente, aos anos de 1987 e 1988, fazendo jus também ao percentual de 8,15% face ao enquadramento aludido; juros, correção e ônus da sucumbência.

Ao contestar, a ré argüiu a prescrição da ação e pugnou pela improcedência, no mérito, reconhecendo,

contudo, que por força da Lei nº 3.720/83 o postulante deve ser enquadrado como Analista Pleno (fls. 96/107).

A sentença, à exceção do enquadramento requerido e do conseqüente percentual de 8,15%, deferiu os demais pedidos, acrescentando que a FEPASA deveria proceder ao enquadramento do autor como Analista, consoante por ela reconhecido (fls. 91/94).

A empresa apelou, argüindo a nulidade da decisão, por conceder pedido não deduzido na inicial, e pedindo a reforma da sentença para julgar-se a ação improcedente.

O autor contra-arrazoou, sustentando não padecer a sentença de nulidade, e recorreu adesivamente reeditando os pedidos denegados no primeiro grau (fls. 256/263 e 303/306).

Agora, após a rejeição dos embargos declaratórios, através do presente recurso especial, em que alega contrariedade aos arts. 128, 460 e 458, II, do CPC, pretende a reforma do acórdão para declarar-se a nulidade da decisão de primeira instância.

É inequívoco que não tendo argüido a nulidade da sentença quando dela recorreu, ainda que adesivamente, o autor não o pode fazer agora, por força da preclusão; causando perplexidade o fato de ter feito, nas razões de apelado, veemente defesa da validade da sentença. Demais disso, não tendo o acórdão, propriamente, julgado fora nem além do pedido, não violentou os mencionados arts. 128 e 460/CPC. A infração a estes dispo-

sitivos seria oblíqua por não ter decretado a nulidade da sentença.

Quanto à ofensa ao art. 458, II, do CPC — falta de fundamentação ao considerar prejudicado o adesivo — esta não ocorreu. Apreciando a apelação e o recurso adesivo, o acórdão explicitou porque estava correta a decisão de primeiro grau em não conceder o enquadramento do autor como Chefe de Divisão, bem como porque era indevido o percentual de 8,15% decorrente desse enquadramento, motivos pelos quais, tendo acolhido a apelação da ré para julgar a ação improcedente na sua totalidade, restou prejudicado o recurso adesivo interposto, que repetiu aqueles pedidos.

Por todo o exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 18.660-0 — SP — (92.0003131-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins. Recte.: Fernando Túbero. Advogados: Ulisses Nutti Moreira e outros. Recda.: Fervia Paulista S/A — FEPASA. Advogados: Nádia Bacha Scarati Feijó e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.10.93 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 19.611-0 — SP

(Registro nº 92.0005245-2)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Singer do Brasil Indústria e Comércio Ltda.*

Advogados: *Drs. Pedro Aparecido Lino Gonçalves e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Maria Elisabeth Rolim e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Redução de alíquota. Programa “BEFIEIX”. 1. A redução da alíquota do imposto de importação não equivale a isenção parcial. Por isso, não deve ser reduzido, na mesma proporção, o ICM, em face do disposto no art. 1º, IV, da Lei Complementar nº 4/69. 2. Ofensa ao art. 97, IV, do CTN, não caracterizada. Dissídio pretoriano parcialmente configurado. 3. Recurso especial parcialmente conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso, mas negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros José de Jesus Filho, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Lüz.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Singer do Brasil Indústria e Comércio impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado Regional Tributário de Campinas, objetivando eximir-se do recolhimento de ICM na importação de máquinas para compor o ativo fixo.

Sustenta, em síntese, a inexistência de alíquota fixada e gozar do benefício de redução do imposto, na base de 90%, em razão do previsto no Programa Especial de Exportação (BEFIEIX).

Em primeira instância a segurança foi denegada, tendo sido a sentença confirmada pela Décima Sé-

tima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Daí o presente recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, sob a alegação de negativa de vigência ao art. 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, e ao art. 1º, inciso VI da Lei Complementar nº 4/69, além de dissídio jurisprudencial.

Contra-arrazoadado (fls. 198-200) o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 206), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Singer do Brasil — Indústria e Comércio Ltda. impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra a exigência, pelo Delegado Regional Tributário de Campinas, do recolhimento do ICM na importação de duas máquinas “Stato — mat. globe”, tipos CIMA 3.004 e MDFM-4.000, completas, dos Estados Unidos, destinados à produção de motores “Singer”, conforme guia de Importação nº 052-87/005819-6.

Sustentou, em suma, a inexistência de alíquota fixada e, ainda, gozar do benefício de redução do imposto, na base de 90%, em razão do previsto no Programa Especial de Exportação (BEFIEX).

Contra o acórdão, confirmatório da sentença, que indeferiu a segurança, alega a impetrante, em recurso especial, apoiado nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, negativa de vigência aos art. 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional, e ao art. 1º, inciso VI, da Lei Complementar nº 4/69, além de dissídio jurisprudencial.

Quanto a ofensa ao art. 94, inciso IV, do CTN não há identificá-la, aduzindo, a propósito, o acórdão recorrido (fls. 179-180):

“Argumenta a impetrante, de início, com a inexistência de alíquota fixada, porquanto a hipótese diz respeito à importação de máquinas para compor o ativo fixo.

Na realidade, porém, o artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 406/68, expressamente, prevê a incidência de ICM na hipótese questionada, dispondo ter como fato gerador a “entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento.”

Entretanto, o Colendo Supremo Tribunal Federal, seguido pela iterativa jurisprudência deste E. Tribunal — sempre decidiu não incidir o ICM sobre a importação de bens de capital, acabando por dispor a tal respeito na Súmula nº 570.

Em decorrência dessa jurisprudência, através da Emenda Constitucional nº 23, foi acrescido ao artigo 23 da Constituição Federal então vigente, o § 11, dispondo, expressamente, sobre essa incidência “inclusive

quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento.”

A partir, portanto, da vigência dessa Emenda Constitucional, nenhuma dúvida subsiste e, além disso, toda a jurisprudência anterior não mais pode ser invocada em benefício dos estabelecimentos importadores.

3. Ocorrida essa alteração constitucional, a alegada inexistência de alíquota não pode ser admitida.

Efetivamente, ocorrida a importação dessas mercadorias — que não se confunde com a entrada no estabelecimento do importador — todas as operações que se seguem, necessariamente, configurarão uma das hipóteses expressamente previstas no artigo 18, incisos I e II, da Lei nº 440/74.

Na espécie dos autos, cuidando-se de entrada de mercadorias no estabelecimento do importador, a alíquota é de 17% como dispõe o artigo 18, inciso II, desse diploma legal.

Não se exige, no caso, alíquota específica para o caso de importação, porquanto, quando da sua ocorrência, incide o imposto específico em favor da União, uma vez que o fato gerador desse tributo não pode, também, ensejar a cobrança do ICM, em benefício dos Estados, dada a imprescindibilidade de fatos geradores distintos para cada um dos tributos cobrados.

Assim, ocorrida a interiorização das mercadorias, decorrente da im-

portação, a partir daí a operação é interna ou interestadual.

Esta é a orientação sempre seguida neste E. Tribunal, como bem destaca a r. sentença.”

No tocante à redução do imposto, não se acha caracterizada ofensa ao art. 1º, inciso VI, do CPC, segundo se depreende do acórdão recorrido (fls. 180-181):

4. Na espécie, ainda, sustenta a impetrante que em face da redução do imposto de importação em 90%, faz jus a igual benefício, em relação ao tributo estadual.

Entretanto, apesar da importação questionada inserir-se no programa BEFIEIX, não goza, na esfera estadual, do benefício pretendido.

Para sustentar esse direito, na realidade, equipara a impetrante a redução do tributo federal à isenção, o que não pode ser admitido.

Na realidade, os conceitos são distintos, pois, como assevera o e. Des. Isidoro Carmona, “a isenção é uma das formas de exclusão do crédito tributário: por isso mesmo, pressupõe a existência deste. A redução, no entanto, opera antes da formação do crédito, via redução da alíquota” (Ap. Cível nº 124.665-2).

Essa questão procura reviver toda a discussão anterior relativa à alíquota zero, anteriormente fixada em relação à importação de certos produtos, objeto de inúmeras decisões do Colendo Primeiro Tribunal de Alçada Civil e que culminou com a Súmula nº 576 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Na espécie, a E. Turma Especial da Segunda Seção deste Colendo Tribunal, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência da Apelação Cível nº 140.894-2, de São Paulo, teve oportunidade de examinar a questão, em hipótese de importação levada a efeito por empresa integrante do programa BEFIEX, adotando este mesmo entendimento (fls. 170/173, Rel. Des. Bueno Magano)."

Todavia, no tópico, manifesto o dissídio com o decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina na AMS nº 2.655, de Mafra, cujo acórdão ficou assim ementado (fls. 195):

"ICM — Redução da alíquota do Imposto sobre Importação de Produtos Estrangeiros — Tal redução equivale à isenção parcial e isenta a parte correspondente do imposto sobre operações à circulação de mercadorias — Recurso provido para a concessão da segurança."

Conheço, pois, no particular, do recurso.

No mérito, porém, nego-lhe provimento.

Com efeito, a Egrégia Primeira Seção desta Corte, nos E. Div. REsp nº 3.884-RS, de que fui Relator, decidiu na consonância da seguinte ementa:

"Tributário. ICM. Redução de alíquota do Imposto de Importação.

I — Não há confundir isenção com redução de imposto. Por isso, a

redução da alíquota do imposto federal não produz, por si só, o mesmo efeito com relação ao ICM.

II — Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados."

Naquela assentada, argumentei:

"No caso, é manifesto o dissídio entre o acórdão embargado e os paradigmas trazidos a confronto. Entendeu o primeiro que a redução de alíquota do imposto de importação não produz o mesmo efeito com relação ao ICM, do que dissentiram os arestos colacionados. Conheço, pois, dos embargos.

Passo ao exame do mérito. A argumentação dissidente da que serviu de embasamento ao acórdão embargado acha-se consubstanciada no voto proferido pelo ilustre Ministro Hélio Mosimann no Recurso Especial nº 4.272-RS, nestes termos (fls. 482-486):

"Sr. Presidente, o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantendo a sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos, que adotou, embora reconhecendo os "precedentes jurisprudenciais como é o caso do Estado de Santa Catarina" (fls. 107) não deu razão ao contribuinte.

Assim decidiu, basicamente pelos seguintes fundamentos:

"... Segundo a melhor doutrina, especialmente aquela trazida na resposta, ou melhor, nas informações fls. 55 em diante em que é citado José Souto Maior Borges, não

se opera no caso isenção parcial, mas apenas redução de alíquotas federais. Seria fastidioso transcrever o ensinamento doutrinário do eminente José Souto Maior Borges, já transcrito a partir de fls. 55 dos autos. Os argumentos expedidos pelo eminente tributarista são indestrutíveis pelo seu lógico formal. Não havendo isenção parcial, não há como atender-se a pretensão da impetrante. Verifico que no próprio certificado 301/85, fls. 22, é referida a expressão redução de 90%. Não há qualquer referência à isenção. Assim, não havendo isenção mesmo parcial, não há como se aplicar o art. 1º, VI, da Lei Complementar nº 4. Aludido dispositivo estabelece isenção de pagamento de ICM relativamente às mercadorias isentas de imposto de competência da União sobre a importação. Dessa forma, mesmo que se admitisse que a redução de 90% fosse interpretada com isenção parcial não haveria como transplantar o benefício para a esfera estadual, porque a isenção, se assim entendida, não é total e portanto seria possível estendê-la ao ICM porque mencionado art. 1º, VI, fala em isenção de imposto, devendo-se entender como isenção total. Assim sendo, mesmo se entendendo que a redução de 90% dos tributos federais represente isenção parcial, por força do art. 111, do CTN, não é possível transpor o benefício para a esfera estadual, e isto porque a lei não contempla em sua expressão literal esta situação.

De qualquer forma, deve-se entender que houve redução de alíquo-

tas federais, conforme expresso no certificado acima mencionado, e, nessa situação, não é possível estender o benefício para a esfera do tributo estadual, mais precisamente do ICM. De consequência, impõem-se a denegação da segurança.”

O despacho do eminente primeiro Vice-Presidente do tribunal gaúcho, reportando-se aos argumentos do recurso — contrariedade do art. 1º, VI, da Lei Complementar nº 4/69, além de dissentir de decisões dos tribunais de São Paulo e Santa Catarina — admitiu o recurso especial tão-somente pela letra c do permissivo constitucional, aduzindo:

“Com efeito, enquanto no acórdão recorrido entendeu-se inexistir isenção parcial e, conseqüentemente, do não aproveitamento dos benefícios concedidos pela LC nº 4, pelo menos o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Cível nº 2.602, manifestou-se no sentido contrário, decidindo que a redução equivale a isenção parcial, isentando, em consequência, a parte correspondente do imposto sobre operações à circulação de mercadorias, na conformidade da LC nº 4.

Observo, outrossim que, muito embora se possa tomar o posicionamento do acórdão recorrido como corolário da Súmula nº 576 do Pretório Excelso, porque estribado nas mesmas conceituações e diferenciações da isenção da alíquota zero, certo é que os julgados que inspiraram aquela súmula não tratam de redução de alíquota, mas, sim, da “tarifa livre”. Desse modo, inexistin-

do orientação firmada do plenário do STF especificamente sobre a questão em debate (redução de alíquota ou isenção parcial), não vejo como trancar a marcha do recurso sob o argumento da Súmula nº 286.”

Já o acórdão catarinense trazido a confronto e que contou com meu voto, porta a ementa que segue (fls. 36):

“ICM — Redução da alíquota do Imposto sobre Importação de Produtos Estrangeiros — Tal redução equivale à isenção parcial e isenta a parte correspondente do imposto sobre operações à circulação de mercadorias — Recurso provido para a concessão da segurança” (Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2.602, de Mafra, julgada em 08.09.87).”

O tema, bem se sabe e se conclui pelo debate travado nestes autos, não é pacífico.

Esta Turma, entretanto, há poucos dias, sobre ele teve oportunidade de se manifestar, chamada ao julgamento do recurso interposto contra o acórdão de Santa Catarina, acima deferido.

Em decisão de que não participei porque declarado meu impedimento, o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, Relator, estampou a ementa abaixo transcrita:

“Recurso Especial — Tributário — ICM — Isenção — Legislação estadual — Quando a legislação estadual conferir isenção do tri-

buto sempre que a União assim dispuser relativamente à importação de produtos estrangeiros, configurada a hipótese normativa, surge o direito de o contribuinte liberar-se do ônus fiscal” (REsp nº 4.527-SC, 05.09.90).

Destaca-se do voto do Relator:

“... O venerando acórdão do Tribunal de Santa Catarina fundamenta a decisão, em parte, com a seguinte passagem: dispõe o art. 1º da Lei Complementar nº 4/69: ficam isentos do imposto de circulação de mercadoria, VI, as entradas de mercadorias cuja importação estiver isenta do imposto de competência da União sobre a importação de produtos estrangeiros. Por seu turno o art. 253 do Decreto Estadual nº 16.792 estabelece: são isentos do imposto a entrada de mercadorias cuja importação estiver isenta do imposto de competência da União sobre a importação de produtos estrangeiros.

A redução do imposto, prossegue, ou mais precisamente de sua alíquota não deixa de conformar uma isenção parcial pois, como ensina o acatado tributarista Rui Barbosa Nogueira: As isenções parciais podem revestir diversas modalidades técnicas segundo elemento de quantificação da relação tributária que se utiliza para provocar o efeito liberatório desejado. Assim, por exemplo, pode falar-se de redução da base de cálculo, das alíquotas de incidência ou da quantia do imposto. E a isenção tributária, doutrinariamente, pode ser parcial ou total,

conforme o julgado do STF concernente ao RE nº 96.007: ICM. Isenção parcial. Direito ao crédito fiscal. A denegação do crédito fiscal pelo Estado-membro destinatário da mercadoria relativamente à isenção parcial concedida pelo Estado de origem importa tornar ineficaz a regalia uma vez que o tributo incidiria por inteiro sobre a operação subsequente, com vulneração do princípio constitucional da não cumulatividade.

Reitero meu entendimento que, tecnicamente, há distinção entre a alíquota zero, isenção, imunidade e redução de alíquota. Todavia, economicamente, e somente neste aspecto, pode existir identificação. A isenção, a redução de alíquota, a alíquota zero, implicam diminuição do **quantum** a ser pago.

Do ponto de vista econômico, sem dúvida alguma que se pode fazer essa identificação embora, **data venia**, os institutos sejam ontologicamente distintos. Acresce-se ao julgamento deste caso que a lei estadual, como consta do acórdão, diz respeito à isenção do imposto: "Entrada de mercadoria cuja importação estiver isenta do imposto de competência da União sobre a importação de produtos estrangeiros." Debate-se. E quando não houver isenção, mas redução da alíquota, como no caso concreto, com acentuação da diminuição do recolhimento do tributo?

Vê-se, analisando a legislação estadual, notadamente do ponto de vista finalístico, o legislador de Santa Catarina buscou identificar, con-

ferir ao contribuinte o mesmo tratamento tributário, no tocante ao ICM, de que é da sua competência, quanto ao tratamento da União fornece na hipótese de entrada de mercadoria. Em sendo assim, por interpretação extensiva (não se confunde com analogia), há razões suficientes para manutenção do acórdão. Evidente a preocupação do Fisco Estadual de, atendendo às mesmas razões da redução do imposto federal, economicamente, repetir o tratamento na área estadual. Assim embora a fundamentação semelhante, não idêntica, o provimento foi para maior análise, não havendo portanto o confronto com a Súmula nº 576 do Supremo Tribunal Federal."

A questão é idêntica à apreciada no Rio Grande do Sul, inclusive o dispositivo da legislação estadual reproduz, como em Santa Catarina, o texto da lei federal: Lei Complementar nº 4/69, art. 1º, VI: são isentas do ICM as mercadorias cuja importação estiver isenta de imposto de competência da União (mesmo parcial), sobre a importação de produtos estrangeiros — art. 5º, III, Decreto Estadual nº 29.809, de 18.09.80, que aprovou o Regulamento do ICM do Estado.

Como sublinhou o Desembargador Milton dos Santos Martins do RS, em voto sobre caso semelhante (fls. 121), a concessão dada pela União não deve, de regra, atingir o Estado, a não ser quando o próprio Estado aceite esta norma e recolha na sua legislação específica. Creio

ser este o caso dos autos; do contrário, não teria sentido o dispositivo estadual, compreendendo-se na isenção as chamadas isenções parciais (reduções e atenuações do **quantum**), conforme Geraldo Ataliba (fls. 176).

Por tudo isso é que conhecendo do recurso pela letra c, dou-lhe provimento.”

Aos fundamentos deduzidos no douto voto supratranscrito, rebate o eminente Relator do aresto embargado, Ministro Garcia Vieira, *in verbis* (fls. 450-455):

“Sr. Presidente: — A impetrante obteve da Comissão de Política Aduaneira — CPA do Ministério da Fazenda redução para 15% do I.I. dos equipamentos que importassem, conforme Res. 14 — 1.439, de 18.02.88 (docs. fls. 21/159).

Pretende a recorrente seja também estendida ao ICM referida redução que para ela, equivale à isenção parcial.

A impetrante foi beneficiada pela redução dos impostos federais e não pela isenção do ICM que é estadual.

Não se deve confundir isenção com redução. A distinção entre isenção e outros incentivos fiscais é feita pelo D.L. nº 2.433, de 19 de maio de 1988. A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, também fala em isenção e em redução (art. 1º). O Decreto-Lei nº 1.428, de 02 de dezembro de 1975, atribui poderes a vários órgãos inclusive à Comis-

são para a Concessão de Benefícios Fiscais, a fim de “conceder redução do imposto de importação para máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, acessórios e ferramentas, nos termos, limites e condições estabelecidos pelo Poder Executivo.” O Decreto nº 77.065, de 20 de janeiro de 1976, em seu art. 5º, conferiu à referida comissão, poderes para a concessão de benefícios fiscais e reduzir de 70 a 90% os impostos federais, sobre produtos industrializados e importação de máquinas.

A Lei Complementar nº 04, de 02 de dezembro de 1969, concede isenção do ICM, às “entradas de mercadorias cuja importação estiver isenta do imposto, de competência da União sobre importação de produtos estrangeiros” (art. 1º, VI). Como se interpreta literalmente a legislação sobre isenção (artigo 111, do CTN), devemos buscar o sentido exato de isenção e de redução. Este próprio artigo 111 fala em incisos diversos (I e II) em suspensão ou exclusão (I) e em isenção (II) e este princípio se harmoniza com os artigos 175 e 176 também do CTN. A isenção é sempre decorrente de lei (art. 176) e somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos ou a sua extinção ou a sua fixação de alíquota e da sua base de cálculo (art. 97, I e IV). Isenção é definida pelos tributaristas como “a dispensa legal do pagamento do tributo devido.” Nela “verifica-se o fato gerador e ocorre a incidência; entretanto como não é exigido o crédito tributário, em virtude da dispensa do pagamento,

não se recolhe o tributo" (Geraldo Ataliba). É um favor legal, conferido por lei ao contribuinte que é dispensado do pagamento de um tributo devido. A redução não se confunde com isenção. Ensina SACHA CALMON, na sua Teoria Geral de Tributo, ed. 1982, que:

"... ontologicamente isenção e "alíquota zero" são mesmo profundamente diversas: A isenção exclui da condição de "jurígeno" fato ou fator. A alíquota é elemento de determinação quantitativa do dever tributário. Se é zero, não há o que pagar" (pág. 154).

A redução do imposto federal não produz o mesmo efeito no ICM (estadual) e para se chegar a esta conclusão, basta que se leia a Súmula nº 576 do Colendo Supremo Tribunal Federal, onde está bem claro que: "É lícita a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre produtos importados sob o regime de alíquotas "zero". Ora, se a alíquota zero não corresponde à isenção total, também a redução da alíquota a 90% não corresponde à "isenção parcial".

Pelo Decreto nº 99.546, de 25 de setembro de 1990, publicado no DOU do dia seguinte, foi outorgada competência à Senhora Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento para,

"... atendidas as condições e os limites estabelecidos na Lei nº 3.244, de 14 de agosto de 1957, e nos Decretos-Leis nºs 63, de 21 de novembro de 1966, e 21/62, de 19 de setembro de 1984, alterar as alíquotas do imposto de importação.

É evidente que, com a edição desta norma legal, não houve qualquer isenção reflexa nas operações relativas à incidência do ICM. A isenção, nos termos da Constituição Federal anterior, só poderia ser concedida por Lei Complementar e a vigente Carta Magna veda expressamente, à União instituir isenções de tributos estaduais (art. 151, III)."

A competência para instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias é dos Estados e do Distrito Federal (art. 23, II da Constituição Federal anterior, artigo 155, I, letra b da Constituição Federal vigente). Na vigência da Constituição Federal anterior, as isenções do imposto sobre estas operações só eram concedidas ou revogadas por convênios, celebrados e ratificados pelos Estados, nos termos de lei complementar (art. 23, § 6º) e, de acordo com o artigo 151, III da atual Constituição Federal, é vedado à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Como, em regra, a isenção é competência do poder tributante, a União poderia, por lei complementar, por exceção, isentar do ICM, a operação que gozaria de isenção dos tributos federais. Mas, no caso em exame, a importação foi com redução de alíquota e não com isenção.

A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, em seu artigo 1º, estabeleceu que:

"As isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de

Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta lei.”

E estas concessões dependiam sempre de decisão unânime dos Estados representados (art. 2º, § 2º).

O Estado, com base na Lei Complementar nº 04/69, só poderia isentar do ICM, as operações isentas dos tributos federais e a impetrante só gozaria de redução de alíquota e não de isenção, na exportação de seus produtos. O venerando acórdão recorrido deu interpretação literalmente correta ao artigo 1º da Lei Complementar nº 04/69, como bem acentuou o Estado do Rio Grande do Sul, em sua apelação (fls. 303). Realmente, não se pode admitir a idéia de que a redução de alíquota equivale à isenção parcial com força para reduzir o ICM à 15% (quinze por cento). Somente em caso de isenção é que existe o reflexo nas operações relativas ao ICM, do contrário seria passar por cima da Constituição e do princípio federativo. É bom lembrar que referida Lei Complementar nº 04/69 foi editada com base no artigo 19, § 2º, da Constituição Federal anterior. Somente poderia a União conceder isenção do ICM ou de qualquer outro imposto estadual, quando houvesse “relevante interesse social ou econômico nacional...” e é claro que nada disso ocorreu, na importação de máquinas, procedida pela recorrida, com redução de alíquota ou de base de cálculo. O legislador somente entendeu existir o relevante interesse social ou econômico

nacional, capaz de legitimar e justificar a isenção das operações relativas ao ICM quando isenta de impostos federais, a entrada de mercadorias importadas e não quando existe apenas redução de alíquota.

É evidente que um simples órgão administrativo não pode isentar ninguém de imposto estadual. Só a lei complementar poderia fazê-lo. Assim entendeu o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, como Relator, em seu voto, no RE nº 81.074-SP, ao acentuar que:

“Finalmente, parece-me decisiva uma ponderação que se me afigura grave: só pode a União isentar de qualquer imposto estadual, por lei complementar. Estar-se-ia por essa via a permitir que um órgão administrativo, que excepcionalmente detém o poder de aplicar o princípio da flexibilidade da tarifa, isentasse indiretamente de imposto estadual quando, a rigor, só a lei complementar federal pode fazê-lo.”

Proclama a *ementa* deste v. acórdão, *in verbis*:

“ — ICM. Não importando isenção do imposto de importação a atribuição, a determinada mercadoria, na tarifa aduaneira, da alíquota zero, dela não resulta isenção do tributo estadual. Reexame da questão pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Recurso conhecido, mas não provido.”

Nossa Corte Maior, no RE nº 76.810-SP, Relator eminente Ministro Leitão de Abreu, DJ de 26/9/75, entendeu que:

“ — ICM. A alíquota zero não configura isenção, porquanto pode ser elevada mediante decisão do Conselho de Política Aduaneira.”

No mesmo sentido são ainda os seguintes precedentes: ERE nº 79.952-SP, Relator eminente Ministro Soares Muñoz, DJ de 19/5/78; RE nº 88.676-SP, Relator eminente Ministro Xavier de Albuquerque, DJ de 17/3/78; RE nº 86.322-SP, Relator eminente Ministro Cordeiro Guerra, DJ de 25/3/77; RE nº 81.132-SP, Relator eminente Ministro Eloy da Rocha, DJ de 25/4/77; RE nº 85.952-SP, Relator eminente Ministro Cordeiro Guerra, DJ de 18/2/77 e ainda os seguintes Recursos Extraordinários nºs 76.810-SP, 81.074-SP, 79.471-SP, 81.117-SP, 81.172-SP e 82.568-SP.

Verifica-se pelo RE nº 81.132-SP, ter nossa Corte Maior entendido que:

“Não importa isenção do imposto de importação a atribuição da alíquota “zero”, conseqüentemente, dela não resulta isenção do ICM...”

No RE nº 85.952, firmou o entendimento de que:

“A tarifa zero ou livre configura uma não incidência provisória do tributo. A importação de mercadorias sob o regime de tal alíquota não implica, portanto, em isenção do imposto sobre circulação de mercadorias...”

Ora, se a importação de mercadorias sob a alíquota zero não configura isenção e não impede a cobrança

do ICM, a simples redução desta, com muito mais razão, não pode conduzir a estas conseqüências.

Conheço do recurso pela divergência e nego-lhe provimento.”

Assumindo posição sobre a controvérsia, penso, com a devida vênia aos que têm entendimento diverso, que a fundamentação adotada pelo acórdão embargado melhor se ajusta aos princípios jurídicos endossados pela legislação em vigor e por antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A propósito, expressa disposição do Código Tributário Nacional estabelece que se há de interpretar literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção. De outra parte, o entendimento pretoriano é no sentido de que não há confundir isenção com redução de alíquota de imposto.

Em conclusão, pois, conheço dos embargos, mas os rejeito.”

Isto posto, em conclusão, conheço parcialmente do recurso, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.611-0 — SP — (92.0005245-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Recte.: Singer do Brasil Indústria e Comércio Ltda. Advogados: Pedro Aparecido Lino Gonçalves e outros. Recda.: Fazenda do Estado de São

Paulo. Advogados: Maria Elisabeth Rolim e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso, mas negou-lhe provimento (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 19.920-0 — PR

(Registro nº 92.0005955-4)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrida: *Roseli Garcia Soares Winand*

Interes.: *Frieda Alves Junior*

Advogados: *Drs. Rolf Koerner Junior e outro*

EMENTA: Processual Civil. Falsidade ideológica. Documento narrativo. Apuração pela via incidental, art. 390, CPC. Disciplina no CPP. Recurso provido. 1. A falsidade ideológica, salvo nas hipóteses em que o seu reconhecimento importe em desconstituição de situação jurídica, pode ser argüida como incidente, máxime quando sua apuração dependa unicamente da análise de prova documental.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros

Barros Monteiro, Bueno de Souza e Fontes de Alencar, vencido o Ministro Athos Carneiro.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO,
Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Relator.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Suscitado incidente de falsidade ideológica, nos autos de medida cautelar de busca e apreensão, o MM. Juiz dele não conheceu ao fundamento de que “falsidade ideológica, **data venia**, está fora das previsões dos arts. 390 e seguintes, do CPC, que se referem a arguição de falsidade (falsidade material)”.

Agravou a suscitante, tendo o **Parquet** estadual opinado pelo provimento do recurso.

A eg. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, ao desprover o agravo, ementou:

“Incidente de falsidade — Falsidade ideológica — A falsidade ideológica não pode ser argüida por meio do incidente previsto no art. 390 do CPC, que é reservado somente à falsidade material”.

Inconformado, manifestou o Ministério Público recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando contrariedade ao art. 390, do CPC, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, possibilidade de se argüir, através de incidente, tanto a falsidade material como a ideológica.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido na origem.

A Subprocuradoria Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O tema, indubitavelmente polêmico, havia sido apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando se firmou a seguinte orientação:

“Incidente de falsidade — Falsidade ideológica — Possibilidade de ser reconhecida em face da lei adjetiva civil não a distinguir da falsidade material — Citação de doutrina” (RE nº 86.606-GO, Relator o Sr. Min. Cunha Peixoto, j. em 8.11.77 JB 103/34).

Também na doutrina a matéria não se mostra pacífica.

É do magistério de JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR, em escólios ao art. 390 do Código de Processo Civil, que, “a despeito do conteúdo aparentemente genérico do item I do art. 387, ao dizer que a falsidade consite em formar documento não verdadeiro, não pode esta passagem ser tomada como abrangente da falsidade ideológica, que se submete a outro regime legal” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, 2ª ed., vol. IV, Ed. RT, item 4, pág. 258).

Adotando posicionamento diverso, doutrina MOACYR AMARAL SANTOS, *verbis*:

“Falsidade documental no sistema do Código — O legislador pátrio entendeu definir-se doutrinariamente no tocante à doutrina sobre falsi-

dade documental, dando-lhe o conceito: "A falsidade consiste: I — em formar documento não verdadeiro; II — em alterar documento verdadeiro (artigo 387, parágrafo único). À primeira vista, pela linguagem carneluttiana adotada, tem-se a impressão de que a lei considera apenas a hipótese da falsidade material. Mas exame mais ponderado nos faz acreditar que no contexto legal está compreendida também a falsidade ideológica" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, 1ª ed., Forense, 1976, item 183, pág. 230).

Outro não foi o entendimento de SÉRGIO SAHIONE FADEL, que, citando outros autores, ensina:

"O incidente de falsidade abrange não somente a falsidade material do documento, bem como a falsidade intelectual ou ideológica. No primeiro caso estaria a falsificação, ou a alteração de documento verdadeiro, *mutatio veritatis*, seja pela inclusão ou pela supressão ou substituição de texto ou palavra, seja pela apagadura, raspagem, emenda etc., ou ainda pela assinatura falsa.

No segundo, a falsidade intelectual consistente na formação de documento não verdadeiro, o qual, embora materialmente perfeito, contém afirmações falsas ou irreais.

Conforme afirmou SADY CARDOSO DE GUSMÃO (Incidente de Falsidade, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 26, pág. 206), "a falsidade pode ser pessoal (depoimento falso, substituição de pessoa), material e ideológica,

entendendo alguns autores, entre eles Hugo Simas, firme na jurisprudência anterior ao atual Código (refere-se ao de 1939), que não se resolve por via do incidente a falsidade ideológica, o que não se ajusta à técnica atual, como bem observa Jorge Americano, em seus Com. ao Cód. de Processo Civil, vol. III, pág. 127" ("Código de Processo Civil Comentado", Tomo II, 1974, pág. 249).

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em posição intermediária entre as duas correntes, por sua vez leciona (grifei):

"Na doutrina e jurisprudência nacionais, desde o regime do CPC de 1939, se formou uma **corrente restritiva** a defender a tese de que a ação declaratória, principal ou incidente, só se prestaria a declarar o falso material, e não o ideológico, o qual dependeria de ação comum de simulação (Buzaid, ob. cit., ns. 91, 92 e 118, ps. 121, 123 e 151; João Batista Lopes, ob. cit., n. 1.11.3, p. 66; Ada Pellegrini Grinover, Ação Declaratória Incidental, S. Paulo, Ed. RT, 1972, n. 56, p. 86; Raphael Cirigliano, ob. cit., pp. 140-141; Adroaldo Furtado Fabrício, A Ação Declaratória Incidental, Rio, Forense, 1976, n. 46, p. 106; Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, S. Paulo, Saraiva, 1975, v. III, n. 568, p. 79).

De outro lado, vozes não menos abalizadas se puseram **contra a restrição** em tela e defenderam a ampla abrangência do processo declaratório, que não deveria ficar limitado ao falso material e que de-

veria ser aplicado, igualmente, ao falso ideológico, mesmo porque nada se lê na lei que venha a impor a restrição preconizada pela primeira corrente (Pontes de Miranda, *Coments. cit.*, IV, p. 530; Celso Barbi, *ob. cit.*, p. 116; Amaral Santos, *ob. cit.*, IV, n. 267, nota 33-A, e n. 268, ps. 549-554).

Na **jurisprudência**, as mesmas correntes se instalaram:

“O processo de incidente de falsidade não é meio apropriado para provar o falso ideológico” (Arq. TARJ, 25/108; RT 281/338, 538/180).

“A falsidade apurável, no curso da instrução da causa, ou mesmo incidentalmente, não é somente a falsidade material, mas também a ideológica” (RT 262/339; A. de Paula, *O Proc. Civ. à luz da Jurisp.*, nova série, Rio, Forense, 1982, v. III, n. 7.158-C, p. 589).

Ao publicar meu Curso de Direito Processual Civil, dei minha adesão à corrente que, sem exceção, entendia ser imprópria a ação declaratória incidental de falsidade para os casos de falso ideológico, ao pretexto de que, em tal conjuntura, haveria necessidade de atacar e desconstituir o negócio jurídico gerado pelo vício de consentimento ou pela simulação, o que se entendia ultrapassar o âmbito da pura declaração incidente (Curso *cit.*, 3ª ed., Rio, Forense, v. I, n. 455, ps. 491-492).

Revendo a controvérsia, vejo agora que as duas correntes antagônicas contêm enunciados verdadeiros e que a dissidência surgiu apenas por causa do extremismo e da excessiva generalização a que am-

bas chegaram. E, destarte, vejo-me compelido a penitenciar-me de ter seguido uma delas, sem atentar para exceções inevitáveis, que não poderiam deixar de ser consideradas.

Com efeito, correta se me afigura a assertiva da primeira corrente de que a ação incidental não se destina a desconstituir negócios jurídicos feitos, mas só a declarar autenticidade ou falsidade da prova. Como também não me parece incorreta a afirmativa de que os termos amplos dos arts. 4º, II, e 390 do CPC não são de molde a impor aprioristicamente a limitação de só ser declarável em sentença de ação declaratória a falsidade material.

Deve-se lembrar que o art. 4º, II, autoriza simplesmente a declaração de “autenticidade ou falsidade de documento”, e o art. 387, ao cuidar da falsidade que pode ser declarada no incidente do art. 390, diz que ela poderá consistir “em formar documento não verdadeiro” ou “alterar documento verdadeiro”. De fato, termos assim enunciados nada contêm que possa restringir o alcance da declaração apenas ao falso material.

O limite, portanto, não está na letra da lei, mas sim na interpretação que se lhe tem dado. E a corrente restritiva parte sempre do ponto de vista (certo, aliás) de que um instrumento de finalidade tipicamente declaratória não pode se prestar a um resultado constitutivo, como é o de anular o negócio jurídico eivado de vício de consentimento (erro, dolo) ou vício social (simulação).

Acontece que se, em regra, o falso ideológico encobre negócio jurídico simulado, que reclama anulação e não declaração de falsidade, não menos certo é que existem documentos contaminados com esse tipo de falsidade que não instrumentalizam negócio jurídico algum.

A regra, pois, que explica o descobrimento da declaratória de falsidade do documento que exprime negócio jurídico simulado, não se presta, evidentemente, a justificar a extensão desse marco restritivo até a alcançar os documentos que contêm falso ideológico, sem, todavia, representar negócio jurídico pendente de anulação.

O correto e preciso enfoque do problema há de partir da **distinção** que se impõe entre os documentos constitutivos e os documentos narrativos, segundo velha e inatacável classificação que a melhor doutrina sempre tem feito sobre a prova documental.

Documento constitutivo, também denominado documento dispositivo, é aquele que não só registra um fato, mas que instrumentaliza uma declaração de vontade.

Já o **documento narrativo**, também denominado documento testemunhal, como o nome indica, funciona apenas como registro material de uma declaração de verdade (cf. Celso Barbi, ob. cit., p. 112; Amaral Santos, ob. cit., IV, n. 268, p. 553).

O conteúdo do documento constitutivo, para Carnelutti, mais do que o registro da existência da “dichiarazione di volontà”, “rappresenta,

precisamente, la dichiarazione medesima”, vinda de seu próprio autor e documentada por ele mesmo (Teoria del falso, Padova, Cedam, 1935, n. 62, p. 141). O documento, então, confunde-se com o instrumento da declaração de vontade. E pode-se dizer que a declaração de vontade, lançada no documento constitutivo, é, em si mesma, a causa do efeito jurídico que o agente buscou e produziu com seu ato de vontade.

Enquanto o documento testemunhal só tem com efeito o registro do fato representado, o documento constitutivo registra uma declaração de vontade que é ela mesma a causa de um efeito jurídico material, que é aquele mesmo que o fato documentado deve produzir no mundo das relações intersubjetivas.

Assim, usar o registro de ponto para provar a frequência do funcionário à repartição é lançar mão de um documento puramente **narrativo**, o mesmo ocorrendo com o uso de um bilhete de trem ou avião, para provar o deslocamento ou a presença de alguém, em relação a uma cidade, etc.

Mas, lançar mão do documento lavrado para conter o reconhecimento de uma paternidade, ou para concluir um contrato qualquer, é provar ao mesmo tempo o fato ocorrido e ainda a própria declaração volitiva com todos os seus efeitos de direito.

Daí ensinar Carnelutti que este último tipo de declaração não se presta apenas para registrar o fato; “al contrario la dichiarazione è la

causa c dell'effetto, il quale dall fatto rappresentato di per sé, qualunque altrimenti fissato, non sorgerebbe" (La Prova Civile cit., n. 29, p. 167).

De uma maneira geral, todos os autores e mesmo a jurisprudência, que inadmitem o incidente de falsidade ou a ação declaratória no caso de falso ideológico, buscam fundamento no argumento de ser necessário o uso de ação constitutiva para atacar o negócio jurídico viciado que se acha incorporado ao documento (Buzaid, ob. cit., ns. 91, 92, 118, ps. 121, 123, 151; João Baptista Lopes, ob. cit., n. 1.11.3, p. 66; Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., n. 56, p. 86; Raphael Cirigliano, ob. cit., ps. 140-141; Adroaldo Furtado Fabrício, ob. cit., n. 46, p. 106; Frederico Marques, ob. cit., n. 568, p. 79).

Isto vale dizer que a doutrina brasileira que se apegou à inadmissibilidade de ação declaratória, em tema de falso ideológico, voltou sua preocupação apenas e tão-somente para os documentos constitutivos. E diante deles fixou a conclusão de que não poderia usar um remédio puramente declaratório, quando o caso estava a reclamar medida constitutiva, isto é, não apenas a declaração de falsidade, mas sim a anulação do ato jurídico viciado por erro, dolo ou simulação.

Acontece que existindo outros tipos de documento, onde inexistente a figura do ato ou negócio jurídico a desconstituir, tais documentos quando falsificados ideologicamente não

devem ser excluídos do âmbito da ação declaratória, por falta de razão plausível para semelhante restrição.

É ainda Carnelutti que nos ensina que, **sendo o documento apenas narrativo ou testemunhal, não há nele declaração de vontade a desconstituir por vício de consentimento ou fraude.** Nesse tipo de documento, segundo o insuperável mestre peninsular, a falsidade ideológica, quando verificada, se resume na falsa atestação ou falsa narração (La Teoria del falso, Padova, Cedam, 1935, n. 69, p. 157).

Centrada, pois, a indagação jurídica sobre o documento narrativo — hipótese que interessa ao estudo — impõe-se a conclusão de que toda objeção doutrinária erguida contra o cabimento do incidente de falsidade se restringiu aos casos de documentos constitutivos, e que, portanto, nenhuma pertinência tem com a hipótese dos documentos narrativos" (RP 51/35).

Neste Tribunal, a eg. Terceira Turma houve por bem, embora por fundamento diverso, adotar essa mesma orientação intermediária. Assim, no julgamento do REsp nº 9.197-SC (DJ de 11.11.91), Relator o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, ementou:

"Processual civil — Ação de cobrança — Incidente de falsidade ideológica de documentos — Arguição — Admissibilidade — Art. 387, parágrafo único, do CPC.

I — Hipótese em que, embora propendendo, em tese, pela inviabilidade do incidente de falsidade,

quando ideologicamente argüido, há que excepcionar alguns casos, tais como aqueles em que a prova poderá se resumir ao exame pericial semântico do texto, devendo, então, o Juiz, perquirir cada caso quando ou se alegado o falso ideológico, cuja prova se pretenda.

II — Aresto que filiando-se a doutrina, admite dirimir através de incidente, falsidade ideológica de documentos argüida — (art. 387, par. único, do CPC).

III — Recurso conhecido a que se nega provimento”.

Naquela oportunidade, ao votar, o em. Relator expendeu os seguintes fundamentos:

“O Código de Processo Civil trata da falsidade de documentos, qual seja, da prova; devendo a falsidade intelectual ser matéria de mérito nas ações anulatórias por vícios, que invalidam os atos jurídicos, que se provam pelos meios mais comuns de direito.

Em verdade, o erro, o dolo, a coação, a simulação ou a fraude tornam anulável o ato jurídico, por determinação expressa do art. 147, inciso II, do Código Civil. Daí deflui que poderá ele ser anulado ou simplesmente ratificado. A via incidental, ou meramente declaratória, à toda evidência, não é adequada para o exame dos vícios de vontade ou de simulação. Ao demais, nada impede que a parte afores ação de anulação. Conforme estabelece o art. 152, II, do Código Civil, “A nulidade do instrumento não induz a do

ato”, repita-se, e o incidente de falsidade objetiva, pura e simplesmente, a declaração da falsidade ou autenticidade do documento (art. 395 do CPC). Na declaratória incidental ou autônoma, há de ser ele considerado falso ou autêntico, desinfluentes contenha ele ou não uma falsa declaração.

Estabelece o art. 393, da Lei Processual Civil que, intimada a parte que produziu o documento, a responder no prazo de dez dias, o Juiz ordenará o exame pericial, o que só é admissível em se cuidando de falsidade material. Entretanto, o artigo 391 determina que o argüente exponha os motivos em que se funda a sua pretensão e os meios com que provará o alegado. Daí exsurgindo a corrente doutrinária segundo a qual, no caso, se tratando de falsidade ideológica, que não se prova através de perícia, mas através de outros meios.

O art. 387, parágrafo único, da lei adjetiva civil define a falsidade documental em formar documento não verdadeiro; e em alterar documento verdadeiro. Aqui, usando o vocábulo verdadeiro em vez de autêntico.

No entender de ARRUDA ALVIM, é inadmissível a falsidade ideológica na ação declaratória autônoma, prevista no art. 4º, do CPC.

“Assim referimo-nos à autenticidade do ponto de vista material, dado que existe, também a autenticidade do ponto de vista intelectual a qual exige que o documento não padeça de qualquer vício ideológico. No entanto, os problemas relaciona-

dos com a autenticidade intelectual, são respeitantes à ação constitutiva, pois dão margem à anulação de negócio jurídico e documento que o retrata, fundado em erro, dolo, coação, etc. É assim, problema estranho à declaratória, de que estamos a tratar" (Código de Processo Civil Comentado, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978 — vs. 1 e 2, pág. 361)".

E a ele se somam nesta mesma trilha de entendimento, Frederico Marques e Pestana Aguiar, dentre outros.

Assim, e do quanto se expôs, embora propendendo, em tese, pela inviabilidade do incidente de falsidade, quando ideologicamente argüido, há que excepcionar alguns casos, tais como aqueles em que a prova poderá se resumir ao exame pericial semântico do texto, devendo, então, o Juiz, perquirir cada caso quando ou se alegado o falso ideológico cuja prova se pretenda.

Neste caso, em sede do Especial, esse exame há de restringir-se àquilo que o aresto teve como suficientemente necessário à sua admissão".

É indubitoso existir distinção entre falsidade de documento (arts. 387, I e II, e 388, II) e falsidade de assinatura (art. 388, I), dispensável, neste último caso, a formação do incidente ("Código de Processo Civil Anotado", Saraiva, 5ª ed., 1993, art. 388, p. 226). E também certo é que a falsidade documental é que se bifurca em material e ideológica, sendo que a primeira se dá, "v.g., quando se preenche abusivamente documento assinado em branco ou quando se altera cláusula, palavra

ou termo de um contrato (op. cit., art. 387, p. 225). A segunda, por seu turno, também conhecida como intelectual, ocorre quando, na acepção carnelutiana, há formação de documento mentiroso, vale dizer, quando em documento formalmente perfeito se insere declaração falaciosa, que não corresponda à verdade.

Feitas tais distinções, entendo merecer acolhida a referida postura intermediária, que, dependendo da hipótese, admite a argüição incidental da falsidade ideológica.

Dos autos se depreende que Roseli Garcia Soares Winand ajuizou medida cautelar de busca e apreensão do seu filho I.S.N., que estava em poder da avó paterna deste, Frieda Alves Nunes, apresentando documento, lavrado por instrumento público, em que um homem, de nome Jefte, reconheceu o menor como seu filho, tendo o MM. Juiz deferido liminar **inaudita altera parte**.

Frieda, por sua vez, suscitou o incidente de falsidade do referido documento, instruindo sua argüição inclusive com a certidão de nascimento do menor, na qual constava como pai o seu filho Alcione Alves Nunes, alegando serem falsas as declarações de Jefte.

Assim, existia uma certidão de nascimento (fls. 72), em que figurava como pai Alcione Alves Nunes. Não obstante, Roseli, para instruir a cautelar de busca e apreensão, providenciou declaração de reconhecimento de filho, via da qual a paternidade do menor restou atribuída a outrem, Jefte Martins Winand.

Do que se depreende, contudo, Roseli não logrou diligenciar a reforma ou anulação do assento que indicava Alcione como pai (confirmam-se os arts. 109 e segs. da Lei nº 6.015/73). Não chegou a haver, portanto, ao que consta, desconstituição de uma situação jurídica para posterior constituição de uma nova.

Em assim sendo, a declaração de reconhecimento de filho, cuja falsidade se argúi, não teve o condão de produzir efeito constitutivo, dado que não se admite dupla paternidade. Como na física, em que dois corpos não podem ocupar simultaneamente o mesmo lugar no espaço, da mesma forma, seja por impossibilidade biológica, seja por óbice legal, uma mesma pessoa não pode ser filho de dois pais.

Tais considerações mostram-se necessárias na medida em que a falsidade ideológica só se apresenta apurável por incidente, como visto, quando seu reconhecimento não importar em desconstituição de situação jurídica.

No caso dos autos, ao que se verifica, se declarada a falsidade do documento que instruiu a busca e apreensão, tal decisão implicará tão-somente em admitir-se que os efeitos da certidão de nascimento, da qual consta Alcione como pai, nunca deixaram de operar.

Narrativo o documento, não há, portanto, como descortinar óbice à apreciação do incidente de falsidade suscitado, máxime em se considerando que sua solução, em princípio, depende unicamente da análise da prova documental já produzida.

Em face do exposto, conheço do recurso e o provejo para determinar o regular prosseguimento do incidente de falsidade argüido.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, tenho para mim que a distinção, aliás fundamental, entre documentos narrativos e documentos hábeis a demonstrar a existência ou inexistência de relação jurídica há de ser considerada, para efeito de admissão ou não de incidente de falsidade documental, segundo o teor do pedido para o qual se orienta o incidente, uma vez que, mesmo no caso de documento adequado a constituir relação jurídica, pode ocorrer que a alegação da sua falsidade se limite à finalidade ou objetivo que não colida com a sua aptidão para constituir relação jurídica.

A não ser assim, penso que a interpretação dos dispositivos legais poderia conduzir a conclusões meramente formalistas e contraditórias. Se, numa certa altura do procedimento ordinário, em virtude de um novo documento, surge o interesse para propor declaratória incidente da falsidade de um documento idôneo para constituir certa relação jurídica, e se merece impugnação como ideologicamente falso, por que não admitir a alegação de falsidade? Como processo incidente, sim, mas não, como mero procedimento, em incidente de falsidade, senão como ação declaratória de falsidade desse documento, demanda incidente sobre a originária.

O teor do pedido do suscitante é que determina, a meu ver, a adequação (ou não) da alegação de falsidade. No caso dos autos, esta não é dirigida ao conteúdo do documento, como idôneo para constituir relação de parentesco, mas, restrita apenas a aspectos formais, de modo a nulificá-lo como meio de prova de determinado fato, que não interfere com a formação da relação jurídica a que o documento é normalmente destinado como certidão de assento de nascimento. Em outras palavras, tendo em vista principalmente a minuta de ementa proposta pelo eminente Senhor Ministro Relator, tenho, em princípio, como possível a ação declaratória incidente, de falsidade ideológica de documento. Seria, a meu ver, contrário ao sistema do Cód. de Proc. Civil repelir esta demanda, mas a questão não está em ser ideológica ou material a falsidade; e, sim, em que o pedido que conduza a alegação de falsidade seja adequado para introduzir esta demanda incidente, para obter sentença declaratória na forma do art. 5º do CPC.

Como, no caso dos autos, o objetivo da arguição é bastante restrito e o seu fundamento é, também, compatível com o exame pericial dos aspectos formais do documento, acompanho o eminente Ministro Relator, quando admite o processamento desse incidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentíssimas colegas, este processo incidental de arguição de falsidade — utilizado

na prática forense nos casos de falsidade documental —, apresenta limitada utilidade quando o tema é suscitado em primeiro grau de jurisdição, geralmente na própria contestação, inclusive pelo princípio da eventualidade. Nesses casos, é muito mais prático e consentâneo com a economia processual que a questão da falsidade material do documento, ou de sua falsidade ideológica, seja examinada quando da instrução do processo. Diga-se, aliás, com notável vantagem inclusive do ponto de vista do tempo que iria ser gasto, pois no incidente de falsidade o Juiz suspende o processo principal.

Assim, só se apresenta essa arguição de falsidade como relevante quando se cuida de documentos novos, apresentados posteriormente, nos casos em que a lei permite tal apresentação já em segundo grau de jurisdição, ou encerrada a fase probatória perante o primeiro grau de jurisdição.

Aliás, o art. 390 do CPC expressa que o incidente de falsidade terá lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição. De maneira que se o incidente for suscitado, concomitantemente com a própria contestação, será o caso de se resolver este tema durante a própria instrução do processo.

Feita essa ponderação inicial, passarei ao problema fundamental, a saber, se a arguição de falsidade limita-se aos casos de falsidade material ou abrange, também, os casos de falsidade ideológica. Cuida-se de matéria de difícil solução, como já o disse, em seu voto, o eminente Mi-

nistro Relator. Parece-nos, todavia, que pelo sistema do Código de Processo Civil a arguição de falsidade limita-se aos casos de falsidade material. Aliás, o eminente Ministro Bueno de Souza lembrou que os casos de falsidade ideológica melhor poderiam ser enquadrados, não propriamente como processos incidentais, mas sim como verdadeiras ações de natureza declaratória.

Encaro de forma restritiva a viabilidade do processo incidental de falsidade, primeiro ante a sua finalidade e, em segundo lugar, pela forma como foi posto no direito positivo brasileiro. Realmente, dispõe o art. 392:

“Intimada a parte que produziu documento a responder no prazo de dez dias, o Juiz ordenará o exame pericial”.

Ora, se a lei expressamente prevê, como etapa normal desta ação incidental, o exame pericial, entendido cuida-se de falsidade de ordem material, porque se a falsidade fosse de ordem ideológica, ou seja, de desconformidade entre aquilo que é declarado e o que realmente ocorreu, então a prova da falsidade far-se-ia ou por meios testemunhais, ou pela comparação de documentos ou, ainda, pelos outros meios de prova em Direito permitidos; e não por via de exame pericial, que tem por objeto a análise do documento em si.

Por esses fundamentos, aqui muito sucintamente alinhados e sem maior rigor dogmático, rogo vênias aos eminentes Colegas para manter a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, negando a ocorrência de ofensa ao art. 390 do CPC.

Não conheço, pois, do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.920-0 — PR — (92.0005955-4) — Relator: O Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná. Recda.: Roseli Garcia Soares Winand. Interes.: Frieda Alves Júnior. Advogados: Rolf Koerner Júnior e outro.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, Barros Monteiro e Bueno de Souza, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, e do Sr. Ministro Athos Carneiro, dele não conhecendo pediu VISTA o Sr. Ministro Fontes de Alencar (em 13.04.94 — 4ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, o douto Relator, em seu lúcido voto, nos ofereceu a seguinte conclusão:

“No caso dos autos, ao que se verifica, se declarada a falsidade do documento que instruiu a busca e apreensão, tal decisão implicará tão-somente em admitir-se que os efeitos da certidão de nascimento, da qual consta Alcione como pai, nunca deixaram de operar.

Narrativo o documento, não há, portanto, como descortinar óbice à apreciação do incidente de falsidade suscitado, máxime em se considerando que sua solução, em princípio, depende unicamente da análise da prova documental já produzida.

Em face do exposto, conheço do recurso e o provejo para determinar o regular prosseguimento do incidente de falsidade argüido.”

S. Exa. assim concluiu depois de perلustrar toda a doutrina, pousando, sobretudo, no pensamento de Humberto Teodoro: manifesta-se como uma terceira via — e a expressão está no dia-a-dia, hoje — entre os que não admitem a argüição de incidente de falsidade, quando essa for apenas ideológica, e aqueles que só admitem quando se tratar de mera falsidade material. Essa terceira via agasalha o entendimento de que é possível a argüição do incidente de falsidade ideológica desde que ela esteja contida num documento puramente narrativo e não constitutivo, tal como se expressou o Eminente Ministro Relator.

No estudo comparado do incidente de falsidade documental, no processo penal e no processo civil, detectamos pormenores que deixam marcas nítidas num e noutro. O primeiro está em que a decisão adotada, no incidente de falsidade documental no processo civil, faz coisa julgada material entre as partes, ainda que a decisão seja **incidenter tantum**. Todavia, a decisão no incidente de falsidade documental no processo penal, a teor do art. 148 do Código respectivo, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo civil ou penal. Não temos no processo civil norma gêmea da que se contém no art. 148 do Código de Processo Penal. Por isto mesmo que a decisão do processo civil,

quanto à matéria, tem um alcance maior do que a decisão adotada no processo penal, cuja única consequência será a estirpação do documento dos autos.

Mas há mais. O Código de Processo Civil, no art. 392, como que impõe ao Juiz ordenar o exame pericial. E aí — salvo engano de minha parte, a observação é de Hélio Tornaghi — esta norma do art. 392, **caput**, conduz de forma equivocada ao entendimento de que somente a falsidade material poderia ser argüida neste incidente, porquanto a lei impõe o exame pericial. Diferentemente do processo penal, em que a perícia poderá existir, ou não, no incidente de falsidade documental, não se discutindo, no campo do processo penal, a possibilidade de ser argüido o incidente pertinente à falsidade ideológica. Por conta do art. 392, do Código de Processo Civil, é que se tem chegado à idéia de que não é possível a argüição de falsidade ideológica, uma vez que, necessariamente, teria que haver prova pericial por força do que está no texto frio, no **caput** do art. 392.

Creio, porém, que a melhor exegese do texto legal é a que conduz àquela terceira via mencionada inicialmente:

“Admitir-se-á argüição da falsidade, ainda que ideológica, no processo civil, desde que, inquinado de falso, seja um documento tão-somente narrativo, como é o caso dos autos.”

Acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 19.920-0 — PR —
(92.0005955-4) — Relator: Exmo.
Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Rec-
te.: Ministério Público do Estado do
Paraná. Recdo.: Roseli Garcia Soa-
res Winand. Interes.: Frieda Alves
Junior. Advogados: Rolf Koerner Ju-
nior e outro.

Decisão: Prosseguindo no julga-
mento, a Turma, por maioria, conhe-
ceu do recurso e deu-lhe provimen-
to, vencido o Sr. Ministro Athos Car-
neiro (em 15.06.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs.
Ministros Barros Monteiro, Bueno
de Souza e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.299-0 — RJ

(Registro nº 92.0009346-9)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Montetoro*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorridos: *Raimundo José Garboggini de Paiva e outros*

Advogados: *Drs. José do Carmo Rodrigues e outros, e Jorge de Paiva
e Jurandir Fernandes de Sousa e outros*

EMENTA: Alienação Fiduciária em garantia. Falência da deve-
dora. Ação de depósito movida contra os sócios cotistas da empre-
sa. 1. Decretada a falência da sociedade, descabe a ação de depó-
sito contra os seus antigos administradores por não terem eles
mais a posse e a administração dos bens sociais. 2. Recurso espe-
cial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Super-
ior Tribunal de Justiça, por unani-
midade, não conhecer do recurso, na
forma do relatório e notas taquigrá-
ficas precedentes que integram o

presente julgado. Participaram do
julgamento os Srs. Ministros Antônio
Torreão Braz, Dias Trindade, convo-
cados nos termos do art. 1º da Emen-
da Regimental nº 03/93, Fontes de
Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 09 de novembro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação de depósito movida pelo Banco do Brasil S/A contra Raimundo José Garboggini de Paiva, Bemvinda Menezes de Paiva e Stela Garboggini de Paiva, sócios da empresa falida Sociedade Industrial de Equipamentos Especiais, atual Jamy Sociedade Industrial de Equipamentos Especiais, emitente de cédulas de crédito industrial, as quais tiveram como garantia de alienação fiduciária diversas máquinas ali relacionadas. Ajuizado o pedido de restituição, a grande maioria do equipamento não foi encontrada; daí a propositura da presente com referência ao maquinário desviado.

Cassada uma primeira decisão pela Superior Instância, o MM. Juiz de Direito proferiu a segunda sentença, em que julgou extinto o processo sem conhecimento do mérito em relação às co-rés, sob o fundamento de que não firmaram as mesmas as cédulas e que, portanto, não podem ser tidas como depositárias. Quanto ao co-réu, julgou improcedente o pedido, em virtude de não ter ele a posse dos bens, pois que arrecadados pela Massa Falida.

Em grau de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, aduzindo outro fundamento, houve por

bem extinguir o processo sem apreciação do mérito, em acórdão que registra a seguinte ementa:

“A ação para haver coisa fiduciariamente alienada não pode ser originariamente ajuizada como de depósito, pois esta ação só pode ser processada por conversão do pedido de busca e apreensão, como expressamente dispõe o art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1969” (fls. 533).

Ainda irresignado, o credor manifestou recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do admissivo constitucional, alegando negativa de vigência do art. 28 do Dec.-Lei nº 413/69; 4º do Dec.-Lei nº 911/69 e 901 e segs. do Código de Processo Civil, além de apontar dissídio pretoriano com arestos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. Sustentou o recorrente, em síntese, que, impedido de requerer a busca e apreensão em face da falência da empresa devedora, só lhe restou a ação de depósito contra os infieis depositários.

Indeferido o apelo extremo, os autos subiram a esta Corte em razão de provimento a agravo, para melhor exame da controvérsia.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Decretada a falência da empresa alienante fiduciária, o banco credor promoveu o pedido de restituição como lhe

faculta o art. 7º do Dec.-Lei nº 911, de 01.10.69. Frustrado em grande parte o objetivo, intentou ele esta ação de depósito contra os sócios cotistas, posteriormente diretores da sociedade falida, visando a compelirlos à entrega do equipamento remanescente.

Todavia, uma vez decretada a falência da empresa devedora, a ação de depósito não pode ser requerida contra os seus antigos administradores, simplesmente pela circunstância de não disporem eles de poderes sobre os bens sociais, porquanto a administração da falência passa a ser exercida pelo síndico sob a imediata superintendência do Juízo. É o que deixa evidenciado cabalmente o Prof. ARNOLD WALD em trabalho publicado pela Revista Forense sob o título “Os efeitos da falência sobre a alienação fiduciária”.

O ilustre articulista realça que “não é possível constranger, pela ação de depósito, os antigos administradores, que não mais podem intervir na gestão da massa falida e, conseqüentemente, não têm legitimidade para reaver de terceiros os bens sociais restituendos” (Rev. Forense, vol. 284, pág. 452).

Evocando o escólio de PAULO RESTIFFE NETO no sentido de que, depois da falência deixa de ter aplicação o art. 4º do Dec.-Lei nº 911/69, não mais se admitindo nem a busca e apreensão, nem a ação de depósito (pág. 452), concluiu o mesmo jurista e advogado: “na realidade, em todas as restituições e nas

ações que contra ela são propostas, a massa falida é sempre representada pelo seu síndico e não pelos seus antigos administradores. Contra eles não pode ser intentada a ação de depósito após a decretação da falência” (publicação citada, pág. 455).

Esta orientação, além de ostentar harmonia com a legislação pertinente (arts. 4º e 7º do mencionado Dec.-Lei nº 911, de 1969), conta com o beneplácito da jurisprudência. A Primeira Câmara Civil do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo teve ocasião de assentar: “também não cabe ação de depósito, contra os diretores-gerentes da falida, porque eles desde a declaração da falência, perdem a posse e a administração de tais bens, ficando obrigados desde então a entregá-los ao síndico. Vindo a falir o devedor o credor ou proprietário fiduciário terá de valer-se do procedimento incidental do artigo 76 e seguintes da Lei de Falências, reclamando a restituição do bem, ou de seu equivalente em dinheiro, não sendo possível o emprego da ação de depósito nesta hipótese” (Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo, vol. 48, pág. 54, Relator o então Juiz Assis Moura). Idêntica diretriz perfilhou a Quarta Câmara do mesmo sodalício, que ainda repeliu a invocação feita ao art. 28 do Dec.-Lei nº 413/69 (cfr. Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, vol. 106, págs. 234-235, Rel. Juiz José Bedran). Tal como ali, aqui os réus — ora recorridos — não foram os emitentes das cédulas, nem terceiros prestantes de garantia real.

De todo o exposto se tem, portanto, que negativa alguma de vigência ocorreu em atinência aos preceitos de lei federal apontados no apelo excepcional. Nem tampouco é de admitir-se como satisfeito o dissídio de julgados, transcritos tão-só pelas respectivas ementas, sem a observância das normas regimentais, estando, de resto, alguns dos paradigmas insertos em repositórios jurisprudenciais não autorizados.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.299-0 — RJ — (92.0009346-9) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros. Recdos.: Raimundo José Garboggini de Paiva e outros. Advogado: Jorge de Paiva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 09.11.93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 21.536-9 — RS (Registro nº 92.0009797-9)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Siegfried Gunther Klein*

Recorrido: *Deuclides Giovane!la*

Advogados: *Raimundo Valiati e outros, e Hélio Miguel Schauren e outro*

EMENTA: Comercial. Processual Civil. Ação de enriquecimento. Prescrição. 1. Prescreve em dois anos a ação de enriquecimento contra o emitente de cheque que, de seu valor, se tenha locupletado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da

Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provi-

mento ao recurso especial. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio Torreão Braz.

Brasília, 14 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre Siegfried Gunther Klein, com fundamento no art. 105, III, *a* da Constituição Federal de acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que negou provimento a agravo de instrumento interposto de decisão que rejeitou alegação de prescrição da ação e indeferiu prova pericial em ação de locupletamento promovida por Deuclides Giovanella.

Sustenta o recorrente ter o acórdão negado vigência ao art. 61 da Lei nº 7.357/85.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Tenho que o acórdão contrariou o art. 61 da Lei nº 7.357

de 02 de setembro de 1985, ao determinar, como prazo prescricional da ação de enriquecimento, o do art. 177 do Código Civil, por se cuidar de direito pessoal e não o consignado no dispositivo contrariado, que, por específico, é o aplicável.

Não se cuida, como entendido, que a ação é indenizatória, posto que os seus termos assim não na indicam, constando da inicial que se procura cobrar valores representados por cheques, emitidos pela parte ré, que se teria locupletado dos mesmos, dado que não realizado o negócio autorizativo de adiantamentos que a autora, em troca dos cheques, teria feito. O fundamento é buscado na lei cambial de 1908, que assegura a ação de locupletamento, de conteúdo ordinário.

Ora, a nova lei do cheque contempla execução do cheque, estabelecendo o prazo de seis meses, após o de apresentação do título, para a sua utilização — art. 59 e, no art. 61, regula a ação de enriquecimento, ou ação de locupletamento, com prazo prescricional de dois anos. Não há outra ação, em relação a valores representados por cheques, fundada em direito pessoal, prescritível em vinte anos, como quer o acórdão.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para modificar o acórdão e prover o agravo, de sorte a pronunciar a prescrição da ação de enriquecimento de que se cuida, declarando extinto o processo, com julga-

mento de mérito, nos termos do art. 269, IV do Código de Processo Civil.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 21.536-9 — RS — (92.0009797-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (ER 03/93). Rec-te.: Siegfried Gunther Klein. Advoga-dos: Raimundo Valiati e outros. Rec-do.: Deuclides Giovanella. Advogados: Hélio Miguel Schauren e outro.

Decisão: A Turma, por unanimi-dade, deu provimento ao recurso (em 14.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-nistro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 22.299-4 — SP

(Registro nº 92.0011358-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha*

Recorrente: *Tam Táxi Aéreo Marília S/A*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Ronaldo Natal e Marcos Jorge Caldas Pereira*

EMENTA: Tributário. ICMS. Arrendamento Mercantil (*Leasing*). Mercadoria Importada. 1. Não é lícita a exigência de ICMS na im-portação de aeronave, em face de contrato de arrendamento mer-cantil (*leasing*) celebrado no exterior. 2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-tes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tri-bunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar pro-vimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Par-

ticiparam do julgamento os Srs. Mi-nistros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Bar-ros e Milton Luiz Pereira.

Brasília, 20 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Pre-sidente. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Cuida-se de recurso especial lançado com base nas três alíneas do permissivo constitucional contra sentença denegatória de segurança pretendida por empresa de transportes aéreos inconformada com exigência de ICMS na importação de aeronave em face de contrato de arrendamento mercantil (**leasing**), sustentando a recorrente que esse imposto só seria devido em caso de efetiva circulação de mercadoria (com aquisição do bem), como tal não podendo ser considerado o avião arrendado.

Fundamentou-se o **decisum** verbastado (fls. 261/263v.) no entendimento de que a Constituição Federal, pelo § 8º do art. 34 do ADCT, conferira aos convênios, embora de forma temporária, o caráter de lei complementar, ficando os Estados e o Distrito Federal legitimados à fixação de normas para regular a matéria necessária à instituição do ICMS.

Daí a constitucionalidade do inciso V do art. 2º da Lei Paulista nº 3.347/89 que, com base no inciso I do art. 2º do Convênio ICM 66/88 e dentro dos limites traçados pelos §§ 3º e 4º do citado art. 34, ao cuidar do ICMS, dispôs que “ocorre o fato gerador do imposto... no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importado do exterior”, independentemente de sua destinação e do negócio subjacente que originou a importação.

Restou, assim, fixado o entendimento de que o ICMS é devido tão-só pelo recebimento (ou entrada) da mercadoria ou bem importado, sobretudo no caso em que o avião importado será muito bem aproveitado no exercício da principal atividade da impetrante (de transporte aéreo), durante o prazo do arrendamento e mesmo depois.

Ademais, observa que não fosse assim, ocorreria inusitada situação: o imposto estadual não precisaria ser pago se a importadora, ao final do prazo do contrato de arrendamento, resolvesse não ficar com o bem; e o ISS, ainda que devido, não poderia ser cobrado, porque seria de responsabilidade do arrendador (estrangeiro) e não da arrendatária, o que importaria manifesta burla à lei, o que não poderia ser admitido.

Entende a recorrente que o r. acórdão atacado teria violado o art. 8º do CTN, § 1º do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68 e o item 79 da lista de serviços implementada pela Lei Complementar nº 56/87, bem como julgara válida a Lei Paulista nº 6.374/89 contestada em face do que estabelece o Decreto-Lei nº 406/68, além de divergido do que já teria sido decidido por esta eg. Corte e pelo colendo Supremo Tribunal Federal.

Isso porque o v. aresto sob censura, ao determinar que em uma operação de arrendamento mercantil haja incidência do ICMS e não do ISS, teria negado vigência ao § 1º

do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68 e o item 79 da lista de serviços implementada pela Lei Complementar nº 56/87, que determinam que:

“Art. 8º — O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa”.

.....
§ 1º — os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que a prestação envolva fornecimento de mercadorias”.

“Lista de Serviço:

.....
79 — Locação de bens, inclusive arrendamento mercantil”.

Após tecer longas considerações sobre o teor do pontificado no art. 155, I, *a* e IX *a*, da Constituição Federal e o real alcance do que neles tratado, termina por pedir o provimento do recurso, juntando documentos com que pretende comprovar a divergência alegada.

Em resposta (fls. 494/526), a Fazenda recorrida cuida de, nas dezesseis primeiras laudas, demonstrar a constitucionalidade da cobrança pois que a obrigação tributária nasce no momento mesmo em que ocorre o fato de exteriorização eleito pelo legislador como relevante, sem indagação da natureza da operação jurídica subjacente ao fato gerador,

que pode ser negócio jurídico, ato jurídico relevante ou operação econômica, produzindo a transferência da posse ou da propriedade do bem.

Em oposição à tese da recorrente, no que diz respeito ao descabimento da cobrança do ICMS por se tratar de operação de **leasing**, portanto sujeita apenas ao ISS, a recorrida assim se manifesta:

“Todavia, deslembrou a recorrente que o fato gerador do ISS é a **“prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa”** (art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, grifei).

Ora, como visto precedentemente a ocorrência significativa verificada no caso em tela é o **recebimento** de mercadoria importada pelo importador.

Tal ocorrência eleita pelo legislador como fato gerador é que está sendo tributada, e não o negócio jurídico subjacente à ocorrência significativa.

À evidência, o fenômeno tributável no caso concreto não é a prestação de serviço de locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil, contratado de empresa sediada no exterior; o que ocorreu, sim, foi o recebimento de mercadoria importada pelo importador, situação que não corresponde de modo algum ao fato gerador do ISS, mas, sim, ao do ICMS.

Bem por isso, a jurisprudência invocada pela recorrente no âmbito

do especial em nada favorece, cabendo, aqui, reiterar o que já foi observado a propósito nestas contra-razões de recurso especial, nas contra-razões de apelação de fls. 224/239 e nas informações do d. impetrado de fls. 148/160.

Como ensina ALCIDES JORGE COSTA, em sua magnífica tese "ICM na Constituição e na Lei Complementar", São Paulo, Resenha Tributária, 1978, "...no ICM, o fato gerador é um: qualquer operação relativa à circulação de mercadorias, realizada por comerciante, industrial ou produtor. Mas esse fato gerador exterioriza-se por diversas formas previstas em lei".

"A entrada no país é elemento necessário e suficiente para configurar o fato gerador do imposto de importação; é também elemento necessário, mas não é suficiente para configurar o fato gerador do ICM.

Além de entrar no país, a mercadoria deve entrar também em estabelecimento comercial, industrial ou produtor. Só então terá ocorrido o fato gerador do ICM". (ALCIDES JORGE COSTA, obra citada, pág. 110).

Portanto, o que se está tributando é a ocorrência significativa denotadora da concretização do fato impositivo do ICMS: **entrada ou recebimento de mercadoria importada no estabelecimento da impetrante** e não o negócio jurídico subjacente à ocorrência significativa indicada, como absurda e maliciosamente afirma a recorrente, **data maxima venia** sempre.

Portanto, feita a equiparação pelo texto constitucional entre os bens de capital e qualquer outros bens importados como sendo todos mercadorias, e considerando que o **negócio jurídico** subjacente ao fato gerador do ICMS é **irrelevante** do ponto de vista tributário, produzida a transferência da **posse** ou da propriedade do bem, verificada a ocorrência significativa eleita pelo legislador como fato gerador do ICMS (a entrada de mercadoria importada do exterior, promovida por qualquer pessoa, ainda quando se tratar de bem destinado a seu uso próprio), temos como consequência inexorável, **data venia**, a incidência do ICMS" (fls. 510/512).

Destarte, tendo em conta o disposto no art. 155, I, b, e § 2º, IX, a, da Constituição Federal; no art. 20, I, do Convênio ICM 66/88, bem como no art. 2º, V, da Lei Paulista nº 6.347/89, entende que qualquer mercadoria importada do exterior deve sofrer a incidência do ICMS.

Por último, a recorrida sustenta que o § 8º do art. 34 do ADCT, mais do que autorizou, determinou a celebração de convênio apto a estabelecer todas as normas de natureza complementar necessárias a integrar o ICMS no sistema advindo com a Constituição Federal vigente.

Por isso, "havendo incompatibilidade entre as normas do sistema tributário anterior, inclusive as do Decreto-Lei nº 406/68 e a da legislação estadual provisoriamente vigente até o advento da nova lei complementar, prevalecerá, inclusive com

relação aos novos tributos e aos alterados, a legislação estadual, não havendo como falar-se em recepção daquele Decreto-Lei, a não ser com relação às disposições compatíveis e para o preenchimento das lacunas” (fls. 524).

Observo que, a par deste recurso especial, também foi interposto recurso extraordinário, ambos admitidos, não tendo sido reconhecida, todavia, a apontada divergência pretoriana.

A douta Subprocuradoria Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

Os autos vieram-me conclusos em 18 do mês pretérito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): Não encontrei precedente que pudesse ser convocado como paradigma para a questão em exame. Nem mesmo os trazidos pela recorrente se prestam a tanto, por isso que o recurso não pode ser conhecido pela letra c.

Todavia, as peças que integram os autos na fase recursal foram elaboradas com muita maestria pelos seus respectivos signatários, e a questão federal aflorada recebeu o necessário prequestionamento, como também a que põe em confronto as legislações federal e estadual cogitadas. Assim, conheço do recurso.

De logo observo que, em última análise, o recurso prende-se a que

se decida se é ou não lícita a exigência de ICMS na importação de aeronave, em face de contrato de arrendamento mercantil (**leasing**).

Como bem observado na decisão atacada, a questão é tormentosa pois coloca em campos opostos autorizados doutrinadores como também em posições antagônicas respeitáveis magistrados.

Nas diversas vezes em que foi instada a decidir se as operações de **leasing** estavam ou não sujeitas à incidência do ISS, esta eg. Corte sediou alternância de resultados, no âmbito da colenda Primeira Seção, sensível que é o tema a qualquer modificação na composição do Colegiado.

É que três posturas podem ser assumidas diante do problema.

Na primeira estão aqueles que entendem que não há incidência do ISS sobre os contratos de **leasing** que têm “por traço fundamental a operação de financiamento nele contida e não a utilização temporária do bem, mediante remuneração, não sendo por outro motivo que os negócios da espécie estão sistematicamente vinculados a uma instituição financeira, nem tampouco, que tais operações são regulamentadas e fiscalizadas pelo Banco Central”, conforme argumento utilizado pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, no seu erudito voto proferido no REsp nº 341, quando Sua Excelência ilustrava a eg. Segunda Turma desta augusta Casa.

Com base nessas premissas, Sua Excelência concluiu afirmando que,

“assim, não pode o contrato de **leasing** ser simplesmente assimilado à locação, para efeito de incidência do ISS”.

A tese acima exposta foi acolhida, por maioria, nos Embargos de Divergência no REsp nº 2.732-SP, Relator eminente Min. Ilmar Galvão, em 9.4.91, votando com o Relator os Senhores Ministros Américo Luz, Hélio Mosimann e Peçanha Martins; vencidos, os Senhores Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira.

Cumpra assinalar que dos acima mencionados Senhores Ministros, apenas cinco ainda continuam integrando, atualmente, a egrégia 1ª Seção. Destarte, dos atuais dez integrantes, cinco Ministros não participaram do julgamento de mencionados embargos.

A segunda corrente sustenta que, inobstante ser taxativa a lista de serviços tributáveis pelo ISS, certo é que se deve emprestar sentido amplo às categorias ali presentes, daí ter BALEEIRO (in, “Dir. Trib. Brasileiro”, Forense, Rio, 9ª ed., p. 271) pontificado que “não se pode incluir na lista categoria que nela inexistia. Mas o que existe pode ser interpretado amplamente” daí porque assevera que “a lei complementar pode ser mais ou menos compreensiva e pode designar gêneros, dos quais o intérprete extrai as espécies”.

Essa segunda posição recebeu o **placet** da Corte Excelsa quando a ela estava afeta também à tarefa de

apreciar matéria infraconstitucional, consolidando-se em harmoniosa jurisprudência, de que é expressivo exemplo o RE nº 106.047-SP (RTJ 116/811), Rel. em. Min. Rafael Mayer, assim ementado:

“ISS. Arrendamento Mercantil de coisas móveis (**leasing**). Incidência do imposto sobre serviços. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

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

Do corpo desse acórdão extraio os seguintes elucidativos trechos:

“Improcede, com efeito, a censura que se lhe faz ao argumento de que, na doutrina dominante e na jurisprudência pacífica desta Corte, a lista de serviços tributáveis é taxativa, não havendo como acrescentar-lhe categoria nela não prevista. Pois, ao ser taxativa a lista, não inibe que se dê às categorias o sentido amplo e compreensivo, de modo que o possa exercer plenamente a competência que lhe é deferida, no delineamento do que seja fato imponible.

.....

Certamente, o arrendamento mercantil (**leasing**), cujo tratamento tributário é regulado na Lei nº 5.099/74, e para esse efeito vem aí definido, tem aspectos complexos e um sentido econômico peculiar.

Conceituado no parágrafo único do art. 1º do diploma legal, como 'operação realizada entre pessoas jurídicas que tenham por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária', ela envolve, de um lado, uma operação de financiamento de aquisição da mercadoria pela arrendadora e, de outro lado, a operação de compra pelo arrendatário, ao término do arrendamento se não o renovar ou apenas devolução do bem, mas o fundamental, a constituir como que o núcleo e razão da atividade, está no arrendamento.

Esse arrendamento de bens, mediante contratos pertinentes, em que sua configuração é essencial, quanto ao prazo, quanto ao uso da coisa locada e quanto à retribuição, obviamente eventual a verificação da cláusula optativa, é que constitui a substância da prestação do serviço a que se propõe a empresa, pela qual a sua atividade se torna específica e significativa do ponto de vista fiscal.

Não há, portanto, emprego da analogia criadora de tributo à revelia no art. 108, § 1º, do CTN, mas apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria no serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis".

Observe que, à época desse julgamento, constava, no item 52 da lista, apenas a "locação de bens móveis".

Essa tese foi acolhida no STJ nos REsp nº 61-SP (Relator eminente Ministro Carlos Mário Velloso, da 2ª Turma, julgado em 8.11.89); REsp nº 682-SP (Relator eminente Ministro Armando Rollemberg, julgado em 2.10.89) e REsp nº 14.716-SP (Relator eminente Ministro Garcia Vieira, julgado em 13.11.91), esses dois da egrégia 1ª Turma.

A terceira corrente, por sua vez, é firme no entendimento de que o ISS somente passou a ser incidente, sobre as operações de *leasing*, após 1º de janeiro de 1988, pois que a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, modificou a lista anexa ao DL nº 406/68 fazendo constar no seu item 79, como fato gerador do ISS, "a locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil".

Dá conta dessa terceira posição o decidido por esta eg. Primeira Turma no REsp nº 7.234-0-SP, Relator eminente Ministro Gomes de Barros, 24.6.92, e o REsp nº 28.467-7-SP, de 2.6.93, de que fui Relator.

Inobstante essas três posições conflitantes no que diz respeito a partir de quando poderia incidir o ISS frente às operações de *leasing*, parece nunca ter sido afastado o entendimento, em sede de recursos excepcionais, de que o imposto que deve incidir sobre as operações de *leasing* é o ISS.

Ora, a teor do disposto no § 1º do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, referida exação é de competência dos

Municípios, não tendo a Constituição Federal cuidado de infirmá-la, ao contrário, confirmou-a, conforme o disposto no art. 156, IV, excluindo apenas os de transporte estadual e intermunicipal e comunicação.

Não comungo do entendimento de que o Convênio ICM nº 66/88 tem o mesmo **status** de lei complementar, só porque o § 8º do art. 34 do ADCT autorizou a celebração de convênio fixando normas regulamentares provisórias à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b.

Menos ainda de que todas as regras contidas no CTN e no Decreto-Lei nº 406/68 que forem incompatíveis com a legislação estadual plasmada no referido Convênio, percam a sua eficácia e sejam tidas como derogadas.

Evidentemente que só perderão força aqueles preceitos do Decreto-Lei nº 406/68 que sejam incompatíveis com os princípios da nova Constituição, mas permanecerão inalterados os que continuarem ajustados às regras da Carta Política recente.

No caso, a r. decisão combatida pretende emprestar ao Convênio ICM 66/88 e, como decorrência, à legislação estadual que se lhe seguiu, uma ênfase de tal monta que chega a aceitar que os Estados possam, até, dispor sobre imposto (ISS) cuja competência excede a que lhe foi delimitada pela Constituição Federal.

Evidentemente que essas considerações sobre regras constitucionais eu as faço de passagem, visto

não ser o recurso especial a sede apropriada a tanto.

Pois, para se responder se o art. 8º do CTN e § 1º do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68 foram feridos pela v. decisão hostilizada, nos termos em que postos no recurso especial, não há que se passar, necessariamente, por essas veredas da constitucionalidade, embora não sejam impertinentes essas referências.

Destarte, na medida em que o v. **decisum** objurgado aplicou o art. 2º, V, da Lei Paulista nº 6.347/89 (“ocorre fato gerador do imposto... no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importado do exterior”) admitindo que aí estavam incluídas as operações de **leasing**, afrontou o § 1º do art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, segundo o qual “os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadoria” e o art. 8º do CTN a dizer que o “não-exercício da competência tributária não a defere a pessoa jurídica de direito público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído”.

Evidentemente que impressiona e, de certa maneira, incomoda, o argumento de que essa interpretação leva a que essa operação fique fora do foco de incidência de qualquer tributo.

No entanto, é preciso ver que ao judiciário não está proposta a competência de suprir omissões de outros poderes que não cuidaram de

elaborar norma a prever o pagamento de imposto em hipótese que tal.

Poder-se-á até ter por injusta essa omissão. E, por mais que o seja, não cabe ao Juiz nada mais do que lamentar.

Observo, por derradeiro, que, ainda que assim não fosse, vale dizer, ainda que fosse o ICMS — incidente na espécie, não poderia, conforme precedentes desta egrégia Turma, ser cobrado no desembaraço aduaneiro do bem importado.

Sob a vigência da Constituição pretérita, a questão foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal no Verbete nº 577 nos seguintes termos:

“Na importação de mercadorias do exterior, o fato gerador do ICM ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador.”

Em consonância com este entendimento o art. 1º, inciso II, Decreto-Lei nº 406/68, **verbis**:

“Art. 1º. O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias tem como fato gerador:

.....
II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do Exterior pelo titular do estabelecimento;”

A Constituição atual, por sua vez, estabelece no artigo 155, § 2º, IX, *a*, que o ICMS “incidirá também: a) sobre a entrada de merca-

doria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.”

Sucedendo que, ausente a lei complementar necessária à regulamentação do ICMS, os Estados, escoimados no disposto no art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, celebraram o relatório Convênio nº 66/88, preceituando no seu artigo 2º:

“Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto (ICMS):

.....
II — Na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior.”

O Estado de São Paulo, então, fiado no referido Convênio, editou a Lei nº 6.374/89, instituindo o ICMS e dispondo no seu artigo 2º:

“Art. 2. Ocorre o fato gerador do imposto:

.....
V — no recebimento pelo importador, de mercadoria ou bem importados do exterior.”

Como dito acima, à competência atribuída aos Estados, na ausência legislativa, não pode ser conferida a amplitude pretendida pelo Tribunal a quo. O Convênio celebrado

deveria restringir-se somente às lacunas existentes e às matérias legais não recepcionadas pela Carta Magna.

Esta Egrégia Turma assim se pronunciou no julgamento do REsp nº 20.324-0-RJ, Relator o eminente Ministro Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 15.6.92, de cujo acórdão consta a seguinte ementa:

“Tributário. ICMS. Importação. Recolhimento antecipado. Convênio nº 66/88, artigo 34, § 8º do ADCT. Decreto-Lei nº 406/68, artigo 1º.

Até que lei complementar seja editada sobre a instituição do ICMS, prevalece o disposto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68, diploma legal recepcionado pela atual Constituição Federal.

Não há de prevalecer a exigência do recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro, previsto no Convênio nº 66/88, porquanto aos Estados e Distrito Federal só caberá fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados.

Recurso conhecido e provido.”

Transcrevo, por oportuno, os extractos doutrinários citados por S. Exa. em seu voto:

“Sobre a matéria, IVES GANDRA MARTINS faz os seguintes comentários:

‘Na falta de lei complementar editada para a instituição do ICMS no prazo de sessenta dias contados

da promulgação da Constituição, as disposições transitórias autorizam os Estados, a fixar normas para regular provisoriamente a matéria. Tal autorização, à evidência, só pode versar sobre as lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados. Entretanto, o dispositivo entusiasmou de tal forma os senhores Secretários da Fazenda dos Estados que eles produziram um convênio inconstitucional (66/88), com características de confuso regulamento. Não há nele nem estrutura, nem perfil de lei complementar.’ (in “Sistema Tributário na Constituição de 1988”, São Paulo, Saraiva, 1989, página 288. No original, por evidente erro tipográfico, encontra-se a palavra nomes, em lugar de normas, e Constituinte, ao invés de Constituição).

Na mesma linha de pensamento, ALCIDES JORGE COSTA, manifesta a seguinte opinião:

‘Vigente o novo Sistema Tributário, fica assegurada a aplicação da legislação anterior no que não seja incompatível com ele ou com a legislação nova que for feita. Vejam que aqui já está dada a competência expressa aos Estados para editar as leis necessárias, mesmo inexistentes as leis complementares. Mais, ainda, em matéria de ICM, há um dispositivo específico que me parece altamente perigoso que é o § 8º do artigo 34 das Disposições Transitórias: se, no prazo de 60 dias, contados da promulgação da Constituição, não for editada a Lei Comple-

mentar necessária à instituição do ICM, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria. Ou seja, imprudentemente a meu ver, a Constituinte deu ao Poder Executivo dos Estados (pois a Lei Complementar nº 24/75 exclui a interferência do Legislativo) a possibilidade de fazer um corpo de normas gerais que deveria constar de uma Lei Complementar. É verdade que se diz: 'normas para regular provisoriamente a matéria.' Mas não sabemos quanto tempo vai durar o provisório. E acho que isso foi uma imprudência por duas razões. Primeiro, porque é incompatível com todo o resto da Constituição que restabelece as prerrogativas do Poder Legislativo. Segundo, porque infelizmente muitas vezes os Executivos Estaduais deixam-se levar por considerações meramente arrecadatórias sem olharem um pouquinho à frente para ver os efeitos econômicos dos impostos ou da forma pela qual pretendem cobrá-los.' (in "A Constituição Brasileira (1988 — Interpretações. Editora Forense Universitária, 1ª ed., páginas 324/325)."

A propósito, ainda, os seguintes precedentes desta Corte:

"ICMS. Exigibilidade antecipada. Convênio nº 66/88.

Não editada a lei complementar necessária à instituição do ICM, prevalecem as disposições contidas no Decreto-Lei nº 406/68, recepcionadas pela vigente Constituição Federal.

Os Estados e o Distrito Federal, mediante convênios, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos de lei complementar não recepcionados.

Não prevalece, portanto, a exigência do recolhimento do ICM por ocasião do desembaraço aduaneiro introduzido pelo Convênio nº 66/88.

Recurso conhecido e provido" (REsp nº 14.410-0-RJ, Relator eminente Ministro Garcia Vieira, DJ de 16.12.91).

"Tributário. Importação. ICMS. Fato gerador. Convênio ICM 66/88. Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º.

I — Não pode a lei estadual, com apoio em Convênio, alterar o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, fixado por diploma legal federal de índole complementar. Precedentes do STJ.

II — Recurso especial conhecido e provido" (REsp nº 14.777-0-SP, Relator eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 30.11.92).

"Tributário. Importação. ICMS. Recolhimento. Momento do fato gerador. Convênio ICM 66/88. Artigo 34, § 8º do ADCT. Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º.

Não prevalece, diante do que preceitua o art. 1º do Decreto-Lei nº 406/68, diploma legal recepcionado pela atual Constituição Federal, a exigência do recolhimento do tributo em questão por ocasião do desembaraço aduaneiro, introduzida pelo Convênio acima aludido.

Recurso provido" (REsp nº 7.582-0-RJ, Relator eminente Ministro Américo Luz, DJ de 27.05.91).

"Tributário. Importação. Recolhimento do ICMS. Fato gerador. Convênio ICM 66/88. Decreto-Lei nº 406/68, art. 1º. Artigo 34, § 8º do ADCT.

Por ter sido o Dec.-Lei nº 406/68, recepcionado pela atual Constituição Federal, em face do que dispõe seu artigo 1º, não prevalece a exigência do recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro, exigência esta introduzida pelo Convênio ICM 66/88.

Recurso provido" (REsp nº 23.628-2-SP, Relator eminente Ministro José de Jesus, DJ de 21.09.92).

Todas as demais questões afloradas nas contra-razões têm cunho nitidamente constitucional, o que refoja, às inteiras, aos lindeiros deste recurso nobre.

Diante de tais pressupostos, dou provimento ao recurso e concedo a segurança para garantir a importação da aeronave reportada na inicial, sob o regime de arrendamento mercantil, sem que lhe seja exigido o pagamento do ICMS, invertidos os ônus da sucumbência.

Em face da existência do recurso extraordinário, remetam-se os autos, após o regular processamento, ao colendo Supremo Tribunal Federal.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Temos um precedente desta

Egrégia Seção, no Recurso Especial nº 37.648-3-SP, no qual fui Relator, julgado no dia 22 de setembro de 1993. Esse precedente é sobre importação de aeronave, mas não se refere a **leasing**.

"ICMS. Mercadoria importada. Uso próprio. Aeronave.

Ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior.

O local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu uso próprio.

Recurso improvido.

Como no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição Federal vigente não foi editada a lei complementar necessária à Instituição do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, os Estados e o Distrito Federal firmaram o Convênio nº 66/88, fixando as normas para regular referido imposto, e o Estado de São Paulo editou a Lei nº 6.374, de 1º de março de 1989, dispondo sobre a mesma matéria. Referido convênio, com força de lei complementar, estabeleceu, em seu artigo 2º, que ocorre o fato gerador do ICMS,

"na entrada do estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importado do exterior."

Como se vê, ocorre o fato gerador do imposto no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem.

No artigo 21 define o contribuinte como:

“qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviços descritas como fato gerador do imposto.”

O importador é contribuinte do ICMS (artigo 21, parágrafo único) e o local da operação para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, determina o artigo 27, item I, letra *d* que é:

“o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, o do domicílio do adquirente, quando importado do exterior, ainda que se trate de bens destinados a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Depreende-se que o importador de uma aeronave, pessoa física, ao recebê-la no Brasil, no seu domicílio, para uso próprio, está sujeito ao Imposto de Circulação de Mercadorias.

A Lei Paulista nº 6.374/89 e, seu artigo 2º, item V, deixa claro que ocorre o fato gerador do ICMS,

“no recebimento, pelo importador, de mercadoria ou bem importado do exterior.”

Para referida norma legal, artigo 23, item I, letra *d*, o local da operação para efeitos de cobrança do imposto, tratando-se de mercadorias é,

“o do estabelecimento destinatário ou, na falta deste, do domicílio do adquirente, quando importado do

exterior, ainda que se trate de bem destinado a consumo ou a ativo fixo do estabelecimento.”

Verifica-se que, também pela Lei de São Paulo, citada, ocorre o fato gerador do ICMS no recebimento pelo importador, pessoa física, da mercadoria por ele importada do exterior, e o local da operação é o domicílio do adquirente, ainda que se trate de bem destinado a seu consumo próprio.

Conclui-se que o Convênio e a Lei Estadual citados obrigam o recorrente e recolher o ICMS, por ter importado uma aeronave para seu uso e por tê-la recebido em seu domicílio.

O Convênio e a Lei Estadual citados não contrariam o artigo 6º do Decreto-Lei nº 406/68, que definia como contribuinte do ICM o comerciante industrial ou produtor que importasse mercadoria do exterior ou as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas que praticavam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias. Ora, a Constituição Federal de 1988 não recepcionou totalmente o citado Decreto-Lei nº 406/68 e revogou, parcialmente, o disposto no artigo 6º citado, ao estabelecer, em seu artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, letra *a*, que o ICM incidirá “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o

imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço”.

Determinou o Legislador Constitucional a incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior para consumo, sem exigir que essa entrada seja em estabelecimento comercial, industrial ou produtor.

De acordo com o item 79 da lista de serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, como já lembrou o ilustre advogado, da tribuna, incide o ICMS na locação de bens, inclusive arrendamento mercantil.

Eu, na Egrégia 1ª Seção e também nesta Turma, sempre defendi, desde o início, que o **leasing** estava sujeito ao ICMS. Agora, no caso que estamos examinando, há um detalhe importante e que vai decidir a questão a meu ver: é que se trata de **leasing**. No **leasing**, embora possa haver uma opção de compra, no caso, a compra não se realizou, não houve a venda mercantil. Não houve a venda, não incide o imposto, como tenho sustentado aqui, e lembro também ao ilustre advogado da tribuna.

Com essas considerações, apenas para lembrar que temos um precedente sobre a importação de aeronaves, acompanho o eminente Ministro Cesar Rocha.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Em julgamento anterior, dizia eu, no contra-

to de **leasing**, — o que existe é uma locação de coisa móvel, apenas com cláusulas específicas, com o acréscimo de algumas cláusulas que são próprias desse contrato, mas sem deixar de existir uma locação ou, pelo menos, um contrato muito assemelhado à locação. Nesses casos, a propriedade do bem não se transmite, continua com o fiduciante, com o locador.

Reafirmo agora que o Convênio nº 66 não tem o condão de revogar a legislação preexistente à Constituição Federal, configurada numa lei complementar. O Convênio só poderia disciplinar aquela matéria tributária a respeito de impostos criados pela Constituição e não preexistentes. Esse foi o ponto de vista que defendi e que está em consonância com o esposado agora pelo eminente Ministro Relator.

Portanto, nada mais tenho a acrescentar ao voto do eminente Relator, com o qual estou de inteiro acordo.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, o tema **leasing** no Judiciário tem, no correr dos tempos, clamado por insistentes debates.

No Recurso Especial nº 7.234, proferi voto-vista, examinando o **leasing**, quanto à sua natureza jurídica, conceituando-o como Arren-

damento Mercantil, diante dos efeitos da Lei Complementar nº 56/87.

Hoje, atento aos argumentos do eminente Relator, somadas às razões expendidas pelos demais, relembrando os fundamentos que desenvolvi no aludido voto-vista, apenas destaco as disposições do art. 8º, do CTN, por si, suficientes para demonstrar, no caso, a imprestabilidade do convênio, transmudando a competência para poder exigir a tributação questionada.

Com essas rápidas observações, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 22.299-4 — SP —
(92.00011358-3) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Cesar Asfor Rocha. Recte.: Tam Táxi Aéreo Marília S/A. Advogado: Marcos Jorge Caldas Pereira. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogado: Ronaldo Natal. Sustentou oralmente o Dr. Roberto Siqueira Campos, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 20.10.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 24.320-1 — RJ

(Registro nº 92.0016820-5)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Ila Schueler de Alencar Araripe*

Advogados: *Drs. Sérgio Ribeiro da Costa e outros*

Recorrida: *União Federal*

EMENTA: Administrativo. Pensão militar. Atualização. Pensionista de Magistrado do Superior Tribunal Militar. 1. A pensão militar, deixada por Ministro do Superior Tribunal Militar, deve ser calculada sobre os ganhos que estaria percebendo o seu instituidor, se vivo estivesse, a qualquer título, inclusive quanto aos adicionais de quinquênios, contados nos termos do Decreto-Lei nº 2.019, de 1983. Aplicação do artigo 30 da Lei nº 3.765, de 1960. Dissídio pretoriano caracterizado. 2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Brasília, 24 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: O acórdão recorrido (fls. 93-98), integrado pelo proferido nos declaratórios interpostos (fls. 105-111), reformou a sentença concessiva da segurança, impetrada por Ila Scheler de Alencar Araripe, objetivando que o cálculo da pensão a que faz jus seja feito sobre os vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal Militar, inclusive sobre os quinquênios, segundo o Decreto-Lei nº 2.019/83.

Daí o presente recurso especial, fundado nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, em que a impetrante alega negativa de vigência do art. 30 da Lei nº 3.765, de 1960, e dissídio com o decidido pelo extinto

TFR na AMS nº 112.025-DF, Relator Ministro Dias Trindade, e pelo TRF-1ª Região na AMS nº 89.01.06183-0-DF, Relator Juiz Aldir Passarinho Júnior.

Sem contra-razões (fls. 139 v.), o recurso foi admitido (fls. 141-142), subindo os autos a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer do Dr. Sylvio Fiorencio, ilustre Subprocurador-Geral, manifestou-se pelo seu não provimento (fls. 147-149).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Pretende a impetrante, pensionista de ex-Ministro do Superior Tribunal Militar, falecido em 16.11.69, seja calculada a pensão a que faz jus sobre os vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal Militar, inclusive sobre os quinquênios, segundo o Decreto-Lei nº 2.019, de 18.03.83.

Sustenta, em suma, no seu recurso especial, que, ao denegar-lhe a pretensão o acórdão recorrido violou o art. 30 da Lei nº 3.765, de 04.05.60, e dissentiu de arestos de outros Tribunais.

Impõem-se, no caso, conhecimento e o provimento do recurso, seja porque caracterizada ofensa ao dispositivo legal colacionado, seja porque manifesto o dissídio pretoriano, merecendo prevalecer a orientação adotada pelos paradigmas trazidos a confronto.

De fato, preceitua o art. 75 da Lei Complementar nº 35, de 1979:

“Os proventos da aposentadoria serão reajustados na mesma proporção dos aumentos dos vencimentos concedidos, a qualquer título, aos Magistrados em atividade.”

De outra parte, dispõe o artigo 30 da Lei nº 3.765, de 1960:

“A pensão militar será sempre atualizada pela tabela de vencimentos em vigor, inclusive quanto aos benefícios dos contribuintes falecidos antes da vigência desta lei.”

Consoante se depreende do texto transcrito, para fins de cálculo da pensão, não importa o que percebia o seu instituidor, mas o que estaria percebendo se continuasse vivo.

Nesse sentido, o acórdão do extinto TFR, antes citado, proferido na AMS nº 112.025-DF, Relator Ministro Dias Trindade, assim ementado (fls. 129):

“Administrativo. Pensão Militar. Atualização. Pensionistas de Magistrado do Superior Tribunal Militar.

Tudo o que o Magistrado percebe é vencimento e, portanto, irredutível, nos termos de norma constitucional, daí porque as pensões militares, instituídas por Ministros do Superior Tribunal Militar, devem ser atualizadas segundo os ganhos atuais dos ocupantes desses cargos, a qualquer título, inclusive quanto aos adicionais de quinquênios, contados nos termos do Decreto-lei nº 2.019/83 (art. 30 da Lei nº 3.765/60). Segurança deferida.”

Outra não foi a orientação seguida pelo TRF-1ª Região, no julgamento da AMS nº 89.01.06183-0-DF, cujo aresto tem esta ementa:

“Administrativo. Pensão Militar. Dependente de Magistrado do STM. Incidência sobre quinquênios. Constituição Federal de 1967, arts. 113, III e 128. § 2º. LOMAN, arts. 65, VII e 75. Decreto-Lei nº 2.019/83.

I — Os proventos de aposentadoria da magistratura são regidos pelas normas próprias da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Magistratura Federal (L.C. nº 35/79), que conferem aos inativos as mesmas vantagens dos Juízes em atividade, inclusive os militares, independentemente de custeio.

II — Caso, ademais, em que o Magistrado militar faleceu em 1980, já na vigência da LOMAN, que instituiu os quinquênios para a magistratura, havendo o Decreto-Lei nº 2.019/83 apenas alterado o critério de cálculo dessa parcela, que passou a ser por “repicão.”

III — Recurso da União provido em parte, para excluir-se a incidência, no cálculo da pensão, da “gratificação de representação”, porquanto esta já vem sendo corretamente paga administrativamente, manti-

da, no mais, a sentença de 1º grau que determinou fossem computados os quinquênios.”

Isto posto, em conclusão, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de reformar o acórdão recorrido e conceder a segurança, observando-se, quanto aos atrasados, o art. 1º, § 3º, da Lei nº 5.021, de 09.06.66.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 24.320-1 — RJ — (92.0016820-5) — Relator: O Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Recente.: Ila Schueler de Alencar Araripe. Advogados: Sérgio Ribeiro da Costa e outros. Recda.: União Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 24.11.93 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 25.841-1 — RJ

(Registro nº 92.0019814-7)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Manoel Messias dos Santos*

Recorrido: *Ministério Público Federal*

Advogados: *Waldomiro Araújo Dias e outros*

EMENTA: **Processo Civil. Justiça gratuita. Honorários de perito. 1. O benefício de que trata o art. 3º da Lei nº 1.060/59 compreende honorários de perito. Ademais respaldado por dispositivo constitucional a assistência judiciária destinada àqueles que comprovarem recursos insuficientes há que ser integral e gratuita (art. 5º, inc. LXXIV, CF). 2. Recurso conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldeimar Zveiter.

Brasília, 07 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Trata-se de recurso

especial interposto com fundamento no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, onde se alega negativa de vigência ao art. 3º, inciso V, da Lei nº 1.060/50.

O v. acórdão hostilizado, proferido pela Segunda Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, recebeu a seguinte ementa:

“Processo Civil — Justiça gratuita — Deferimento. Tem a jurisprudência se orientado no sentido de ser suficiente ao deferimento da gratuidade a declaração do beneficiário, entretanto, ressalvo que a gratuidade pretendida se há de compreender nas custas processuais, não se lhe ampliando o alcance para abranger os honorários ou despesas com peritos e assistentes técnicos.

Sustenta a recorrente que a despesa maior é exatamente com os ho-

norários periciais, excluídos do benefício da gratuidade pelo v. aresto recorrido.

O recurso foi admitido.

O parecer do Ministério Público é pelo êxito da insurgência apresentada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Viável se mostra o recurso especial. Com efeito, merece reforma o acórdão combatido, posto que inequivocamente negou vigência ao art. 3º, inc. V, da Lei nº 1.060/59, cuja redação é a seguinte:

“Art. 3º — A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

.....

V — dos honorários de advogado e peritos.”

Assim sendo, o benefício gozado pelo recorrente decorre da própria

lei que estabelece a assistência judiciária, a qual conforme preconizada pela Constituição Federal deverá ser integral e gratuita àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV, CF).

Isto posto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 25.841-1 — RJ — (92.0019814-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos. Recte.: Manoel Messias dos Santos. Advogados: Waldomiro Araújo Dias e outros. Recdo.: Ministério Público Federal.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 07.12.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 26.950-0 — DF

(Registro nº 92.22465-2)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Joaquim Quintiliano da Fonseca*

Recorridos: *União Federal, Synval da Costa Lima e outros, e Organização Leão do Norte Ltda.*

Advogados: *Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho, Fernando Cordeiro Araújo e outros*

EMENTA: 1. Sociedade por quotas. Alteração do contrato social por deliberação da maioria dos sócios. 2. Para o arquivamento da alteração do contrato social, por deliberação da maioria dos sócios, não é necessária a assinatura do sócio dissidente. Decreto nº 3.708/19 e Lei nº 6.939/81, art. 6º. 3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 08 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Com fulcro nas

alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, Joaquim Quintiliano da Fonseca manifesta recurso especial ao acórdão da E. Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, assim ementado (fls. 361):

“COMERCIAL E ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL NA JUNTA COMERCIAL. EXCLUSÃO DE SÓCIO DO CARGO DE GERENTE POR MAIORIA DO CAPITAL SOCIAL. POSSIBILIDADE.

O arquivamento de alteração contratual para a exclusão de sócio do cargo de gerente de sociedade limitada, por deliberação da maioria do capital social, prescinde da assinatura do excluído. O art. 15 do Decreto nº 3.708/1919 não foi derogado pelo art. 38, V da Lei nº 4.726/1965. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 6.939, de 09/09/81, instituindo o regime sumário de registro do comércio, tem (sobretudo) inspiração simplificadora e caráter acentuadamente procedimental. Sua interpretação não deve perder de vista essas circunstâncias, para privilegiar a forma pela forma, em prejuízo dos direitos substanciais das sociedades comerciais.

A maioria do capital social tem o direito de, a todo tempo, destituir o gerente que tenha decaído de sua confiança, ou que deixe de corresponder aos interesses da sociedade. Apelação improvida. Sentença confirmada.”

Aduz o recorrente que o julgado recorrido malferiu o art. 38, V, da Lei nº 4.726/65 e o art. 17, V, do Decreto nº 57.651/66, além de divergir de decisão proferida pelo E. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo na Apelação Cível nº 177.979.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): O v. acórdão recorrido examinou exaustivamente a **quaestio juris** e decidiu em consonância com a orientação predominante, senão unânime da doutrina e da jurisprudência.

O art. 15 do Decreto nº 3.708, de 1919, prescreve que assiste aos sócios que divergirem da alteração do

contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado.

A divergência do sócio minoritário não traz outra consequência, mesmo que se trate de destituição de gerente, como bem anota RUBENS REQUIÃO em passagem transcrita pelos recorridos em seu arrazoado:

“O contrato social poderá originalmente designar os sócios-gerentes. Isso não importa na impossibilidade de destituição do sócio-gerente estatutário. A maioria dos sócios, com efeito, tem o poder de alterar o contrato social, e essa alteração pode ser simplesmente para a substituição do sócio-gerente estatutário. O sócio que não concordar com a alteração do contrato tem consequentemente direito ao recesso na forma do art. 15 (“Curso de Direito Comercial”, Saraiva, 1977, pág. 344).”

Esse artigo 15 do Decreto nº 3.708/19, sobre cuja interpretação concordam doutrina e jurisprudência, não foi revogado pelo artigo 38, inciso V, da Lei nº 4.726, de 1965, conforme ficou esclarecido no acórdão impugnado, com invocação inclusive de precedente do STF (RTJ, vol. 70/777).

Entretanto, ainda que revogação tivesse havido, não aproveitaria ao recorrente, por isso que a Lei nº 6.939, de 1981, que veio a dispor sobre os serviços do registro do comér-

cio (como a invocada Lei nº 4.726), na vigência da qual ocorreu a alteração do contrato social, estatui no artigo 6º:

“Art. 6º. O cancelamento dos registros ou arquivamento somente poderá ser declarado:

I — na alteração contratual, se o instrumento não estiver assinado por todos os sócios, salvo:

a) quando o contrato ou estatuto permitir a deliberação de sócios que representam a maioria do capital social;

b) no caso de exclusão do sócio do cargo de gerente, por deliberação da maioria do capital social;

c) nas demais hipóteses de exclusão de sócio previstas em lei.”

De referência ao dissídio de jurisprudência, não está demonstrado nos moldes exigidos pelo art. 255 do RISTJ.

Isto posto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 26.950-0 — DF — (92.0022465-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Recente.: Joaquim Quintiliano da Fonseca. Advogado: Pedro Augusto de Freitas Gordilho. Recda.: União Federal. Recdos.: Synval da Costa Lima e outros. Advogados: Fernando Cordeiro Araújo e outro. Recda.: Organização Leão do Norte Ltda. Sustentaram, oralmente, os Drs. Pedro Augusto de Freitas Gordilho e Fernando Cordeiro Araújo, pelos recorrentes e recorridos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 08.11.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 27.278-0 — RS

(Registro nº 92.23277-9)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *João Nichele*

Recorrida: *Therezinha Marques Nichele*

Advogados: *Drs. Dorival Alves da Silva e Cloé Helena Maciel Bohrer e outros*

EMENTA: 1. Recurso. Preparo. Greve forense. Justa causa. Reputa-se justa causa a greve forense, que impediu, em seu tumultuado momento, que a parte preparasse, no devido prazo, o recurso por ela interposto. Cód. de Pr. Civil, arts. 183, § 1º e 519, § 1º. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, em 8 de março de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O recurso especial su-

biu porque assim o determinei, provendo o agravo de instrumento. Na origem, despachou assim o Desembargador José Barison:

“I. João Nichele interpôs recurso especial, com fulcro nas alíneas *a* e *c*, do inciso III, do artigo 105 da Magna Carta, das *v.* decisões da Eg. Sétima Câmara Cível deste Tribunal, em acórdãos cujas ementas definem:

‘Recurso — Deserção: É incognoscível, recurso, cujo preparo foi satisfeito posteriormente ao decêndio legal, fixado pelo Código de Processo Civil, artigos 519, *caput*, e 527, § 1º. O preparo é ato extrajudicial, realizável, inclusive, durante greves forenses’. (fl. 402).

‘Embargos de Declaração — Não é de se conhecer, se a matéria, tratada nas razões desses embargos, já

foi apreciada e decidida no acórdão embargado, incorrendo, pois, omissão ou dúvida, contradição ou obscuridade, que permitisse sua cognoscibilidade'. (fl. 414)

Decorreu *in albis* o prazo para contra-razões (certidão de fls. 432 v.).

O Dr. Procurador-Geral de Justiça emitiu parecer pela inadmissão da inconformidade (fls. 434/436).

II. Pela alínea a:

Alega o recorrente ofensa aos artigos 519, § 1º e 183, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, por ter o v. aresto declarado deserto o recurso de apelação por ele interposto. Sustenta, em síntese, ter ocorrido justo impedimento para o atraso no pagamento das custas do apelo — greve dos Magistrados e Serventuários da Justiça — além de a nota de expediente publicada não revelar o montante exato a ser pago, nela não constando o valor das custas devidas ao Tribunal. Argumenta, também, citando doutrina a respeito, que somente ao Juiz do processo competia verificar se o apelante fizera o preparo no prazo legal e, tendo ele determinado a sua remessa ao Tribunal, é porque verificou que este foi realizado tempestivamente. Por final, diz ter sido favorecido pela concessão da gratuidade da justiça, concedida a fl. 02 pelo juiz a quo.

Em que pese a força dos argumentos expendidos, não reúne condições de prosperar o recurso, uma vez que não evidenciada ofensa aos referidos dispositivos processuais.

Como consignado, à exaustão, pela Egrégia Câmara Julgadora, mesmo durante a paralisação dos serviços judiciários, havia plantão junto ao MM. Juízo de Direito da Direção do Foro e seu cartório, onde o postulante poderia obter informações sobre a 'URC' e seu valor e, sendo o preparo um ato extrajudicial, não se configura hipótese de justo impedimento impossibilitadora de prática do ato.

O fato, referente a não conter a nota de expediente o montante das custas relativas à Segunda Instância, não foi suscitado em sede de embargos declaratórios, o mesmo ocorrendo com a alegação de que houve a concessão do benefício da gratuidade judiciária, o que levou à falta de apreciação e discussão destes temas pelos v. arestos recorridos.

Ausente, pois, o requisito do prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF).

Apenas a nível de argumentação, uma vez que não se constituíram em fundamentos suficientes do **decisum**, tem-se que outras questões — tempestividade e cabimento do recurso — acarretariam a não procedência da pretensão recursal, como se constata do voto exarado pelo em. Des. Presidente, quando do julgamento dos embargos declaratórios (fl. 417).

III. Pela alínea c:

Melhor sorte não lhe socorre no que se refere ao alegado dissídio jurisprudencial.

Com efeito, os julgados trazidos a confronto, os quais consignam ser necessárias, para elidir a deserção, a juntada do comprovante do recolhimento das custas no prazo do art. 519 do CPC, apesar de ser contrário ao entendimento esposado pelo em. Relator em seu voto, à fl. 406, não se referem ao fundamento principal do aresto recorrido, razão pela qual não caracterizada a divergência pretoriana. Esta só ocorreria se os acórdãos trazidos como paradigmas tratassem, de forma diversa, das mesmas questões enfrentadas pela decisão recorrida.

Ademais, restou inobservado o disposto no parágrafo segundo, do art. 255, do RI/STJ, por falta do confronto analítico entre os arestos.

IV. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso especial.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): De acordo com a decisão impugnada, ocorreu a deserção, que apontou, porque o apelante não teria efetuado o preparo do recurso no prazo de dez (10) dias, contados da intimação da conta. Veja-se o voto do Desembargador Waldemar L. de Freitas Filho, nestas passagens:

“Tais aspectos, contudo, são irrelevantes, face à berrante deserção do recurso interposto, quer seja ele considerado apelação ou agravo de

instrumento. No primeiro caso, o prazo para a satisfação do preparo é fixado pelo art. 519, cabeça, do Código de Processo Civil; para a segunda hipótese, dito prazo é estabelecido pelo § 1º do art. 529, do mesmo Código. Para ambos os recursos, tal prazo é de idêntica duração: dez (10) dias, contados da intimação para tal fim.

Ora, essa intimação, na espécie, aconteceu em 08.05.90, uma terça-feira; o decêndio legal findou em 18 do mesmo mês e ano, uma sexta-feira (fl. 378).

Todavia, a guia de fl. 379 mostra que o preparo somente foi recolhido no dia 29, cerca de onze dias depois de decorrido tal prazo, que é preempatório, inadmitindo dilações.

Não há, no processo, nenhuma informação de paralisação dos serviços dos serventuários da Justiça. Mas, mesmo que houvesse essa paralisação, a meu ver, não impedia o recolhimento tempestivo do preparo. Por quê? Porque, para se proceder ao recolhimento, há necessidade de aquisição de uma guia de recolhimento, que pode ser efetuada em qualquer papelaria da cidade, ou até, em último caso, no Tesouro do Estado. E, para preenchimento, a própria parte pode preencher e, finalmente, para o seu recolhimento, é em estabelecimento bancário e, portanto, extrajudicial. Mesmo que houvesse paralisação dos servidores da Justiça ou de quem quer seja, o ato do preparo é eminentemente extrajudicial; somente a juntada do

comprovante aos autos do processo, este sim, é um ato processual. Mas o que caracteriza a deserção não é a juntada do comprovante do recolhimento do preparo fora de prazo. O que caracteriza a deserção é a satisfação, o pagamento do preparo fora do decêndio legal, que vale tanto para a apelação quanto para o agravo: 10 dias. Tivesse o apelante recolhido nos 10 dias e juntado o comprovante no trigésimo dia, eu não consideraria a deserção. Mas não. Há satisfação-guia, datada de 29.05.90, quando a intimação saiu em 8 de maio; foram 21 dias entre a intimação e a satisfação. Então, **per fas et nefas**, o recolhimento foi tardio e a deserção se instalou.

Deixo de examinar intempestividade, descabimento do recurso, fungibilidade recursal, porque não interessa; interessa esse fato.

Por tais razões, Sr. Presidente, o meu voto preliminar é não conhecer do recurso por deserto, eis que seu preparo foi desatempado. Custas pelo recorrente.”

2. Mas, na petição de embargos de declaração, o apelante alegou a existência de justo impedimento, nestes termos:

“3. Na verdade, no tópico referente à falta de preparo que determinou o entendimento de sua deserção, certamente por falta de informações ao eminente Relator que deveria estar certificado pelo nobre Juízo singular através de Oficial Judicial de sua operosa Vara, de que o Foro estivera fechado desde o

dia onze (11) de maio a vinte e quatro (24) do mesmo mês e ano, obstaculizando a realização de qualquer ato.

4. Ademais, a nota de expediente de fls. 378, quantifica o valor do pagamento das custas cartorárias e do tráfico do recurso e define essa obrigação em 1,38 URCS. Ora, essa particularidade contábil torna impossível a determinação exata da parte cabível ao Senhor Contador e daquela destinada ao tráfico do apelo, questão essa somente poderia ser dirimida pelo Senhor Contador do Foro regional do Sarandi.

5. Ora, estando fechado o foro, conforme certifica a Direção Geral do Foro de Porto Alegre, somente com o restabelecimento dos trabalhos cartorários era possível se atender a essa obrigação fiscal, o que foi feito tempestivamente, pois suspenso o prazo, depois de dois dias de sua decorrência, dias 09 e 10, sobejou, ainda, para se chegar ao **Dies Aquem**, oito dias e, realizando o pagamento no dia 29 de maio, cumpriu-se a obrigação fiscal em sete dias, portanto, três dias antes do termo final do referido prazo.”

Foram os embargos rejeitados. Do acórdão recolho algumas passagens. Assim, do voto do Desembargador Waldemar L. de Freitas Filho (relator):

“Rejeito os embargos, porquanto a matéria, neles argüida, primacialmente, já foi decidida no acórdão embargado, quando faz referência

de que a satisfação do preparo não é ato judicial, no sentido de que necessita dos serviços forenses, para ser realizado.

Porque a aquisição da guia de recolhimento, seu preenchimento e seu pagamento na rede bancária são diligências que podem, perfeitamente, serem efetivadas fora das dependências do Foro e desnecessitam dos serviços forenses.

Nessas condições, irrelevante, para a satisfação do preparo, estejam, ou não, em funcionamento, os serviços forenses.

No que concerne com a alegação de desconhecimento do que seria 'URC's', mencionados na intimação de fl. 17, é matéria que não foi apreciada no acórdão embargado. Mas afirmo que, mesmo durante a paralisação dos serviços judiciários, havia plantão junto ao MM. Juízo de Direito da Direção do Foro e seu cartório, onde, repito, mesmo durante a paralisação dos serviços forenses, o embargante poderia obter informes do que seria 'URC' e seu valor, matéria contida na Lei Estadual nº 8.121 de 30.12.85, em seu art. 2º, § 1º."

Assim, do voto do Desembargador Alceu Binato de Moraes:

"Sr. Presidente. A questão é bastante delicada, mas nós estamos em sede de embargos de declaração. Só é cabível embargos de declaração quando, no acórdão, houver omissão, contradição, etc., isto é, aqueles casos específicos, rigorosamente específicos da lei. E, não houve omissão..."

Assim, do voto do Desembargador Luiz Melício U. Machado:

"Então, mesmo que se superasse essas dificuldades que o embargante levanta — e, que, realmente, são muito delicadas — há um fato que foi trazido pelo embargante, que é importante, e que por mim não foi ponderado por ocasião do meu voto, que é essa questão relativa à definição do valor da 'URC'. Não conheço das disposições que determinam a fixação desses índices e nem em que locais eles são publicados a partir da sua vigência e, provavelmente, a mesma dificuldade tem a parte. Para isso é que existem os serviços do Foro.

Ocorre que nós estávamos vivendo aquele momento tumultuado da greve dos magistrados, mas havia serviços de plantão. Então, para essas emergências de resolução de problemas urgentes, havia um plantão no Foro. Neste particular, tenho que me render à ponderação que faz o eminente Relator..."

.....
"Esse pronunciamento judicial foi dado por esta Câmara — pode não ter sido o mais feliz, pode não ter sido o mais justo — e, contra isso, a parte tem os recursos cabíveis. Mas não nos compete agora, em sede de embargos, declarar uma omissão que não houve. Pode ter acontecido, perfeitamente, que a decisão da Câmara, entendendo que o preparo do processo, sendo um ato extrajudicial, que independe de serviços cartorários, não seja a melhor interpretação dos textos, não seja a decisão

mais feliz e mais justa para o apelante, repito, mas foi a decisão que a Câmara tomou e, evidentemente, para sorte nossa, existem outros Tribunais que estão acima de nós, que poderão corrigir uma eventual injustiça ou uma interpretação equivocada que pudéssemos ter dado a um dispositivo legal.

Como essas considerações e ressaltando mais uma vez que não vi, em nenhum momento, nos autos, qualquer gesto de negligência, de desatenção do eminente patrono da parte embargante, também não vejo, no acórdão embargado, nenhuma omissão que pudesse ser corrigida em sede de embargos.”

3. Ao que penso, ocorreu, aqui, justo impedimento, ou justa causa, ficando a parte impossibilitada de praticar o ato, no prazo dos dez (10) dias contados da intimação da conta. Sem dúvida, a Justiça gaúcha viveu, naqueles dias, e o acórdão dos embargos de declaração o reconheceu, “momento tumultuado da greve dos magistrados”. Ora, estaria aí, a meu sentir, circunstância suficiente para entender-se preparado em tempo o recurso, efetuado o preparo, como vimos, logo após a retomada dos trabalhos, no foro de Porto Alegre. Não obstante o reconhecimento do estado de greve, o acórdão apresentou dois motivos para considerar válida a pena de deserção: o preparo é ato extrajudicial; “havia plantão junto ao MM. Juízo

de Direito da Direção do Foro e seu cartório”. Sei lá, mas o preparo, pelo fato de proceder-se o recolhimento perante bancos ou estabelecimentos semelhantes, não se torna ato extrajudicial. Quanto ao plantão, em casos que tais, é para medidas judiciais urgentes, não me parecendo próprio delas o ato de preparo dos recursos, com expedição de guias, cálculo da URC, etc.

4. Considerando ofendidos os arts. 183, § 1º e 519, § 1º, do Cód. de Pr. Civil, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para que, afastada a pena de deserção, o Tribunal retome o julgamento da apelação, como bem entender.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 27.278-0 — RS — (92.23277-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recte.: João Nichele. Advogado: Dorival Alves da Silva. Recda.: Therezinha Marques Nichele. Advs.: Cloé Helena Maciel Bohrer e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 08.03.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Município de Belo Horizonte*

Recorridos: *Clayton Alexandre dos Santos e outros*

Advogados: *Drs. Agoncillo Calvário Baeta e Jamil Said Hamzi Robinson Neves Filho e outro*

EMENTA: Prescrição. Interrupção. Despacho que ordena a citação. Atraso. Culpa do demandante. Indenização. Morte de filha menor. Dano moral. Dano material. Cumulação (Súmula nº 37). Termo final da indenização. 1. Se o autor promoveu todas as providências necessárias a que se efetivasse a citação, é de se considerar interrompido o curso prescricional, mesmo que o ato citatório tenha ocorrido além do prazo fixado no art. 219 do CPC. 2. São cumuláveis as indenizações por dano moral e dano material, oriundos do mesmo fato (Súmula nº 37). 3. Na indenização por morte de filho menor, o termo final do pagamento de pensão será a data em que o falecido completaria sessenta e cinco anos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Ministros César Asfor Rocha e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 17 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Os autores, ora recorridos, perderam seis familiares em soterramento ocorrido na cidade de Belo Horizonte.

Em busca de indenização promoveram ação contra o Município, a quem imputam responsabilidade pelo movimento de terra.

O E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, confirmando em parte a r. decisão de primeiro grau, decidiu, em suma:

a) não houve prescrição, porque, embora a citação tenha ocorrido

após o transcurso do prazo quinquenal, o pedido foi protocolado e despachado em tempo oportuno e os autores não tiveram culpa na demora da citação;

b) o Município é responsável pelos danos, já que foi desidioso na proteção da encosta, cujo deslizamento causou as mortes;

c) a indenização por dano moral foi arbitrada com justiça e critério;

d) o ressarcimento pela morte da filha menor deve ter seu termo final na data em que a falecida completaria sessenta e cinco anos;

e) não é de se cogitar em limite mínimo de idade, para a adoção de termo inicial do ressarcimento;

f) os juros de mora devem incidir desde o protocolo da petição inicial;

g) os honorários por sucumbência devem ser rateados por metade, cumprindo a cada parte o pagamento de seu respectivo advogado;

O Município desafia o aresto, manejando recurso especial, fincado nas alíneas *a* e *c* do permissivo.

O recorrente afirma que o Acórdão:

a) negou vigência ao art. 219, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil e dissentiu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando proclamou que a simples distribuição da inicial basta para afastar a incidência da prescrição;

b) divergiu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando permitiu se acumulassem as indenizações por dano moral e por dano patrimonial;

c) afastou-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao estender até o momento em que a filha morta completaria 65 anos, o termo final do ressarcimento.

Estes, os aspectos relevantes do processo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O recurso propõe três questões.

A primeira relaciona-se com o art. 219 do Código de Processo Civil.

A teor deste dispositivo, o despacho que ordenar a citação interrompe o curso da prescrição. No entanto, a interrupção perde eficácia, se a citação deixar de se efetivar em dez dias.

O acórdão recorrido entendeu que, na hipótese, os autores não tiveram culpa alguma pelo atraso da citação.

O § 2º do art. 219 impõe à parte, o encargo de “promover” a citação.

A expressão “promover”, utilizada no dispositivo legal, não induz o entendimento de que a parte deve substituir o meirinho e — ela própria — efetuar a citação. O vocábulo é empregado no sentido de que a parte deve adotar as providências a seu alcance, necessárias a que se consume a citação.

Na hipótese dos autos, não se imputa ao autor, qualquer inadimplência, no que respeita a seu encargo de “promover” a citação.

Considerar prescrita a ação seria punir a vítima da morosidade judicial e desviar o processo dos fins para os quais foi concebido.

O acórdão, nesta passagem, merece confirmação.

No que toca ao acúmulo de indenizações por dano moral e dano material, o aresto recorrido está de acordo com a moderna jurisprudência — hoje consolidada no verbete 37 de nossa Súmula, expresso *in verbis*:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.”

Ao entender que as prestações do ressarcimento devem continuar, até o momento em que a garota vítima da pelo soterramento completaria sessenta e cinco anos, o acórdão mais uma vez afinou-se com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, a 4ª Turma desta Corte, acompanhando voto do E. Ministro Sálvio de Figueiredo, proclamou:

“III — Após inicial divergência, veio a consolidar-se na Turma o entendimento no sentido de considerar a presumida sobrevida da vítima co-

mo termo final do pagamento da pensão, tomando-se por base a idade provável de sessenta e cinco (65) anos, haja vista não se poder presumir que a vítima, aos vinte e cinco (25) anos, deixaria de ajudar seus familiares, prestando-lhes alimentos” (REsp nº 28.861-0-PR).

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.145-7 — MG — (92.0025810-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Humberto Gomes de Barros. Recte.: Município de Belo Horizonte. Advogado: Agoncillo Calvario Baeta. Recdos.: Clayton Alexandre dos Santos e outros. Advogado: Jamil Said Hamzi.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 17.11.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 28.502-5 — SP
(Registro nº 92.0026674-6)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Adélia Kalmus Klein*

Recorridos: *Fichel Rubin e outro*

Advogados: *Drs. Valdir Bunduki Costa e Silvio Candeli*

EMENTA: Ação Civil. Réu não citado. Desistência. 1. Não há revelia de quem, citado, não fora intimado do deferimento à desistência do autor quanto a outro réu. 2. Recurso especial atendido. 3. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93.

Brasília, 16 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação de imissão na posse, em que se converteu o pedido inicial de reinte-

gração de posse, após aditamento, contra os réus Adélia Kalmus Klein e Oscar Peter Klein.

Antes da citação do co-réu Oscar Peter Klein, os autores desistiram da ação contra este.

Na sentença de fls. 24 e 25, o Juiz homologou a desistência da ação no tocante ao co-réu e considerou revel Adélia Klein, por não ter contestado o pedido, embora tenha sido citada. E, finalmente, julgou extinta.

“... a ação contra Oscar Peter Klein, sem julgamento do mérito, ...(omissis)... e procedente a ação contra Adélia Kalmus Klein...”

A E. Quinta Câmara Civil de Férias C, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou provimento à apelação da vencida, e o fez considerando que

“O prazo de defesa da apelante não estava subordinado à comple-

mentação das citações, pois é induvidoso que o pedido de desistência foi formalizado anteriormente, tampouco estava vinculado à homologação da referida desistência parcial da ação” (fls. 50).

Com fulcro no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, a recorrente interpôs recurso especial, alegando afronta ao art. 298, parágrafo único, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 52 a 55).

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Tenho que assiste a razão à recorrente. O Código de Processo Civil, no art. 298, parágrafo único, dispõe:

“Se o autor desistir da ação quanto a algum réu ainda não citado, o prazo para a resposta correrá da intimação do despacho que deferir a desistência”.

WELHINGTON MOREIRA PIMENTEL, que considera deslocada a norma transcrita, por entender que melhor posição teria no art. 241 do Código de Processo Civil, observa

“... que se dois eram os réus e o autor desiste em relação a um deles, ainda não citado, o prazo para o remanescente, uma vez citado, contar-se-á da data da intimação do deferimento da desistência... (“Comentários ao Código de Processo Civil”, p. 237, vol. III, Ed. Rev. Trib., São Paulo, 1975).

E PONTES DE MIRANDA giza sobre o referido dispositivo o seguinte comento:

“Se são dois ou mais os réus, mas o autor desiste da ação quanto a algum que ainda não foi citado, têm de ser intimado do despacho que deferiu a desistência o outro réu, ou todos os outros réus, e o prazo somente dessa data há de correr. A **ratio legis** está em que os citados conheciam o número de réus e tinham de referir-se a fatos e fundamentos jurídicos do pedido, especificações e provas que poderiam ser concernentes ao que ia ser citado e não foi, devido à resistência pelo autor” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo IV, pág. 102, Forense, 1974).

Não há, portanto, argumentar com a revelia da ré, que não fora intimada do deferimento à desistência do co-réu ainda não citado.

Em consequência, tenho como violado o art. 298, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Com relação ao dissídio, verifico que os julgados colacionados não guardam similitude ou identidade com o caso **sub judice**.

Por conseguinte, conheço do recurso pela alínea *a* do permissor constitucional, para cassar as decisões proferidas nas instâncias ordinárias, e determinar a renovação do feito com observância das prescrições legais.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 28.502-5 — SP —
(92.0026674-6) — Relator: Exmo.
Sr. Ministro Fontes de Alencar.
Recte.: Adélia Kalmus Klein. Advoga-
do: Valdir Bunduky Costa. Rec-
dos.: Fishel Rubin e outro. Advoga-
do: Silvio Candeli.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, deu provimento ao recur-

so, nos termos do voto do Sr. Mi-
nistro Relator (em 16.11.93 — 4ª
Turma).

Votaram com o Relator os Srs.
Ministros Sálvio de Figueiredo, Bar-
ros Monteiro, Antônio Torreão Braz
e Dias Trindade, convocado nos ter-
mos do art. 1º da Emenda Regimen-
tal nº 03/93.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.006-9 — DF

(Registro nº 92.0028303-9)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Distrito Federal*

Advogada: *Ada Toledo Arantes*

Recorrido: *Márcia Ruperto Souza das Chagas*

Advogado: *Gualberto Pinheiro de Souza*

EMENTA: Recurso Especial. Concurso público para escrivão de polícia. Psicotécnico. 1. Conquanto legal a exigência do psicotécnico para ingresso na carreira de Escrivão de Polícia, não pode o mesmo ser realizado de maneira sigilosa e irrecorível. 2. Precedentes do STF. 3. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Re-

lator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 13 de outubro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI: O Distrito Federal, às fls. 77/80, intentou recurso especial com arrimo nas alíneas *a* e *c*, inciso III, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fls. 72/75, que confirmou a r. decisão de primeiro grau que concedeu a segurança, para que a impetrante, ora recorrida, considerada não recomendada em exame psicotécnico, prosseguisse no Concurso Público para Escrivão de Polícia.

Aduz o Recorrente, em síntese, que o r. aresto contrariou o disposto no artigo 9º, VII, da Lei nº 4.878/65, eis que permitirá a nomeação de candidata reprovada em concurso público.

Acrescenta, ainda, que a exigência de exame psicotécnico emana da Lei, esclarecendo que no caso **sub examen**, não foi utilizada a técnica de entrevista, e que a alegação de ausência de rigor científico levantada pelos requerentes não tem consistência, tendo em vista que a bateria de testes escolhida pelo Instituto de Desenvolvimento de Recursos Humanos (IDR), observou os padrões aprovados pelos órgãos competentes no campo psicológico.

Espera, assim, ver reformado o r. **decisum** hostilizado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, o recurso foi

ofertado com fulcro nas alíneas *a* e *c*, inciso III, do art. 105, da Lei Maior, ao argumento de que o v. acórdão que confirmou a r. sentença concessiva da segurança, para que a impetrante, considerada não recomendada no exame psicotécnico, prosseguisse no Concurso Público para Escrivão de Polícia, acabou por contrariar o art. 9º, da Lei nº 4.878/65, dissentindo, ainda de entendimentos de outros tribunais.

No que pertine ao pretendido dissenso pretoriano, improsperável apresenta-se o inconformismo por não ter o recorrente oferecido qualquer julgado para confronto.

Quanto à alegação de afronta ao dispositivo de lei federal em apreço, entendo que a questão foi decidida corretamente pelo v. aresto afrontado, pois evidentemente, nos moldes que se vem processando esses exames psicotécnicos, divididos em etapas, todas de caráter eliminatório, sem que seja dada ao candidato, pelo menos vista das provas e direito a recurso, constitui, sem dúvida, a meu ver, arbitrariedade, e, embora não se queira admitir, existe, dada a subjetividade do exame, uma hipotética possibilidade de favorecimento de candidatos em prejuízo de outros.

Por isso, entendo que acertadamente, a segurança foi concedida para que a impetrante prosseguisse no certame, ponto de vista este que vem de ser referendado pela iterativa jurisprudência do Pretório Excelso, como fez notar o Preclaro

Ministro José Dantas no r. despacho que proferiu no Agravo de Instrumento nº 37.642-9/DF, DJ de 24/08/93, que encerra, **verbis**:

“Decidindo pela legalidade da exigência do exame psicotécnico, no caso, fê-lo, porém, o v. acórdão recorrido sob censura do seu modo de aplicação sigilosa e irrecorrível, afrontosa, pois, à tranqüila jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — Rs Es nºs 112.676, DJ de 18.12.87; 125.556, 15/5/92 e 111.400, in RTJ 122/1.130.

Daí que a inadmissão do recurso especial invocativo de ofensa ao art. 1º da Lei nº 1.533/51, e coadjuvado pelo art. 9º, VII, da Lei nº 4.878/65, oferece-se incensurável, a teor do despacho de fls. 80.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 18 de agosto de 1993.”

A propósito, esta eg. Turma, no mesmo sentido, vem decidindo:

“Administrativo — Concurso Público — Policial Militar do Distrito Federal — Exame psicotécnico. Ilegalidade do **modus faciendi**, efeti-

vado em moldes nitidamente subjetivos” (REsp nº 27.489-1-DF, DJU 04.10.93, Rel. Min. José Dantas).

Como se observa, o v. **decisum** objurgado encontra-se em harmonia com o entendimento jurisprudencial da Corte Suprema e deste Egrégio Tribunal.

Ex positis, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.006-9 — DF — (92.0028303-9) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Distrito Federal. Advogada: Ada Toledo Arantes. Recdo.: Márcia Ruperto Souza das Chagas. Advogado: Gualberto Pinheiro de Souza.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.10.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 29.861-5 — RJ

(Registro nº 92.0030684-5)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Francisco José Gonçalves Pereira*

Recorrido: *Banco Itaú S.A.*

Advogados: *Célio Silva Costa e outros, e Antônio Roberto Junqueira Guimarães e outros*

EMENTA: Processual Civil. Recurso Especial. Dispositivos de lei federal não prequestionados. Matéria de prova. Não conhecimento. 1. Inexistindo, *in casu*, julgamento, nas instâncias ordinárias, acerca da questão da equivalência salarial, essa matéria, serodidamente alegada, não serve de suporte ao conhecimento do recurso especial, desde que não prequestionada. 2. Os defeitos da notificação e o excesso de execução (multa pelo atraso e honorários advocatícios) constituem matéria de prova, insusceptível de apreciação no âmbito do apelo especial. 3. Dissenso pretoriano não configurado, nos moldes regimentais. 4. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 20 de outubro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Através de ação ordinária, Francisco José Gonçalves Ferreira pleiteou a declaração de invalidade de arrematação consequente de execução extrajudicial promovida por credor hipotecário, postulando-se, ainda, a fixação do valor do débito e a devolução do imóvel.

Fundou-se, a ação na inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 e irregularidades no procedimento, além do excesso de execução — multa e honorários advocatícios.

O Juiz julgou improcedente o pedido e a sentença foi confirmada, em grau de apelação.

Irresignado, manifestou o vencido, REsp, em que alega:

a) com base no Decreto-Lei nº 70/66 se cobra ao mutuário prestações majoradas, unilateralmente, sem direito de defesa;

b) a equivalência salarial — Resoluções nºs 25 e 36 do BNH foram descumpridas;

c) a venda de imóvel constitui abuso de direito.

Deferido o processamento do recurso, através de despacho em agravo de instrumento, trago-o a julgamento.

É o relatório.

VOTO PRELIMINAR

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

O recurso não merece ser conhecido, por estar desformalizado. Em primeiro lugar, o recorrente, sem indicar, expressamente, a **alínea** do admissivo constitucional em que se arrima, insere, em sua formulação, uma série de dispositivos de lei federal (artigo 5º e seus parágrafos, da Lei nº 4.380/64; artigos 1º e 60, da Lei nº 4.380; Decreto-Lei nº

19/66 e Resoluções nºs 25/66 e 36/69 do BNH), não discutidos e nem julgados, nas instâncias ordinárias, insistindo, na irresignação:

a) por esse Decreto-Lei (Decreto nº 19/66) postulam os agentes financeiros que a equivalência salarial deixaria de existir;

b) pelo famoso Decreto-Lei nº 70/66, através de execução extrajudicial se cobra ao mutuário prestações majoradas ao seu talante, sem que o devedor tenha direito de defesa;

c) a matéria de equivalência está regulada nas Resoluções nºs 25 e 36, que constituem lei federal, que, descumpridos, autorizam o REsp;

d) os reajustes da casa própria da recorrente foram feitos com observância da correção plena e não pela **equivalência salarial**, tendo esse ponto de vista sido defendido pelo recorrente a partir da constatação;

e) não haveria inadimplência da parte do recorrente, sendo a venda extrajudicial de seu imóvel um **abuso de direito**, desde que, em havendo cobrança indevida, inexistia **mora**.

A questão da equivalência salarial não foi o objeto da ação ordinária e, por esta razão, **não julgada nas instâncias ordinárias**, impossível de reapreciação, nesta instância, na esfera do recurso nobre.

Com efeito, o recorrente, **inadimplente** em contrato de compra e venda com o pacto adjeto de hipoteca e alegando impossibilidade de saldar o seu débito em decorrência

de inúmeras circunstâncias factuais, inclusive a edição de Plano Cruzado, promoveu ação ordinária para anular a arrematação do imóvel em que alegou:

a) inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 e Decreto-Lei 5.749/71, por afrontarem os artigos 1º, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal de 1967, eis que, ferem o princípio da isonomia e criam uma forma de execução, que não é a comum para todos os cidadãos e impedem que a lesão de direito seja excluído de apreciação judicial.

b) ilegalidade do Decreto-Lei nº 70/66 (artigos 31 e 32), desde que não foi intimado pessoalmente para purgar a mora, pois, a notificação jamais lhe chegou às mãos;

c) ainda que notificado tivesse sido, a execução foi excessiva, pois, lhe cobraram em demasia: multa pelo atraso, e honorários advocatícios, simultaneamente (folha 13);

d) a arrematação foi realizada ilegalmente, pois o leiloeiro não tinha competência para fazê-lo, nem para expedir carta de arrematação (folhas 14 e 15).

O Juiz de primeiro grau, ao julgar improcedente a ação, repelindo a alegação de inconstitucionalidade (e ilegalidade) do Decreto-Lei nº 70/66, “justificou que, no procedimento adotado na execução extrajudicial”, o autor não forneceu quaisquer elementos de convicção através dos quais se pudesse constatar as irregularidades: **defeitos da notificação ou excesso de cobrança**” (folha 219).

Ao confirmar a sentença de primeira instância, o Tribunal **a quo**, assim se manifestou:

“No mérito, como bem demonstrou a apelada, a matéria relativa à constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66 já se encontra superada, entre os reiterados pronunciamentos jurisprudenciais, inclusive do Supremo Tribunal, o mesmo acontecendo quanto à observância da equivalência salarial” (folha 310).

Tenha-se presente, pois, dois aspectos:

a) questão da inconstitucionalidade já está superada, desde que, decidida nas instâncias ordinárias, não foi objeto do recurso nobre, nem pode ser julgada no âmbito deste;

b) os defeitos da notificação e o excesso de execução (multa pelo atraso e honorários advocatícios), constituem matéria indene e de reapreciação, nesta fase, mesmo porque ao julgar improcedente a ação, o Juiz fundou-se no argumento de que, “o recorrente não forneceu quaisquer elementos de convicção através dos quais se pudesse constatar irregularidades no processo de execução extrajudicial”. Para chegar-se, pois, a conclusão diferente, ter-se-á de demandar o reexame da prova, a que é ífenso o recurso especial, consoante jurisprudência da Corte, cristalizada na Súmula nº 07.

Quanto à equivalência salarial (Plano de Equivalência Salarial), essa questão não foi objeto de discussão e julgamento, nas instâncias anteriores mesmo porque não consti-

tuuiu **objeto da ação ordinária**. O **excesso** que se discutiu, no curso do processo, foi o pertinente à multa, pelo atraso (ou inadimplemento) e os honorários advocatícios. O autor se refere a cobrança excessiva, todavia, sem qualquer alusão à equivalência salarial, mesmo porque, o que pretende, é a anulação da arrematação e conseqüente registro e a volta ao seu patrimônio, do imóvel que lhe foi vendido (com a cláusula de hipoteca).

Ademais, tendo em vista as peculiaridades do caso vertente, para que se acolha a **questio** da equivalência, necessário que se inclua, no provimento do recurso, a declaração da nulidade da execução extrajudicial, da arrematação e registros subseqüentes, por ser este o pedido da recorrente, nestes termos: “seja provido o recurso, para a reforma do acórdão recorrido, ao fito de julgar-se procedente a ação anulatória proposta e estabelecer-se o **status quo ante**, como resultado de toda a ação anulatória” (folha 333).

A pretensão do recorrente, como se observa, é a de anular a execução, com a omissão no pedido recursal, de aplicar-se a equivalência, mesmo porque esse nunca foi o objetivo colimado.

Por último, o dissídio pretoriano não se configura, nos moldes do Regimento. Em primeiro lugar, não se quedou, o recorrente, em fazer a demonstração analítica dos julgados colacionados para confronto, nos ex-

certos em que se inseria a divergência. Ao depois, insiste em transcrever julgados que cuidam da questão da equivalência salarial, que não é, nem subsidiariamente, o objetivo do recurso e que constitui matéria não enfrentada pelas instâncias ordinárias.

Não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator, ressaltando que se fosse pelo primeiro dos fundamentos, a não indicação de alíneas, conheceria do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 29.861-5 — RJ — (92.0030684-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Demócrito Reinaldo. Recte.: Francisco José Gonçalves Pereira. Advogados: Célio Silva Costa e outros. Recdo.: Banco Itaú S.A. Advogados: Antônio Roberto Junqueira Guimarães e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 20.10.93 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.105-5 — SP

(Registro nº 92.0031319-1)

Relator: *O Sr. Ministro Jesus Costa Lima*

Recorrente: *Instituto Nacional de Seguro Social — INSS*

Advogados: *Solon José Ramos e outros*

Recorrido: *Antônio Herculano*

Advogados: *Luiz Gonzaga Curi Kachan e outros*

EMENTA: Previdenciário e Acidente do Trabalho. Sucumbência da autarquia e custas. Isenção. 1. Os litígios referentes a acidentes do trabalho processados pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo disposição expressa da Lei nº 8.213, de 1991, “estão isentos do pagamento de custas e de verbas relativas à sucumbência”. A isenção de que se trata refere-se ao segurado e não ao INSS. 2. Precedentes do mesmo Tribunal não servem para comprovar o dissenso. 3. Recurso especial conhecido e provido parcialmente para mandar excluir apenas as custas, pois não foram adiantadas pela parte, mas devida a condenação em honorários de advogado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar parcial provimento, apenas para excluir a condenação em custas, que não foram adiantadas pela parte. Votaram com o Relator os Ministros José Dantas, Assis Toledo e Edson Vidigal. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

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

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Recurso especial interposto com base na alínea *a* do permissivo constitucional pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, irresignado porque em ação acidentária foi condenado em verbas sucumbenciais, violando-se o disposto no parágrafo único do art. 129 da Lei nº 8.213/91 que o isenta de quaisquer parcelas desta natureza (fls. 227/229).

O v. aresto proferido na apelação cível condenou a autarquia-recorrente no pagamento de honorários advocatícios e no reembolso das importâncias dispendidas pelo autor com o processo, tudo devidamente corrigido monetariamente (fls. 210/213). E nos embargos declaratórios esclareceu a mesma Quinta Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que os honorários advocatícios devem ser pagos por força do art. 20 do CPC. Por outro lado, se o obreiro foi obrigado a desembolsar quantias com o processo para fazer valer o seu direito, é justo que a autarquia seja obrigada a reembolsá-lo, dispensando-se maiores comentários (fls. 221/225).

O parecer do Dr. Edinaldo de Holanda, ilustrado Subprocurador-Geral da República, opina pelo não provimento do recurso, argumentando que o inciso II do art. 129 a que se refere o parágrafo único do mesmo dispositivo, todos da Lei nº 8.213/91, diz respeito apenas ao obreiro, pessoa de poucos rendimentos. E não seria correto tirar do ganho pleiteado as despesas com seu advogado e custas (fls. 268/270).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Ao proferir voto no REsp nº 36.047-1-MG asseverei:

“A Súmula nº 234 do E. Supremo Tribunal Federal, partindo do pressuposto de que a Lei nº 6.367, de

1976, no art. 19, II, *in fine*, mandava aplicar o procedimento sumaríssimo e, no art. 13, não dispensava a constituição de advogado, entendia cabível a condenação em honorários de advogado por força do disposto no art. 64 do Código de Processo Civil (RE nº 63.310-RTJ 51/335) *in* “Direito Sumular”, 3ª ed. — ROBERTO ROSAS.

A Lei nº 8.213/91, prevê, no entanto:

“Art. 129 — Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I —

II — na via judicial, pela justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho — CAT.

Parágrafo único — O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência.”

Portanto, a evolução legislativa levaria a concluir-se que, hoje, é indevida a condenação em honorários advocatícios, bem assim em custas.

Assinale-se que o autor teve a assistência judiciária gratuita. Portanto, não pagou custas, do que poderia ter direito ao ressarcimento. Ora, se a Constituição — art. 5º, LXXIV — dispõe que o Estado prestará assistência jurídica integral e

gratuita, esta não pode ser tida como realizada se o acidentado é obrigado a constituir advogado porque a União não está aparelhada a assisti-lo judicialmente de forma completa. Daí que, o benefício ficará diminuído se ainda sujeito a desconto decorrente do pagamento dos honorários advocatícios.

Desse modo, o dispositivo legal comentado há de ser compreendido em seu contexto, isto é, se a União se omitiu em proporcionar ao pobre, um advogado, vencida a autarquia previdenciária em ação acidentária, a condenação em honorários de advogado atém-se às disposições dos artigos 19 e 20 do Código de Processo Civil.

Na verdade, a norma impugnada dirige-se ao segurado. É ele que, propondo a ação acidentária, fica isento do pagamento de custas e de honorários advocatícios.

A alegação de que foi violado o art. 145 da Lei nº 8.213/91 improcede, pois trata dos efeitos financeiros da lei, que não podem repercutir na própria concessão e sua vigência, tal como definido nos §§ 1º e 2º do artigo 86, da Lei de regência do benefício.

A divergência jurisprudencial não é considerada, porque do mesmo Tribunal.

In casu, conheço do recurso especial pela alínea *a* e o provejo parcialmente apenas para excluir a condenação em custas que não foram adiantadas pelo autor.”

Voltei a insistir no REsp nº 37.513-4-MG:

“Declarando a lei que o procedimento judicial é isento do pagamen-

to de custas e de verbas relativas ao sucumbimento, certamente o legislador quis contemplar o acidentado-segurado. Do contrário, estaria ele praticamente impossibilitado de ir a Juízo, se não lhe for garantida assistência judiciária gratuita, aí incluídas as despesas efetuadas e o pagamento dos honorários advocatícios.

Desse modo, a condenação em honorários de advogado não representa negativa de vigência do parágrafo único do art. 129 da Lei nº 8.213/91. Provejo parcialmente o recurso para excluir a condenação em custas, pois não foram adiantadas pela parte.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.105-5 — SP — (92.0031319-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Jesus Costa Lima. Recte.: Instituto Nacional de Seguro Social — INSS. Advogados: Solon José Ramos e outros. Recdo.: Antônio Herculano. Advogados: Luiz Gonzaga Curi Kachan e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, apenas para excluir a condenação em custas, que não foram adiantadas pela parte (em 15.09.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. José Dantas, Assis Toledo e Edson Vidigal. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Cid Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 30.476-7 — RS

(Registro nº 92.0032386-3)

Relator Originário: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Relator Designado: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Wilson Magnus Martinez dos Anjos*

Interessados: *Haddem Empreendimentos Ltda. e Agripino Azambuja de Oliveira*

Advogados: *Drs. Edson Laura Cardoso e outros, Wilson Magnus Martinez dos Anjos e Nei Carlos de Araújo Ramos e outros*

EMENTA: Honorários de advogado. Direito autônomo à execução. Arts. 20 do Cód. de Pr. Civil, e 99 da Lei nº 4.215/63. Precedentes do STJ: REsp's nºs 1.144, 1.973, 2.165, 9.205, 15.338 e 16.489. Caso em que o advogado achava-se habilitado a executar a sentença, não lhe prejudicando o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária. 2. Embargos de declaração. Multa. Hipótese em que o acórdão não evidenciou o caráter protelatório dos embargos, descabendo, em consequência, a imposição da multa. 3. Recurso especial conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 31 de agosto de 1993
(data do julgamento).

Ministro WALDEMAR ZVEITER,
Presidente. Ministro NILSON NAVES,
Relator designado.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal recorre o Banco do Brasil S/A de acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que negou provimento à apelação interposta em embargos do devedor, na execução de sentença promovida por

Wilson Magnus Martinez dos Anjos objetivando verba honorária.

Sustenta o recorrente ter o acórdão negado vigência aos arts. 20 e 471, do Código de Processo Civil, arts. 1.025 e 1.030, do Código Civil.

Recebido e processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O art. 20 do Código de Processo Civil não foi cogitado no acórdão recorrido, até porque a seu respeito não houve devolução, já que o apelo do ora recorrente se limitou a argüir coisa julgada, em virtude da homologação do acordo firmado entre as partes, pondo fim ao litígio. E, se sobre o tema não cabia ao Tribunal decidir, por falta de devolução, não se poderia dizer omissa o acórdão, ineficazes, portanto, os embargos declaratórios com o objetivo de prequestionar a matéria, para conduzir recurso especial.

O art. 471 não foi contrariado pelo acórdão, ao reconhecer que não se formara a coisa julgada contra quem não fora parte no acordo.

O mesmo se diga em relação aos arts. 1.025 e 1.030 do Código Civil, porquanto o autor da ação de cobrança de honorários não figurou no mencionado acordo transacional e nem tem esta ação por escopo desconstituí-lo.

A causa foi decidida com apoio no art. 99 da Lei nº 4.215, de 26 de abril de 1963 — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que não foi atacado pelo recurso especial.

Embora não cabíveis os embargos declaratórios, tiveram os mesmos o sentido de argüir de omissa o acórdão, sob o pensamento de que não deveria ser ignorado o art. 20 do Código de Processo Civil, que diz devidos ao vencedor os honorários de advogado, certo é que não teria o embargante intuito meramente protelatório, para merecer a multa de lei, o que também se apresenta indevido quando não fundamentada a assertiva do intuito procrastinatório.

O dissídio se acha devidamente comprovado, em face do acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, publicado na Revista dos Tribunais, repositório credenciado perante este Tribunal, o qual teve por não possível a execução pelo advogado dos honorários da sucumbência, quando tenha havido transação entre os litigantes, pondo fim ao litígio, de modo que somente possível a cobrança de honorários contra o próprio cliente e não contra o vencido na ação extinta pela transação.

E estou em que o acórdão paradigma está com a razão, sobretudo quando destaca a acessoriedade da demanda do advogado por seus honorários, que, em casos como o aqui tratado, em que houve acordo para pôr fim à anterior execução, no qual

as partes assentaram em pagar aos seus advogados, não há de prevalecer em aberto a possibilidade de continuar a execução, a pleito autônomo do advogado, que tem ação contra o seu cliente, vitorioso na causa e em favor de quem foi estipulada a verba honorária.

Não encontro razão, em causa como a presente, como possa a regra do art. 99 da Lei nº 4.215/63 prevalecer, de modo a definir a legitimidade do advogado para continuar execução já extinta.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para modificar o acórdão e dar provimento à apelação, de sorte a declarar extinta a execução, por ilegitimidade da parte exequente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.476-7 — RS — (92.0032386-3) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Edson Laura Cardoso e outros. Recdo.: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Haddem Empreendimentos Ltda. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Agripino Azambuja de Oliveira. Advs.: Nei Carlos de Araújo Ramos e outros.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Cláudio Santos conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguarda o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 08.02.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de recurso especial do Banco do Brasil S.A., interposto contra acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, para o qual foi redigida esta ementa:

“Honorários de Advogado. Direito autônomo à sua postulação, quando judicialmente fixados, *ex vi* do art. 99, § 1º, da Lei nº 4.215/65. Daí, sua legitimidade ativa, sendo a passiva a da parte condenada no pagamento dos ônus sucumbenciais. Transação realizada após a sentença em absoluto pode atingir o direito profissional, cuja aquiescência não foi colhida nos termos do art. 99, § 2º, da mencionada Lei. Seu direito a haver os honorários fixados na sentença resta incólume, quando ausente na transação, que se fez diretamente entre a parte vencida e a parte vencedora da demanda de conhecimento.

Apelo a que se desprovê.”

Na petição de interposição, alegou o recorrente, em resumo:

“7. Insurge-se o Banco ora recorrente, com o v. acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal a quo, eis que,

embora reconhecendo a transação havida, entendeu de facultar ao advogado da parte a execução dos honorários advocatícios.

8. **Maxima permissa venia**, não cabe ao advogado da parte direito à execução de honorários advocatícios que foram objeto de transação, conforme se vê pelo acordo firmado a fls. 08 dos autos, **verbis**:

‘Os honorários dos patronos serão suportados por cada parte;’

9. Ora, essa avença impede seja o embargante responsável pela verba executada, na medida em que o então embargante, de forma clara e expressa, trouxe a si a responsabilidade pelo pagamento efetuado.”

Deu por ofendidos os arts. 20 e 471 do Cód. de Pr. Civil, e 1.025 e 1.030 do Cód. Civil, bem como apresentou dissídio com julgados de outros tribunais, e o recurso veio a ser admitido pelo fundamento da alínea c, na conformidade destes tópicos do despacho de origem:

“Para demonstrar a divergência jurisprudencial, o recorrente sustenta que a questão em discussão não é a obrigação de serem satisfeitos os honorários profissionais mas, sim, a quem cabe satisfazer essa obrigação.

O acórdão impugnado entendeu que a ‘partir da vigência da Lei 4.215, de 27.04.1963, dúvida alguma pode persistir quanto à legitimidade do advogado em deduzir pretensão quanto a honorários judicialmente fixados (art. 99, § 1º).’

O aresto publicado na RT 620/116 lavra dissídio, ao concluir que face à acessoriedade da relação entre o patrono e a parte não há lugar para a execução da verba honorária se houve transação entre as partes.

Isto posto, admito o recurso pela alínea c do permissivo constitucional.”

2. Nesta 3ª Turma, o Sr. Ministro Dias Trindade, relator, conheceu do recurso, face ao acórdão da RT-620/116, e lhe deu provimento, adotando o pensamento do paradigma. Leio o voto (lê). Acompanhou-o o Sr. Ministro Cláudio Santos. Pedi vista e trago os autos para retomarmos o julgamento.

3. De fato, após a sentença de 10.4.91, que condenou o então embargado (ora embargante e recorrente, Banco do Brasil S.A.) “ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono do embargante, os quais fixo em 15% sobre o valor da causa...”, realizou-se o acordo em 7.6, **in verbis**:

“Banco do Brasil S.A. e Agripino Azambuja de Oliveira, por seus procuradores firmatários, nos autos dos Embargos do Devedor opostos pelo segundo contra o primeiro (RT 1.724-336/89), requerem a baixa e arquivamento do feito, em virtude de acerto efetivado no bojo do processo de execução correspondente, conforme petição do credor nesse sentido.

Os honorários dos patronos serão suportados por cada parte; as custas processuais já desembolsadas ficarão a cargo da parte que as custeou.”

4. Pode o advogado, que patrocinou o interesse daquele embargante, executar a sentença de procedência dos embargos, na parte relativa à condenação em honorários, apesar do acordo realizado, a que me referi no item 3?

Sobre os honorários fixados na condenação, dispõem os §§ 1º e 2º do art. 99 da Lei nº 4.215, de 27.4.63:

“§ 1º — Tratando-se de honorários fixados na condenação, tem o advogado direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando este for necessário seja expedido em seu favor.

§ 2º — Salvo aquiescência do advogado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença.”

Veja-se a nota de Theotônio Negrão para o § 2º:

“Art. 99: 10ª. A transação feita pela parte com o adversário, após sentença, sem aquiescência do seu advogado, é ineficaz quanto a honorários, pois ‘a parte não tem disponibilidade dessa verba, não podendo renunciá-la nem fazer transação com o vencido’ (RT-615/99)” (21ª edição, pág. 586).

Na jurisprudência da 2ª Seção deste Tribunal, localizei, em torno do assunto, os REsp’s 1.973 e 9.025 (Sr. Ministro Eduardo Ribeiro), 1.144 (Sr. Ministro Athos Carneiro), 2.165 (Sr. Ministro Bueno de Sou-

za), 15.338 e 16.489 (Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo). Confirmam-se as ementas dos REsp’s 9.205, 3ª Turma, e 16.489, 4ª Turma:

— “Honorários de advogado — Condenação — Direito autônomo à execução. Compatibilidade dos artigos 20 do CPC e 99 da Lei 4.215/63.

O advogado tem direito a executar a sentença, na parte em que impôs condenação a honorários, não lhe sendo oponível o acordo que seu constituinte houver feito com a parte contrária. Isso, entretanto, está a depender de que já não os tenha recebido, diretamente de quem contratou seus serviços. Havendo vínculo empregatício, sobre isso poderão as partes dispor. Atendendo aos termos do contrato é que se há de verificar se a verba em questão pertence à parte ou ao cliente. Hipótese em que o advogado foi substituído no curso do processo, não tendo, pois, em princípio, direito à percepção da integralidade da condenação.

Impossibilidade de execução. Resalva das vias ordinárias”. (DJ de 09.12.91).

— “Processo Civil. Honorários da sucumbência. Inexistência de pacto contratual. Direito da parte. Exege-se do art. 99, § 1º, da Lei 4.215/63. Precedentes. Recurso desprovido.

I — Na ausência de convenção em contrário, os honorários da sucumbência constituem direito da parte e se destinam a reparar ou minimizar seus prejuízos em função da causa ajuizada.

II — Inexistindo avença, condiciona-se o direito autônomo do advogado, para postular executivamente em seu próprio nome os honorários da sucumbência, ao não recebimento de remuneração do seu constituinte.” (DJ de 08.6.92).

Nos autos onde contido o REsp 16.489, as partes haviam feito acordo, respondendo cada uma pelos honorários de seu advogado, mas o advogado da parte vencedora, pretendendo prosseguir na cobrança dos honorários da sucumbência, e se vendo derrotado na instância ordinária, trouxe o processo a este Tribunal, que conheceu do seu recurso, e dele conheceu por dissídio com o acórdão da RT-615/99 (citado por Theotônio Negrão, na nota que transcrevi acima), mas lhe negou provimento.

No REsp 9.205, o advogado do vencedor teve, na instância ordinária, assegurado o direito de prosseguir na execução, apesar do acordo entre as partes, mas este Tribunal conheceu do recurso por dissídio e lhe deu provimento, afirmando, em seu voto, o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, nessas passagens:

“Na hipótese em julgamento, existem várias circunstâncias a serem consideradas, como se passa a fazer.

Houve composição entre as partes, dispensada a vencida do pagamento de honorários. Isso, entretanto, não prejudica o direito que tenha o advogado de perceber os honorários concedidos pela sentença. Di-lo

o § 2º do artigo 99. Cumpre verificar, entretanto, se existia realmente o direito...”

.....
“Por fim, o recorrido não atuou durante todo o processo. Há que se arbitrar a parcela que lhe caiba.

Tendo em vista o exposto, considero correta a decisão de primeiro grau quando entendeu não ser possível proceder-se, simplesmente, à execução dos honorários. Há uma série de questões a apreciar, e que influem na eficácia da pactuada dispensa de honorários. Poderá o recorrido ter direito. Isso, entretanto, haverá de apurar-se em ação própria.

Conheço do recurso, posto evidenciado o dissídio, e dou-lhe provimento para os fins expostos.”

5. Pois bem, ao que me parece: (a) o advogado pode executar a sentença, tratando-se de honorários fixados na condenação; (b) o acordo não prejudica os honorários, salvo aquiescência, isto é, não obstante o acordo entre as partes, permanece o direito autônomo do advogado aos honorários; (c) caso, porém, o advogado tenha recebido os honorários de seu cliente, não lhe é lícito executar a sentença, para receber honorários da parte vencida (afinal de contas, **non bis in idem**).

No caso em exame, não houve, ao que creio, a aquiescência do advogado. É que, quanto a isto, nem se controverteu nos autos, tendo o acórdão afirmado: “Após sentença

de procedência de embargos à execução, em que resultou vencida (e condenada nos ônus sucumbenciais) a instituição financeira apelante, entendeu ela, de à revelia do procurador judicial do embargante, transacionar, noticiando o fato em Juízo (fl. 62, autos dos embargos)". Certo, assim, este ponto, é de se saber agora se o advogado recebeu os honorários de seu cliente. Quanto a isto, os autos não dão informação nenhuma. Presume-se que não os tenha recebido. O acordo foi feito no dia 7.6 (item 3, acima). Logo após, o advogado, ora recorrido, louvando-se na lição de Yussef Said Cahali, peticionou no dia 3.7, alegando o seguinte:

"Wilson Magnus Martinez dos Anjos, advogado constituído pelo Embargante nos autos dos Embargos do Devedor nº 1.724-336/89, movidos contra o Banco do Brasil S/A, tendo em vista a condenação na verba honorária expressa na r. sentença de fls. 59 a 61, vem à presença de V. Exa. para dizer e requerer o seguinte:

1. O requerente, sem qualquer consulta prévia ou explicação plausível, foi surpreendido pela petição de fl. 62, firmada pelo procurador do banco embargado e por outro profissional devidamente constituído pelo embargante, o qual não havia, até então, funcionado no feito.

2. Por essa petição constata-se ter havido uma transação entre embargante e embargado à revelia dos interesses do ora peticionário que,

sequer foi consultado a respeito do acordo. Nesse aspecto, é importante que se diga, foi ferido direito autônomo do requerente consistente no recebimento de seus honorários profissionais, o qual não poderia ser disposto por terceiros sem qualquer consulta ao seu titular. A propósito vale citar o ensinamento de..."

O advogado, no caso presente, acha-se habilitado a executar a sentença para cobrar os honorários por ela concedidos. Adiro, pois, à orientação do acórdão recorrido. A exemplo do Sr. Relator neste Tribunal Superior, também conheço do recurso pela alínea c, mas, diversamente, e com todo o respeito ao voto de S. Exa., nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.476-7 — RS — (92.0032386-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Edson Laura Cardoso e outros. Recdo.: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Haddem Empreendimentos Ltda. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Agripino Azambuja de Oliveira. Advogados: Nei Carlos de Araújo Ramos e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Nilson Naves, conhecendo do recurso especial, mas lhe negando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (em 31.05.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Julgados procedentes embargos à execução, com a condenação do embargado ao pagamento de honorários, as partes fizeram acordo, ficando estabelecido que arcaria cada uma delas com a remuneração devida a seu patrono. O embargante foi representado por outro advogado, que não aquele que até então patrocinara a causa. Está a questão em saber se esse, que atuou no processo, tem direito de exigir do embargado o pagamento dos honorários.

A respeito do tema proferi voto, acolhido por esta Turma, cuja ementa foi transcrita pelo Ministro Nilson Naves. Reproduzo-lhe trecho:

“A decisão do recurso está a depender da interpretação que se der ao artigo 99 e seus parágrafos da Lei nº 4.215/63, especialmente em cotejo com o disposto no artigo 20 do Código de Processo Civil.

Apreciando o REsp nº 1.973, de que fui Relator (LEX nº 15, p. 160/164), esta Turma concluiu pela subsistência das normas do Estatuto da OAB, não obstante o contido

no artigo 20 do CPC, compatíveis as disposições de uma e outra lei.

Quanto à vigência daquelas, aliás, não é dado duvidar, a partir da edição da Lei nº 7.346/85, que lhes deu nova redação, inserindo referência ao provisionado.

Naquele julgado procurei mostrar que pode conviver a determinação do CPC, no sentido de que o Juiz condene “o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios” com aquela outra, a estabelecer que o advogado tem direito autônomo a executar a sentença, na parte relativa a honorários. Após considerações gerais, pertinentes aos princípios que disciplinam a distribuição dos encargos decorrentes das despesas do processo, assim concluí:

“Vê-se que, em qualquer caso, está ínsita a idéia de ressarcimento, ainda que afastada qualquer conotação privatista que pudesse sugerir vínculo de culpabilidade. Não poderá sofrer diminuição patrimonial quem teve reconhecido o direito em seu favor; não arcará com despesas aquele que não deu causa à indevida instauração do processo. Todas as custas dele decorrentes serão carregadas a seu adversário.

Se assim é, não pode haver dúvida, por um lado, de que a condenação do vencido destina-se, em princípio, a ressarcir o vencedor. Os honorários que pagou a seu advogado serão repostos pela condenação da parte contrária. Por outro, não se destinam a enriquecê-lo, não visam

a dar-lhe mais do que despendeu, de tal modo que o resultado do processo pudesse representar proveito maior que o reconhecimento de seu direito.

Considero que tais conclusões são perfeitamente compatíveis com o disposto na Lei nº 4.215/63 que deveria ser interpretada em função dos princípios expostos, antes mesmo da edição do Código de 73.

Observo que este entendimento é o que se compatibiliza com a prescrição do artigo 21 do Código de Processo Civil. Coubesse sempre ao advogado a importância da condenação em honorários, não se justificaria a compensação, de que ali se cogita, com débito que não é seu. Está coerente, outrossim, com o artigo 99 do Estatuto, em sua parte final.

Assentado que os honorários destinam-se a reembolsar a parte, o advogado não terá direito a cobrar os que resultem de condenação, quando já os houver recebido de seu constituinte, salvo, naturalmente, convenção em contrário. Ser-lhe-á lícito, entretanto, proceder à execução, em seu próprio nome, com base no artigo 99, § 1º, da Lei nº 4.215/63, se por qualquer motivo não lhe houverem sido pagos. Poderá, ainda, executar a sentença, na medida em que a condenação em honorários exceder o que recebeu do cliente”.

O entendimento que expus ajustase à hipótese dos autos. Tal salientou o Ministro Nilson Naves, há de ter-se como certo que não houve

aquiescência do recorrido com os termos do acordo e que não recebeu ele a importância devida de seu cliente. A composição concluída é estranha, não lhe sendo oponível. Subsiste, pois, seu direito à cobrança dos honorários de quem foi condenado ao respectivo pagamento.

A alegação de coisa julgada improcede. A transação feita não atinge se não aqueles que dela participaram.

Até aqui tenho que deve ser mantido o acórdão. Outro tema, entretanto, se oferece a exame. Refiro-me à imposição de multa com base no art. 538, parágrafo único, do CPC. Nesse passo, considero que tem razão o recorrente.

O julgamento proferido nos embargos declaratórios procurou mostrar o descabimento desses. Não deixou evidenciado, porém, tivessem caráter protelatório. Note-se que se intentou, com o pedido de declaração, fosse a questão tratada em vista do que dispõe o artigo 20 do CPC. Embora esteja de acordo com o aresto recorrido, ao afirmar que compatível, o que nele se contém, com a norma do artigo 99, § 1º, da Lei nº 4.215/63, as dúvidas que têm surgido dizem exatamente com essa compatibilidade. Muito razoável que se procurasse suscitar a questão, não diretamente enfrentada ao decidir-se a apelação.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para excluir a condenação ao pagamento de multa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.476-7 — RS — (92.0032386-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Edson Laura Cardoso e outros. Recdo.: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Haddem Empreendimentos Ltda. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Agripino Azambuja de Oliveira. Advogados: Nei Carlos de Araújo Ramos e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento parcial para excluir da condenação o pagamento de multa, o julgamento foi sobrestado. Aguarda-se o comparecimento do Sr. Ministro Waldemar Zveiter para proferir voto de desempate (em 10.08.93 — 3ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO — DESEMPATE

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O acórdão recorrido dispôs por sua ementa (fls. 44):

“HONORÁRIOS DE ADVOGADO. Direito autônomo à sua postulação, quando judicialmente fixados, *ex vi* do art. 99, § 1º, da Lei nº 4.215/65. Daí, sua legitimidade ativa, sendo a passiva a da parte condenada no pagamento dos ônus sucumbenciais.

Transação realizada após a sentença em absoluto pode atingir o direito do profissional, cuja aquiescência não foi colhida nos termos do art. 99, § 2º, da mencionada Lei. Seu direito a haver os honorários fixados na sentença resta incólume, quando ausente na transação, que se fez diretamente entre a parte vencida e a parte vencedora da demanda de conhecimento.

Apelo a que se desprove.”

Embargos de Declaração interpostos pelo vencido foram julgados protelatórios e aplicada a multa do parágrafo único, do art. 538, do CPC.

O eminente Relator Min. Dias Trindade, secundado pelo Min. Cláudio Santos, conheceu do Recurso Especial pela divergência e lhe deu provimento para acolher a apelação e declarar extinta a execução por ilegitimidade de parte.

Dissentiram os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Nilson Naves sufragando a posição do acórdão recorrido, exceto no que diz com a aplicação da multa por não se ter evidenciado, nos declaratórios, o caráter protelatório desse recurso.

Chamado a desempatar a votação, peço vênias aos Srs. Ministros Dias Trindade e Cláudio Santos para acompanhar os votos dos Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Nilson Naves por ter o mesmo entendimento já manifestado em precedentes julgados.

O tema sustentado no acórdão tem o aval de precedentes desta 3ª

Turma e também da 4ª, como anotado pelo Sr. Ministro Nilson Naves, nos REsp's nºs 1.973, 9.205 e 1.144, 2.165, 15.338 e 16.489, respectivamente.

Não vejo inconciliáveis as disposições do artigo 99, § 1º, da Lei nº 4.215/62 com os do art. 20, do CPC.

O eminente Des. e Professor Yussef Said Cahail sobre o caso versante leciona:

“A jurisprudência tem seguido à risca a regra ali estatuída: eventual acordo feito pelo exequente, à revelia de seu antigo patrono, com o executado, apenas valerá na medida em que não interfira com o direito autônomo do advogado de perceber a verba honorária fixada pela sentença. Esse direito autônomo está assegurado no art. 99, § 1º, do Estatuto da Ordem, e a transação das partes, sem participação do advogado, ou ressalva ou pagamento dos honorários que lhe são devidos não faz mossa a tal direito. Assim, não podem os interessados determinar por acordo a quem cabe pagar os honorários já objeto de decisão definitiva, sob pena de se admitir que poderiam, até, dispensar os honorários sem ser ouvido o advogado, que tem sobre eles um direito autônomo” (Honorários Advocatícios, 1978, pág. 352).

Outra não é a hipótese dos autos, daí o acerto da decisão.

No que diz com a aplicação da multa, assim não se houve o aresto.

É que, como anotado no voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro a

questão suscitada nos Embargos de Declaração ao contrário do que afirmado no acórdão, tinha pertinência porque não enfrentada diretamente quando do julgamento de apelação, ensejando-os, portanto.

Assim, conheço do recurso mas dou-lhe provimento só parcialmente, para excluir a condenação ao pagamento da multa, mantendo no mais, a decisão recorrida.

VOTO (RETIFICAÇÃO)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, complementando o meu voto, quero, no tocante à imposição da multa, colocar-me em conformidade com os votos dos Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Consequentemente, dou provimento em parte ao recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 30.476-7 — RS — (92.0032386-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recte.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Edson Laura Cardoso e outros. Recdo.: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Haddem Empreendimentos Ltda. Advogado: Wilson Magnus Martinez dos Anjos. Interes.: Agripino Azambuja de Oliveira. Advogados: Nei Carlos de Araújo Ramos e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, renovou-se o relatório, após o voto do Sr. Ministro Waldemar Zveiter

e, do Sr. Ministro Nilson Naves complementando o seu voto, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento parcial, vencidos os Srs. Ministros Relator e Cláudio Santos. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Nilson Naves.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WALDEMAR ZVEITER.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.137-1 — MG
(Registro nº 92.0034276-0)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrente: *Kátia Magela Rabelo Magalhães*

Recorridos: *Maria Aparecida Ramalho da Costa e outros*

Advogados: *Drs. Wander Henrique de Almeida Costa e Armando Chaves Correa e outros*

EMENTA: Ação de petição de herança e nulidade de partilha. Litisconsortes necessários passivos. Citação. Extinção do processo sem julgamento do mérito. 1. Antes de determinar que o autor promova a citação dos litisconsortes necessários, não pode o Juiz declarar a extinção do processo fundado na falta dessa citação (CPC, arts. 47, parágrafo único e 267, IV). 2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimen-

tal nº 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Brasília, 08 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Kátia Magela

Rabelo Magalhães propôs contra Maria Aparecida Ramalho da Costa e outros ação de petição de herança, cumulada com a de nulidade de partilha dos bens deixados por Job Fernandes da Costa, de quem os réus são meeira e herdeiros.

O Juiz de inferior instância julgou a ação procedente para declarar nula a partilha e declarar que outra seja feita com a inclusão da autora (fls. 192/194).

A E. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, todavia, apreciando apelação dos réus, decretou a extinção do processo sem julgamento do mérito, em virtude de falta de citação dos litisconsortes necessários.

Inconformada, a autora manifestou recurso especial, à base das alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando que o acórdão, além de contrariar os arts. 267, IV, 248, 250, 282, II, e 460, do CPC, dissentiu de arestos de outros tribunais.

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte, onde o Ministério Público opinou pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Argúi a recorrente que os réus, na apelação, pediram apenas a anulação da sentença a fim de que se promovesse a citação dos cônjuges, mas o acórdão recorrido, decidindo **extra petita**,

com vulneração do art. 460 do CPC, extinguiu o processo sem julgamento do mérito, porque a autora não havia nomeado os litisconsortes necessários que deveriam compor o pólo passivo do feito.

Não ocorreu a pretendida vulneração, visto como a extinção podia ser declarada de ofício, nos termos do art. 267, IV e § 3º, do CPC.

Todavia, é indiscutível que a decisão impugnada está em dissídio com os paradigmas alinhados no recurso, que proclamam a impossibilidade da extinção do processo antes de efetivada a providência a que alude o art. 47, parágrafo único, do mesmo diploma legal, **verbis**:

“Parágrafo único. O Juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.”

Tal determinação judicial não se verificou na espécie e isto reconhecem os próprios réus na apelação, ao argumentarem:

“Reportemo-nos à petição inaugural do feito; a pretensão da apelada, além da anulação da partilha e a de sua inclusão e nova divisão da herança, é a de anulação, também, das transações efetuadas com imóveis declarados no inventário, com o cancelamento de suas transcrições, em nome dos herdeiros e **terceiros promitentes-compradores e/ou cessionários**, requerendo, a final, a respectiva **citação como litisconsortes necessários**. Certo e

obrigatório o pedido, não há negar; mas, nem providenciou a apelada a citação, nem a determinou o Juízo, no decurso do feito, de forma a propiciar aos terceiros, litisconsortes necessários, a oportunidade de sua intervenção nos autos, no pólo passivo da relação processual, e sustentarem suas razões de defesa (art. 47 e seu parágrafo, CPC).”

A regra jurídica do citado art. 47, parágrafo único, do CPC é aplicável a todas as demandas e tem por finalidade prevenir a nulidade decorrente da falta de citação de terceiros que irão ser atingidos pela sentença. Trata-se de norma cogente, e que exige a intimação do autor para que promova a citação dos litisconsortes necessários, de modo que a sua inobservância torna irrita a decisão que extingue o processo.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o v. acórdão recorrido, anular o processo a partir da sentença, inclusive, a fim de que, orde-

nada a citação dos litisconsortes necessários nos termos do art. 47, parágrafo único, do CPC, se refaça a instrução do feito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.137-1 — MG — (92.0034276-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Recte.: Kátia Magela Rabelo Magalhães. Advogado: Wander Henrique de Almeida Costa. Recdos.: Maria Aparecida Ramalho da Costa e outros. Advogados: Armando Chaves Correa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 08.11.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.715-4 — GO

(Registro nº 93.0002159-1)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Pedro Paulo de Santana — Firma individual*

Recorrido: *Município de Mossâmedes*

Advogados: *Drs. Neusa Marisa Vasconcelos Bastos e Edgar Ferreira dos Santos*

EMENTA: Administrativo. Prédio Municipal. Locação. Código Civil. Esbulho. Ação Possessória. 1. É lícito ao Município dar em locação imóvel de sua propriedade. 2. A locação de prédio integrante do domínio municipal rege-se pelo Código Civil (Lei nº 8.245, art. 1º, parág. único, *a*, 1). 3. A teor do Código Civil (art. 1.194) a locação cessa, de pleno direito, com o simples implemento de seu termo final. 4. Extinta a locação, o inquilino é obrigado a devolver o imóvel, para não se tornar esbulhador (art. 1.196). 5. Verificado o esbulho, pode o Município valer-se das ações possessórias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cesar Asfor Rocha e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 17 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Município de Mossâmedes firmou com Pedro Paulo de Santana, um contrato de locação, tendo como objeto, um prédio destinado ao funcionamento de hospital.

Extinto o prazo fixado para o aluguel, o Município — frente à recusa do inquilino em devolver o imóvel — intentou reintegração de posse. A R. Sentença de primeiro grau, declarou-o carecedor de ação (fls. 242).

O V. Acórdão recorrido deu provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos, para apreciação do mérito. O acórdão ficou assim resumido:

“A locação de bem público não se submete às regras de direito privado, mas sim aos Decretos-Leis nºs 9.760/46 e 2.300/86 e, vencido o prazo contratado, teimando o concessionário em reter a coisa, é perfeitamente viável o uso da ação possessória.”

Ação consignatória. Sentença. Continência ou conexão. Conteúdo formal.

No julgamento simultâneo de duas ações por força da continência ou da conexão, o relatório e os fundamentos devem referir-se a ambas as demandadas, pena de nulidade.”

Pedro Paulo de Santana interpôs recurso especial, invocando as alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional.

Assegura que o *v. acórdão* recorrido agrediu:

a) o art. 5º da Lei nº 8.245/91;

b) o art. 927 do Código de Processo Civil;

Alega, também, que o Aresto se afastou da orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 487.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O Município recorrido, fincado em lições doutrinárias, afirma que as entidades de direito público quando entregam seus bens à utilização de terceiros, não o fazem a

título de locação, mas de concessão de uso. Assegura que o negócio rege-se pelo Decreto-Lei nº 9.760/46. Chama em seu amparo, o art. 44 do DL nº 2.300/86.

O recorrente, de seu lado, afirma a existência de locação. Por isto, queixa-se de ofensa à Lei nº 8.245/90.

O município ora recorrido firmou com o recorrente, um contrato pelo qual cedeu — por tempo determinado, mediante pagamentos mensais — o uso e gozo de prédio que lhe pertence.

Este negócio corresponde, exatamente, ao contrato de locação, descrito pelo art. 1.188 do Código Civil.

Não há dúvida, portanto: a relação jurídica sede da controvérsia é de locação.

Seria, então, a Lei nº 8.245/91 o diploma de regência da controvérsia?

A resposta há de ser negativa. A própria Lei nº 8.245 responde a indagação, dizendo, no parágrafo único de seu art. 1º:

“Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações:

1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos municípios, de suas autarquias e fundações públicas;”

Surge, agora, outra indagação: se a Lei das Locações Prediais é impertinente, qual o diploma aplicável?

Tenho para mim que o Decreto-Lei nº 9.760/46 cuida especificamente do patrimônio imobiliário da União. Suas normas não se estendem aos Estados e Municípios. Estas entidades, em se tratando da administração de seu patrimônio, podem legislar a propósito.

Em não havendo lei local a propósito, a regência da locação é do Código Civil (Lei nº 8.245/90, art. 1º, α, 1 e DL nº 203/86, art. 44).

O art. 486 do Código Civil, ao cuidar da coexistência da posse direta com a indireta refere-se à locação, para dizer que o exercício temporário da posse direta não extingue a posse indireta, que permanece com o locador.

Desaparecido título (a locação, na hipótese) em que se fomenta a posse direta, esta se extingue.

Em se tratando de locação por tempo determinado, o art. 1.194 do Código Civil diz que ela cessa “de pleno direito” e “independentemente de notificação, ou aviso”, tão logo atinja seu termo final.

Nesta conjuntura, a locação mantida pelas duas partes deste processo desapareceu.

Desapareceu e levou com ela a posse direta do recorrente. Para

ele, surgiu a obrigação de restituir o imóvel, no estado em que o recebeu (CC, art. 1.192, IV).

Descumprida a obrigação, o ex-locatário tornou-se esbulhador e se expôs à cominação do art. 1.196 do Código Civil.

Por isto, o v. acórdão foi feliz, em reformar a r. sentença.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.715-4 — GO — (93.0002159-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Humberto Gomes de Barros. Recte.: Pedro Paulo de Santana — Firma Individual. Advogado: Neusa Marisa Vasconcelos Bastos. Recdo.: Município de Mossâmedes. Advogado: Edgar Ferreira dos Santos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 17.11.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento: os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Garcia Vieira.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Demócrito Reinaldo.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.751-8 — MG

(Registro nº 93.0002213-0)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco Mercantil de Crédito S/A — BMC*

Recorrido: *Terex do Brasil Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Tereza Moreira Cançado e outros e Carlos Odo-rico Vieira Martins e outros*

EMENTA: Direito Econômico. CDB — pós-fixado. Parâmetro contratualmente eleito posteriormente congelado. Perda da feição de indexador. Preservação da comutatividade contratual. Adoção do índice que refletiu a variação inflacionária do período. Art. 15 da Lei nº 7.730/89. Inaplicabilidade aos contratos firmados anteriormente à sua edição sem previsão inflacionária projetada no futuro. Recurso desprovido. 1. Nos contratos de CDB, com taxas pós-fixadas, o congelamento do fator de indexação, posteriormente imposto, lhe retira essa feição, provocando alteração significativa na cumulatividade contratual, impondo-se a adoção de índice que reflita a variação inflacionária no período da aplicação. 2. O art. 15 da Lei nº 7.730/89 não se aplica aos contratos celebrados antes de sua edição, sem projeção inflacionária prefixada, mas com previsão contratual de efetivo reajuste monetário compatível com a inflação decorrida no período de sua execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Antônio Torreão Braz e Fontes de Alencar. Ausentes, justificadamente, os Ministros Athos Carneiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 3/93, e Barros Monteiro.

Brasília, 21 de setembro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de ação na qual pleiteia a recorrida a adoção do IPC **pro rata dies** como indexador a incidir nos CDBs que avençara com o recorrente, bem como a con-

denação deste no pagamento da atualização monetária no período em que o título ficou a descoberto, acrescida de juros legais até o efetivo pagamento.

As operações foram pactuadas com juros fixos de 8 a 10% a.a. e correção monetária a ser calculada com base na OTN fiscal e na OTN, respectivamente, no dia do resgate.

O MM. Juiz julgou procedente o pedido e o eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, sob a relatoria do em. Juiz Aloysio Nogueira, negou provimento à apelação do banco-réu ao fundamento de ser “o contrato de aplicação em CDB firmado entre as partes, ato jurídico perfeito, regendo-se pela lei vigente ao tempo de sua celebração, não podendo, portanto, ser atingido ou modificado por lei nova” (fls. 325).

Irresignado, interpôs o banco recurso especial, arrimado em ambas as alíneas do autorizativo constitucional, argumentando, além de dissenso interpretativo, com vulneração do art. 15, § 1º, da Lei nº 7.730/89.

Contra-arrazoado, foi o recurso admitido na origem, subindo os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): 1. Quanto ao fundamento recursal do dissídio pretoriano, colacionou o recorrente

para confronto os acórdãos proferidos nesta Corte no julgamento dos REspS nºs 2.595-SP (DJ 1.10.90), de que fui Relator, 5.015-SP (DJ 3.12.90) e 3.683-SP (DJ 9.10.90), da relatoria do Sr. Ministro Athos Carneiro, e 7.123-SP (DJ 5.8.91), relatado pelo Sr. Ministro Garcia Vieira.

A divergência, contudo, não é suscetível de configurar-se. As bases fáticas das decisões confrontadas não se assemelham. No caso vertente se discute da aplicabilidade do indexador congelado às aplicações financeiras com previsão contratual de reajuste monetário, sem prefixação das taxas.

No citado julgado de minha relatoria questionou-se da aplicação do fator de deflação aos negócios cujas prestações pecuniárias continham embutida previsão inflacionária, com taxas pré-fixadas. Os paradigmas relatados pelo Sr. Ministro Athos Carneiro, por sua vez, versam o mesmo tema do que relatei, aduzindo ser fundamento de sua decisão a preservação da comutatividade contratual. E o aresto de que foi Relator o Sr. Ministro Garcia Vieira decidiu sobre a impossibilidade de inclusão, em liquidação de sentença, do valor referente ao IPC de janeiro de 1989, ao invés da utilização da OTN congelada. Cuidou-se ali da definição de um indexador oficial que incidisse nas contas judiciais naquele mês. Não se mencionou nele relação obrigacional com previsão de reajuste a ser mensurada a posteriori.

Não logra, por isso, ser conhecido o inconformismo no que tange à alínea c do permissivo constitucional.

2. Passo ao exame do segundo fundamento da irresignação, a negativa de vigência ao art. 15 da Lei nº 7.730/89.

Do parecer do Prof. Humberto Theodoro Júnior (fls. 134/162), juntado aos autos na oportunidade da impugnação à contestação, extraio:

“Com a medida Provisória nº 32 de 15.01.89 (transformada posteriormente na Lei nº 7.730, de 31.01.89), o Governo, embora reconhecendo a persistência do processo inflacionário, decretou a eliminação dos padrões de medida da desvalorização da moeda até então em uso (OTN e OTN fiscal). Definiu, outrossim, que a partir de 01.02.89, outro padrão, já existente, o IPC, passaria a medir a inflação.

A consequência da troca de critérios de medir a correção monetária, na prática se traduziu nos seguintes prejuízos para os credores:

a) todos os contratos celebrados com o padrão OTN cheia (congelada em NCz\$ 6,71) perderam a correção monetária relativa ao mês de janeiro de 1989; e

b) todos os celebrados com padrão OTN fiscal (congelada em NCz\$ 6,92) perderam a correção monetária relativa à última quinzena de janeiro de 1989.

Em complementação, o Governo jogou toda a força dos componentes inflacionários em cima de IPC de

janeiro, que acabou por atingir a marca dos 70,28% mensais. Com a utilização destes dois ardis, logrou escamotear de seus credores (ou seja, de toda a sociedade civil) o pagamento da correção monetária do período em que, maliciosamente, cumulava o IPC com toda a carga da inflação contida (passada) e da inflação futura (projetada). Com isso, conseguiram-se índices de inflação relativamente baixos nos meses imediatamente seguintes (março, abril e maio). Graças também ao congelamento forçado de preços. Somente a Caderneta de Poupança foi contemplada, no período, com rendimento compatível com a variação global do IPC.

Poderiam, porém, estas medidas atingir e invalidar cláusulas de correção monetária legitimamente incluídas nos contratos particulares, sob o amparo da lei vigente ao tempo da celebração dos respectivos negócios jurídicos? É evidente que não. Como atos jurídicos perfeitos, todos os contratos anteriores achavam-se imunes às inovações legislativas, dentro do esquema constitucional de garantia da irretroatividade da lei.

Uma coisa é o acordo de vontades firmado para contornar os efeitos indesejáveis da inflação sobre a prestação lúme desses efeitos.

O ato governamental que retira o padrão corretivo evidentemente não apaga o fato da depreciação monetária, nem tampouco anula a intenção dos contratantes de assegurar

uma prestação resguardada da inflação, ou seja, apta a recompor integralmente o poder aquisitivo da moeda mutuada.

Por outro lado, diversa é a posição das entidades financeiras em relação aos índices oficiais substituídos. Enquanto aos particulares é dado exigir a apuração da inflação para corrigir seus créditos, na ausência dos antigos parâmetros do governo, aos agentes financeiros não é dado desprezar os novos índices de correção apontados pelo governo, se com ele se satisfaz o outro contratante.

É que a intervenção estatal na ordem econômica se faz de forma **determinante** para o setor público e apenas **indicativa** para o setor privado (C. Federal, art. 174).

Assim, os contratos relacionados pelo consulente devem submeter-se aos seguintes procedimentos de adaptação à nova conjuntura:

Contratos de aplicação com CDB: Pelo depósito e apossamento do título, aperfeiçoou-se o contrato entre o depositante e o Banco, configurando-se, a partir de então, o ato jurídico perfeito, no qual se previa a remuneração mediante juros e correção monetária, esta segundo variações das OTN ("cheia ou fiscal"). Se persiste a desvalorização da moeda, a simples extinção do instrumento de medição (OTN) não elimina o direito do depositante a exigir o cálculo da correção real de seu crédito. A falta de índice oficial e de acerto consensual entre as partes, caberá ao depositante intentar

ação para obter declaração judicial de persistência de seu direito à correção monetária, segundo a lei do tempo do contrato e para arbitramento judicial do índice aplicável, o qual deverá neutralizar por inteiro a perda do poder aquisitivo da moeda, bem como para condenação da instituição financeira emissora do título ao ressarcimento da complementação arbitrada".

Do voto condutor do acórdão impugnado se colhe que a adoção do índice pleiteado pela autora se impunha, a fim de restabelecer-se o equilíbrio inicial do contrato.

A **ratio iuris** dos precedentes desta Corte, em tema de leis econômicas, à exceção do REsp nº 16.276-0-MG, pode sintetizar-se como sendo a constitucionalidade das normas que instituíram os planos econômicos e a legalidade das medidas por eles implementadas, no sentido de, incidindo no meio econômico indexado, realizar uma intervenção conjunta em diversos setores da economia, que resultasse em efetiva desaceleração do processo inflacionário. O complexo de relações jurídicas de conteúdo econômico, todo baseado em mecanismos de previsão e prevenção da perda da identidade da moeda no tempo, sofreria apreciável alteração no seu substrato material. As normas desindexadoras teriam por escopo corrigir a distorção e repor a equação do contrato ao **status** do equilíbrio estabelecido pelas partes no momento da avença.

Os precedentes concernentes se referiram a situações jurídicas an-

teriores à edição dos planos, mas que continham previsão de inflação que se projetava no futuro.

Se a economia como um todo sofreu influência de medidas várias, difundidas pelos seus segmentos, que resultaram em considerável desaceleração do processo, as relações privadas, que abrigaram previsão de inflação no vetor de elevada aceleração, ficaram sujeitas ao desequilíbrio, pendendo a balança, desmesuradamente, para o pólo obrigacional credor, afetando a substância da manifestação de vontade expressa no contrato. A deflação, em tais casos, se impunha inclusive como afirmação ética, contemplada, por isso, nas tabelas conhecidas como "tablitas". Sua finalidade era a de cassar os efeitos previstos em função da causa já não existente, ou, quando mínimo, bastante modificada, e sua aplicação consagrava o imperativo lógico de que "não há efeito sem causa".

O outro ângulo a que se impõe adentrar está relacionado à natureza do contrato sobre o qual a norma incide.

As operações com taxas prefixadas, em economia de alta mobilidade inflacionária, se assemelham, em muito, a contratos de risco.

Ao contratar um depósito bancário a prazo fixo, com prefixação de taxas, as partes assumem, quanto à parcela dos rendimentos reais, e no que tange à própria preservação do valor real do capital — em menor escala, o risco decorrente da inflação que vier a efetivamente ocorrer.

Assim, para o investidor nessa circunstância, que pactuou uma taxa hipotética de 50% para o período de vigência do ajuste, a inflação no patamar de 40% garante um ganho real de 10% do valor aplicado. Na hipótese de que a inflação seja superior, 60% por exemplo, seu ganho real terá sido nenhum e o poder aquisitivo de seu dinheiro terá diminuído em 10%. Por outro lado, permanecendo a inflação em 50% ele terá garantido a identidade de seu patrimônio monetário no tempo, porém não terá tido nenhum ganho real. A remuneração do capital é, destarte, aleatória.

Para a instituição financeira também se aplica o raciocínio. Se ela paga menos do que a inflação pelo capital que teve à sua disposição para investimentos e outras aplicações, mais lhe sobra, em termos reais, dos juros que tenha obtido nessas operações.

Diversa, porém, é a natureza dos contratos, como o dos autos, com juros remuneratórios fixos e taxa de correção monetária a ser aferida a **posteriori**.

Neles, as partes estipulam o empréstimo de uma determinada quantia, que deve ser devolvida em prazo certo, remunerada por juros estipulados e monetariamente corrigida. Não há previsão de inflação embutida, mas apenas a garantia de que, verificada a desvalorização da moeda no período, será ela recomposta no mesmo valor de compra que detinha na data do ajuste.

A interpretação soberana dos termos da avença, levada a efeito pelas instâncias ordinárias, apontou como intenção dos contratantes a manutenção do poder de compra da moeda investida, segundo a inflação medida no período de vigência do ajuste, além da remuneração do capital em percentual previamente acordado.

Partindo-se dessa moldura fática, suficientemente delineada, desde que inexistente inflação embutida a ser expurgada não poderia a instituição financeira deixar de adimplir a avença corrigindo integralmente o valor investido, segundo os índices apurados.

A utilização da OTN pelo seu valor congelado não se achava acorde com os termos do contrato. Um índice que permanece artificialmente inflexível na presença do fenômeno que tem a pretensão de espelhar, não atende à estipulação negocial de corrigir a distorção da moeda naquele período.

A extinção do indexador, com o congelamento de seu valor, somente poderia redundar na adoção do indicador que representasse, o mais aproximadamente possível, a evolução real do fenômeno, no caso o IPC, sobre cuja flutuação se assentava o cálculo do valor das extintas OTNs.

A terceira Turma, enfrentando questão semelhante, adotou entendimento cristalizado no voto vencedor, da lavra do Sr. Ministro Cláudio Santos, *verbis*:

“Na verdade, com meu pedido de vênia ao douto Relator, o caso é diverso de outros apreciados sob o enfoque da aplicação do art. 13 do Dec.-Lei nº 2.335/87.

Isto porque o fato nesta causa consiste em depósitos bancários com correção monetária pós-fixada, mediante índices iguais aos das OTN's, além dos juros, atualização que a partir de 15 de janeiro de 1989 deixou de ser feita, com fundamento na extinção daquele título do Governo Federal.

O art. 13 da citada Lei nº 7.730/89, por outro lado, estabeleceu fatores de conversão, mas para as obrigações pecuniárias sem cláusula de correção monetária ou com cláusula de correção monetária prefixada, hipóteses não verificadas nesta controvérsia.

A questão é de aplicação de índices, pois, inquestionavelmente, consoante dispõe o art. 15 da lei em comento, ficaram extintas a partir de 16.01.89 a OTN-fiscal e de 1º.02.89, a OTN.

E no acórdão recorrido, através do voto do Relator, ficou consignado:

“A r. sentença hostilizada, que acolheu *in totum* o pleito dos autores, é irreprochável e sustenta-se por si mesma.

Com efeito, os contratantes, às expressas, convencionaram a atualização monetária das aplicações financeiras. O índice oficial escolhido, vale dizer, a OTN com variação diária, servia apenas de critério

para mensurar a correção. Logo, extinto o índice, mas não desaparecida a inflação, impunha-se a adoção de outro parâmetro, a fim de que não se frustrasse a **lex privata**. Na verdade, no preciso momento em que entregaram recursos financeiros ao réu, dele recebendo CDB's com cláusula de correção monetária, os autores adimpliram plenamente sua obrigação contratual. Ao outro contratante, como é óbvio, cumpria implementar a sua, ou seja, restituir-lhes esses valores com todos os encargos pactuados, **maxime** a correção monetária.

A propósito, **mutatis mutandis**, o col. STJ, no RE nº 4.495, sendo Relator o Ministro Barros Monteiro, pronunciou-se recentemente sobre o mesmo tema, em v. acórdão assim ementado:

“Correção monetária. Sua subsistência após a edição do denominado Plano Verão.

A simples extinção do fator de indexação (OTN) não equivale à abolição da correção monetária, que continua devida, por lei, até a efetiva liquidação do débito”.

Muito ao contrário do que pareceu ao recorrente, a atualização monetária das aplicações financeiras, **in casu**, não simples expectativa de direito, mas direito futuro, cuja aquisição dependia apenas da existência da inflação” (fls. 311/312) “(REsp nº 19.223-MG, julgado em 25.08.92).

Ao fundamentar seu entendimento no precedente mencionado pelo

Ministro Cláudio Santos, o Ministro Barros Monteiro argumentou:

“O denominado “Plano Verão”, conquanto tivesse intentado desindexar a economia, não extinguiu a correção monetária. Ela continuou a existir no mundo jurídico, até mesmo porque o sobredito Plano não logrou atingir os seus propósitos, em face do notório recrudescimento da espiral inflacionária.

Logo, a atualização monetária não podia ser estancada **ex abrupto** à data da vigência de mais aquele plano de estabilização da economia, sob o fundamento de que o Governo não houvera então instituído um outro índice que sucedesse à OTN extinta.

Assiste, como se vê, inteira razão aos recorrentes, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.899/81 e do art. 1º do Dec. nº 86.649/81.

A correção monetária, para cumprir a sua finalidade, há de ser integral, ou seja, computada até a data do efetivo pagamento. O acórdão recorrido — bem de ver — confundiu dois institutos perfeitamente distintos: a correção monetária, que é a pura recomposição do valor aquisitivo da moeda, com o fator de indexação, que é o índice estipulado pelo Governo para ser empregado na atualização da dívida.

O próprio réu recorrido acaba por admitir afinal, às claras, o desacerto do decisório ora hostilizado, ao afirmar em suas contra-razões que não se extinguiu a correção monetária e sim o índice que a determinava (fls.106).

O termo **ad quem**, por conseguinte, não podia ser representado pela época de instalação do “Plano Verão”.

Do ponto de vista do clássico princípio do direito obrigacional **pacta sunt servanda**, não pairam dúvidas, portanto, sobre o acerto das conclusões do aresto recorrido.

Resta analisar, em seqüência, como se poderia harmonizar esse entendimento com a orientação, também pacífica, de que as normas de direito econômico, mercê de seu caráter de ordem pública, se aplicam imediatamente, alcançando os contratos já em andamento.

Tal exame se impõe porque o dispositivo legal, apontado como vulnerado, preconiza em seu § 1º que as aplicações no mercado financeiro, assumidas antes da lei e que se vencessem durante o período de congelamento, deveriam ter sua correção monetária calculada com base no valor da OTN congelada.

A hipótese, aqui, comporta o mesmo tratamento que se deu, no período em questão, às cadernetas de poupança.

A lei nova, naqueles casos, alterou o mecanismo de apuração da correção monetária durante a execução do contrato. A jurisprudência desta Corte, por seu turno, entendeu de obstar esse efeito, aduzindo que o poupador tinha direito adquirido ao índice pactuado na data da abertura ou renovação da conta de aplicação. No caso das aplicações em CDBs pós-fixados, a lei nova congelou o indexador contratual-

mente eleito, retirando-lhe o poder de recomposição da moeda.

A interpretação literal da norma, e sua conjugação ao entendimento jurisprudencial mencionado, poderiam conduzir à conclusão de que o índice do contrato teria de ser a OTN, mesmo congelada.

Esta, entretanto, não é a exegese que se recomenda no plano jurídico, dentre os diversos critérios, tradicionais e modernos de hermenêutica.

Na verdade, e consoante restou definido, a intenção das partes, ao fixarem o índice, foi a de contemplar a correção efetiva da importância pactuada, nos níveis da inflação ocorrida.

A manipulação artificial do índice, com o congelamento do indexador, lhe retirou a feição de fator de correção, assim como, no caso da poupança, lhe alterou a capacidade de expressão. Em ambos os casos foi falseado o mecanismo de mensuração. Em termos reais, em ambos os casos praticou-se ofensa ao direito adquirido, porque a norma interveio no vínculo obrigacional sem qualquer finalidade imediatamente coletiva, na medida em que não se dirigiu ao controle do fenômeno em substância, determinando apenas a sua redução nominal.

Esses dispositivos legais, via de consequência, não se podem qualificar como sendo “de ordem pública”.

A fim de balizar corretamente a questão, indispensável inicialmente

definir o que sejam “normas de direito econômico”, que pelo seu caráter de ordem pública têm aplicação imediata, passíveis, até mesmo, de regular situações jurídicas já em andamento.

Em sua obra basilar **Washington Albino** (“Direito Econômico”, São Paulo, Saraiva, 1980), fornece a conceituação dada a esse ramo do Direito pelos principais estudiosos da matéria, em nível internacional e nacional, valendo destacar-se, dentre esses:

— Geraldo Vidigal:

O Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social.

— Modesto Carvalhosa:

Conjunto de normas que, com um conteúdo de economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à ordem econômica, conciliando, ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas na condução de suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos, objetivos esses assegurados pelo princípio constitucional da livre iniciativa.

— Afonso Insuela Pereira:

Complexo de normas que regulam a atuação do Estado, as estruturas do sistema econômico e as relações entre os agentes da economia.

— Fábio Konder Comparato:

Conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica... “constituindo uma disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico” (ob. cit., Cap. I, nº 20, p. 62).

Aquela Juseconomista, ao fixar o conceito da ciência em tela, com habitual excelência e segurança, afirmou:

“O direito econômico é o ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as — pelo princípio da “economicidade” — com a ideologia adotada na ordem jurídica” (ob. cit., cap. I, nº 1, fls. 3).

Desses conceitos doutrinários se infere que não é toda norma de conteúdo econômico que se pode qualificar como sendo “de direito econômico”. É preciso, para tanto, que o diploma legal trate esse conteúdo econômico segundo regras integrantes de uma política econômica, condicionada pelos princípios ideológicos consagrados na Constituição, conduzindo à implementação desses princípios.

A realidade econômica é, portanto, o objeto mais próximo dessa norma.

Há que se acrescentar, ainda, que a adequação do comando jurídico dessa norma ao princípio da economicidade, integrante do conceito, é fundamental, não podendo ser olvidada no momento de sua interpretação.

Quanto ao ponto, leciona mestre Washington:

“Assim, economicamente justo, segundo o princípio da economicidade introduzido neste conceito, é o que se põe em prática por medidas de política econômica, visando realizar o que sua soberania democrática tenha definido na Constituição, como fundamento dos princípios ideológicos que a inspiram” (ob. cit., cap. I, nº 7, p. 32).

As normas do “Plano Cruzado”, por exemplo, foram imediatamente aplicadas, inclusive às situações jurídicas pendentes, uma vez que compunham um sistema abrangente de todos os segmentos da economia, com substancial alteração da conjuntura econômica, que implementou efetiva redução real na quantidade do meio circulante. Essas normas, portanto, além do conteúdo econômico e do seu objeto regulamentador de medidas de política econômica, se qualificavam pela abrangência de todas as relações de natureza econômica da sociedade, com o objetivo de orientar a atividade econômica no sentido da ideologia cristalizada na Constituição então vigente, de garantia da propriedade privada, com subordinação desta a uma função social. As intervenções praticadas nas relações pri-

vadas obedeciam, então, a uma “linha de maior vantagem”, à qual se prende o princípio da economicidade, gerando maior estabilidade da situação econômica, vantagem auferida pela coletividade refletida nas condições de subsistência, de trabalho, de consumo, de lazer, etc., caracterizando tais normas como “de ordem pública”.

O art. 15 da Lei nº 7.730/89, instituidora do chamado “Plano Verão”, extinguiu as OTN’s e no seu § 1º enunciou o seguinte comando:

“Para a liquidação as obrigações decorrentes de mútuo, financiamento em geral e quaisquer outros contratos relativos a aplicações, inclusive no mercado financeiro, assumidas antes desta Lei e que se vencerem durante o período de congelamento, a correção monetária será calculada com base nos seguintes valores:

a) NCz\$ 6,92 (seis cruzados novos e noventa e dois centavos) no caso de OTN fiscal;

b) NCz\$ 6,71 (seis cruzados novos e dezessete centavos) no caso de OTN”.

Concretamente, essa disposição suprimiu a correção monetária das obrigações por ela abrangidas. Entretanto, a par da persistência da escalada inflacionária, não houve a total desindexação da economia, existindo inclusive outros índices de mensuração em uso, e que acabaram por registrar, como já visto, a permanência do fenômeno.

O interesse público perseguido, destarte, a desaceleração ou eliminação da corrosão do valor da moeda, não foi conseqüente da adoção da norma, que apenas interveio nas relações privadas acarretando prejuízos concretos sem que eles importassem nos resultados pretendidos.

À norma em questão, como visto, faltou a necessária adequação ao princípio da **economicidade**, não representando a “linha de maior vantagem”, caracterizadora da norma de direito econômico, que alcança situações jurídicas em curso, privilegiando o interesse da sociedade em detrimento do individual.

Se ao Poder Executivo compete, com o instrumental fornecido pelo Poder Legislativo, definir e implementar as políticas econômicas que concretizem os objetivos constitucionais, cristalizadores da ideologia da sociedade de cujo poder emanam, ao Poder Judiciário cumpre interpretar esse ordenamento, sopesando sua finalidade e os efeitos concretos carreados às relações jurídicas.

Cada ramo da ciência se utiliza de um método próprio, mais adequado à abordagem do seu objeto. A ciência jurídica, que é a “ciência do dever ser”, também se desenvolve, a partir da abordagem do fato social jurígeno, segundo métodos próprios. Assim, o ramo do Direito denominado “Direito Processual Civil”, cujo escopo é o do exercício da jurisdição pelo Estado, compondo as lides com justiça (CARNELLUTTI), tem formas próprias de tratar o seu objeto,

observadas pelo intérprete judicial no momento de sua aplicação, também o Direito Econômico tem a sua técnica, maneira peculiar de apropriação do fato jurídico econômico, que não pode ser desprezada pelo Juiz na interpretação das regras que lhe são concernentes, sob pena de não aplicar a justiça.

Destarte, no momento em que interpretamos a norma do § 1º, do art. 15, da Lei nº 7.730/89, já inteirados a assimetria das medidas nele contidas e pacificamente aceito que não houve eliminação do fenômeno sequer por um dia, e, principalmente, que os mecanismos da realidade econômica encontraram derivativos que não lograram controle eficaz, segundo as regras próprias e princípios que norteiam o Direito Econômico, forçoso é reconhecer que essa norma nele não se subsume.

Não detendo a norma em questão caráter de ordem pública, por qualquer fundamento, intrínseco ou extrínseco, não é de se permitir que sua aplicação derroque a manifestação de vontade expressa em contratos firmados anteriormente à sua edição.

Finalmente, sem embargo do recurso especial não buscar a justiça do caso concreto, mas o resguardo da lei federal infraconstitucional, vale aqui colacionar a lição de JOAQUIM CARLOS SALGADO, que, em erudita obra, ao traçar um painel da evolução da idéia de justiça no pensamento filosófico ocidental, anotou:

“O justo não é, frisa Aristóteles, algo diferente da equidade. Esta é suscitada pelas circunstâncias particulares do caso. Entretanto, tanto a fonte inspiradora da lei como a do ato de equidade que dirime um caso concreto são uma e mesma: a igualdade que deve ser realizada entre os indivíduos, pois que, quem pratica a equidade age como agiria o legislador na mesma situação. Justo é, finalmente, na concepção aristotélica, “o que observa a lei e a igualdade”, ou o que é conforme a lei e a equidade.

Ambos, porém, a equidade no momento da aplicação da lei e o justo na da sua elaboração, procuram realizar uma só coisa: a essência da virtude da justiça que é a igualdade. Ambos consultam o ditame da razão, a igualdade: um no momento abstrato da lei, outro no momento concreto da realização da justiça” (“A idéia de Justiça em Kant — seu fundamento na igualdade e na liberdade”, (UFMG, 1986, Cap. I, § 13º, p. 43).

Por todo o exposto, não achando formal ou materialmente configurada a divergência, e não vislumbran-

do contrariedade ao art. 15, § 1º, da Lei nº 7.730/89, não conheço do recurso por ambas as alíneas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.751-8 — MG — (93.0002213-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Rec-te.: Banco Mercantil de Crédito S/A — BMC. Advogados: Maria Tereza Moreira Cancado e outro. Recdo.: Terex do Brasil Ltda. Advogados: Carlos Odorico Vieira Martins e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 21.09.93 — 4ª Turma).

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

Ausentes, justificadamente, os Srs. Athos Carneiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, e Barros Monteiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 31.956-4 — SP

(Registro nº 93.0002815-4)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Yone Ferreira Montenegro*

Recorrida: *UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S/A*

Advogados: *Drs. Heráclito Lacerda Júnior e Cleuza Anna Cobein e outros*

EMENTA: Execução. Penhora. Meação da mulher do devedor. 1. Admite-se, em virtude da instrumentalidade do processo, a defesa, por via de embargos do devedor, da meação da mulher do executado. 2. Recurso especial atendido. 3. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93.

Brasília, 09 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Yone Ferreira Montenegro na execução movida

contra seu marido foi intimada da penhora por recair sobre bens imóveis do casal, razão pelo que opôs embargos do executado, para defender sua meação.

A Primeira Câmara Especial do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo confirmou a decisão singular com relação a rejeição *in limine* dos embargos à execução, ao entendimento de que para defender seus interesses no que tange à sua meação sobre os bens penhorados, a mulher deveria valer-se de embargos de terceiro.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando ofensa aos arts. 10, parágrafo único; 669, § 1º e 738, inc. I, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Pelo despacho de fls. 89/92 foi o recurso admitido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Discute-se nos presentes autos a possibilidade de a mulher do executado opor embargos à execução para defender sua meação sobre os bens penhorados pertencentes ao casal.

Primeiramente, verifico que os arts. 10, parágrafo único e 738, I, do Código de Processo Civil, não foram objeto de prequestionamento (Súmula nº 282, do Supremo Tribunal Federal).

Por outro lado, tenho como inadequada a pretensa violação ao art. 669, § 1º, do Código de Processo Civil. Tal dispositivo determina a intimação da mulher do devedor, recaindo a penhora em bens imóveis. No caso, a intimação foi feita.

Assite a razão à recorrente no tocante ao dissídio jurisprudencial, pois ao contrário do entendimento do v. acórdão recorrido, o aresto paradigmático, da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, no REsp nº 1.164, adotou posição diversa, consoante se infere do seguinte trecho extraído do voto do Relator:

“O posicionamento acerca da exclusão na meação da mulher casada em bens penhorados vai ganhando contornos definidos, com a seguinte distinção: a) se a esposa objetiva impugnar a pretensão executiva, o remédio adequado será os embargos à execução; b) se deseja apenas excluir a penhora sobre a sua meação, a via hábil será os embargos de terceiro. Não obstante, com suporte

nos princípios da economia e da instrumentalidade do processo, tem-se admitido que a mulher também possa postular a exclusão da sua meação em embargos à execução ...” (fl. 70).

Aliás, em seu “Código de Processo Civil Anotado”, o eminente magistrado e celebrado processualista lançou nótula no mesmo sentido do seu voto (p. 579/580, 4ª ed., Saraiva — 1992).

Em face do exposto, conheço do recurso pelo dissídio e dou-lhe provimento, para afastar a rejeição **in limine** dos embargos à execução, determinando que as instâncias ordinárias julguem a causa como entender de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 31.956-4 — SP — (93.0002815-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: Yone Ferreira Montenegro. Advogado: Heráclito Lacerda Júnior. Recdo.: UNIBANCO — União de Bancos Brasileiros S.A. Advogados: Cleuza Anna Cobein e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.11.93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.334-8 — RJ

(Registro nº 93.0004613-6)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

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

Recorrido: *Moacir Alves da Silva (réu preso)*

Advogados: *Adraildo Monteiro de Sá Barreto e outro*

EMENTA: Penal. Processual. Legitimidade do Ministério Público para recorrer a favor do réu. Recurso Especial. 1. Fiscal da lei, o Ministério Público não é instituição a qual se destina o monopólio da acusação; incumbe-lhe também defender, quando é o caso, sempre em defesa da eficácia da lei. 2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Após ter sido assal-

tado no Rio de Janeiro, por um rapaz que, empunhando um revólver, lhe tirou a bicicleta e o relógio, Saulo Vargas com a ajuda dos irmãos saíram à procura do mesmo, encontrando Moacir Alves da Silva, paulista, 19 (dezenove) anos, que ainda estava nas vizinhanças levando a bicicleta e o relógio no pulso. Tentou fugir ao ser abordado, mas acabou preso em flagrante.

Denunciado, foi condenado por roubo qualificado, CP — art. 157, § 2º, I, a cinco (05) anos e quatro (04) meses de reclusão, no regime semi-aberto.

Apelaram as partes. O Ministério Público, buscando a reforma da decisão no tocante ao reconhecimento da qualificadora — emprego de arma — eis que a arma que servira de **vis compulsiva** contra a vítima, não fora apreendida e devidamente periciada. O réu, repetindo as ra-

zões do Ministério Público e pugnando pela sua absolvição, por insuficiência de provas.

O Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro, não conheceu do apelo ministerial e negou provimento ao do réu, em acórdão assim ementado:

“Roubo qualificado. Agravante pelo emprego de arma devidamente comprovada. Irrelevância da apreensão e do exame da arma. Provas cujo ônus competia ao acusado se desejava demonstrar que tal instrumento não possuía capacidade ofensiva.

Provado pela acusação que o réu empregou uma arma na execução do crime que lhe foi atribuído, à defesa compete provar que tal instrumento não tinha poder vulnerante, escusando-se assim da causa de agravamento prevista na lei.

Acusação. Réu condenado nos termos da denúncia. Recurso do órgão da acusação em favor do acusado. Impossibilidade não conhecimento do recurso ministerial.

Posta claramente na denúncia a pretensão punitiva do Estado e julgada procedente a ação penal nos termos do requerimento vestibular, não tem o Ministério Público legitimidade para recorrer do decreto condenatório editado sob pena de se desatender o princípio do contraditório, de inspiração constitucional. Não pode o Ministério Público, que tem a iniciativa exclusiva da ação penal pública, se despir arbitrariamente da função de acusador e se

transformar, quando bem lhe aprover em **custos legis**. Recurso ministerial de que não se conhece.”

Apenas o Ministério Público apresentou recurso especial, sob alegação de ofensa ao CPP, arts. 257, 385 e 654 e, divergência jurisprudencial. Sustenta a tese de que, mesmo no processo penal, onde é parte, não pode o Ministério Público abster-se de sua função fiscalizadora, pelo que tem, no nosso sistema jurídico vigente, legitimidade para recorrer em favor do réu, eis que seu interesse precípuo, na esfera da função que lhe é própria, é a exata aplicação da lei. É, a permissibilidade de o Ministério Público recorrer em favor do réu, é princípio aceito na lei, doutrina e jurisprudência.

Admitido o apelo apenas pela alínea c do autorizativo constitucional, manifestou-se a Subprocuradoria Geral da República pelo seu provimento, pois ao Ministério Público cabe propugnar pela correta aplicação da lei, na defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, o acórdão recorrido negou ao Ministério Público legitimidade para recorrer em favor do réu, por não ter o órgão da acusação interesse à interposição de recurso, nos termos do CPP, art. 577, consignando:

“Não se diga que o promotor tinha o direito de se despir parcialmente e quando bem entendesse, da condição de acusador, para se tornar fiscal da lei, porquanto a representação que lhe foi outorgada pelo Estado e pela sociedade, não lhe conferem tal arbítrio, que se entenda que em situações especialíssimas, verdadeiras exceções, pode o acusador deixar de pedir a condenação, calcado no fato de que não conseguiu fazer prova da acusação oferecida.

Por outro lado, as partes têm suas posições definidas na lei e na própria Constituição Federal, cabendo a defesa ao defensor do acusado, a acusação em crimes de ação pública ao Ministério Público (com exclusividade), o qual, na situação em exame é considerado pelo Código Penal, pelo Código de Ritos e pela Carta Magna “órgão da pública acusação”, sem poder para fugir à acusação feita, tida pelo sistema como irrevogável e irretratável” (fls. 144/145).

Aduz, por sua vez, o Ministério Público na peça recursal, que na oportunidade das alegações finais, não sustentara a qualificadora prevista no CP, art. 157, § 2º, I, ante a ausência de apreensão da arma de fogo usada com **vis compulsiva** contra a vítima, e exame pericial comprovador de sua potencialidade lesiva.

Assim, tendo a sentença considerado tal posicionamento e reconhecido a incidência da qualificadora — uso da arma de fogo — e, a

evidente sucumbência, outro caminho não restava ao Ministério Público, a não ser o recurso intentado. E o fez, louvando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — RE nº 86.088-RJ, Rel. Min. Bilac Pinto:

“Segundo o art. 257 do C. Pr. Penal, cabe ao Ministério Público promover e fiscalizar a execução da lei. Esta norma, apesar de sintética, tem enorme conteúdo, pois confere ao MP extensa responsabilidade — a de ser fiscal da lei.

Como fiscal, quer logicamente o Ministério Público que a lei atue com acerto, e que atuando, seja descoberta a verdade, fim máximo e último do processo. Entretanto, se não o for, por esta ou aquela razão, indeclinável a sua presença para pleitear que a omissão seja sanada, que o erro seja corrigido, que as coisas sejam repostas em seus devidos lugares.

E conclui o saudoso Ministro:

“Se assim é, pergunta-se, o que mais poderá contrariar a lei — a razão humana — do que uma injusta sentença condenatória? Dela não recorrer o Ministério Público, apegado ao tão discutido conceito seu de parte, não seria em última instância, deixar de fiscalizar a aplicação da lei? Creio que sim” (fl. 153).

“Recurso Extraordinário Criminal nº 86.088-RJ — 1ª Turma — STF — publ. DJU 12/12/77 — RTJ 83/949.

“Ministério Público. Recurso em favor do réu. Tem o MP interesse em recorrer (CPP, art. 577, parágrafo

único), em favor do réu, de sentença penal condenatória. Aplicação dos princípios contidos nos arts. 257, 385 e 654, do C.P. Penal e no art. 247 do Regimento Interno do STF” (fl. 156).

Mutatis mutandis esse é o entendimento esposado pela 6ª Turma, REsp nº 10.715-PR, relatado pelo Ministro Vicente Cernicchiaro, com a ementa:

“REsp — Processual Penal — Ministério Público — Recurso em favor do réu — Legitimidade — O Ministério Público, como Instituição, não é acusador, no sentido vulgar do termo. Tecnicamente, por imperativo constitucional, faz a imputação, para averiguar, presentes o contraditório e a defesa plena, o fato, com todas as circunstâncias. Juridicamente, não está jamais contra o réu. Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário. Busca a verdade real, a decisão justa. Em consequência, evidenciava-se a legitimidade para recorrer em favor do réu.”

Do voto do Relator, no que a este pertence, destaco:

“O Ministério Público Federal tecnicamente, juridicamente, não é acusador, no sentido de perseguir, de visar a aplicar, a qualquer custo, sanção a quem haja cometido a infração penal. Ao contrário, exerce, constitucionalmente, a renomada missão de apurar o fato. Dado ninguém poder ser condenado criminalmente, sem antes, através da garantia do contraditório e da defesa plena, averiguar-se o fato, com todas as circunstâncias.

O Ministério Público, portanto, juridicamente, não está jamais contra o réu. Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário.

Por isso, não obstante no caso concreto o Ministério Público haver feito as vezes do órgão da imputação, como o que interessa é a verdade real, e o Ministério Público exerce a função de evitar, como dito, o erro judiciário, preliminarmente, reconheço a legitimidade do Ministério Público para, em favor do réu, interpor recurso.”

Assim, com razão o órgão ministerial quando afirma ser dever e obrigação primordial da instituição, cuidar para que haja justiça nos julgamentos e não, lutar a qualquer preço pela condenação do réu, mormente se suas atribuições extrapolam as do simples acusador, para ir em “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, CF, art. 127; Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº 8.625/93, art. 1º.

Na esteira dos precedentes aqui apontados, conheço do recurso por ambos os fundamentos e ao mesmo dou provimento para, retornando os autos, ser decidido como de Direito o recurso interposto.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.334-8 — RJ — (93.0004613-6) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Edson Vidigal. Recte.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Moacir Alves da Silva (réu preso). Advogados: Adraildo Monteiro de Sá Barreto e outro.

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

Min. Relator (em 01.12.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Jesus Costa Lima, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e Assis Toledo.

Presidiu do julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.396-8 — DF

(Registro nº 93.0004797-3)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Distrito Federal*

Advogados: *Maria Zuleika de Oliveira Rocha e outros*

Recorrido: *Francisco Antônio de Moraes Neto*

Advogados: *Milton de Melo e outros*

Sustent. Oral: *Dr. Milton de Melo (p/recorrido)*

EMENTA: Recurso Especial. Concurso público para Médico Legista da Polícia do DF. Psicotécnico. 1. Conquanto legal a exigência do psicotécnico para ingresso na carreira de Escrivão de Polícia, não pode o mesmo ser realizado de maneira sigilosa e irrecorrível. 2. Precedentes do STF. 3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso especial manifestado pela Procuradoria Geral do Distrito Federal, com fundamento no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal contra o v. acórdão da E. Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça local que manteve sentença monocrática concessiva de segurança, para afastar o caráter eliminatório do exame psicotécnico, em concurso para Médico Legista da Polícia do Distrito Federal.

Segundo nos dá contas o relatório do acórdão, o impetrante se inscreveu no concurso público para provimento de cargo de Médico Legista, conseguindo a segunda maior nota no concurso mas, após aprovação na prova escrita e exames de aptidão física, foi convocado para submeter-se à Seleção Psicológica, com características subjetivas, e, então, considerado “não recomendado”.

Sustenta cerceamento de defesa, ilegalidade da metodologia aplicada e de sua exigência, não permitindo vista ou recurso quanto aos resultados dos testes psicológicos, ferindo o princípio da ampla defesa, prevista na Carta Fundamental.

Invoca a existência de discriminação, objetivando prejudicar candidatos à mercê de alta dose de subjetivismo do examinado, citando a Lei nº 4.878/65 que não permite o caráter sigiloso que a administração quer impor.

O v. acórdão unânime, prolatado pela E. 3ª Turma Cível do Tribunal

de Justiça do DF, está assim ementado:

“Concurso Público — Polícia Civil do Distrito Federal — Médico legista — Exame psicotécnico — Inexigibilidade.

Diante do previsto nos arts. 37, itens I e II, e 39, da Constituição Federal e do silêncio da Lei nº 8.112/90, não se pode exigir o exame psicotécnico para o ingresso na Carreira Policial Civil do Distrito Federal” (fls. 65).

Ao fundamentar o recurso especial, alega a Procuradoria Geral do Distrito Federal negativa de vigência ao art. 9º, VII, da Lei nº 4.878/65, e violação aos arts. 2º da LICC, e 1º da Lei nº 1.533/51; bem como, alega dissídio de jurisprudência e dissenso com a Súmula nº 239 do antigo TFR.

Para a comprovação do dissídio jurisprudencial traz à colação dois acórdãos desta E. Corte, a saber: RMS nº 588-RN, Rel. Min. Geraldo Sobral, in DJ de 08.04.91; e, REsp nº 15.410-DF, Rel. Min. Garcia Vieira, in DJ de 09.03.92.

Devidamente contra-arrazado, sobreveio parecer ministerial pelo improvimento do recurso.

Admitido na origem, subiram os autos e, nesta Superior Instância, a douta Subprocuradoria Geral da República pugna, também, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI (Rela-

tor): Sr. Presidente, quanto ao cabimento do recurso.

A alegada contrariedade ao art. 1º da Lei nº 1.533/51 (Lei Mandamental) não existe, pois o recorrido demonstrou **quantum satis** deter direito líquido e certo a ser amparado pelo writ, da mesma forma acontecendo com o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, dito ferido, pois o candidato, ao ser reprovado na seleção psicológica, e não tendo acesso aos resultados para conhecer a sua “não recomendação”, adquiriu o direito líquido e certo de interpor o remédio constitucional.

Com respeito à mencionada negativa de vigência aos artigos 2º da Lei de Introdução do Código Civil, e 9º, VII, da Lei nº 4.878/65, o v. acórdão (fls. 61/70), é por demais explícito para que se despreze seus escólios e não se transcreva parte deles. Vejamos porque:

“A autoridade apontada como coatora, ao exigir dos candidatos as condições constantes do Edital, dentre elas a da irrecorribilidade do resultado da seleção psicológica, violou dois princípios constitucionais: o que garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e aquele segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, itens II e XXXV, da Constituição Federal).

Cumpria ao IDR elaborar o Edital de conformidade com a Constituição e as leis do País, e não violá-las para obrigar os cidadãos a buscarem guarida no Judiciário. O edital é a lei do concurso. Mas, como

ato normativo subalterno, deve submeter-se à lei, aqui entendida como norma social de caráter geral e permanente.

Entende o apelante que a seleção psicológica está prevista no item VII do art. 9º da Lei nº 4.878/65, que dispõe:

“Art. 9º — São requisitos para a matrícula na Academia Nacional de Polícia: VII — Possuir temperamento adequado ao exercício da função de policial, apurado em **exame psicológico** realizado pela Academia Nacional de Polícia” (grifo nosso).

De imediato se vê que o IDR não tem atribuição legal para a realização de tal exame, incumbência que é da Academia Nacional de Polícia. Nem se argumente que a regra dessa natureza possa ser extraída por analogia. Não existe atribuição ou competência sem previsão legal.

A Lei nº 4.878/65 foi promulgada sob a égide da Constituição Federal de 1946, que tratou a matéria sobre os funcionários públicos nos arts. 184 a 194. O art. 184 foi reproduzido no art. 95, **caput**, da Carta de 1967. Diante destas Constituições era possível dispor a lei ordinária sobre a exigência da seleção psicológica.

Mas, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os servidores públicos civis, estatui no art. 39 que:

“Art. 39 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

Em decorrência destes princípios, foi promulgada a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Esse diploma estabeleceu no art. 5º, **caput**, os requisitos básicos para a investidura em cargo público, e dentre estes, o da aptidão física e mental (item VI).

Não há, de forma alguma, qualquer menção à seleção psicológica como requisito, como exigência, enfim, para a investidura em cargo público.

E o regime próprio dos organismos policiais do Distrito Federal (Lei nº 4.878/65) foi substituído, ao menos no que diz respeito com a seleção psicológica, pelo regime único.

De conseqüência, face ao princípio da legalidade consagrada no texto da Carta Magna vigente, não mais vigora o item VII do art. 9º da Lei nº 4.878/65, ante a ausência de expressa previsão.

Por isso, e com o propósito de reforçar a aplicabilidade do regime único aos integrantes da Carreira Policial do Distrito Federal e da União, ressalto que, nos termos do disposto no art. 21, item XIV, da Constituição Federal, compete à União “organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e ferroviária federais, bem como a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal e dos Territórios”.

O Excelso Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança nº 20.997-6, do Distrito

Federal, cujo Relator foi o eminente Ministro Marco Aurélio, decidiu:

“Concurso Público. Juiz Federal. Exame Psicológico.

Sob a égide das Constituições Federais de 1946 e de 1967, arts. 105, § 2º, e 118, § 2º, respectivamente, o ingresso na carreira da magistratura federal — **stricto sensu** — era regido pela legislação ordinária, mostrando-se válida a exigência do exame psicotécnico de que cogitava o parágrafo único do art. 22 da Lei nº 5.010/66. Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, foi abandonada a sistemática anterior, pois implicou a disciplina dos requisitos a serem atendidos pelos candidatos, art. 123, parágrafo único. O fato de a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, haver reintroduzido a competência do legislador ordinário não atraiu, por si só, a repristinação do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 5.010/66. Inexigível é o exame psicotécnico para ingresso na carreira de Juiz Federal não só diante dos termos do art. 123, parágrafo único, da Emenda nº 1, de 1969, como também, do silêncio da Lei que se lhe seguiu — nº 5.677/71 (art. 4º) e da editada após a Emenda nº 7, de 1977, nº 7.595/87 (art. 2º)” in DJU, de 28.06.91.

Por estes motivos, somente lei futura poderá tornar exigível a seleção psicológica para ingresso em Carreira Policial Civil do Distrito Federal, porque, atualmente, não há causa ou razão determinante para que o candidato a cargo integrante da mencionada carreira a ele se submeta.

A Constituição Federal, consagrando o princípio de razão suficiente, segundo o qual nada acontece sem uma causa ou razão que o determine, estabeleceu como garantia fundamental que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, item II).”

Por isso, não conheço do recurso pela letra *a* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Pertinente, apenas a admissão do recurso pela letra *c* pois atendidas as exigências formais do art. 26 da Lei nº 8.038/90, e RISTJ, art. 255, § 2º.

Contudo, no mérito não merece prosperar, visto que a legislação e a jurisprudência atuais, não mais permitem o exame psicotécnico, como vemos do parecer do douto Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Dr. Ribamar Moraes, juntado às fls. 127/138, do qual me permito a transcrição de pequeno trecho, que a meu ver, põe uma pá de cal sobre o assunto. Eis o trecho:

“O fato — ingresso no serviço público — ao candidato à Carreira Policial Civil do DF está previsto no artigo 4º da Lei nº 2.266, de 12.03.1985. Ao meu juízo, o art. II da Lei nº 7.289/84, aplica-se apenas à Polícia Federal, motivo porque errônea a fundamentação do recorrente.

Ressalto que tanto faz o art. 9º, inciso III, da Lei nº 4.878/65, referente à Polícia Federal, como o art. 11 da Lei nº 7.289/84, que trata da

Polícia Militar do DF; assim como o art. 4º da Lei nº 2.266/85, que diz respeito à Polícia Civil do Distrito Federal, porque, o tema tem tratamento em norma de natureza constitucional.

A problemática reside nos usos e costumes, no trato com a legislação constitucional anterior, ao estabelecer:

“Art. 184 — Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados **os requisitos que a lei estabelecer**” (CF de 1946).

“Art. 95 — Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos **os requisitos que a lei estabelecer**” (CF de 1967).

“Art. 97 — Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham **os requisitos estabelecidos em lei**” (Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

Decorria daí a aplicação de norma de natureza infraconstitucional, hierarquicamente inferior à Constituição, lei **lato sensu**, que poderia ser ordinária, decreto, regulamento, edital, estabelecendo uma série de requisitos, tais como entrevistas, teste de Cooper, exame físico, médico e psicotécnico, que era permitido e legal, face aos princípios da fundamentação e derivação de que fala Hans Kelsen, no direito, considerado o cientista do século.

Com o advento da nova Constituição Federal de 1988, com novidade, o tema foi tratado em dispositivo que passo a transcrever, **verbis**:

“Art. 37 — A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade** e, também ao seguinte:

I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os **requisitos estabelecidos em lei**;

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Vê-se que a atual Carta Magna repetiu a expressão “requisitos estabelecidos em lei”, tão do agrado das Cartas anteriores. Contudo, logo a seguir, no inciso II, **na mesma lei**, estabeleceu estes requisitos que são: prévia aprovação em concurso público:

a) de provas, ou

b) provas e títulos” (grifos do original).

.....

De sorte que, em matéria de exame psicotécnico, **é ilegal exigir-se** em concurso público, mesmo porque a Constituição Federal não permite, **nem foi repassado** os requisitos para a legislação infraconstitucional.

Concluo, os artigos: II, da Lei nº 7.289/84; 9º, inciso VII, da Lei nº 4.878/65; e 4º da Lei nº 2.266/85, fo-

ram revogados, face a reprimenda tácita, decorrente da nova ordem constitucional.

Acrescento, estes dispositivos supracitados, **não têm onde se fundamentar; tampouco de onde derivar-se**. Perderam a vigência. Não possuem eficácia. Ademais: “O que não está juridicamente permitido, está juridicamente proibido”, que enseja o princípio da hermetica plenitude do ordenamento jurídico. Depreende-se, facilmente, que o artigo 37, II, da CF, permitiu como requisitos indispensáveis as provas e títulos, nos concursos públicos.

Logo, tudo mais que houver: entrevistas, psicotécnico, teste de Cooper, etc., é diletantismo, **que são proibidos, porque diminuem a liberdade dos candidatos**, inibindo-os de mostrar sua capacitação e competência.”

Com toda razão o nobre parecerista, pois seu entendimento está consentâneo com a legislação pertinente e a moderna jurisprudência deste E. Superior Tribunal de Justiça e do Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme ementas que transcrevo:

“Mandado de Segurança. Recurso Especial. Dissídio jurisprudencial. Concurso. Exame psicotécnico. Entrevista. Possibilidade de arbítrio ou favoritismo. Candidato considerado “não recomendado”.

I — O dissídio jurisprudencial se transluz do confronto explicitado

entre as súmulas dos acórdãos recorridos e paradigma, que, entre os quais, as próprias ementas demonstram o dissenso, mencionadas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

II — O desdobramento do exame psicotécnico em duas fases — bateria de testes e entrevista — não pode levar ao ponto de que seja o candidato considerado, na entrevista, “não recomendado” para as demais fases do concurso, em outras palavras, considerado “inapto”, em virtude de sua natureza subjetiva e do super-poder que se confere ao entrevistador, que na realidade, a torna discriminatória.

III — A entrevista não é exame e nem pode integrá-lo, pois há possibilidade de arbítrio.

IV — Recurso especial conhecido pela divergência jurisprudencial e provido para conceder a segurança” (REsp nº 11.087-DF, Rel. Min. Pedro Acioli, DJ 05.08.91).

“Administrativo. Concurso público. Exigência de exame psicotécnico.

Inexigível é o exame psicotécnico não previsto expressamente em lei, não suprimindo a omissão legal a inclusão de sua exigência no edital de concurso.

Recurso especial não conhecido” (REsp nº 28.936-PA, Rel. Min. Jesus Costa Lima, Rel. p/acórdão Min. Assis Toledo, DJ 19.04.93).

“Constitucional e Administrativo. Concurso público. Polícia militar do DF. Psicotécnico.

1. A exigência de exame psicotécnico para o ingresso na Carreira Policial Militar do Distrito Federal, in-

serida no edital, briga com o disposto no art. 11 da Lei nº 7.289, de 1984.

2. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AgRg/AI nº 37.645-DF, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ 28.06.93).

“Administrativo. Concurso público. Policial civil. Exame psicotécnico. Forma de realização.

A decisão combatida deixou de negar vigência ao dispositivo legal na medida em que tem como legítimo o exame psicotécnico, apenas entendendo que deve ser realizado de modo a assegurar os direitos dos candidatos, evitando que a banca examinadora haja com arbitrariedade ou abuso de poder” (AgRg/AI nº 39.863-DF, Rel. Min. Jesus Costa Lima, DJ 04.10.93).

“Concurso. Juiz Federal. Exame psicotécnico. Sob a égide das Constituições Federais de 1946 e de 1967, artigos 105, § 2º, e 118, § 2º, respectivamente, o ingresso na carreira da magistratura federal — **stricto sensu** — era regido pela legislação ordinária, mostrando-se válida a exigência do exame psicotécnico de que cogitava o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 5.010/66. Com a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, foi abandonada a sistemática anterior, pois implicou a disciplina dos requisitos a serem atendidos pelos candidatos — artigo 123, parágrafo único. O fato de a Emenda Constitucional nº 07, de 1977, haver reintroduzido a competência do legislador ordinário não atraiu, por si só, a repriminção do parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 5.010/66. Inexigível é o exame

psicotécnico para ingresso na carreira de Juiz Federal não só diante dos termos do artigo 123, parágrafo único, da Emenda nº 01, de 1969, como também, do silêncio da lei que se lhe seguiu — nº 5.677/71 (art. 4º) e da editada após a Emenda nº 07, de 1977 — nº 7.595/87 (artigo 2º)” (RHC nº 20.997-6-DF; STF, Min. Marco Aurélio, in DJU, de 28.6.91)” (autos, fls. 136/137).

Também já tive a oportunidade de acrescentar, que a exigência do exame psicotécnico, para determinados casos pode ser exigido, esclarecendo que, como nos autos **sub examen**, não foi utilizada a técnica de entrevista, e que a alegação de ausência de rigor científico levantada pelo recorrido, tem toda procedência, pois evidentemente, nos moldes que vem se processando esses exames psicotécnicos, divididos em etapas, todas de caráter eliminatório, sem que seja dada ao candidato, pelo menos vista das provas e direito a recurso, constitui, sem dúvida, arbitrariedade, e, embora não se queira admitir, existe, dada a subjetividade do exame, uma hipotética possibilidade de favorecimento de candidatos em prejuízo de outros.

Na oportunidade em que expressei tal entendimento, fazia-se o julgamento do REsp nº 29.006-9-DF, do qual fui Relator, acabando por emendar o acórdão desta forma:

“Recurso especial. Concurso público para escrivão de polícia. Psicotécnico.

— Conquanto legal a exigência do psicotécnico para ingresso na

carreira de Escrivão de Polícia, não pode o mesmo ser realizado de maneira sigilosa e irrecorrível.

— Precedentes do STF.

— Recurso não conhecido.”

Fica patente, portanto, o descabimento de qualquer exigência que se queira fazer a candidatos a provimento de cargos públicos, além destas que aqui enumeramos, o que torna inviável a irresignação do Distrito Federal, pela sua Procuradoria Geral, pelo que, conheço do recurso, somente pela letra c, mas lhe nego provimento, mantendo a segurança concedida pelos fundamentos aqui expostos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.396-8 — DF — (93.0004797-3) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cid Flaquer Scartezzini. Recte.: Distrito Federal. Advogados: Maria Zuleika de Oliveira Rocha e outros. Recdo.: Francisco Antônio de Moraes Neto. Advogados: Milton de Melo e outros. Sustentou oralmente o Dr. Milton de Melo (p/recdo.).

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

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 32.485-7 — BA

Relator: *O Sr. Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Antônio Perdoná*

Recorridos: *Ivan Pereira de Sena e outro*

Advogados: *Drs. Pedro Milton de Brito e outros, e Elmir Duclerc Ramalho Júnior e outros*

EMENTA: Processual Civil. Impedimento de prática do ato. Justa causa. Evento imprevisto. Art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC. 1. Verificada a justa causa, em face da greve dos serventuários da Justiça, — sendo o fato público e notório, que independe, por isso, de comprovação, — cumpria ao Juiz permitir à parte a prática do ato, consistente na interposição do recurso de apelação, no primeiro dia útil seguinte ao término da greve (art. 183, § 2º, do CPC), tal como, no caso, ocorreu. Ciente desse fato, não poderia o Acórdão, de ofício, suscitar a suposta intempestividade do apelo, sem violar direito do apelante, contemplado no § 1º, do mencionado dispositivo. 2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 13 de abril de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de ação de manutenção de posse proposta por Antônio Perdoná contra Ivan Pereira de Sena e outro, julgada improcedente pelo Juízo de primeiro grau (fls. 123/130).

Interposta apelação (fls. 140/146), a Primeira Câmara Cível do Colendo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, decidiu pelo não conhecimento do apelo, porque intempestivo (fls. 171).

Irresignado, interpôs o apelante recurso especial, fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição, alegando que o acórdão teria negado a vigência do art. 183, § 1º, da CPC (fls. 174/176).

Sem contra-razões, o nobre Presidente daquela Corte o admitiu, determinando a remessa dos autos a este Superior Tribunal de Justiça (fls. 184/185).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

É ler o que dispôs o acórdão (fls. 171):

“Preliminarmente, impõe-se o não conhecimento do recurso, porque totalmente intempestivo.

Com efeito, observa-se às fls. 136 e 137, que o autor e seu advogado constituído nos autos foram intimados da sentença em 29.X.91 e o recurso de apelação foi interposto em 28.XI.91, ou seja, 30 dias depois, conforme se verifica do carimbo apostado no rosto da petição de recurso.”

Por sua vez, sustentando que o Colendo Tribunal, ao não conhecer da apelação, não poderia desconsiderar que, entre os dias 8 a 27, de outubro de 1991, “os serviços judiciários, no Estado da Bahia, permaneceram paralisados, em virtude da greve dos serventuários da Justiça, como prova a inclusa certidão” (fls. 176).

Razão lhe assiste.

Diz, expressamente, o art. 183, do diploma processual civil, que decorrido o prazo, extingui-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

Dispõe, também, o seu § 1º, que “reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.”

Comentando esse dispositivo, assevera **Moniz de Aragão**:

“A primeira consequência, que a lei aponta, de serem os prazos contínuos, é o seu vencimento independente de qualquer manifestação do Juiz.”

.....
“Ressalva a lei a hipótese de o ato não ter tido lugar em virtude de uma causa considerada justa, caso em que o interessado na sua realização poderá pleitear do Juiz que, provada essa ocorrência, lhe devolva a oportunidade perdida.

Para que se repute justa causa do impedimento na prática do ato, há de ser ela alheia à vontade do agente e resultante de evento imprevisto. Na ausência de algum desses requisitos, a causa não será reputada justa e não autorizará a devolução do prazo” (“Comentários ao CPC”, Forense, vol. II, 1ª ed., págs. 99/100).

Portanto, verificada a justa causa, em face da greve dos serventuários da Justiça daquele Estado —

sendo o fato público e notório, que independe, por isso, de comprovação —, cumpria-se permitir à parte a prática do ato, de que se cogita, no primeiro dia útil seguinte ao término da greve (§ 2º do art. 183 do CPC).

E isso foi o que fez o Dr. Juiz ao receber o recurso de apelação (fls. 140), abrindo vista à parte contrária para oferecer suas razões, já que apresentado no dia subsequente ao término da greve, como se extrai da certidão de fls. 176.

Ora não poderia, assim, o acórdão, de ofício, levantar a suposta intempestividade do recurso, porque ciente da greve dos servidores do Poder Judiciário do Estado, sem violar direito do apelante, consagrado no § 1º, do mencionado art. 183, da lei processual civil.

Não há cuidar-se, ainda, de inexistência de prequestionamento, eis que suscitada somente no acórdão recorrido a matéria objeto do Especial, circunstância em que não se demanda tal exigência.

Tenho, pois, que a decisão recorrida, ao não conhecer da apelação, por entender intempestiva negou a vigência do dispositivo apontado, co-

mo corretamente posto no despacho de admissão, proferido pelo eminente Presidente do Tribunal da Bahia, Desembargador Paulo Furtado.

Ante tal evidência, conheço do recurso e lhe dou provimento para, cassando o acórdão recorrido, determinar que o Colendo Tribunal aprecie o mérito da apelação interposta.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 32.485-7 — BA — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Antônio Perdoná. Advs.: Pedro Milton de Brito e outros. Recdos.: Ivan Pereira de Sena e outro. Advogados: Elmir Duclerc Ramalho Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 13.04.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.002-0 — MG

(Registro nº 93.0006793-1)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Recorrente: *CODEP — Comércio Derivados de Petróleo Ltda.*

Advogados: *Drs. Paulo Eduardo Almeida de Mello e outros*

Recorridos: *Roberto Magalhães Pinto e outro*

Advogado: *Dr. Leonides de Carvalho Filho*

EMENTA: Civil e Processual Civil. Locação comercial. Ação Renovatória. Ausência de acordo. Caução real. 1. Ante a falta de acordo entre as partes, necessário o oferecimento de caução real, correspondente a 6 meses de aluguel, pelo sublocatário, conforme determina do § 4º, art. 3º, do Decreto nº 24.150/34. 2. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

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

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Trata-se de

ação renovatória, com base no Decreto nº 24.150/34 (Lei de Luvas).

Ao propô-la contra os proprietários do imóvel, a sublocatária, Empresa CODEP — Comércio e Derivados de Petróleo Ltda., ofereceu fiança, como garantia, o que não foi aceita pelos réus.

Essa questão não foi abordada de frente na sentença que julgou procedente a ação, em 1º grau.

Os réus apelaram, tendo a Segunda Câmara Especial Temporária do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, por maioria, dado provimento ao agravo retido para efeito de extinguir o processo, à consideração de que, ante a falta de acordo entre as partes, imprescindível, no caso, o oferecimento, pela sublocatária, de uma caução real, consistente no depósito de valor correspondente a seis meses de aluguel, a

teor do que dispõe o § 4º, do artigo 3º, do Decreto nº 24.150/34 (fls. 220/230).

Não se conformando com essa decisão, a sublocatária opôs embargos infringentes, que foram acolhidos, por maioria, pelo Tribunal de Alçada (fls. 263/270).

Irresignada, interpôs a aludida sublocatária recurso especial com espeque no artigo 105, inciso III, letras *a* e *c* do permissivo constitucional, por entender que a decisão teria contrariado a norma insculpida no artigo 827 do Código de Processo Civil e dissentido de julgados de outros Tribunais, sustentando que o § 4º do artigo 3º do Decreto nº 24.150/34 “exigiu apenas e tão-somente que o sublocatário, ajuizando ação renovatória contra o locador, “preste caução de valor correspondente a seis meses de aluguel”, não determinando qual a espécie de caução a ser prestada” (fls. 276).

Admitido o recurso especial pela letra *a*, na origem, subiram os autos a esta Corte, com contra-razões.

O Subprocurador-Geral da República emitiu parecer no sentido de não ser conhecido o recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): O inconformismo da sublocatária recorrente, autora da ação renovatória, está em que o acórdão hostilizado teria violado o artigo 827 do Código

de Processo Civil, na medida em que exigiu caução real, consistente no depósito de valor correspondente a seis meses de aluguel, quando, a seu ver, o § 4º, do artigo 3º, do Decreto nº 24.150/34 não determina a espécie de caução a ser prestada.

Sobre a matéria, consta do acórdão recorrido:

“...ressai do § 4º, do art. 3º, do Decreto nº 24.150/34, que o sublocatário-renovante, na falta de acordo, deve prestar caução correspondente a seis meses de aluguel. Do confronto deste parágrafo com a letra *e* do art. 5º, do mesmo Diploma Legal, verifica-se, sem muito esforço, que o legislador quis estabelecer garantia específica, mais enérgica, quando se trata de sublocatário, naturalmente porque não existe, da parte do locador, a mesma confiança depositada no locatário.

José Nascimento Franco e Niske Gondo argumentam que:

“O § 4º do art. 3º do Decreto nº 24.150 impõe ao sublocatário a obrigação de prestar caução correspondente a seis meses de aluguel ao pleitear a renovação direta da sublocação, uma vez que o acolhimento do seu pedido importa no afastamento do locatário-sublocador da relação locatícia. E se o primitivo inquilino mereceu a confiança do proprietário, o mesmo poderá não ocorrer quanto ao novo locatário” (Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel, Editora Revista dos Tribunais, 7ª edição, pág. 44).

São, portanto, duas modalidades distintas de caução. Uma mais branda, exigida no caso de renovação ajuizada pelo locatário, e outra mais enérgica, a ser oferecida pelo sublocatário. Caso a lei não quisesse distinguir, evidentemente não iria estabelecer as duas modalidades. Aliás, reforça este entendimento o fato de que a caução correspondente a seis meses de aluguel já constava do antigo Código de Processo Civil, e foi inserida na Lei de Luvas através da Lei nº 6.014/73.

A análise feita na sentença hostilizada a respeito da questão não a abordou de frente, pois considerou apenas válida a fiança, sem atentar para o fato de que, no caso, era necessário o oferecimento, por parte da apelada de insubstituível caução correspondente a seis meses de aluguel, ante a falta de acordo entre as partes" (fls. 222/224).

Consta ainda do acórdão:

"Não é lícito ao julgador substituir a caução real, expressamente exigida em lei, por fiança, ao argumento de que esta seria até mais eficiente que aquela. Observe-se que na letra e, do art. 5º, quando o legislador pretendeu exigir fiança o fez de forma expressa. Assim, se no dispositivo em exame fez menção a "caução de valor correspondente a seis meses de aluguel", é porque efetivamente teve manifesto propósito de exigir, do sublocatário — pessoa desconhecida do locador — caução real e não pessoal.

Registre-se, por fim, que as certidões de fls. 52/54 são muito anti-

gas, não tendo sido atualizadas. Concluiu-se daí que não se prestam sequer para comprovar que os imóveis a que se referem pertençam ainda hoje às pessoas que nelas figuram como adquirentes" (fls. 226/227).

Não encontro, no **decisum**, a alegada ofensa ao artigo 827 do Código de Processo Civil, que deve ser analisado e aplicado em conjunto com as demais disposições, notadamente o art. 829 do mesmo diploma legal.

A meu sentir, está correta a decisão do Tribunal de Alçada.

No caso, outra garantia não poderia ser ofertada pela sublocatária senão a caução real, "em valor correspondente a seis meses de aluguel", ante a falta de acordo entre as partes.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 33.002-0 — MG — (93.0006793-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Anselmo Santiago. Recte.: CODEP — Comércio Derivados de Petróleo Ltda. Advogados: Paulo Eduardo Almeida de Mello e outros. Recdos.: Roberto Magalhães Pinto e outro. Advogado: Leonides de Carvalho Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 26.10.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli e Adhemar Maciel.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.756-0 — MG

(Registro nº 93.0012274-6)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Angelo Lourenzo*

Recorridos: *João Evangelista Gonçalves e outros*

Advogados: *Aristoteles Dutra Araújo Atheniense e outros, e Odilon dos Santos Apóstolos e outros*

EMENTA: Processual Civil. Turbação de posse. Ação de Manutenção. Caráter Pessoal. 1. Tem caráter pessoal a ação de manutenção de posse, para obviar atos de sua turbação, consistentes na retirada de madeiras pelo turbador, a dispensar a citação do seu cônjuge para a demanda.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 13 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Angelo Lourenzo recorre, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição Federal, de acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais proferido em ação de manutenção de posse.

Alega contrariedade aos arts. 10, parágrafo único, I, 47 e 214 do Código de Processo Civil, ao ter o acórdão dispensado a citação do cônjuge em ação possessória.

Admitido o recurso, subiram os autos.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Nestes autos, em que se discute sobre turbação feita à posse dos autores, mediante a retirada de árvores, praticada pelo réu, não se vislumbra que seja a natureza da ação de caráter real imobiliário, mas, de fato, eminentemente pessoal, não envolvendo qualquer participação da mulher do turbador na relação decorrente da turbação.

A respeito esta Turma, ao julgar o REsp nº 7.931-MG, da relatoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, afirmou o entendimento, que se acha veiculado em expressiva ementa, situando distinção relevante a respeito do tema:

“I. Sem embargo de respeitabilíssimos argumentos em contrário, em princípio é prescindível a citação do cônjuge nas ações possessórias.

II. Consoante majoritariamente o “V Encontro Nacional de Tribunais de Alçada”, com acerto, “não se tratando de ação real, dispensável é a vênua conjugal para propô-la. Necessidade da citação de ambos os côn-

juges, quando o fato da posse disser respeito ou derivar de atos por ambos praticados”.

Ora, aqui, como se disse acima, a turbação é ato pessoal do réu, não se apresentando necessária a citação de sua mulher para compor o pólo passivo da demanda, ao contrário do que acontece em relação aos autores, que são titulares do domínio e, também, da posse que estão a defender. E do ensinamento de **Pontes de Miranda**, trazido pelo recorrente, se verifica que a exigência de citação do cônjuge é referente ao que chama ele de “possessórias propriamente ditas”, exatamente aquelas consignadas na alternativa referida na ementa acima transcrita.

Não tenho por comprovado o dissídio, já que não se acha demonstrado que os acórdãos trazidos como paradigmas tenham enfrentado situações de fato idênticas ou assemelhadas às do presente feito, em que não se discute posse propriamente dita, senão a ocorrência de atos turbativos da mesma, dos quais apenas o réu participou.

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.756-0 — MG — (93.0012274-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (ER nº 03/93). Recte.: Angelo Lourenzo. Advogados: Aristoteles Dutra Araújo

Atheniense e outros. Recdos.: João Evangelista Gonçalves e outros. Advogados: Odilon dos Santos Apóstolos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 13.12.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 34.988-0 — SP
(Registro nº 93.0013182-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Décio Antônio Piola e outros*

Interes.: *Instituto de Previdência do Estado de São Paulo — IPESP*

Advogados: *Drs. Flávia C. Piovesan e outros, João Lopes Guimarães e outros, e Jorge Atique Sobrinho*

EMENTA: Imposto de renda. Férias não gozadas indenizadas. Não incidência. 1. O pagamento em dinheiro das férias não gozadas, porque indeferidas por necessidade do serviço, não é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e também não representa acréscimo patrimonial, não estando, portanto, sujeitas à incidência do Imposto de Renda. 2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Cesar

Asfor Rocha, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de ação ordinária de repetição de indébito ajuizada por Promotores Públicos contra a Fazenda do Estado e o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, visando o recebimento de importâncias descontadas, à título de Imposto de Renda na Fonte e Contribuição Previdenciária do IPESP, sobre indenização decorrente de férias não gozadas.

Em primeira instância a ação foi julgada parcialmente procedente, acolhido o pedido quanto ao desconto na fonte do Imposto de Renda e afastado quanto a contribuição previdenciária ao IPESP (fls. 295/303).

Apreciando o feito, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso da Fazenda e deu provimento ao apelo dos autores para afastar, também, a incidência da Contribuição devida ao IPESP sobre a indenização de férias não gozadas. Considerou aquela E. Corte que “retenção ou percentual sobre verba que não tem correspondência com futuro benefício não é contribuição previdenciária, é imposto, ou confisco...”

Com relação ao desconto relativo ao Imposto de Renda, entendeu o E. Tribunal a quo que as quantias recebidas à guisa de férias e licenças prêmio em pecúnia, por configurarem indenizações e, não rendimentos, estão constitucionalmente a salvo da tributação por via de IR (fls. 379/388).

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o presente recurso especial, com apoio na alínea *a* do permissivo constitucional, sob alegação de violação à Lei nº 7.713/88, art. 43 do CTN e art. 135 da Lei Complementar Estadual nº 180/78.

Sustenta, em síntese, que “ao não integrar o exaustivo rol de isenções, não há como objetivar que as férias pagas em pecúnia não sejam tributadas, porque estão abrangidas pelo conceito de renda, universo de incidência do referido imposto”, ainda mais considerando que as isenções hão de ser interpretadas restritivamente.

Alega, ainda, que a contribuição previdenciária tem como base de cálculo vantagens remuneratórias de qualquer natureza percebidas dos cofres públicos, incluindo-se aí, as férias em pecúnia, nos justos termos do art. 133 da Lei Complementar nº 180 (fls. 405/413).

Oferecidas contra-razões, foi o recurso admitido (fls. 427/431), subindo os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Discute-se neste recurso especial se o imposto de renda e a contribuição previdenciária para o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, incidem ou não sobre o pagamento em dinheiro de férias não gozadas por interesse do serviço.

Com referência à contribuição previdenciária, o recurso não foi admitido (fls. 427/431), tendo o eminente 3º Vice-Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça afirmado que:

“Todavia, tocante à devolução das importâncias descontadas a título de contribuição previdenciária, o recurso não merece prosperar.

É que o exame da questão como feito, não evidencia violação flagrante, direta de lei federal, dependendo sua verificação, no caso, de interpretação da lei estadual especificamente considerada, o que inviabiliza a seqüência recursal.

Sabe-se que a interpretação de direito local é insusceptível de revisão especial pretendida, conforme anuncia a Súmula nº 280 do Pretório Excelso, aqui aplicável.”

De fato, com referência à incidência ou não da contribuição previdenciária, nenhuma lei federal foi apontada como violada e a única norma legal invocada é a Lei Complementar Estadual nº 180/78 e por ofensa a direito local não cabe o especial (Súmula nº 280 do STF). Por isso, não conheço do recurso na parte referente à contribuição previdenciária.

Com referência ao imposto de renda, vários dispositivos legais, inclusive o artigo 3º, § 4º, da Lei nº 7.713/88 e o artigo 43, incisos I e II, do CTN, são apontados como atingidos pelo venerando aresto recorrido e houve o prequestionamento.

Conheço do recurso no concernente ao imposto de renda, com base na letra a.

Nesta parte o recurso é admissível mas, a meu ver, não merece provimento.

Compete à União instituir o imposto sobre “renda e proventos de qualquer natureza” (Constituição Federal, artigo 153, inciso III) e o pagamento de férias indeferidas por necessidade do serviço não é renda e nem proventos de qualquer natureza. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica de rendas e de proventos de qualquer natureza. Renda é o “produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos” e proventos os “acréscimos patrimoniais” (artigo 43, itens I e II do CTN).

Ora, o pagamento em dinheiro das férias não gozadas porque indeferidas por necessidade do serviço não é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e também não representa acréscimo patrimonial. É ele, na realidade, uma indenização paga ao servidor para compensá-lo dos desgastes sofridos pelo longo período de trabalho, sem gozar do descanso garantido pela lei. A exemplo das indenizações decorrentes de desapropriação ou de acidente de veículos da administração pública o pagamento de férias não gozadas constitui uma indenização. Estabelece a Súmula nº 39 do TFR, que:

“Não está sujeita ao imposto de renda a indenização recebida por pessoa jurídica em decorrência de desapropriação amigável ou judicial.”

É claro que, quando uma pessoa recebe uma indenização como pagamento de seu imóvel atingido pela desapropriação ou pelos danos sofridos em decorrência de acidente envolvendo veículo oficial ou por qualquer outro dano a ela causado por agente público ou lhe paga as férias não gozadas, não está ele recebendo nenhuma renda ou proventos de qualquer natureza. Estas indenizações não são o produto do capital ou do trabalho e não representa qualquer acréscimo patrimonial, benefício, vantagem ou rendimentos. Se não é renda nem proventos, não pode lei nenhuma determinar a cobrança de imposto de renda sobre a indenização de férias não gozadas, porque isto é vedado pela Constituição (artigo 153, item III).

O eminente Juiz singular, em sua bem lançada sentença de fls. 295/303), com razão, acentuou que:

“Entende o respeitado Amauri Mascaro Nascimento que o pagamento de férias vencidas tem natureza indenizatória, como se vê em seu “Curso de Direito do Trabalho”, 2ª edição, 2º volume, pág. 156, e no seu “Compêndio do Direito do Trabalho”, Ed. LTr, 1976, pág. 465, em que, inclusive, discorre sobre a **“indenização substitutiva e proporcional”** pelas férias não gozadas.

Corroborando tal ensinamento, vê-se decisão do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido, em que o ínclito Ministro Barata Silva referiu-se expressamente ao pagamento de férias não gozadas

como sendo **indenização** (Recurso de Revista nº 1.251/77). E, por derradeiro, é de ser, aqui, expressamente citado o enunciado da Súmula de nº 07, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho: “A indenização pelo não deferimento das férias no tempo oportuno será calculada com base na remuneração devida ao empregado à época da reclamação ou, se for o caso, a extinção do contrato”.

O acatado jurista Roque Antônio Carrazza afirma, em seu parecer, que as férias constituem direito que a lei deu aos servidores, que preenchem os requisitos. Em nome do superior interesse público, também pode ter seu desfrute temporariamente adiado, mas, nunca, anulado ou eliminado.

A consequência da não concessão, por necessidade de serviço, das férias, seria a necessidade de uma reparação patrimonial, deixando o agente público indene.

Como já foi dito anteriormente, a Administração freqüentemente susta o direito de seus agentes ao gozo de férias, invocando razões de necessidade de serviço. Com isto, viola os princípios gerais referente ao Direito Social (que preconizam o direito ao descanso e a recomposição das condições físicas do trabalhador), além do preceito constitucional que escuda tal direito (artigo 124, § 3º, da atual Constituição Estadual). Com isto, gera o direito do agente público — **in casu**, o promotor — **ser indenizado** pelo não gozo de tais direitos.

A cobrança do Imposto de Renda sobre o dito pagamento, defende-se a ré, é autorizada pela legislação; tanto pela Constituição Federal (artigo 153, inciso III) como pela Lei Federal nº 7.713/88. Já o Código Tributário Nacional dispõe, em seu artigo 43, sobre o tributo em pauta, que ele tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica jurídica: “I — de Renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II — de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”.

Deve o tributo incidir sobre ganhos ou proventos que causem aumento de patrimônio; ou seja, sobre numerário que venha a somar àquele que já seja propriedade do contribuinte. Mas as indenizações, pela própria natureza jurídica, não causam aumento de patrimônio algum, pois correspondem a uma **recompensação**; a um **prejuízo anteriormente sofrido pela pessoa que as recebe**. Não pode ser considerada renda, pois **não redunda em aumento de patrimônio**.

É do ilustre Geraldo Ataliba, em seu parecer anteriormente mencionado, a seguinte observação: “Indenizar” implica a noção de “compensar ou recompensar o dano ou prejuízo sofrido; reparar” e “Compensar é estabelecer o equilíbrio entre; contrabalancear; substituir” (A. Moraes Silva). O patrimônio deve ficar **índene**, intocado, igual. Semanticamente, indenização é, portanto, reposição de patrimônio no estado em

que se encontrava, antes do dano, ou desfalque sofrido. E conclui, mais adiante: “Como nas indenizações não ocorre acréscimo patrimonial, não há lugar para incidência de imposto de renda. Doutrina e jurisprudência roboram inteiramente a inteligência exposta, ao realizar a exegese da competência tributária da União, inserta no inciso III, do artigo 153, da Lei Maior (e preceitos homólogos dos textos constitucionais anteriores)”.

Absurdo, assim, que se aluda à necessidade da existência de lei infraconstitucional que venha a outorgar isenções para os casos de indenizações, pura e simplesmente porque não são elas tributáveis.

A hipótese cabível, em verdade, é a da **não-incidência**, que é o equivalente, no Direito Tributário, ao não-crime do Direito Penal. Ou, como ensina **José Souto Maior Borges**: “A expressão “não-incidência”, usada comumente pela doutrina de direito tributário em sentido genérico, para abranger todos os casos de inexigibilidade de tributos, pode ser empregada no sentido específico de inexistência de disposição prevendo o fato gerador” (“Isenções Tributárias”; Ed. Sugestões Literárias S/A, 1969, pág. 182). E, mais adiante: “não-incidência é conceito correlacionado com o de incidência. Ocorre incidência de lei tributária quando determinada pessoa ou coisa se encontra **dentro** do campo coberto pela tributação; dá-se não incidência, diversamente, quando determinada pessoa ou coisa se encontra

fora do campo de incidência da regra jurídica de tributação” (op. cit. pág. 183).

Argumentar-se-á que a Lei nº 7.713/88 tratou de isenções a respeito de indenizações, no seu artigo 6º, IV e V. Entretanto, fê-lo, desnecessariamente; ou, como decidiu o ilustre Magistrado Venício Antônio de Paula Salles, ao sentenciar, brilhantemente; o Processo nº 472/90, da Egrégia 9ª Vara da Fazenda Pública: “... o legislador ordinário não poderia escolher estes fatos como desencadeadores do imposto de renda. O legislador ordinário foi totalmente “atécnico”, mas isto é absolutamente normal em nossa legislação, pois “a ele é dado cometer erros não permitidos no estudante de direito” (Prof. Geraldo Ataliba).

Houve, prossegue o Magistrado, uma “falha legal”, e dela não se pode extrair “um raciocínio correto. Este (raciocínio) há de estar contaminado por igual vício. Portanto, o fato de haver previsão legal de isenção para algumas indenizações, não significa que todas as demais se encontram submetidas à cobrança de tributos”. E conclui, com absoluto acerto: “fosse correto este entendimento e as reparações de danos provocadas por acidentes automobilísticos, ou as indenizações decorrentes de desapropriações, estariam sujeitas ao pagamento do imposto federal”.

E de onde provem a diferença? Justamente daquilo que já foi dito; ou seja, de que as **indenizações**

constituem recomposição de patrimônio anteriormente desfalcado. Pura e simplesmente, não podem ser considerados como **renda.** Ou como conclui **Geraldo Ataliba** no já mencionado estudo: “Como as indenizações não se submetem ao conceito constitucional legal e doutrinário de renda, são intributáveis”.

No mesmo sentido, a opinião do Prof. Roque Antônio Carrazza: “A quantia recebida pelo servidor público, a título de ressarcimento, pelas férias e licenças-prêmio vencidas e não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, é simples indenização. É medida reparatória que recompõe seu patrimônio, mas que absolutamente não lhe cria, sob o aspecto jurídico, riquezas novas, é dizer, rendimentos ou ganhos de capital (proventos). Temos por indisputável, pois, que o pagamento, em dinheiro, das férias e licenças-prêmio não gozadas por necessidade de serviço, tem caráter indenizatório. E — reprisemos — indenizações não podem ser objeto de tributação, por via de IR”. (fls. 298/302).

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.988-0 — SP — (93.0013182-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Flávia C. Piovesan e outros. Recdos.: Décio Antonio Piola e outros. Advogados: João Lopes Guimarães e outros. Interes.: Instituto de

Previdência do Estado de São Paulo-IPESP. Advogado: Jorge Atique Sobrinho.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira. Aguarda o Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (em 21.06.93 — 1ª Turma).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA (Relator): Compelido por dúvidas, pareceu-me aconselhável solicitar vista, pórtico regimental propiciador de oportunidade para reflexões mais demoradas. Concluídas, à guisa de registro que se cuida de ação objetivando a repetição de indébito, conseqüente à importâncias descontadas à título de Imposto de Renda, incidente sobre a indenização pecuniária de férias não gozadas.

No seu substancioso voto, o Senhor Ministro Relator averbou:

omissis

“... o pagamento de férias indeferidas por necessidade do serviço não é renda e nem proventos de qualquer natureza. O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica de rendas e de proventos de qualquer na-

tureza. Renda é o “produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos” e proventos os “acréscimos patrimoniais” (artigo 43, itens I e II, do CTN).

Ora, o pagamento em dinheiro das férias não gozadas porque indeferidas por necessidade do serviço não é produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos e também não representa acréscimo patrimonial. É ele, na realidade, uma indenização paga ao servidor para compensá-lo dos desgastes sofridos pelo longo período de trabalho, sem gozar do descanso garantido pela lei. A exemplo das indenizações decorrentes de desapropriação ou de acidente de veículos da administração pública o pagamento de férias não gozadas constitui uma indenização.”

Deveras, a questão não se prende às férias “vendidas” (art. 78, § 1º, Lei nº 8.112/90), hipótese em que, constituindo-se em anômala fonte de renda, parece-me que ocorrerá a incidência do tributo.

Acertada essa exclusão, a trato de pagamento substitutivo e proporcional das férias, não gozadas no tempo oportuno por inquestionado interesse do serviço, seguindo-se as lições doutrinárias colacionadas pelo eminente Ministro Garcia Vieira, consubstanciou-se o direito à uma reparação, pecuniária, gerando a correspondente indenização; daí porque:

“... Deve o tributo incidir sobre ganhos ou proventos que causem

aumento de patrimônio; ou seja, sobre numerário que venha a somar àquele que já seja propriedade do contribuinte. Mas as indenizações, pela própria natureza jurídica, não causam aumento de patrimônio algum, pois correspondem a **uma recomposição; a um prejuízo anteriormente sofrido pela pessoa que as recebe**. Não pode ser considerada renda, pois **não redunda em aumento de patrimônio**.

É do ilustre Geraldo Ataliba, em seu parecer anteriormente mencionado, a seguinte observação: “Indenizar” implica a noção de “compensar ou recompensar o dano ou prejuízo sofridos; reparar” e “Compensar é estabelecer o equilíbrio entre contrabalancear; substituir...” (voto — gfs. originais).

Esse lineamento, ao derredor de que as férias indenizadas não constituem salário, tem o precioso apoio do pranteado ORLANDO GOMES, a dizer: “qualquer remuneração paga ao empregado sem trabalho não é tecnicamente salário” (O salário no Direito Brasileiro — p. 353 — ed. 1957 — Em assim afirmado, calam à fiveleta estas anotações:

“... no mesmo campo do salário e da indenização, se aquele é típico e específico do contrato-de-emprego e, portanto, do Direito do Trabalho, esta, da indenização, tem conteúdo conceitual, também típico e específico, no Direito Comum. E o preceito legal está expresso no art. 1.534, do C. Civil, assim enunciado: “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substi-

tuir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, no lugar onde se execute a obrigação”. Contudo, o princípio mesmo da indenização está consagrado no art. 1.056, do C. Civil, a saber: “Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos”. Os dois preceitos legais invocados, dados, de maneira irretorquível, as medidas certas e adequadas para conceituação de indenização do Direito Comum, e que deve ser aplicada ao Direito do Trabalho, como ramo da mesma Ciência Jurídica”.

.....

Serão tais verbas indenizatórias entendidas como “rendimentos de trabalho assalariado”, para os efeitos da incidência do I. Renda, na fonte?

Segundo a Coordenadoria do Sistema de Tributação, sim.

Deixando de lado o aspecto abrangente dado pela aludida Coordenadoria, sempre no sentido de arrecadar cada vez mais, há que se ater ao princípio maior que regula a tributação sobre rendimentos do trabalho, no sentido de que as indenizações trabalhistas estão isentas sem restrições, a não ser que houvesse lei declarando o contrário, não sendo lícito ao intérprete distinguir se o texto legal não distinguiu. O que há são pareceres normativos e acórdãos isolados, quase todos, na esfera administrativa...” (IRANY FERRARI — “Férias Indenizadas — Tempo de Serviço — Incidência de IAPAS, Imp. Renda e FGTS” — in

Some-se:

omissis

— “... que significa a expressão “renda e proventos de qualquer natureza”? Ou, por outro giro verbal: será que qualquer importância recebida, seja a que título for, pode ser alcançada pelo IR? Entendemos que não.

Obviamente, o art. 21, IV, da Lei Maior, não deu ao legislador ordinário da União liberdade para tributar o que lhe aprouver. Pelo contrário, conferiu-lhe apenas o direito de tributar a renda e os proventos de qualquer natureza.

Melhor esclarecendo, o IR só pode alcançar a aquisição de disponibilidade de riqueza nova, vale dizer, o acréscimo patrimonial, experimentado durante certo período.

Logo, não é qualquer entrada de dinheiro nos cofres de uma pessoa (física ou jurídica) que pode ser alcançada pelo IR, mas, tão-somente, os “acrécimos patrimoniais”, isto é, “a aquisição de disponibilidade de riqueza nova”, como averba, com precisão, Rubens Gomes de Sousa. Tudo que não tipificar ganhos durante um período, mas simples transformações de riqueza, não se enquadra na área traçada pelo art. 21, IV, da CF.

É o caso das indenizações. Nelas, não há geração de rendas ou acréscimos patrimoniais (proventos) de qualquer espécie. Não há riquezas

novas disponíveis, mas reparações, em pecúnia, por perdas de direitos.

Na indenização, como todos aceitam, há compensação, em pecúnia, por dano sofrido. Em outros termos, o direito ferido é transformado numa quantia de dinheiro. O patrimônio da pessoa lesada não aumenta de valor, mas simplesmente é reposto no estado em que se encontrava antes do advento do gravame (**status quo ante**).

Em apertada síntese, na indenização inexistente riqueza nova. E, sem riqueza nova, não pode haver incidência do IR ou de qualquer outro imposto da competência residual da União (neste caso, por ausência de indício de capacidade contributiva).

Assim, conquanto reinem dúvidas sobre o significado, o conteúdo e o alcance da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, a doutrina e a jurisprudência de há muito vêm entendendo que ela não compreende as importâncias percebidas a título de indenização. A respeito, já se pacificaram as inteligências, motivo pelo qual julgamos dispensável ampliar estas considerações.

Enfim, as indenizações não são — e nem pode vir a ser — tributáveis por meio de IR...” (ROQUE ANTÔNIO CARRAZA — “Intributabilidade Por Via de Imposto Sobre a Renda — Férias e Licenças-Prêmio Em Pecúnia”. in Rev. Dtº. Tributário — vol. 39, págs. 165 e 166).

— “A quantia recebida pelo servidor público, a título de ressarcimento, pelas férias e licenças-prê-

mio vencidas e não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, é simples indenização. É medida reparatória que recompõe seu patrimônio, mas que absolutamente não lhe cria, sob o aspecto jurídico, riquezas novas, é dizer, rendimentos ou ganhos de capital (proventos).

Temos por indisputável, pois, que o pagamento, em dinheiro, das férias e licenças-prêmio não gozadas, por necessidade de serviço, têm caráter indenizatório. E — repisamos — indenizações não podem ser objeto de tributação, por via de IR...” (Roque Antônio Carraza — “Novas Considerações Sobre a Intributabilidade, Por via de Imposto Sobre a Renda, Das Férias e Licenças-Prêmio Recebidas Em Pecúnia” — in Rev. de Dtº Tributário — nº 52 — p. 181 — gf.).

Conforme, pois, essas eméritas considerações, pagamento das férias, indeferido o seu aproveitamento por necessidade do serviço, as verbas percebidas têm a natureza jurídica de indenização. Ilógico seria interpretação diversa, inclusive porque, além do sacrifício à saúde, impedido o gozo do descanso, seria duplamente apenado com a incidência do Imposto de Renda sobre a compensação monetária.

Enfim, exprimindo o pagamento das férias não gozadas por necessidade de serviço a reparação pecuniária, tem a natureza de indenização e seria injusto, com a anulação parcial dos seus efeitos, de diminuí-la no seu valor pela incidência do

Imposto de Renda. A rigor, seria modificar o conceito da reparação sofrida pelo servidor, decorrente de lesão ao seu direito constitucional de férias anuais remuneradas (arts. 7º, XVIII, e 39, § 2º, CF).

Amarradas as razões, na espécie examinada, convencido da não incidência do Imposto de Renda, acompanho o voto do eminente Relator Garcia Vieira, improvendo o recurso.

É o meu voto-vista.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: **Data venia** do Sr. Ministro Relator, fico vencido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 34.988-0 — SP — (93.0013182-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Flávia C. Piovesan e outros. Recdos.: Décio Antonio Piola e outros. Advogados: João Lopes Guimarães e outros. Interes.: Instituto de Previdência do Estado de São Paulo-IPESP. Advogado: Jorge Atique Sobrinho.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, negou provimento ao recurso (em 06.10.93 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.880-9 — SP

(Registro nº 93.0016364-7)

Relator: *O Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro*

Recorrente: *Jair Cesário da Silva*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogado: *Dr. Euro Bento Maciel*

EMENTA: Recurso Especial. Constitucional. Advogado. Inviolabilidade. O art. 133, da Constituição da República consagra a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Assim deve ser para a postulação, em juízo, ser plena, inadmissível qualquer cerceamento. O princípio, porém, não se confunde com a conduta ilegal. Essa restrição, aliás, alcança qualquer pessoa, compreendendo também o Ministério Público e o magistrado. Ao advogado cumpre exercer a profissão com o vigor reclamado, guardando, porém, limites, embora, com veemência, exercite a profissão respeitando a reputação, a dignidade e o decoro de outrem.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 09 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso especial interposto por Jair Cesário da Silva, com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional contra *r.* acórdão do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo que rejeitou embargos infringentes opostos contra acórdão que, ao dar provimento a recurso em sentido estrito, determinou o processamento da denúncia oferecida contra o ora recorrente, afastando a aplicação do art. 142, III, do Código Penal.

Foi oferecida denúncia contra o ora recorrente, delegado de polícia,

por violação aos artigos 139 e 140, do Código Penal por haver lançado informações difamantes e injuriosas contra promotor de justiça ao responder expediente administrativo, referente a um outro delegado instaurado junto a Corregedoria Civil.

O recorrente alega que o v. acórdão negou vigência ao artigo 142, inciso III, do Código Penal, além de divergir de julgado de outros Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta:

“Não há dúvida de que, decidindo da forma como decidiu, isto é, restringindo a inviolabilidade insculpada no artigo 142, inciso III, do CPB, e recusando-se, mesmo em sede de defesa preliminar de funcionário público injustamente processado no exercício da função e em razão dele, e em caso de crime contra a honra com sua natureza especialíssima quanto ao elemento subjetivo, a examinar a presença, ou não, caso concreto, do **animus diffamandi vel injuriandi**, o venerando aresto profligado deixou escancaradas as portas do apelo deradeiro, quer pela alínea *a*, quer pela alínea *c*, do permissivo constitucional” (fls. 167/168).

Contra-razões às fls. 199/204.

Despacho admitindo o recurso especial pela alínea *c* às fls. 206/210.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo improvimento do recurso (fls. 219/222).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A interpretação sistemática do Código Penal evidencia que o art. 142 é meramente declaratório. Especifica hipóteses de excludente de ilicitude. Tanto assim, melhor seria à seguinte redação: “não constitui injúria ou difamação punível”, fosse escrito: “não há injúria nem difamação”. Dois institutos relacionados no art. 23 estão aqui colocados: o exercício regular do direito e o estrito cumprimento do dever legal. O primeiro nos incisos I e II, o último no inciso III. Esta colocação facilita a interpretação incidente no caso **sub judice**.

Data venia da douta sustentação oral, os comentários de Nelson Hungria lidos pelo advogado, não se aplicam ao caso concreto. O ilustre Mestre nos seus escólios bem acentua e, aliás, acentuados da tribuna, o funcionário público não comete infração penal quando, no específico dever do cargo, é compelido a prestar informação desairosa, eventualmente, a determinada pessoa. Exemplo: o chefe da repartição a fim de informar lista de promoção, emite juízo de valor a respeito dos inferiores hierárquicos. Poderá, eventualmente, ter necessidade, em homenagem à legalidade e à moralidade administrativa, de fazer referências desabrosas a determinado servidor. Porque, vejam, no conceito desfavorável emitido por funcionário, em apreciação ou informação

que preste no cumprimento de dever de ofício, é compelido, não pode se furtar. O servidor, nem sempre, tem a possibilidade de somente agradar. Muitas vezes, desagrada também. Por isso, o art. 142, inciso III, é espécie de exclusão de criminalidade, do estrito cumprimento do dever legal.

Ora, no caso presente, foi lida parte da sentença. Importante esta passagem:

“O Promotor de Justiça, substituído, com a decisão da autoridade apavorando-se, em dono da verdade, de forma arrogante e pretensiosa, em uma atitude anã, eivada de complexos”, e mais, “Nenhuma autoridade tem a disponibilidade da lei, porém, a sua interpretação e prerrogativa condicional com justificativa a eliminação, pois a atitude imatura com objetivos escusos, com esses têm sido uma constante”.

Sem dúvida alguma, poderia, o delegado, em havendo o fato, mencionar tudo isso. Todavia, que especificasse o fato. Inadequado fazer mera qualificação através de adjetivos desairosos.

Esta Turma, podemos dizer, este Tribunal, quando interpreta o art. 133 da Constituição, que confere a inviolabilidade ao exercício da profissão do advogado, firmou entendimento de que, tal como para o Delegado de Polícia, para o Promotor, para o Magistrado, há necessidade de todos quantos atuam em processos, guardar linguagem compatível com a tradição dos auditórios. Não

é possível um Magistrado, ao dar a decisão, ofender injustificada e desnecessariamente uma das partes ou quem esteja nele atuando. A inviolabilidade significa que o advogado, no desempenho da sua nobilitante e indispensável profissão, não seja coactado, impedido de postular aquilo que a lei lhe permite. Entretanto, não pode valer-se de linguagem ofensiva. Repito, a conduta também se impõe ao Magistrado.

Essa orientação foi consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, podendo trazer-se à colação, julgado de que foi Relator o Eminentíssimo Ministro Nery da Silveira.

O Colégio Maior, então, à unanimidade, deu, como fizera o Superior Tribunal de Justiça, os limites exatos do art. 133.

No caso presente, **data venia**, dizer que há objetivos escusos, atitude imatura, anã, ainda que não sejam ofensivas da reputação, todavia, ofendem a dignidade e o decoro, a chamada honra subjetiva.

O Delegado tem obrigação de ser veemente, muitas vezes, nas suas afirmações sem, entretanto, extrapolar o limite do necessário, sem atacar, sem dirigir à pessoa. Está-se, aqui, percebendo, facilmente, não está se referindo ao Promotor, mas à pessoa do Promotor. E, ao dizer fins escusos, demonstra-se atitude ilegal, talvez pecaminosa, do representante do Ministério Público ao oferecer a sua opinião.

Não diviso, portanto, nenhuma ilegalidade no venerando acórdão recorrido. Diante dos limites que os

elementos dos autos informam, evidentemente, não poderia invocar, na hipótese, a excludente ao art. 142, inciso III, do Código Penal. Ademais, e nisso concordaria com o Ilustre Advogado, a figura da infração penal exigiria o elemento subjetivo. Mas não podemos, no recurso especial, notadamente, da maneira como foi posta no aresto, revolver as provas. Se houve ou não o intuito, inclusive se presente o elemento subjetivo do tipo, obstáculo que nos é posto pela Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça.

O direito, por fim, é fato e norma. Para haver o dissídio jurisprudencial é necessário que haja confronto analítico. Não só identidade da norma, mas também identidade do fato. Os acórdãos trazidos não exauram a ponto de se dizer que as decisões invocadas têm um tratado de modo uniforme.

Em sendo assim, não divisando sequer o dissídio jurisprudencial, e não havendo ofensa à norma de lei federal infraconstitucional, não conhecimento do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, acompanho o voto de V. Exa., e quero aduzir que informação dessa natureza não pode, jamais, ser considerada como não injuriosa nem difamante. O art. 142 do Código Penal estabelece:

“Art. 142 — Não constituem injúria ou difamação punível:

I — a ofensa irrogada em Juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II — a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III — o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício”.

Segundo o que o eminente Advogado, da tribuna, sustenta, em defesa do seu constituinte, com base no item III do art. 142, essas informações prestadas constituem ofensa, é uma adjetivação que jamais poderá ser dirigida a uma autoridade, chamando-a de anã, de inescrupulosa; circunstância essa que fere a dignidade, a honra, a sensibilidade da pessoa humana.

Tenho a certeza de que, se essas ofensas fossem feitas ao acusado, evidentemente, ele estaria aqui, também, em sua defesa e protestando contra ato desta natureza.

O voto do eminente Relator foi de uma precisão, de uma clareza que não deixou dúvida, como também a sustentação e promoção do Ministério Público, onde demonstrou, à sociedade, que a figura da difamação, da injúria estava evidente.

Acompanho o eminente Ministro Relator, *data venia* à sustentação brilhante do ilustre Advogado.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, não obstante a brilhante sustentação do advogado, V. Exa. enfocou um aspecto que muito me impressionou: o recorrente, delegado de polícia, quando prestou suas informações, não acrescentou fato algum. Fez um jogo de palavras, achacando a honra do promotor de justiça, com “atitude anã”, “ilibado saber jurídico”, “de forma arrogante”, “fins escusos”, enfim, agiu dolosamente.

V. Exa. lembrou bem que esse dispositivo penal, que se encasa no art. 23 do Código Penal, inciso III, foi feito para proteger casos como o de um chefe, ao prestar informações, por dever de ofício, menciona “um funcionário relapso, preguiçoso”. Aí, sim, ele está dando fatos. Mas, no caso concreto. O recorrente, o delegado, não apresentou fato algum. Jogou com esse palavreado todo, apenas para ofender a honra do Ministério Público.

Acompanho V. Exa.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.880-9 — SP — (93.0016364-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Recte.: Jair Cesário da Silva. Advogado: Euro Bento Maciel. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Sustentaram oralmente, o Dr. Euro Bento Maciel, pelo recorrente e o Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, Subprocurador-Geral da República.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.11.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido de Carvalho Filho, Pedro Acioli, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.981-3 — BA

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Luiz Sérgio de Carvalho Barros*

Advogados: *Renato Reis Brito e outros*

Recorrido: *Ministério Público do Estado da Bahia*

EMENTA: Recurso Especial. Penal. Dispositivo legal. Falta de indicação. Dissídio. Não conhecimento. 1. Não se conhece de recurso especial, pela letra *a* do permissivo constitucional, que simplesmente alude afronta à dispositivo infraconstitucional, sem individualizá-lo. 2. Igualmente, a transcrição isolada de acórdão paradigma, sem confronto analítico deste, com o acórdão objurgado, não serve para admitir-se o recurso por dissenso jurisprudencial, de que trata a letra *c* do mesmo permissivo. 3. Recurso Especial que não se conhece.

ACÓRDÃO

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

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI: Adoto

integralmente o relatório da douta Subprocuradoria Geral da República (fls. 849/850), nestes termos:

“Trata-se de recurso especial interposto contra o v. acórdão de fls. 579/583, que deu provimento ao recurso de apelação do ora recorrido, para cassar a decisão do E. Tribunal Popular, submetendo o ora recorrente a novo julgamento.

Consta dos autos que o ora recorrente, delegado de polícia, foi denunciado (fls. 214), como incurso nas penas do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal sendo, posteriormente, pronunciado nas sanções referidas (fls. 295/315), pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Privativa do Júri de Salvador-BA.

De conseguinte, interpôs o ora recorrente recurso em sentido estrito

(fls. 320/365), o qual foi improvido pela Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em acórdão de fls. 311/314, assim ementado, **verbis**:

“Homicídio. Desclassificação para modalidade culposa. Pronúncia. Convencimento da existência do crime e indícios de sua autoria.

— A apreciação sobre o valor da conduta típica (culpabilidade) e da juridicidade do ato, são da competência do Tribunal do Júri.

— Age com absoluto acerto o Juiz que pronuncia o acusado, convencido da existência do crime e de indícios de sua autoria.”

Transitada em julgado a v. decisão suso referida, foi o ora recorrente submetido a julgamento, perante o E. 2º Tribunal Popular daquela capital, que acolhendo a tese apresentada por sua defesa, desclassificou o delito para a modalidade culposa.

Sentenciado pelo Dr. Juiz Singular a **quo**, restou o recorrente condenado a uma pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, substituída por duas penas restritivas de direito (fls. 510/512).

Irresignados, tanto o Ministério Público (fls. 510/543) como a parte assistente (fls. 547/549), interpuseram recursos de apelação, que julgados em divergência com o parecer ministerial de fls. 564/583, assim ementado, **verbis**:

“Júri. Inexistência homicídio culposo. A prova dos autos não autoriza a opção do Tribunal do Júri. De-

cisão arbitrária. Provimento do recurso ministerial.

— Escapando do conjunto probatório, a decisão dos jurados não é soberana. Não se coadunando a culpa com a prova dos autos, manda-se o réu a novo julgamento. Apelação provida.”

Inconformado, interpôs o réu-recorrente, recurso especial (fls. 585/660) e extraordinário (fls. 707/826), aditado o primeiro pela petição de fls. 663/704, visando a reforma do v. acórdão recorrido.

Aduz, em síntese, o recorrente, que o v. aresto recorrido malferiu o disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, posto que contrariou a decisão soberana do Tribunal do Júri, que considerou a sua conduta culposa.

Admitidos os recursos (fls. 842/843 e 844/845), sobem os autos com parecer ministerial pelo conhecimento e provimento do especial.”

Após, a douta Subprocuradoria Geral da República, opina pelo não conhecimento do recurso ou, se não, pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CID FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, o presente recurso (fls. 585/660), tem como premissa de interposição, o seguinte, **verbis**:

“Fundamentada sua pretensão o art. 105, inciso III, alínea *a* da Lei

Maior, instituto perfeitamente legal, como adiante se demonstrará.”

E, como legislação ferida, afirmou (fls. 589/590) **verbis**:

“Todavia, assim não admitiu o acórdão atacado, preferindo outra hipótese, malferindo a soberania dos **veredicta** do Júri, consagrada no inciso XXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal, que merece transcrito...”

Em nenhum outro momento de seu arrazoado, fez qualquer menção a ferimento à legislação federal, mas, apenas, à própria Constituição, o que impossibilita seu conhecimento pelo permissivo da letra *a*, escolhido.

Tivesse o recorrente, mesmo assim, apontado o dispositivo violado mas, sem apontar a contrariedade deste com o acórdão atacado, já não seria de admiti-lo, como assente na jurisprudência deste E. Superior Tribunal.

Mas **in casu**, nem esta alusão foi feita, o que fere mais diretamente a orientação jurisprudencial desta E. Corte, conforme, também tenho entendido, haja vista, a seguinte ementa, da qual fui Relator:

“Agravamento regimental. Não particularização dos dispositivos legais. Inviabilidade do recurso especial.

— A mera alusão a artigos de lei, cuja afronta é sustentada não basta para viabilizar o recurso especial.

— Agravamento desprovido” (in DJ de 03 de maio de 1993).

Em recentíssima decisão, assim se mostrou ementado o acórdão do AR/AG nº 35.753-8/SP, de que foi Relator o eminente Ministro Cesar Rocha, **verbis**:

“Processual Civil. Recurso Especial. Dispositivo legal violado. Falta de indicação. Não conhecimento.

— Não comporta conhecimento recursal especial interposto sem a indicação precisa do dispositivo infraconstitucional que se reputa contrariado.

— Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do STF.

— Agravamento regimental desprovido” (in DJ de 22/11/93).

No entanto, numa tentativa de não prejudicar o ora recorrente, vejo que, apesar de não fundamentar seu recurso pela letra *c* do permissivo recursal constitucional, fez ele menção (fls. 592), a um acórdão do E. STF, em que pretende demonstrar sua divergência com o *v. acórdão* recorrido.

Mesmo assim, em que pese tal esforço em admitir o recurso pelo dissídio jurisprudencial, o aresto paradigma vem isolado, apenas com a indicação da fonte (ADCOAS, verbatim 131.249), sem qualquer confronto analítico entre a decisão objurgada o paradigma apontado, o que, é cediço, cabe ao recorrente estabelecer, sob pena de não se ter caracterizado o dissenso pretoriano.

Assim, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 35.981-3 — BA —
(93.0016719-7) — Relator: Exmo. Sr.
Min. Cid Flaquer Scartezzini. Rec-
te.: Luiz Sérgio de Carvalho Barros.
Advogados: Renato Reis Brito e ou-
tros. Recdo.: Ministério Público do
Estado da Bahia.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, não conheceu do recurso (em
06.12.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs.
Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal,
Jesus Costa Lima e José Dantas.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 36.227-0 — MG (Registro nº 93.0017574-2)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio Torreão Braz*

Recorrentes: *Holme Manoel da Costa e cônjuge*

Recorridos: *Maria Madalena Fofano e outros, e Joana Quinelato Bote-
lho e outros*

Advogados: *Drs. Aristóteles Dutra Atheniense e outros, Carlos Mário Vel-
loso Filho, Gustavo Capanema de Almeida e outros, e Dal-
va Maria da Silva Lopes*

EMENTA: Estatuto da terra. Arrendatário rural. Direito de prefer-
ência no caso de alienação do imóvel (Lei nº 4.504/64, art. 92, §§
3º e 4º). 1. A função social da terra não estará sendo cumprida, con-
soante os fins visados pela Lei nº 4.504/64, em seu art. 92, se o ar-
rendatário não tira o seu sustento da gleba arrendada, exploran-
do-a diretamente com o seu grupo familiar. 2. Acórdão que se fun-
dou sobretudo no exame da prova produzida no processo. 3. Re-
curso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-
tes autos, acordam os Ministros da
Quarta Turma do Superior Tribunal
de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a se-
guir, por unanimidade, não conhe-
cer do recurso. Votaram com o Rela-
tor os Srs. Ministros Fontes de
Alencar e Barros Monteiro. Ausen-
te, ocasionalmente, o Sr. Ministro

Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 28 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro ANTÔNIO TORREÃO BRAZ, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): Trata-se de ação de preferência promovida por Holme Manoel da Costa e s/mulher, na qualidade de arrendatários, para a aquisição de um imóvel rural vendido pelos sucessores do arrendador, sem notificação.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação, ao fundamento de que houve notificação dando aos autores a preferência na aquisição e de que estes não atendem aos requisitos alinhados no art. 38 do Decreto nº 59.566, de 1966, tais como a exploração direta e pessoal com seu conjunto familiar, residência no imóvel e dependência econômica da área arrendada.

A E. Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação dos autores, ensejando o presente recurso especial, à base das alíneas a e c do permissivo constitucional, em que se alega contrariedade aos arts. 515, § 1º, do CPC e 92, § 4º, do Estatuto da Terra, além de dissídio jurisprudencial.

O recurso não foi admitido no Tribunal de origem, tendo subido por força de despacho proferido em agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ (Relator): As instâncias ordinárias desacolheram a pretensão dos autores porque eles não preenchiam os requisitos estipulados no Estatuto da Terra, pois restou comprovado que possuíam dois imóveis rurais, um em Visconde do Rio Branco, outro em Divinópolis e que não residiam na gleba arrendada, mas na citada cidade de Visconde do Rio Branco.

Assinala o v. acórdão recorrido, citando precedente da mesma Corte, que “os direitos que o Estatuto da Terra assegura ao arrendatário não se aplicam a todo e qualquer arrendatário, mas apenas ao que não tenha terreno próprio e que explore, pessoalmente, ou com sua família, a gleba arrendada, dela tirando a sua subsistência.” E remata:

“Tal direito não pode, à toda evidência, beneficiar os apelantes, que nunca residiram no imóvel, onde possuem um empregado e ainda reside um terceiro, embora de favor; possuem dois outros imóveis e ainda têm renda de aposentadoria, segundo o depoimento pessoal do próprio apelante varão, às fls. 276.

Assim, se não exploram o imóvel pessoalmente, com seu próprio trabalho e porque possuem outras gle-

bas, não podem os apelantes beneficiar-se do direito à preferência na aquisição da gleba arrendada.”

O Estatuto da Terra objetivou proteger os mais fracos, assegurando a função social aos imóveis rurais. Essa função social não estará sendo cumprida se o arrendatário não tira o seu sustento da gleba arrendada, explorando-a diretamente com o seu grupo familiar.

Não há como dividir no caso afronta aos dispositivos de leis federais antes mencionados e muito menos em discrepância com os paradigmas colacionados, mesmo porque o v. acórdão recorrido se escorou sobretudo na prova dos autos, cujo reexame é vedado em sede de recurso especial.

Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Presidente): A situação fática que as instâncias ordinárias desenharam e que V. Exa. reproduziu transborda da legislação específica. Para se chegar à conclusão diversa, ter-se-ia que reexaminar a prova, o que não é dado na estreitura do recurso especial, como bem disse V. Exa., a teor da súmula editada por esta Corte.

Acompanho o voto de V. Exa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente,

também acompanho, acrescentando aos fundamentos aduzidos pelo eminente Relator que o acórdão fez alusão à exigência da correção monetária sobre o preço. Conforme temos decidido reiteradamente, a correção monetária não constitui um acréscimo, um “plus”, mas mera recomposição da identidade da moeda corroída pela inflação.

Por essa razão, também não vejo qualquer contrariedade ao disposto no art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.227-0 — MG — (93.0017574-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Antônio Torreão Braz. Recus.: Holme Manoel da Costa e cônjuge. Advogados: Aristóteles Dutra Atheniense e outros. Recdos.: Maria Madalena Fofano e outros. Advogados: Gustavo Capanema de Almeida e outros. Recdos.: Joana Quinelato Botelho e outros. Advogada: Dalva Maria da Silva Lopes. Sustentou, oralmente, o Dr. Carlos Mario Velloso Filho, pelos recorrentes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 28.09.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.689-5 — RJ

(Registro nº 93.0018780-5)

Relator: *O Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Duagro S/A Administração e Participações*

Recorridos: *Banco Inter-Atlântico de Investimentos S/A*

Advogados: *Drs. Adriana de Luca e outros, e Ronoel da Motta Souto e outros*

Sust. Oral: *Dr. Antônio Carlos Dantas Ribeiro (pela recorrente)*

EMENTA: 1 Processo Civil. Liquidação de sentença por cálculo do contador. Ato judicial recorrível. Do ato judicial que remete os autos ao contador, para elaborar cálculo ou para atualizá-lo, não cabe nenhum recurso, ainda que o Juiz, ao assim proceder, forneça diretrizes ou trace rumos para o contador. Cabe recurso, isto sim, do ato de homologação do cálculo ou de sua atualização. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Brasília, 21 de setembro de 1993 (data do julgamento).

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

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Para negar provimento a agravo de instrumento, interposto de decisão que homologara cálculo elaborado por contador, ou sua atualização, o acórdão, por maioria de votos, deu pela preclusão (tal levantada pelo agravado na sua resposta), *in verbis*:

“Inicialmente, cumpre que se examine a preliminar do agravado, sustentando a preclusão da decisão estampada na xerox de fls. 44, reprodução de fls. 1.133 dos autos principais.

É indiscutível, *data venia*, que tal matéria realmente está preclusa, pois de tal decisão não foi inter-

posto qualquer recurso, estando a questão já decidida, não rendendo ensejo a uma outra decisão.

E nem se diga que se trata de mero despacho ordenando o envio dos autos ao Contador para elaboração de cálculos.

Não. Não é isto o que se passou.

Trata-se de uma decisão, na qual o Dr. Juiz apreciou o mérito da questão, e decidiu o mesmo, assim dispondo:

‘O credor alega insuficiência do depósito, estribado na necessária aplicação do índice de 70,28%, de janeiro de 1989.

Vai ao ponto de dispensar o índice intercorrente ao chamado ‘plano Collor’.

Ora, o cálculo há de ser compatível com a inflação do período, sob pena de locupletamento do devedor.

É a nossa maldição.

Assim, refaça-se a conta, nela incidindo o percentual de 70,28% correspondente à inflação do mês de Janeiro de 1989’.

A seguir, determinou a ida dos autos ao Contador.

Assim, claro está que a questão foi decidida em tal despacho e o mesmo não foi atacado por qualquer inconformismo e, conseqüentemente, por qualquer recurso.

Assim sendo, preclusa ficou tal matéria, eis que já decidida, por forma incontroversa, não rendendo ensejo a posterior recurso.

Por tais fundamentos, rejeita-se o presente agravo, acolhendo a preliminar levantada pelo agravado, ficando vencido o Juiz Relator, que entendeu não ter ocorrido a preclusão e, no mérito, provia o recurso para reformar a decisão agravada.”

Inconformada, a agravante ofereceu recurso especial, com assento nas alíneas *a* e *c*, art. 105-III da Constituição, admitido por este despacho do Juiz Amaury Arruda:

“Alega que o artigo 504 do Código de Processo Civil foi ‘literalmente violado’, eis que o despacho de fls. 44 se classifica como de mero expediente ‘porque, apesar de conter uma instrução ao contador para incluir determinada parcela no cálculo, não causa ainda lesão ao direito do executado que terá oportunidade de manifestar-se sobre a carta e de recorrer da sentença homologatória’.

Acrescenta que o preceito supracitado deve ser combinado com a regra do artigo 605 do mesmo **Codex**, porquanto a lei oferece às partes, no processo de execução, duas oportunidades para impugnar a conta: ‘uma, depois da sua apresentação, outra, depois de sua aprovação’.

Aduz, ainda, dissenso interpretativo.

Quanto à alínea *a* do permissivo constitucional, entendo improsperável a pretensão recursal.

Os limites traçados no recurso especial, por óbvias razões, quais

sejam, as atinentes à limitação de se construir uma terceira instância, não estão a oferecer espaço à discussão da matéria, que foi apreciada e decidida pela Egrégia 5ª Câmara deste Tribunal, à luz do que dispõe a legislação aplicável à espécie.

Em que pesem os louváveis argumentos do ora recorrente, a aplicação da lei de acordo com o caso concreto, por parte dos eminentes julgadores, não se pode constituir em violação à lei federal.

Entretanto, trazendo o recorrente à colação, ao fundo de sua peça recursal decisão divergente da tese esposada pelo v. acórdão hostilizado, cumpridas as exigências inculpidas no artigo 255 e seus parágrafos do Regimento Interno da Superior Corte de Justiça, admito o recurso com esteio na alínea c do inciso III do artigo 105 da Lei Básica Federal."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Valendo-se dos arts. 504 e 605 do Cód. de Pr. Civil, bem como de precedentes jurisprudenciais, inclusive um de que fui relator, citado por **Theotônio Negrão** em nota ao art. 504, e outros publicados nas RF's 251/192 e 300/249 e RJTJSP-111/357, a recorrente sustenta que o ato de fl. 44, mandando os autos ao contador para que fosse refeita a conta, não era recorável. Mas, recorável, isto sim,

era e é, a seu ver, o ato judicial que, rejeitando a sua impugnação, homologou o cálculo.

Com efeito, em 12.8.91, o Juiz lançou nos autos o despacho aqui reproduzido à fl. 44, remetendo-os ao contador, conforme se pode ver do relatório. Em 13.12.91 decidiu assim:

"I — Não conheço da impugnação aos cálculos de fls. 1.145/1.147, por abordar matéria preclusa (decidido no r. despacho de fls. 1.133); por outro lado, nos cálculos de fls. 1.142/1.144 foi observado o valor do saldo fornecido pelo BANERJ. Rejeito, neste ponto, a impugnação e homologo os cálculos para que produzam os devidos efeitos.

II — E. mandado de levantamento em favor do Exequente pelas parcelas liberadas (quanto aos depósitos em cruzados novos) e pela totalidade dos depósitos em cruzeiros."

Era recorável o primitivo ato judicial? Acho que não. Do segundo ato, exatamente aquele que homologou o cálculo, ou melhor, a sua atualização, cabia recurso. No extinto Tribunal Federal de Recursos, nos idos de 1987, ementei dessa forma o Ag nº 49.391: "Processo Civil. Ida dos autos ao contador. Irrecorribilidade do despacho, à vista do art. 504 do Cód. de Pr. Civil. Agravo não conhecido" (in DJ de 1º.10.87). No Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RMS nº 695, adotei essa orientação, escrevendo para o acórdão a seguinte ementa: "Processo Civil. Ida dos

autos ao contador. Irrecorribilidade, à vista do art. 504. Segurança dene-
gada, na origem. Recurso ordinário
improvido" (DJ de 18.2.91). Da 4ª
Turma, consultem-se os REsp's n
17.014, Sr. Ministro Athos Carnei-
ro, e 24.600, Sr. Ministro Barros
Monteiro, aqui citados por suas
ementas:

— "Liquidação de sentença por
cálculo do contador. Recurso cabí-
vel.

Aplicação do princípio da fungibi-
lidade recursal, no caso concreto.

Não comporta recurso o despacho
do Juiz que aprecia pedidos das
partes e traça rumos ao cálculo a
ser feito pelo contador. Da senten-
ça, então, caberá apelação.

Recurso especial conhecido pelo
dissídio, mas não provido" (DJ de
16.11.92).

— "Execução. Cruzados novos
bloqueados. Índices de atualização
do débito. Compensação.

Feito o levantamento de todos os
cruzados novos bloqueados, restou
sem objeto a pretensão da recorren-
te de saldar a sua dívida mediante
a transferência de titularidade.

Não comporta recurso o despacho
do Juiz que ordena a remessa dos
autos ao Contador, ainda que tenha
traçado rumos para a elaboração do
cálculo. Precedentes.

Recurso especial não conhecido"
(DJ de 8.3.93).

Do presente recurso especial co-
nheço e lhe dou provimento, para
que, afastado o motivo que o levou

a rejeitar o agravo, o Tribunal reto-
me o seu julgamento.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO
RIBEIRO: Srs. Ministros, tenho co-
mo certo, **data venia**, que a hipóte-
se não é de despacho de mero expe-
diente, já que não se trata simples-
mente de remeter os autos ao con-
tador, mas decidir uma questão in-
cidente, ou seja, determinar que se
faça uma correção no cálculo. Entre-
tanto, o eminente Sr. Ministro Re-
lator apontou precedentes, desta e
da 4ª Turma e, assim sendo, em te-
ma dessa natureza, recomenda-se a
estabilidade, até mesmo porque a
parte poderia ser surpreendida, dei-
xando de apresentar o recurso, fia-
do na jurisprudência desta Corte, e,
depois, ter-se como preclusa a deci-
são de que não recorreu.

Com essas considerações, e feita
a ressalva que apontei, acompanho
o eminente Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO
SANTOS: Sr. Presidente, também
me pareceu, à primeira vista, que o
Juiz havia decidido algo que compor-
taria naturalmente recurso por par-
te do interessado, mas as razões
apresentadas pelo Eminente Relator,
em seu voto, bem assim os preceden-
tes, levam-me a acompanhá-lo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.689-5 — RJ —
(93.0018780-5) — Relator: Exmo.
Sr. Min. Nilson Naves. Recte.: Dua-

gro S/A Administração e Participações. Advogados: Adriana de Luca e outros. Recdo.: Banco Inter-Atlântico de Investimentos S/A. Advogados: Ronoel da Motta Souto e outros. Sustentou oralmente, o Dr. Antonio Carlos Dantas Ribeiro, pelo recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial

e lhe deu provimento (em 21.09.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.732-8 — SP

(Registro nº 93.0018888-7)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Sílvio A. Duarte e Companhia Ltda.*

Recorrido: *Olócio Bueno Filho*

Advogados: *Dr. Luiz Fernando Granzeira Silva e outro, e Marcello Pereira Araújo e outros*

EMENTA: Processual Civil. Recurso de Apelação. Prazo. Sistema de protocolo integrado. 1. A interposição de recurso, no Estado de São Paulo, em comarca diversa, pelo sistema de protocolo integrado, dentro do prazo legal, considera-se tempestiva mesmo que a petição tenha sido juntada aos autos posteriormente. Precedentes deste Tribunal (REsp nºs 20.845-6-SP e 28.487-2-SP). 2. Esse critério não se aplica aos recursos de competência do STJ. 3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para afastar a intempestividade, cassar o acórdão recorrido e determinar o julgamento da apelação, como for de

direito, e, em consequência, declarar prejudicada a medida cautelar apensada aos autos. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima, José Dantas e Cid Flaquer Scartezini.

Brasília, 1º de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Trata-se de recurso especial interposto por Sílvio A. Duarte & Companhia Ltda. com base no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que não conheceu do recurso de apelação por intempestivo, *in verbis*:

“Publicada a r. sentença na imprensa oficial, no dia 15/05/92, o último dia de prazo para a apelação ocorreu em 1º/06/92.

A petição de interposição foi protocolada no dia 28/05/92, na Comarca de Santo André, e só deu entrada na de São Bernardo do Campo aos 03/06/92, portanto, a destempo.

É que a unificação do protocolo em todo o Estado de São Paulo como preleciona THEOTÔNIO NEGRÃO, in “CPC Comentado”, 21ª ed., RT, art. 508, nota 17, “apenas assegura ao interessado a comodidade de apresentar seu recurso em qualquer comarca, correndo, porém, o risco da

intempestividade, se a petição der ingresso fora do prazo no protocolo competente” (fls. 85/86).

Alega a recorrente que a decisão atacada negou vigência aos arts. 508 e 514, parágrafo único, do Código de Processo Civil, além de estabelecer divergência com acórdão desta Corte e de outros Tribunais.

Contra-razões às fls. 111/115.

O locatário, durante o processamento do recurso, ingressou com medida cautelar pleiteando efeito suspensivo, o que foi deferido liminarmente pelo Relator, com homologação pela Turma, conforme consta dos autos apensados.

Admitido o recurso apenas pela letra *a*, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Consta dos autos que a sentença de 1º grau foi publicada em 15 de maio de 1992, sexta-feira, vencendo-se o prazo para apelação no dia 02 de junho. A petição de recurso foi protocolada em 28 de maio, na comarca de Santo André, dando entrada no Fórum de São Bernardo do Campo, comarca de origem, no dia 03 de junho de 1992 (fls. 65 e 66).

Este Tribunal, em casos idênticos, tem considerado tempestivo o recurso. Veja-se, para ilustrar, além do acórdão no REsp nº 20.845-6-SP, Rel. Min. Nilson Naves, indicado

como divergente, o proferido no REsp nº 28.487-2-SP, Rel. Min. José Cândido, DJ 19/12/92, *in verbis*:

“Sistema de protocolo integrado. Tempestividade na hipótese de interposição de recurso. Limites pela esfera judiciária do respectivo tribunal.

A interposição de recurso, em Fórum distinto daquele por onde corre o processo, com utilização do Sistema integrado de protocolo, considera-se tempestiva desde que apresentada no prazo legal, ainda que a petição seja juntada aos autos posteriormente. Tal princípio não é aplicável aos recursos interpostos junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Precedentes: STJ, REsp nº 20.845/92, DJ de 31/08/92, Rel. Min. NILSON NAVES.”

Na linha desse entendimento, conhecimento do recurso, por ambos os fundamentos, e dou-lhe provimento para, afastada a intempestividade, cassar o acórdão recorrido e determinar o julgamento da apelação como for de direito.

Em razão deste julgamento declarado prejudicada a medida cautelar (autos apensados), por falta de objeto.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.732-8 — SP — (93.0018888-7) — Relator: Exmo. Sr. Min. Assis Toledo. Recte.: Sílvio A. Duarte e Companhia Ltda. Advogados: Luiz Fernando Granzieira Silva e outro. Recdo.: Olócio Bueno Filho. Advogados: Marcello Pereira Araújo e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, para afastar a intempestividade, cassar o acórdão recorrido e determinar o julgamento da apelação, como for de direito, e, em consequência, declarar prejudicada a medida cautelar apensada aos autos (em 01.09.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.774-3 — SP

(Registro nº 93.0019052-0)

Relator: *O Sr. Ministro Américo Luz*

Recte.: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recda.: *Macchi Engenharia Biomédica Ltda.*

Advogados: *Carlos Weis e outros, e Plínio José Marafon e outros*

EMENTA: Tributário. ICMS. Lei Estadual nº 6.374/89. Convênio nº 92/89. 1. Correção monetária. Legalidade de sua incidência, mesmo antes do vencimento. Precedentes. 2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus Filho, Hélio Mosimann e Pecanha Martins.

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

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Trata de recurso especial contra acórdão de órgão fracionário do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que acolheu

pretensão da contribuinte tocante ao não pagamento de correção monetária na forma exigida pelo Convênio ICMS nº 92/89 e Decreto nº 30.356/89, bem como pela Lei nº 6.374/89.

Alega-se violação ao art. 97, II, do CTN, porquanto entendera o acórdão que tal atualização monetária implica em majoração de tributo, no caso o ICMS.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Questão análoga apreciei no Recurso Especial nº 20.017-2-SP. Disse eu no voto que proferi:

“O acórdão recorrido assim decidiu a questão (fls. 228/232):

“... Ao revés, todavia, do que asseveram as apelantes, a correção monetária dos débitos fiscais vem

disciplinada, no Estado de São Paulo, pela Lei nº 6.374/89, estabelecendo o citado decreto mera regulamentação desse diploma legal.

Há que se deixar consignado que lei é o que não falta, dispondo sobre a matéria em referência, e lei promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, que provendo a respeito da controvérsia, estatuiu no seu artigo 109, **verbis**:

“Art. 109 — Em substituição à sistemática de atualização prevista nos artigos anteriores, o Poder Executivo poderá dispor que o débito fiscal seja convertido em quantidade determinada de Unidades Fiscais do Estado de São Paulo — UFESPs — no momento de sua apuração, constatação ou fixação, fazendo-se a reconversão em moeda corrente pelo valor desse mesmo referencial na data do efetivo pagamento.

Parágrafo único — Poderá ser estabelecido prazo intermediário em que o recolhimento se faça pelo valor nominal do débito.”

Ante a hialina clareza do transcrito texto legal, cuja regulamentação não desbordou os lindes a que se deve ater tal procedimento, sustentam as apelantes que, existente o artigo 97 da mesma lei, que estabeleceu correção monetária somente a débitos em mora, a indexação só nesse caso específico poderia ser admitida. Tal entendimento, como já salientado alhures, é errôneo e forçado na medida em que é a lei que permite a mudança de um sistema para o outro. Não foi o Poder Exe-

cutivo que decretou que o débito fiscal fosse convertido em UFESPs, no momento de sua apuração, constatação ou fixação, fazendo-se a reconversão pelo valor desse mesmo referencial na data do efetivo pagamento, pois isso quem diz, com todas as letras, é a lei.

Enfim, nenhuma afronta se obriga ao princípio da legalidade. O Decreto nº 30.356/89 nada criou; cingiu-se apenas a regulamentar, no âmbito do Estado, o que convênio interestadual (de nº 92/89), que vige com força de lei complementar, determinou a todos os Estados da Federação, sendo que no Estado de São Paulo o decreto tem fundamento no artigo 109 da Lei nº 6.374/89, que já previra a forma de correção agora adotada. O decreto — repita-se — contém-se nos limites do balizamento imposto pela lei estadual e pelo convênio interestadual que vigora, como já se afirmou, com força de lei complementar federal.

De resto, não é demais repetir que o artigo 97 da Lei nº 6.374 apenas estabelece que o débito fiscal fica sujeito à correção monetária, como já editava a Lei Estadual nº 404, de 24/09/74, deferindo ao Poder Executivo a faculdade de conversão do quanto devido em Unidades Fiscais do Estado de São Paulo — UFESPs — no momento de sua apuração, constatação ou fixação (art. 109). Em favor do contribuinte, o parágrafo único desse artigo permite seja estabelecido um prazo intermediário para o recolhimento do tributo sem correção monetária,

o que foi feito pelo decreto já tantas vezes citado. Assim, o débito fiscal poderá ser recolhido pelo seu valor nominal até o nono dia subsequente ao de sua apuração, constatação ou fixação, que passa a ser considerado como data do seu vencimento para o efeito da atualização monetária.

Verifica-se, pois, que o novo critério para a correção dos débitos fiscais foi instituído por lei, ficando para o decreto a simples fixação do seu vencimento, o que não pode ser visto como delegação legislativa, com infringência às normas superiores, mesmo porque o estabelecimento do prazo para pagamento do tributo não se submete ao princípio da reserva legal. Realmente, não se encontra no Estatuto Político Fundamental preceito que determine a fixação desse prazo mediante lei, quer ao enunciar o princípio geral da legalidade, quer ao indicar as matérias a serem disciplinadas por lei complementar, relativamente aos tributos em geral ou ao ICMS em particular. Registre, ademais, que ao cuidar da matéria tributária, que deve ser objeto de lei, o artigo 97 do Código Tributário Nacional não se refere, nos seus diversos incisos, ao prazo de pagamento, a mostrar que este pode ser tratado por simples decreto regulamentador. Nem se diga que a antecipação do termo inicial da correção monetária importa em majoração do tributo, pois o § 2º do dispositivo legal sob exame consigna expressamente que “não constitui majoração do tributo, para os fins do disposto no inciso II deste

artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.”

Frise-se, ainda, que a legislação tributária do Estado de São Paulo ao fixar o prazo para o recolhimento do ICMS sem correção, encontra o necessário respaldo no artigo 160 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece, supletivamente, o prazo de trinta (30) dias para tal fim, “quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento.”

Destarte, não reservada à lei, quer pela Constituição, quer pelo Código Tributário Nacional, o tempo para o recolhimento do ICMS por seu valor nominal, só resta concluir pela legitimidade do critério adotado pelo decreto supra-aludido, editado, como já se realçou, nos limites da mencionada Lei Estadual nº 6.374.”

A matéria, consoante demonstra o parecer ministerial, foi examinada nesta Eg. Corte no REsp nº 15.187-SP, Relator o eminente Ministro Garcia Vieira, estando o acórdão, publicado no DJ de 09.03.92, assim ementado, **verbis**:

“ICMS. Correção Monetária.

A simples atualização do Crédito Tributário para a preservação do seu valor, não é matéria reservada a Lei Complementar e se insere na competência dos Estados, referente a ICMS.

Recurso improvido”.

No mesmo sentido o REsp nº 22.610-0-SP, Rel. o eminente Minis-

tro Demócrito Reinaldo, cujo acórdão, publicado no DJ de 03.11.92, ostenta a seguinte ementa:

“Tributário. Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (ICMS) no Estado de São Paulo. Correção monetária mesmo antes do vencimento. Legitimidade.

É ressabido que o reajuste monetário visa exclusivamente a manter no tempo o valor real da dívida, mediante a alteração de sua expressão nominal. Não gera acréscimo ao valor nem traduz sanção punitiva. Decorre do simples transcurso temporal, sob regime de desvalorização da moeda.

Aos Estados cabe disciplinar o ICMS, competência em que se inclui a adoção de medidas legais tendentes à preservação de seu valor, mesmo antes do vencimento. Incorre ofensa legal — inclusive relativamente ao princípio da não-cumulatividade — na legislação que determinou a atualização do tributo pelas unidades fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs).

Recurso desprovido, por unanimidade.”

Mutadis mutandis, por assim compreender a espécie, dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.774-3 — SP — (93.0019052-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Ad-

vogados: Carlos Weis e outros. Recdo.: Macchi Engenharia Biomédica Ltda. Advogados: Plínio José Marafon e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros José de Jesus Filho e Hélio Mosimann, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins. Aguarda o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (em 15.09.93 — 2ª Turma).

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

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Afora a matéria constitucional, cujo foro competente é o extraordinário, o caso é em tudo semelhante ao do REsp nº 29.544 e outros (REsps nºs 15.187-SP, 15.222-SP, 22.610-SP, 22.246-SP) nos quais as 1ª e 2ª Turmas vêm proclamando a legalidade do Decreto Estadual nº 30.356, que instituiu nova sistemática de pagamento do ICMS, determinando a cobrança atualizada monetariamente do valor devido a partir do 10º dia subsequente à apuração do débito fiscal.

A jurisprudência das Turmas da 1ª Seção pacificou-se em que “a simples atualização do crédito tributário para a preservação do seu valor, não é matéria reservada à lei complementar e se insere na competência dos Estados, referente a ICMS.

Recurso improvido” (REsp nº 15.187-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 09.03.92 — 1ª Turma).

De igual modo vem proclamando que a regulamentação da Lei nº 6.374, pelo Decreto nº 30.356, “não fugiu, em nenhum momento, do que dispõe a lei de regência” (REsp nº 29.544-4-SP, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJ de 31.05.93).

Por essas razões, acompanho o voto do eminente Min. Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.774-3 — SP —
(93.0019052-0) — Relator: Exmo.

Sr. Min. Américo Luz. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Carlos Weis e outros. Recdo.: Macchi Engenharia Biomédica Ltda. Advogados: Plínio José Marafon e outros.

Decisão: Prosseguindo-se no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 15.12.93 — 2ª Turma).

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

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

RECURSO ESPECIAL Nº 36.887-1 — PR
(Registro nº 93.0019742-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda Nacional*

Recorrida: *Cooperativa Agrícola Mista Rondon Ltda.*

Advogados: *Drs. Pio Cervo e outros, e Ademar Silva dos Santos e outro*

EMENTA: Ação de Repetição de Indébito. Cooperativa. Aplicação financeira. Ato não cooperativo sujeito ao imposto de renda. 1. As aplicações financeiras são atos não cooperativos que produzem resultados positivos e estão sujeitos à incidência do imposto de renda. 2. A isenção do imposto de renda das cooperativas decorre da essência dos atos por ela praticados e não da natureza de que elas se revestem. 3. Decreto não pode extravasar a norma legal regulamentada. Isenção se interpreta literalmente e só pode ser concedida por lei. 4. Ação improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 10 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com apoio na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“Tributário. Imposto de renda. Cooperativa. Aplicações financeiras. Se, entre duas interpretações, o regulamento do imposto de renda, adota aquela que favorece o contribuinte, o Fisco não pode desconsiderá-lo, exigindo o tributo à base da outra. Hipótese em que, muito embora a Lei nº 5.764, de 1971, autorize o entendimento de que o resultado das aplicações financeiras feitas por cooperativas está sujeito ao im-

posto de renda, o Decreto nº 85.450, de 1980, que a regulamentou e tem caráter de norma complementar (CTN, art. 100, I), fez por excluí-lo do campo de incidência do tributo. Remessa *ex officio* improvida" (fls. 236).

Sustenta a recorrente, em síntese, que o v. acórdão recorrido violou os artigos 87 e 111 da Lei nº 5.764/71.

Entende que as operações financeiras nos mercados de especulação não podem ser consideradas como negócios acessórios à realização de seus fins, não abrangidos pela imunidade prevista no artigo 150 da CF.

Prossegue aduzindo que atos não cooperativos, desde que produzam resultados positivos são alcançados pelo imposto sobre a renda das pessoas jurídicas (fls. 238/241).

Oferecidas contra-razões (fls. 243/257) e admitido o recurso (fls. 260/261), subiram os autos a este Colendo Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta a recorrente como violados vários dispositivos legais, versando sobre questões devidamente prequestionadas. Conheço do recurso pela letra *a*.

O recurso merece provimento.

As cooperativas praticam atos cooperativos e atos não cooperativos

e estes estão sujeitos ao imposto de renda. A Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, em seu artigo 79, define o ato cooperativo como sendo "os praticados entre as cooperativas e seus associados, para a consecução dos seus objetivos sociais". Ora, é evidente que aplicações financeiras não são atos praticados entre as cooperativas e seus associados. São atos praticados com não associados (Lei nº 5.764/71, artigos 85/86) e, nos termos claros do artigo 87 da mencionada norma legal.

"Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do "Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para a incidência de tributos".

É claro que o lucro obtido pela recorrida com suas aplicações financeiras tinha de ter sido levado à conta do referido fundo e contabilizado em separado para ser calculado o imposto de renda a ser recolhido. E isto também em obediência ao disposto no artigo 111 da mesma Lei nº 5.764/71. Estabelece este dispositivo legal que:

"Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta lei."

Não há menor dúvida. O resultado obtido pela autora com suas aplicações financeiras são atos não cooperados, praticados com não asso-

ciados e que se incluem nas operações previstas pelos artigos 85, 86 e 88 da referida lei definidora da política nacional de cooperativismo. Não podem eles, de forma alguma, serem considerados como atos cooperados (artigo 79). São eles praticados com não associados e estranhos aos objetivos sociais das cooperativas. O próprio voto condutor do venerando acórdão recorrido reconheceu que:

“O privilégio fiscal que trata a Lei nº 5.764, de 1971, conferiu às cooperativas decorre da natureza destas, entidades que não visam lucros. Sempre que elas vierem a praticar atos não cooperativos, estão sujeitas ao imposto de renda. Nessa linha, salvo melhor entendimento, não há justificativa para que o resultado de suas aplicações financeiras fiquem fora da incidência desse tributo” (fls. 234).

Mas, equivocadamente, acrescentou o digno e inteligente subscritor do voto vencedor que o Decreto nº 85.450/80 adotou interpretação diversa em seu artigo 129, favorável ao contribuinte.

Ora, isenção só pode ser concedida por lei e não por Decreto (artigo 176 do CTN) e decreto regulamentador não pode ir além do que diz a lei por ele regulamentada (artigo 99 do CTN). No caso, entendo que isso não ocorreu porque o citado decreto está em harmonia com a Lei nº 5.764/71. Quando o legislador no artigo 129 do Regulamento (Decreto nº 85.450/80), diz que as cooperativas

pagarão o imposto “calculado unicamente sobre os resultados positivos das operações ou atividades”, quer com isto deixar claro não incidir o imposto sobre os resultados obtidos com operações praticadas com seus associados ou com outras cooperativas. É claro que com este dispositivo legal, não pretende o legislador conceder isenção tributária aos resultados obtidos pelas cooperativas com aplicações financeiras.

Dou provimento ao recurso para reformar o venerando aresto hostilizado e inverter as penas da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.887-1 — PR — (93.0019742-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Fazenda Nacional. Procs.: Pio Cervo e outros. Recdo.: Cooperativa Agrícola Mista Rondon Ltda. Advogados: Ademar Silva dos Santos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 10.09.93 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 36.897-9 — RS

(Registro nº 93.0019852-1)

Relator: *O Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Adomiro Gouvea e outros*

Advogados: *Drs. Davi Duarte e Selma Guimarães de Fraga*

EMENTA: Intimação. Preparo de recurso. Uso tão-só da expressão “e outro”, sem indicação do nome do litisconsorte, representado por procurador diverso. 1. É nula a intimação feita pela forma do art. 236 do CPC, quando da publicação não conste o nome do litisconsorte passivo. Precedentes do STJ. 2. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo.

Brasília, 09 de novembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O MM. Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul julgou deserta apelação interposta pela Caixa Econômica Federal. Irresignada, a empresa pública federal interpôs agravo de instrumento, onde alegou defeito na intimação para preparo do recurso pelo fato de nela não constar o seu nome.

A decisão monocrática foi mantida, consoante o seguinte despacho:

“Já foi decidido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos que ‘quando da mesma procuração consta o nome de vários advogados, basta que a intimação seja feita a um deles. De outro lado, se da publica-

ção figura o nome da parte principal, seguido da expressão 'e outros', a intimação vale. Deserção decretada em termos juridicamente certos' (Ag nº 50.544-PR, TFR, p. 146).

No presente feito, o nome que consta da publicação no Diário Oficial é o da procuradora que assinou a apelação.

Não vejo, pois, razões nas alegações de fls. 02/04.

Por tudo o acima exposto, e por constar na nota de expediente nº 138/91, publicada no DJ de 30.08.91, dados suficientes à identificação do processo, mantenho a decisão de fls. 12, ora agravada, nos próprios termos" (fls. 20).

A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao agravo de instrumento. Eis a ementa do acórdão:

"Processual Civil. Intimação. Validade. Instrumentalidade das formas. Economia processual. Improvimento ao recurso. Deserção corretamente decretada.

1. Tem-se como válida intimação feita no Diário da Justiça onde litisconsorte encontra-se sob a denominação 'e outros', praxe judiciária consagrada por sua efetividade. Precedentes.

2. No caso, constando da publicação o nome da procuradora que assinou o recurso de apelação, dado suficiente à identificação do processo, incorre a decretação de deserção.

3. Recurso improvido" (fls. 28).

Ainda inconformada, a Caixa Econômica Federal manejou recurso especial com fulcro nas alíneas a e c do admissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 49 e 236, § 1º, do CPC, além de dissenso pretoriano com o REsp nº 1.912-MG. Aduziu a recorrente que a publicação sem o nome da parte induz em erro o leitor, pois lhe transmite a idéia de que todos os advogados o são da única parte mencionada.

Sem as contra-razões, o recurso foi admitido pelo despacho presidencial de fls. 39, subindo os autos à esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Na intimação feita para o preparo do recurso de apelação, não constou o nome da co-ré Caixa Econômica Federal, mas tão-somente a locução União Federal e outro (fls. 7).

Ora, o art. 236, § 1º, do CPC, impõe, sob pena de nulidade, que a publicação registre os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.

Moniz de Aragão observa que a referência aos nomes das partes é óbvia, pois sem isso se tornaria muito difícil a identificação da causa (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, pág. 329, 6ª ed.).

Esta Eg. Corte, em pelo menos dois precedentes, considerou im-

prescindível que da publicação se fizesse consignar os nomes das partes e dos respectivos procuradores.

O primeiro deles, aliás, é alusivo especificamente à intimação para preparo. Eis a sua ementa:

“Civil. Processual. Intimação. Preparo de recurso.

Tem-se por nula intimação para preparo de apelação, feita pela forma do art. 236 do Código de Processo Civil, quando da publicação não consta o nome da parte apelante. Negativa de vigência do § 1º do art. 236 do Código de Processo Civil que se reconhece” (REsp nº 3.575-SP, Rel. Min. Dias Trindade).

O segundo, de relatoria do Ministro Athos Carneiro, resumiu em sua ementa:

“Sentença. Intimação pela imprensa. Requisitos de validade.

É nula a intimação feita por nota de expediente em que não constou o nome de litisconsorte passivo necessário — CPC, arts. 236, § 1º e 247, que sucumbiu na demanda.

Recurso especial conhecido e provido” (REsp nº 12.807-CE).

Pouco releva que a intimação em foco tenha contido a expressão e outro. Segundo a jurisprudência emanada do Excelso Pretório, o acréscimo da expressão e outros é aproveitável quando conste da publicação o nome do primeiro de vários litisconsortes enturmados nos autos e com os mesmos mandatários judiciais

(RTJ's nºs 87/910 e 89/891). Na espécie dos autos, os litisconsortes passivos possuem procuradores distintos.

Por conseguinte, a decisão recorrida vulnerou realmente os arts. 49 e 236, § 1º, do Código de Processo Civil. Apenas não se perfaz o dissenso de julgados, porquanto o aresto carreado como paradigma retrata hipótese um tanto quanto diversa em relação à do presente caso.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea *a* do permissor constitucional e dou-lhe provimento, a fim de que nova intimação seja feita, assinalando o nome das partes e de seus procuradores.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.897-9 — RS — (93.0019852-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advogado: Davi Duarte. Recdos.: Adomiro Gouvea e outros. Advogada: Selma Guimarães de Fraga.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 09.11.93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL, Nº 36.970-3 — RS

(Registro nº 93.0020002-0)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorridos: *Adão Machado dos Santos e outros*

Advogados: *Paulo Roberto Félix da Silva e outros, e José Eduardo Boeira e outros*

EMENTA: Processual Civil. Medida cautelar visando suspender execução. Possibilidade. 1. Suspende-se o processo quando a “sentença” de mérito depender do julgamento de outra causa, que constitua o objeto principal daquele (processo). 2. O credor não pode cobrar extrajudicialmente o que, em Juízo, está sendo discutido. 3. A suspensão do processo, nos casos previstos em lei, pode ser determinada pela via da ação cautelar inominada. 4. Recurso improvido. Decisão indiscrepante.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de recurso especial manifestado contra decisão que, em agravo de instrumento, deferiu, liminarmente, liminar, em cautelar de atentado, suspendendo execução com base no Decreto-Lei nº 70/66.

Aduz, a recorrente, que, em atentado, é inoportuno o deferimento de medida liminar **inaudita altera pars** e que, assim decidindo, o acórdão malsinado divergiu de julgados de outros Tribunais.

Admitido na origem, os autos subiram a esta instância.

É o relatório.

VOTO

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

Cuida-se de recurso especial interposto com arrimo na letra c, do admissivo constitucional. Alega, a recorrente que, na ação de atentado (artigo 880 do CPC) descabe a concessão de **liminar**. Portanto, a solução da pendenga consiste em saber-se se, no caso presente, era possível a concessão de **liminar**, suspendendo o processo de execução.

Os recorridos, em 1986, ingressaram, em juízo, com uma ação ordinária contra a Caixa Econômica Federal, C. R. Almeida S.A. Engenharia e Construções, H. D. Construtora de Obras S.A. e Conrisul — Construtora e Incorporadora do Sul Ltda., visando a compeli-las a promoverem os reparos e as regularizações necessárias no loteamento Parque Residencial Arco-Íris, no qual residem e em que adquiriram unidades habitacionais através de financiamentos outorgados pela Caixa. Na ação, visaram, ainda, os recorridos, a realização de uma perícia técnica contábil e de engenharia para apurar o real custo de construção das unidades, buscando-se alcançar uma completa revisão de valores contratuais e o recebimento indevido, pela recorrente, de prestações.

No curso dessa ação ordinária e tendo em vista atraso, pelos recorridos, no pagamento de parcelas do débito, a recorrente promoveu a de-

vida execução, com base no Decreto-Lei nº 70/66. Intercorrentemente, os recorridos interpuseram uma Cautelar de Atentado, visando à **suspensão** da execução, até o julgamento da ação ordinária, logrando, logo na primeira instância, o deferimento de **liminar**. Irresignada, a Caixa Econômica se insurge, contra essa liminar, através de agravo de instrumento e, **inexitosa** no Tribunal **a quo**, manifesta o recurso especial, com arrimo em divergência jurisprudencial.

Estou em que, no **atentado**, é incompontável a concessão de **liminar**. Ocorre que, **in casu**, há circunstâncias a serem consideradas. É que, a medida cautelar, malgrado a denominação de atentado, não o é, efetivamente. Trata-se, porém, de cautelar inominada, com o visto de sustar o andamento da execução, eis que, em tramitação outra causa, cujo julgamento teria consequências no desfecho daquela (execução).

Peço vênha aos eminentes Ministros para adotar, no caso, os argumentos judiciosos do bem lançado voto do Juiz Ari Pargendler, do seguinte teor:

“Salvo melhor entendimento, os votos dos eminentes Relator e Revisor foram proferidos à base de pressuposto inexistente: o de que a medida liminar **sub judice** tenha sido proferida numa ação de atentado. Com certeza, foram induzidos a esse equívoco porque a respectiva petição inicial é um tanto confusa. Nominou a ação como “Medida Cautelar Inominada” (fls. 12). Arrazoou-a,

no entanto, como se se tratasse de atentado (fls. 13). O que prevalece? Nem uma coisa nem outra. O pedido é o que importa. E este postulou “medida liminar, **inaudita altera pars**, para o fim de se determinar à Caixa Econômica Federal que se abstenha de prosseguir em qualquer processo de execução judicial ou em definitivo a ação ordinária” (fls. 14). Fora de toda dúvida, trata-se de uma ação cautelar inominada. Não de uma ação de atentado. Nas palavras de **Pontes de Miranda**, “atentado é fato. Fere direito, pretensão, ação. Dessa ofensa nasce a ação do atentado feito; e da ameaça nascem a ação cominatória e, em alguns casos, a ação cautelar. Essas são ações explicitamente admitidas no direito brasileiro. Não temos ação de atentado a fazer-se” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, Rio de Janeiro, 1976, tomo XII, p. 382). Aqui a petição inicial narra a ameaça de que, processada a execução extrajudicial, a ação ordinária venha a perder o objeto. A suposição de que isso pudesse acontecer não era despropositada. A execução extrajudicial só é obstada pelo pagamento do débito. O montante deste está sendo discutido na ação ordinária. De sorte que uma sentença eventualmente favorável nesta não teria qualquer serventia, se os autores da ação perdessem a propriedade dos imóveis por via da execução extrajudicial. Por isso a medida liminar foi oportunamente deferida. Uma omissão a esse respeito importaria em suprimir a judicialidade, que é garantia

constitucional. O credor não pode cobrar extrajudicialmente o que em Juízo está sendo discutido” (fls. 133).

É evidente que a **suspensão** postulada, na cautelar, se fazia indispensável. É que, uma vez despojadas da propriedade dos imóveis, adquiridos mediante intervenção da Caixa, a ação ordinária perderia o objeto e teriam litigado em vão. A sentença, na execução, depende, desenganadamente, do julgamento de outra causa (ação ordinária), com repercussão jurídica e financeira naquela. A suspensão, **in casu**, me parece, pelo menos, razoável, não merecendo, por isso, reforma, a decisão que a deferiu.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 36.970-3 — RS — (93.0020002-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Demócrito Reinaldo. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Advogados: Paulo Roberto Felix da Silva e outros. Recdos.: Adão Machado dos Santos e outros. Advogados: José Eduardo Boeira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 06.10.93 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.065-5 — PR

(Registro nº 93.0020326-6)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fertiza Companhia Nacional de Fertilizantes*

Recorrida: *Fazenda Nacional*

Advogados: *Antônio Carlos de Brito e outros, e Cezar Saldanha Souza Júnior e outros*

EMENTA: Tributário. Isenção do AFRMM em relação a mercadorias importadas sob a égide do GATT. Impossibilidade. 1. O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. 2. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual. 3. Se o ato internacional não estabelecer, de forma expressa, a desobrigação de contribuições para a intervenção no domínio econômico, inexistente isenção pertinente ao AFRMM. 4. Recurso a que se nega provimento. 5. Decisão indiscrepante.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Cuida-se de recurso especial em mandado de segurança movido por empresa importadora, visando a obter isenção do AFRMM decorrente de importação de sulfato de amônio standard, oriundo dos

Estados Unidos da América, país signatário do Tratado do GATT, face ao estatuído nos Decretos-Leis nºs 2.404/87 e 2.414/88.

Concedida a segurança em primeira instância, foi a sentença reformada, em grau de apelação, pelo Tribunal **a quo**.

Contra esta decisão, manifesta a vencida recurso especial, sob o pálio das letras *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando ofensa ao artigo 98 do CTN, ao artigo 5º, V, *c*, do Decreto-Lei nº 2.404/87 e ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio — GATT. Aponta, ademais, divergência jurisprudencial.

Admitido na origem, subiram os autos a esta Superior Instância, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): No caso vertente, cuida-se de decidir se a importação de produto que possui “similar” nacional, inexistente em quantidade apta a suprir a demanda interna, estaria isenta da incidência do AFRMM, considerando originar-se a mercadoria de país signatário do Acordo do GATT.

É que, em importações deste jaez, a União Federal vem exigindo o pagamento do AFRMM, incidente sobre o valor do frete internacional, com arrimo no art. 5º, inciso V, alínea *c*, do Decreto-Lei nº 2.404/87,

com a redação que lhe deu o Decreto-Lei nº 2.414/88.

A recorrente, também calcada neste mesmo dispositivo, alega tratar-se de tributo de cuja exação é isenta, posto que a mercadoria fora adquirida em decorrência de ato internacional subscrito tanto pelo país de origem (EUA) como pelo Brasil. E, por isso, aduz que o acórdão vergastado, ao negar-lhe a isenção, afrontou os dispositivos referidos e negou vigência ao Tratado do GATT.

Não me parece assistir razão à recorrente.

Os Tribunais têm assentado o escólio de que o AFRMM possui natureza jurídica de contribuição para-fiscal, de intervenção no domínio econômico, consagrando hipóteses de incidência inteiramente distintas daquelas pertinentes ao ICMS e subsumindo-se ao princípio constitucional da estrita legalidade (CF, art. 149, *in fine*).

Segundo entendo, a isenção perseguida tem por substrato fático a importação de produto que decorra de ato internacional subscrito pelo Brasil, ou seja, a importação que constitua objeto específico da avença firmada entre os signatários.

Consectariamente, o ato internacional a que se reporta o artigo 5º, V, *c*, do Decreto-Lei nº 2.404/87 deve ser entendido como aquele cujo objeto seja importação de mercadorias determinadas, preestabelecidas.

Justamente por essa especificidade são eles doutrinariamente conceituados como tratados contra-

tuais, em oposição aos tratados-leis ou normativos, cuja função precípua é traçar regras “gerais” disciplinadoras das relações comerciais entre os co-pactuantes.

A importância desta diferenciação transcende o campo doutrinário, refletindo-se sobremaneira no deslinde da controvérsia, principalmente no que respeita à alegada violação do artigo 98 do CTN, assim vazado:

“Art. 98 — Os tratados e convenções internacionais revogam e modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Ora, de sua dicção não é lícito supor a irrevogabilidade de convenções e tratados, recepcionados pelo direito interno, ante a superveniência de legislação que regule a matéria de modo diverso. Tal interpretação conduziria à inconstitucionalidade da norma, porquanto significasse iníqua restrição à competência primeira do Poder Legislativo.

A correta exegese da parte final do dispositivo foi traçada pela Suprema Corte, nos seguintes termos:

“Como se verifica, o dispositivo refere-se a tratados e convenções. Isto, porque os tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre pontos de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de Tito Fulgêncio. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual é, pois, título de direito subjetivo.

Daí o art. 98 declarar que tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. É que se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes.

Encontra-se o mesmo princípio na órbita interna, no tocante à isenção, em que o art. 178 do Código Tributário Nacional proíbe sua revogação, quando concedida por tempo determinado. É que houve um contrato entre a entidade pública e o particular, que, transformado em direito subjetivo, deve ser respeitado naquele período” (RTJ, 83/823-4, voto do Min. Cunha Peixoto).

Como se vê, o Pretório Excelso, ao deslindar a questão, sufragou o escólio de que apenas os atos internacionais de natureza contratual põem-se a salvo dos efeitos revogatórios da lei posterior.

Decorre que normas derivadas de tratados normativos, anteriores ao Decreto-Lei nº 2.404/87, e com ele conflitantes, foram revogadas (*lex posterior derogat priori*).

Por outro lado, a simples existência de tratados contratuais não outorga, *ipso facto*, isenção de AFRMM à importação. Com efeito, impõe-se exista cláusula expressa instituindo hipótese de não-incidência.

Apenas acordos supranacionais de natureza contratual contendo disposições que tais, encontrarão guarida na norma *in comento* (art. 5º, V, c, do DL nº 2.404/87). Estas condições são cumulativas.

À evidência, o entendimento esposto pelo postulante, alicerçado na literal interpretação deste dispositivo, implicaria conceber tratar-se de hipótese de isenção geral, subordinada apenas à prévia existência de acordo internacional vigente.

Contudo, seus exatos alcance e sentido foram fixados pelo Decreto nº 97.945/89, em seu artigo 5º.

A propósito, colho as judiciosas digressões expendidas pelo culto Juiz Sílvio Dobrowolsky, trazidas à colação às fls. 111 dos autos, **verbis**:

“Com exata interpretação, dispôs o artigo 5º do Decreto nº 97.945, de 1989:

‘A dispensa do pagamento dos serviços industriais e comerciais prestados por órgãos vinculados ao Ministério dos Transportes e a isenção do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante — AFRMM só poderão ser concedidas às mercadorias importadas ao abrigo de atos internacionais que contiverem cláusulas expressas prevenindo a concessão desses benefícios’.

O entendimento da regra do Decreto-lei, como defendido na impetração, transformaria em hipótese de isenção geral. Bastaria proceder-se a qualquer importação de mercadorias, para gozar da isenção, pois numa época de múltiplas relações entre os povos, o Brasil pratica, constantemente, atos internacionais. Ter-se-ia que os fretes de produtos importados do exterior estariam em melhor situação do que os relativos às mercadorias nacionais:

aqueles estariam quase sempre ao abrigo da regra isentiva. A contribuição só seria cabível, para as nações com que o país não mantivesse relações diplomáticas e comerciais.

O despautério da consequência afasta tal interpretação. Também a repele argumento de cunho exclusivamente jurídico. Como a isenção é geral, nenhum motivo haveria para que a segunda parte do dispositivo exigisse o reconhecimento administrativo do favor, mormente se o artigo 179 do CTN só determina para isenção não concedida em caráter geral’.

A exegese literal da regra citada (art. 5º, V, c, do DL nº 2.404) levaria à conclusão de que a isenção teria lugar somente quando o Brasil firmasse ato internacional (“importação em decorrência de atos internacionais”) importando certa mercadoria.

O texto seria inoperante, porque dificilmente se praticam importações dessa forma.

O sentido adotado pelo Decreto nº 97.945, de 1989, revela-se o único em condições de conferir operacionalidade à norma sob análise. Está de acordo à prática internacional, convém ao resguardo da produção brasileira e mantém o texto em consonância à disposição do artigo 179 do CTN. Por isso, atendeu à norma hierarquicamente superior, em função da qual foi expedido (CTN, art. 99), desmerecendo a coima de ultra-

passagem dos seus limites dentro do sistema jurídico. A explicitação nele adotada é a única para que a norma do Decreto-Lei possa atuar”.

Esta orientação, ademais, é forte no direito positivo. De fato, tratando-se de excludente impositiva, a isenção há de ser interpretada literal e estritamente, a teor do que preceitua o art. 110, inciso II, do CTN.

As isenções não podem ser presumidas, cumprindo estejam previstas em lei ou em tratados, de forma expressa. A simples circunstância de existir ato internacional celebrado entre o país de origem da mercadoria e o Brasil, não tem o condão de criar isenção.

Em suma, o artigo 5º do Decreto-Lei nº 2.404/87 não estabelece uma forma jurídica de isenção do “adicional” em causa. Só há falar em isenção quando ela estiver contida no ato internacional firmado pelo Bra-

sil e em decorrência do qual houve a importação.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.065-5 — PR — (93.0020326-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Demócrito Reinaldo. Rec-te.: Fertiza Companhia Nacional de Fertilizantes. Advogados: Antônio Carlos de Brito e outros. Recda.: Fazenda Nacional. Procs.: Cezar Saldanha Souza Júnior e outros.

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

Participaram do julgamento os Ex-mos. Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.098-1 — SP
(Registro nº 93.0020553-6)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Anna Maria Dal Secco*

Recorrido: *Condomínio Edifício Rose Marie*

Advogados: *Drs. Maria José Furlan P. Valle e outro, e Abdiel Reis Dou-
rado*

EMENTA: Civil. Condomínio. Responsabilidade. Furto. 1. Não tendo assumido, explícita ou implicitamente, o dever de guarda e vigilância, o condomínio não pode ser responsabilizado por furto de veículo ocorrido na garagem do edifício. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 21 de setembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso especial interposto por Anna Maria Dal Secco, com fundamento nas alíneas *a* e *c*

do permissivo constitucional, de acórdão da Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, reformando a sentença de primeiro grau, julgou improcedente a ação de indenização que a ora recorrente propôs contra o Condomínio Edifício Rose Marie.

Nas razões de fls. 137/139, alega-se que o aresto vulnerou o art. 22, § 1º, *b*, da Lei nº 4.591/64 e os artigos 159 e 1.266, do Código Civil, ao arredar a responsabilidade do condomínio, pelo furto de veículo ocorrido na garagem do prédio, além de dissentir de julgado desta Corte.

Admitido o recurso, pela alínea *a*, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Após proceder à análise

do conjunto probatório, o voto condutor do acórdão recorrido concluiu que o condomínio não poderia ser responsabilizado pelo furto, nestes termos:

Ora, percebe-se claramente, pelos testemunhos, que o edifício não tem uma vigilância na garagem, e que o zelador, ou porteiro, não tem condições de vigiar a garagem, fato este facilmente observável pelas fotografias de fls. 39/43.

Percebe-se, também, que mesmo após o furto do veículo em questão, a assembléia geral (conforme testemunho de fls. 74, retrocitado), por motivos de preço, não procurou melhorar as condições de segurança do condomínio.

Os próprios condôminos não se esmeram em melhorar a segurança, segurança esta que já é precária.

Assim, como se poderia responsabilizar o condomínio por algo que os condôminos não querem assumir?

Havendo vigilância ativa, haveria responsabilidade do condomínio na reparação do dano. Sem esta, não se pode admitir a reparação”.

Opostos embargos declaratórios, foram estes recebidos, suprimindo-se omissão relativa a questão suscitada na apelação, envolvendo as atribuições cometidas ao síndico pelo art. 22, § 1º, b, da Lei nº 4.591/64, que restou assim apreciada:

“O citado artigo 22, § 1º, b, da Lei nº 4.591/64, cuida da obrigação do síndico de exercer a administração

interna da edificação, com relação à sua vigilância, moralidade e segurança.

Todavia, tal vigilância, moralidade e segurança, estão condicionadas às determinações da convenção condominial. A obrigação do síndico é a de respeitar a convenção, já que esta reflete o interesse e disposições dos condôminos. Sobre o que ficar determinado na convenção a respeito da vigilância, moralidade e segurança é que compete ao síndico exercer a administração.

Não havendo determinação no sentido de se manter uma vigilância efetiva dos automóveis estacionados na garagem do condomínio e do aprimoramento de um sistema de segurança para o edifício, não deve, e mais, não pode o síndico instrumentalizar tais serviços, pois eles acarretariam um valor maior na cota condominial, que só pode ser acrescido por determinação de Assembléia Geral.

Desse modo, não há como se responsabilizar o síndico pessoalmente, nem tampouco o Condomínio, pelo fato ocorrido.”

Tais as circunstâncias, não há dividir responsabilidade do condomínio à luz da lei civil, dado que não assumiu o dever de guarda e vigilância, explícita ou implicitamente, como resulta dos fatos da causa considerados pelo acórdão, insuscetíveis de reexame nesta instância extraordinária (Súmula nº 07), sendo certo, por outro lado, que o art. 22, § 1º, b, da Lei nº 4.591/74 cuida apenas de

uma distribuição de atribuições. Na medida em que o condomínio oferece segurança, caberá ao síndico por ela velar, tal como remarcou o voto proferido pelo eminente Ministro Eduardo Ribeiro no REsp nº 32.828-SP, versando hipótese semelhante à destes autos.

Assim, e por não se apresentar satisfatoriamente demonstrado o dissídio jurisprudencial, porquanto transcrita apenas a ementa do acórdão paradigma, não conheço do recurso. É como voto, Senhor Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, diante dos precedentes da Turma em torno do assunto em debate, acompanho o voto do Sr. Relator.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente,

acompanho o Sr. Ministro Relator, ante a peculiaridade acentuada em seu voto, de que inexistia sequer aparência de responsabilização pela guarda dos veículos, por parte do condomínio.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.098-1 — SP — (93.0020553-6) — Relator: Exmo. Sr. Min. Costa Leite. Recte.: Anna Maria Dal Secco. Advogados: Maria José Furlan P. Valle e outro. Recdo.: Condomínio Edifício Rose Marie. Advogado: Abdiel Reis Dourado.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 21.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento os Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.535-5 — RS

(Registro nº 93.0021820-4)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

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

Recorrida: *Mecânica Industrial Delta Ltda.*

Advogados: *Dra. Zelinda Celina Rubim Soares e outros, e Eduardo Dorfmann Aranovich outro*

EMENTA: Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Constituição em mora. 1. Nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, a mora constitui-se *ex re*, segundo o disposto no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 911/69, com a notificação servindo apenas à sua comprovação, não sendo de exigir-se, para esse efeito, mais do que a referência ao contrato inadimplido. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas, a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 30 de setembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Adoto, à guisa de relatório, a

parte expositiva do despacho de fls. 91/92:

“Trata-se de recurso especial, fundado no artigo 105, inciso III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, interposto de decisão proferida em ação de busca e apreensão

O recorrente alega ofensa ao art. 2º, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, sustentando que tais dispositivos não exigem que conste da notificação o valor do débito. Aduz dissídio jurisprudencial, trazendo para confronto decisões que consideram ser válida a notificação sem menção ao valor devido, bastando expressa referência ao contrato.”

Admitido o recurso, pela alínea *c*, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O dissídio jurisprudencial é patente, visto que os acórdãos paradigmáticos, como analiticamente demonstrado, versaram a questão jurídica controvertida, estampando entendimento contrário ao que prevaleceu no julgamento recorrido.

Em verdade, a conclusão do acórdão do Tribunal gaúcho assenta em fundamentação equivocada, **data venia**. Com efeito, não se cuida propriamente de constituição em mora, já que esta, nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, constitui-se **ex re**, segundo o disposto no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 911/69. Vem a talho, no particular, o escorreito magistério de **Orlando Gomes**:

“Nas dívidas garantidas por alienação fiduciária, a mora constitui-se **ex re**.”

Reza, com efeito, a lei que decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento.

Aplica-se, por conseguinte, a regra **dies interpellat pro homine**. Desnecessária, desse modo, a interpelação. Procedeu o legislador corretamente ao dispensá-la, por não justificar a exigência da reclamação do cumprimento nas dívidas líquidas com termo certo. Deve, assim, ser a prestação espontaneamente oferecida pelo devedor, no vencimento, sob pena de incorrer na mora.

Contudo, exige a lei, para a sua comprovação, que o credor se docu-

mente, praticando ato que torne inequívoco o comportamento do devedor.

Esse ato poderá ser, à escolha do credor:

a) comunicação ao devedor mediante carta registrada expedida pelo oficial do cartório do registro de títulos e documentos;

b) protesto do título.

A comunicação destina-se unicamente à comprovação da mora, não devendo ser esquecido que ela se constitui com o simples vencimento do prazo para pagamento. Segue-se, pois, que o devedor não incorre em mora no dia da expedição da carta, mas, sim, se não paga a dívida no vencimento” (“Alienação Fiduciária em Garantia”, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., pág. 100).

Destaca-se no mesmo sentido, a lição de MOREIRA ALVES, em interpretação ao mencionado § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 911/69:

“Tendo em vista que os débitos garantidos pela propriedade fiduciária são a termo, a parte inicial desse dispositivo, na esteira do princípio consignado no art. 960, **initio**, do Código Civil, declara que, no caso, a mora é **ex re**, ou seja, ocorre independentemente de qualquer interpelação judicial ou extrajudicial pelo credor (**dies interpellat pro homine**).

Entretanto, em continuação, o citado § 2º estabelece que a mora poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos

ou pelo protesto do título, a critério do credor. Qual o sentido dessa norma? Em outras palavras: se o credor, ocorrida a mora do devedor (e ela, por ser *ex re*, verifica-se independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial), não a comprovar por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou por protesto de título, qual a consequência jurídica dessa omissão? **Orlando Gomes**, ao examinar essa matéria, acentua que, não obstante a mora resulte do simples inadimplemento da obrigação pelo devedor, e, portanto, sem que se faça necessária qualquer interpelação, a expedição da carta registrada por meio do Cartório de Títulos e Documentos ou o protesto de título fornecem ao credor o documento hábil para que ele possa propor a ação de busca e apreensão da coisa alienada fiduciariamente, embora seja certo que, para a utilização de outros meios pelos quais poderá alcançar a satisfação do crédito, não se exija tal comprovação. Por essa tese, o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 911 se vincula à parte final do art. 3º do mesmo Diploma, o qual reza:

‘O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.’

A nosso ver, é correta essa interpretação, apesar de, à primeira vista, poder parecer demasiado rígida, não só em face da expressão poderá ser comprovada que se encontra no

§ 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 911, como também do fato de que outras provas há — como a confissão, por escrito, da **mora debitoris** — de valor pelo menos igual ao da expedição de carta registrada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos. A restrição, porém, se explica, porque, dessa prova, dependerá a concessão liminar da busca e apreensão...” (“Da Alienação Fiduciária em Garantia”, Editora Saraiva, 1973, págs. 182/183).

Servindo a notificação, pois, apenas à comprovação da mora, não é de exigir-se, para esse efeito, mais do que a referência ao contrato inadimplido, sendo certo que, uma vez admitida a purgação da mora, os autos são remetidos ao contador para cálculo do débito existente, na conformidade do disposto no § 4º do art. 3º do multicitado Decreto-Lei.

Do quanto exposto, Senhor Presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento, para arredar o fundamento em que se estabeleceu o indeferimento da inicial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.535-5 — RS — (93.0021820-4) — Relator: Exmo. Sr. Min. Costa Leite. Recte.: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE. Advogados: Zelinda Celina Rubim Soares e outros. Recda.: Mecânica Industrial Delta Ltda. Advogados: Eduardo Dorfmann Aranovich e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso espe-

cial e lhe deu provimento (em 30.09.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduar-

do Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.613-0 — RS
(Registro nº 93.0022029-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Frota Amazônica S/A*

Recorrido: *Adubos Trevo S/A — Grupo Luxma*

Advogados: *Roberto Porto Farinon e outros, e Hugo Mosca e outros*

EMENTA: Transporte sobre água. Extravio de mercadoria. Conferência de Porto Vitória — DL nº 116/67. 1. Na descarga de mercadorias, transportada via marítima, a configurar o extravio da mercadoria, é suficiente a conferência do volume descarregado no porto, despidiend a vistoria a que alude o DL nº 116/67. Precedentes. 2. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, conhecer do recurso especial, mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Costa Leite (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Brasília, 7 de dezembro de 1993
(data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Cuidam os autos de Recurso Especial interposto por Frota Amazônica S/A, com suporte nas alíneas a e c, do artigo 105, III, da Constituição Federal.

A bem satisfazer os pressupostos constitucionais, alega ofendidos o artigo 1.218 do CPC, e artigo 5º do DL nº 116/67, e divergência juris-

prudencial para com demais tribunais do país, em especial o STF, na forma da Súmula nº 261.

O despacho de admissibilidade do recurso esclarece o suficiente a questão, valendo portanto a sua transcrição, nestes termos:

“Incorre a argüida infringência aos dispositivos citados, vez que a egrégia Quarta Câmara Cível sustenta que a certidão do DEPREG é elemento suficiente para a comprovação das quebras, sendo desnecessária a vistoria para comprovar a falta.

Por outro lado, tanto o STJ como este Tribunal consideram que o dever de indenizar pela mercadoria faltante é contratual e objetivo, sendo prescindível protesto e vistoria nas relações entre transportador e destinatário da carga.

Ademais, o Decreto nº 116/67 tem aplicação transportador-entidade portuária e não na relação transportador-importador.

Divergência jurisprudencial.

As decisões trazidas como paradigmas lavram dissídio com o julgado impugnado, pois sustentam que a prova da falta de mercadorias transportadas, para efeito de derrame, não podem ser feita através de declaração da entidade portuária, necessidade de vistoria que pode ser administrativa ou particular, mas com a convocação do transportador.

Isto posto, admito o recurso pela alínea c do permissivo constitucional” (fls. 189/190).

Autos conclusos a esta relatoria.
É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): O embasamento do recurso especial é a ofensa ao artigo 5º do DL nº 116/67, e artigo 1.218 do CPC.

A alegação de que a certidão emitida pela autoridade portuária não teria força substitutiva do que exige o artigo 5º do DL nº 116/67, ou seja a vistoria pela autoridade alfandegária não encontra respaldo no entendimento jurisprudencial mais recente, cujo espelho pode ser o REsp nº 18.972-RJ, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, e cuja ementa assim espelha:

“Transporte marítimo. Extravio de mercadoria. Vistoria.

Nos casos de extravio de mercadoria é suficiente a ressalva da autoridade portuária, não sendo necessária a vistoria” (3ª Turma, unânime, DJ de 01.03.93).

D’outra parte, inexistente negativa de vigência ao artigo 1.218, CPC, que reafirma a vigência de diversos dispositivos do Código Comercial. A aplicação de entendimento desfavorável a pretensão da parte, por si só, não encerra violação a dispositivo legal. Necessário se faz a demonstração da violação e não o desfiar da tese do inconformismo.

A dissidência jurisprudencial está caracterizada, conforme decisão da Presidência local.

Do quanto foi exposto, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.613-0 — RS — (93.0022029-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos. Recte.: Frota Amazônica S/A. Advogados: Roberto Porto Farinon e outros. Recdo.: Adubos Trevo S/A — Grupo Luxma. Advogados: Hugo Mosca e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial, mas lhe negando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Nilson Naves. Aguardam os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldeimar Zveiter (em 19.10.93 — 3ª Turma).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O Sr. Relator descreveu a espécie dessa forma, conforme o relatório (lê). Votando, S. Exa. conheceu do recurso pelo dissídio, mas lhe negou provimento (lê).

Igualmente, conheço do recurso. A propósito da divergência jurisprudencial, disse o Presidente José Ernesto Flesch Chaves:

“As decisões trazidas como paradigmas lavram dissídio com o julgado impugnado, pois sustentam que a prova da falta de mercadorias transportadas, para efeito de derrame, não pode ser feita através de declaração da entidade portuária, necessidade de vistoria que pode ser administrativa ou particular, mas com a convocação do transportador.

Isso posto, admito o recurso pela alínea c, do permissivo constitucional.”

Daí, na petição do recurso especial, tinha alegado a recorrente

“Decisão idêntica a dos autos, também prolatada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do RS, foi recentemente apreciada e reformada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, através da sua 3ª Turma, no REsp nº 4.361-RS, Rel. Min. Nilson Naves, publicado no Diário da Justiça, Seção I, pág. 10.315 (cópia anexa), estando assim ementada:

“Transporte marítimo internacional.

Mercadoria a granel. Vistoria. É necessária a vistoria, no caso de avaria ou falta de conteúdo. (Decreto-Lei nº 116/67, arts. 4º, 5º e 6º), dispensável, apenas, que a vistoria se faça judicialmente (Súmula nº 261/STF). Recurso especial conhecido pelo dissídio com acórdão do extinto TFR e provido’ (cópia anexa).

Não fosse tudo suficiente, há dissídio ainda com a Súmula nº 261 do STF, que possui a seguinte redação:

‘Para a ação de indenização, em caso de avaria, é dispensável que a vistoria se faça judicialmente’...”

.....

“Ao fim e ao cabo, nenhuma dúvida haverá de restar acerca do cabimento e final provimento do presente recurso especial, ao se ler atentamente a conclusão do voto do Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, no REsp nº 4.361-RS, antes apontado como dissidente, **verbis**:

“Tudo indica a necessidade da vistoria, no caso de avarias ou falta de conteúdo, mesmo em se tratando de transporte marítimo internacional a granel. A própria Súmula nº 261 não dispensa a vistoria, salvo a judicial. Informa-a um único julgado, tomado no RE nº 32.565, em embargos, com essa ementa do Sr. Ministro Victor Nunes: ‘Transporte marítimo. Não é indispensável vistoria judicial, nos termos do art. 618 do Código Comercial, tendo-se em vista o artigo 756 do Código de Processo Civil’. Portanto, dispensável a vistoria judicial, porém não outra espécie de vistoria. Aliás, o Decreto-Lei nº 116 dá a entender ser necessária a vistoria ainda que se cuide de mercadoria líquida ou a granel.

Daí que, provendo o recurso especial, julgo improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência’.

Face a todo o exposto, urge que seja reexaminada a grave situação

gerada nestes autos, pelo Excelso Pretório, admitindo-se o presente recurso especial, dando-se, a final, pelo E. Superior Tribunal de Justiça o reclamado provimento, para o fim de ser julgada improcedente a ação dos autos, como medida de inteira restauração da Justiça!”

Pois peço vênias ao Sr. Relator para dar provimento ao recurso. Julgo improcedente a ação e inverte os ônus da sucumbência, arbitrados, porém, os honorários em 10%.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.613-0 — RS — (93.0022029-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos. Recte.: Frota Amazônica S/A. Advogados: Roberto Porto Farinon e outros. Recdo.: Adubos Trevo S/A — Grupo Luxma. Advogados: Hugo Mosca e outros.

Decisão: Retomando o julgamento, a Turma por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, conheceu do recurso especial, mas lhe negou provimento (em 07.12.93 — 3ª Turma).

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

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Costa Leite (§ 2º, art. 162, RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 37.652-1 — RJ

(Registro nº 93.0022120-5)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrentes: *José Humberto Gomes de Oliveira e cônjuge*

Recorrido: *BANERJ Crédito Imobiliário S/A*

Advogados: *Drs. Marilena Rocha Lovisi e Alexandre Brasil e outros*

EMENTA: Processo Civil. Embargos do Devedor. Curador Especial. 1. O curador especial tem legitimidade para opor embargos do devedor. Precedentes. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Brasília, 30 de setembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: José Humberto Gomes de Oliveira e cônjuge manifestam recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição, con-

tra acórdão do Primeiro Grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, assim exteriorizado:

“Embargos à Execução. Ilegitimidade ativa *ad causam* da Curadoria Especial. Tratando-se os embargos de devedor de uma ação incidental e autônoma, não tem o Curador Especial representação para a sua propositura”.

Alega-se contrariedade aos arts. 9º, II, e 745, do Código de Processo Civil, e dissídio jurisprudencial.

Processado e admitido o recurso, subiram os autos.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A questão trazida à balha é sabidamente controvertida, com boa parte da doutrina respaldando a tese que prevaleceu no julgamento recorrido.

A jurisprudência desta Corte, porém, orientou-se em sentido contrário, consoante ressumbra dos acórdãos nos REsp's nºs 9.961-SP, 23.495-RJ e 32.623-RJ. A ementa que o eminente Ministro Waldemar Zveiter escreveu para o último reflete o entendimento predominante:

“Processual Civil — Legitimidade do Curador Especial de opor embargos do devedor — Executado citado por edital.

A jurisprudência do STJ acolheu entendimento no sentido de que o curador especial (*ad litem*) tem legitimidade para opor embargos do devedor em execução, onde o executado, citado por edital, remanesce revel. Trata-se, segundo a doutrina, de exigência de defesa do revel pelo curador e tem fundamento no princípio do contraditório, pois não se sabe se ele — o réu revel — não quis contestar ou não pôde, ou mesmo não soube da citação.

Recurso conhecido pela letra c e provido.

No corpo do voto, Sua Excelência colaciona precedente do Supremo Tribunal Federal (RE nº 108.073-MG), da relatoria do Ministro Francisco Rezek, transcrevendo o seguinte tópico elucidativo:

“Cumpre ter presente que a nomeação do curador especial visa a suprir a defesa do réu, ante a possibilidade de que lhe tenha escapado a efetiva ciência da demanda, noticiada em edital. Por isso afirma **Cândido Dinamarco** ser necessário defender o ausente, assegaran-

do que ‘a exigência de defesa do revel pelo curador tem fundamento no princípio do contraditório, pois não se sabe se ele não quis contestar ou não pôde, ou mesmo não soube da citação’ (‘Fundamentos do Processo Civil Moderno’: São Paulo, RT, 1986, pág. 330).

O Curador, assim, tem a seu cargo a tarefa de defender o réu. Não menos seguro, contudo, é que por dimensão do conceito de defesa. A tese, aliás, é vantajosamente sustentada por **José Gomes da Cruz**, apoiado em **Pontes de Miranda**, **Lopes da Costa Araújo Cintra**, **Ada Grinover** e **Cândido Dinamarco** (“A Curadoria à Lide no Processo de Execução”: RT 528/279). Percebe-se aí o conceito de defesa ligado ao direito que tem o réu de ver consideradas suas razões no julgamento, sendo os embargos um meio para tanto.

Esse entendimento dos embargos do devedor como procedimento de defesa foi acolhido no TFR, e tem a sufragá-lo, nesta Casa, o RE nº 94.494, onde se decidiu serem os honorários a cargo do sucumbente devidos na execução fiscal e não nos embargos — o que dá maior realce à intimidade do processo incidental com a execução. Lê-se no voto do Relator, Ministro Cunha Peixoto, que ‘não há dúvidas de que, na sistemática do atual Código de Processo Civil, os embargos constituem uma ação incidental, mas não é menos certo de que funcionam também como defesa. Assim, não seria curial que o vencido pagasse honorários,

não só na ação principal — execução fiscal —, como na incidental — que funciona como defesa' (RTJ 103/330)."

Vale destacar, ainda, a importância achega do voto-vogal do Ministro Eduardo Ribeiro, neste relanço:

"Afirma-se, ainda, a impossibilidade jurídica ou pelo menos a inviabilidade de o Curador propor uma ação em nome de outrem ou como substituto deste. A objeção não tem, em verdade, a força que aparenta.

Como regra geral, ninguém poderá demandar em nome alheio. O titular do direito dele dispõe e só estará em Juízo se entender conveniente. Ademais, a propositura da ação significa colocar de algum modo em risco o bem jurídico, eis que enseja a possibilidade de formação da coisa julgada contrariamente ao direito afirmado. Tais colocações facilmente se afastam tratando-se de embargos do executado. Por seu meio, pretende-se apenas desconstituir o título executivo, sendo aceitável que deduza o Curador a matéria possível que não envolva arriscar direito que o executado pudesse pessoalmente defender em outra demanda. Claro que serão escassos os temas; não significa entretanto que inexistam. Não vejo, por exemplo, motivo para impedir alegue-se prescrição. Esta não pode ser conhecida de ofício e, tratando-se de processo de conhecimento, poderá a parte ter interesse que se examine a questão de fundo. Na execução, entretanto, que tende à extinção da obrigação

pelo seu cumprimento, não há razão para que se impeça o Curador de arguí-la.

Observe-se, ainda, que a adoção rigorosa de entendimento exposto levaria a que o Curador nomeado ao incapaz, nas hipóteses do inciso I do artigo 9º, também não poderia embargar, o que o deixaria com a defesa seriamente mutilada nas execuções."

Assim, e perfeitamente configurado o dissídio jurisprudencial, conhecimento do recurso e lhe dou provimento, para que arredada a preliminar de não conhecimento, a Câmara julgadora prossiga no julgamento da apelação. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 37.652-1 — RJ — (93.0022120-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Costa Leite. Recte.: José Humberto Gomes de Oliveira e cônjuge. Advogada: Marilena Rocha Lovisi. Recdo.: BANERJ Crédito Imobiliário S/A. Advogados: Alexandre Brasil e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 30.09.93 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.124-0 — RS

(Registro nº 93.0023778-0)

Relator: *O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Roselaine Mara Pereira Karnikowski*

Recorrido: *Ivan Cunha Nielsen Júnior*

Advogados: *Drs. Luiz Roberto Nunes Padilla e outros*

EMENTA: Assistência judiciária. Benefício postulado na inicial, que se fez acompanhar por declaração firmada pela autora. Inexigibilidade de outras providências. Não revogação do art. 4º da Lei nº 1.060/50 pelo disposto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição. Precedentes. Recurso conhecido e provido. 1. Em princípio, a simples declaração firmada pela parte que requer o benefício da assistência judiciária, dizendo-se “pobre nos termos da lei”, desprovida de recursos para arcar com as despesas do processo e com o pagamento de honorários de advogado, é, na medida em que dotada de presunção *iuris tantum* de veracidade, suficiente à concessão do benefício legal.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 3/93, e Fontes e Alencar. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Antônio Torreão Braz.

Brasília, 20 de outubro de 1993 (data do julgamento).

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

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Qualificando-se como “do comércio”, a recorrente ajuizou execução de título extrajudicial (cheque), pedindo lhe fosse concedido o benefício da assistência judiciária. À inicial juntou procuração judicial aos Advogados Luiz R. Nunes Padilla e outros, a cártula e declaração de ser pobre “nos termos da Lei”, declaração em que afirmou perceber “cerca de dois salários mínimos” e estar, via de consequência, “impossibilitada para arcar com custas processuais”.

O MM. Juiz, ao pronunciar-se nos autos, determinou:

“Nos termos do art. 5º, inciso LXXVI (sic), da Constituição Federal, comprove a autora a alegada insuficiência de recursos à concessão do benefício pleiteado. A comprovação deverá ser feita através de doc. que identifique a renda mensal atualizada. Prazo: 15 dias. No silêncio, archive-se com baixa”.

A autora, discordando desse pronunciamento, sustentou tese no sentido de que a mera declaração vinda aos autos com a peça preambular, por ela firmada sob as penas da lei, dispensa qualquer outra comprovação, a teor do disposto no art. 4º da Lei nº 1.060/50, não revogado, segundo seu entendimento, pela Lei Maior.

Inacolhida essa argumentação pelo julgador singular, ao fundamento, inclusive, de que a autora seria “comerciante”, esta interpôs o recurso previsto no art. 17 da Lei de Assistência Judiciária, que, recebido como agravo, foi processado nos próprios autos, sem formação de instrumento.

O agravado, concitado a manifestar-se, quedou-se inerte.

Analisando a impugnação recursal, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul negou-lhe provimento, restando, no que interessa, assim fundamentando o acórdão:

“Na inicial a recorrente foi qualificada como “do comércio”, alegando que percebia cerca de dois (2) salários mínimos mensais.

Não obstante a explicitação constante do despacho de fls. 26, a palavra “do comércio”, na acepção leiga ou popular do termo não significa “comerciante”.

Ao invés, dita expressão quase sempre e usualmente indica pessoa que é empregada de estabelecimento comercial e, mais raramente, profissional autônomo cuja atividade se desenvolva no meio comercial.

No caso concreto não houve impugnação ao pedido, e parece certo que não apresenta a recorrente declaração de imposto de renda.

Não obstante isso, é incompreensível e injustificável mesmo que a agravante instada em várias oportunidades a apresentar alguma prova no sentido de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários do advogado, sem prejuízo próprio ou da família, considerando-se que tal situação é de fácil demonstração, mesmo assim tenha se limitado a insistir que está dispensada de tal prova porquanto válida, por si só, a declaração própria de que não pode arcar com despesas processuais e honorários advocatícios, de conformidade com a Lei nº 1.060/50. Não é correto este entendimento”.

.....
“A comprovação da necessidade imposta pela atual Constituição Federal é de clareza inequívoca. Neste sentido Julgados do TARGS, nºs 71/113, 78/360, 80/236.

De resto, é intuitivo e óbvio que os meios de prova objetivando a re-

ferida demonstração, são os comuns, qualquer deles, considerados que sejam suficientes.

Só para ilustrar, no caso, por exemplo, bastaria à agravante trazer aos autos alguma prova, declaração, ou recibo, fornecido pelo seu empregador, se comerciária é efetivamente esclarecendo sobre o local de trabalho, natureza do emprego, rendimentos, etc.”.

Em sede de embargos declaratórios, a autora procurou justificar a impossibilidade de comprovar seus ganhos. Afirmou trabalhar como “balconista, sem carteira assinada, integrando a economia informal” e que, embora tenha solicitado demonstrativo de rendimentos ao seu empregador, este, imaginando tratar-se de procedimento tendente a demandá-lo na Justiça do Trabalho, além de recusar-se a atendê-la em seu pedido, quase a despediu.

Rejeitados os declaratórios, manifestou recursos extraordinário e especial, alegando neste último, afronta ao art. 4º da Lei nº 1.060/50, que “estabelece a presunção de veracidade da alegação da parte que requer o benefício da assistência judiciária”, e ao 334, IV, CPC, que dispensa a prova dos fatos que se presumem verdadeiros. Cita, em apoio à posição que sustenta e visando a caracterizar o dissenso pretoriano, decisão desta Corte, proferida no REsp nº 1.009-SP, relatado pelo Sr. Ministro Nilson Naves. Afinal, após afirmar que o pagamento de seu salário era efetuado pelo empregador com cheques de terceiros,

como o que ora se executa, enfatiza a circunstância de que, na espécie, nem mesmo o demandado, intimado a tanto, veio aos autos para impugnar o estado de carência declarado.

Sem contra-razões, apenas o recurso especial foi admitido na origem.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Inexiste razão, **data venia**, em considerar-se o art. 4º da Lei nº 1.060/50 não recepcionado pela vigente Constituição, apesar da imprecisa redação dada ao inciso LXXIV de seu art. 5º.

Continua a fazer jus ao benefício da assistência judiciária a parte que simplesmente declare, nos termos da lei, sujeitando-se à pena nela cominada (pagamento de até o décuplo das custas judiciais), ser pobre, sem condições de arcar com as despesas do processo e honorários de advogado.

Neste sentido destaco as seguintes decisões da eg. Terceira Turma desta Corte, a primeira delas trazida à colação pelo recorrente:

“Assistência judiciária (Lei nº 1.060/50, na redação da Lei nº 7.510/86). Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário (art. 4º e § 1º). Recurso especial conhecido por ambos os fundamentos

e provido" (REsp nº 1.009-SP, Relator o Sr. Min. Nilson Naves, DJ de 13.11.89).

"Processual civil. Assistência judiciária.

De acordo com a Lei nº 1.060, de 1950, cabe à parte contrária a assistida pelo estado, a prova da suficiência de recursos para o custeio do processo" (REsp nº 21.257-RS, relator o Sr. Ministro Cláudio Santos, DJ, de 19.4.93).

É certo que, em hipóteses excepcionais, admissível se mostra ao Juiz, de ofício, exigir ao requerente do benefício a comprovação efetiva da condição de miserabilidade declarada.

Uma dessas hipóteses chegou a ser analisada pela mesma Terceira Turma, quando do julgamento do RMS nº 1.243-RJ, também relatado pelo Sr. Ministro Nilson Naves. As particularidades do caso então examinado, justificadoras do entendimento que se veio a adotar, restaram bem evidenciadas na ementa do acórdão respectivo, vazada nos seguintes termos:

"Separação consensual. Assistência judiciária. "Não é ilegal condicionar ao Juiz a concessão de gratuidade a comprovação de miserabilidade jurídica, se a atividade ou o cargo exercidos pelo interessado, fazem em princípio presumir não se tratar de pessoa pobre, justificando-se mais ainda tal atitude em processo em que não haja parte interessada na impugnação da miserabilidade alegada".

Acórdão que, ao assim decidir, não ofendeu, diante da peculiaridade do caso, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50, na redação da Lei nº 7.510/86. Recurso ordinário improvido" (DJ de 22.6.92).

Na espécie de que se cuida, contudo, a exequente se qualificou, conforme reconhecido pelo acórdão recorrido, como comerciária, empregada do comércio.

Trata-se, ademais, de processo de natureza contenciosa, em que existente parte contrária — no caso o executado — a quem incumbia se opor à concessão do benefício requerido pela recorrente, na medida em que tal concessão a isenta do pagamento, dentre outras verbas, dos honorários advocatícios decorrentes de eventual sucumbência. Nenhuma impugnação, porém, foi oferecida pelo referido executado, não obstante lhe tenha sido conferida oportunidade para fazê-lo.

Assim, diante dessas circunstâncias, não era dado ao Juiz exigir da recorrente, uma vez apresentada por ela, *ab initio*, a declaração a que alude o art. 4º, *caput*, e § 1º, da Lei nº 1.060/50, nenhuma outra providência.

A prova da inveracidade do declarado competia à parte *ex adversa*, que, repita-se, não logrou produzi-la.

A tudo isso acresça-se que a recorrente, embora não obrigada a tanto, justificou satisfatoriamente a impossibilidade de demonstrar os seus ganhos, isso em face da recusa do empregador em atestá-los, dian-

te do receio de ser demandado perante a Justiça laboral.

E, indague-se: quem não trabalha, nem mesmo na chamada economia informal, será obrigado a apresentar prova negativa, de que não auferiu rendimentos?

Até por questão de lógica, salvo entendimento mais lúcido, afigura-se mais sensato que se carreie à parte contrária o ônus de demonstrar ser falaciosa a declaração apresentada, para o que pode inclusive requerer — se necessário, até mesmo por intermédio de solicitação judicial — informações ao Detran, à Companhia Telefônica, ao Registro de Imóveis, à Receita Federal, à Junta Comercial e a outros órgãos, colimando comprovar a condição econômica daquele com quem litiga, solicitante do benefício.

O caso de que se trata é ilustrativo da dificuldade, não raras vezes encontrada por quem se declara pobre, em fazer prova disso.

Essa, aliás, uma das razões que provavelmente impulsionaram o legislador a conceber o art. 4º da Lei nº 1.060/50, com redação determinada pela Lei nº 7.510/86, cuja disciplina, até pela teleologia e sentido prático que encerra, não reputo tenha sido elidida pela norma constitucional posterior.

Em face do que venho de expender, entendendo afrontados os arts. 4º da Lei nº 1.060/50, e 334, IV, CPC, bem como demonstrado **quantum satis** o alegado dissídio jurisprudencial, conheço do recurso por ambos os fundamentos para, admitida a recorrente como beneficiária da assistência judiciária, tenha o feito regular prosseguimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.124-0 — RS — (93.0023778-0) — Relator: Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo. Recorre.: Roselaine Mara Pereira Karnikowski. Advogados: Luiz Roberto Nunes Padilla e outros. Recdo.: Ivan Cunha Nielsen Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 20.10.93 — 4ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93, e Fontes de Alencar.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.147-9 — CE

(Registro nº 93.0023835-3)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fyber Indústria de Veículos S/A*

Advogados: *Rita Valéria de Carvalho Cavalcante e outros*

Recorrida: *Comissão de Valores Mobiliários — CVM*

Advogados: *Marília Gama Rodrigues Camacho e outros*

EMENTA: Tributário. Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários. Lei nº 7.940/89. Discussão sobre a sua constitucionalidade. Não conhecimento do Recurso Especial. 1. Se a discussão, no Tribunal de origem, limitou-se ao exame da matéria sob o fundamento constitucional, não cabe reexaminá-la no âmbito do recurso especial, mas através do recurso extraordinário, também interposto e admitido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus Filho.

Brasília, 10 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se, na origem, de

mandado de segurança preventivo impetrado por Fyber Indústria de Veículos S/A contra ato iminente do Delegado da Receita Federal em Fortaleza, alegando que, por ser uma sociedade beneficiária de recursos oriundos de incentivos fiscais, registrada obrigatoriamente na Comissão de Valores Mobiliários — CVM, está sujeita ao pagamento da Taxa de Fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários, criada pela Lei nº 7.940, de 20.12.89.

O egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apreciando o feito, proferiu acórdão assim ementado:

“Tributário. Taxa de Fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários. Lei nº 7.940/89. Constitucionalidade.

1 — A taxa criada pela Lei nº 7.940/89, corresponde ao exercício do poder de polícia pela CVM, não tem base de cálculo própria de imposto, respeitado estando, portanto, o texto constitucional.

2 — O fato de o patrimônio líquido ser elemento informador do montante a ser pago, não o caracteriza como base de cálculo. Os conceitos de patrimônio líquido e capital não se identificam. Um engloba o outro.

3 — A regra do art. 77 do CTN, segundo a qual a taxa não pode incidir sobre o capital, não foi recepcionada pelas Constituições Federais de 1967 e de 1988.

4 — A Classificação das empresas segundo seu porte, estabelecendo-se três classes, correspondentes a três valores de taxa, não a torna absolutamente variável, não implica no entendimento do patrimônio líquido como base de cálculo, inexistindo relação gradativa proporcional entre o valor a ser pago e o patrimônio líquido.

5 — Apelação e remessa oficial providas”.

Irresignada, interpôs a empresa, simultaneamente, Recursos Extraordinário (fls. 141/154) e Especial (fls. 156/169), tendo este, por supedâneo único a letra *a*, inciso III, do permissivo constitucional.

Os recursos foram contra-arrazoados, respectivamente, às fls. 198/207 e 173/196.

Enquanto o recurso extraordinário lograva acolhida, o especial veio

a esta superior instância por força de agravo por mim provido, para melhor exame da espécie.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Fyber Indústria de Veículos S/A interpôs o presente recurso especial fundado na letra *a*, inciso III, do permissivo constitucional, por entender que a Taxa de Fiscalização do Mercado de Títulos e Valores Mobiliários, instituída pela Lei nº 7.940, de 20.12.89, tem como base de cálculo o patrimônio líquido e isto violava o disposto no art. 145, II, § 2º, da Constituição Federal.

Ora, é sabido que matéria constitucional não é suscetível de exame em sede de recurso especial, e o parágrafo único do artigo 77, do CTN, dispõe o mesmo que o art. 145, § 2º, da Constituição Federal, senão vejamos:

“Art. 77 —

Parágrafo único — 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.”

“Art. 145 —

§ 2º — As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

Como em seu recurso especial (fls. 156/169), alegou a recorrente

violação somente ao parágrafo único do art. 77 do CTN e ao art. 145, II e § 2º, da Constituição, não res-
tuiu matéria infraconstitucional a
ser examinada no especial. Diz cla-
ramente a petição do recurso "... por
entender que o seu patrimônio lí-
quido não determina a extensão do
poder de polícia a ser exercido pela
CVM que viola o art. 145, II, da
CF/88, é que a recorrente ingressou
em Juízo contra o pagamento dessa
malsinada Taxa de Fiscalização"
(fls. 157).

Por isso, observou o despacho do
Presidente Hugo Machado (fls. 223)
"que o contido no parágrafo único do
art. 77 do CTN é mera repetição do
§ 2º, inciso II, do art. 45 da CF, no
sentido de que é proibido às taxas
terem base de cálculo própria de im-
postos. Cuida-se, portanto, de maté-
ria constitucional, merecendo análi-
se somente em recurso extraordiná-
rio, posto que, se constatada a viola-
ção à dita norma do CTN, na verda-
de contrariada foi a Lei Maior".

A questão, aliás, já passou por
essa Turma, recentemente, oriunda
do mesmo Tribunal Regional, tendo
o eminente Ministro José de Jesus
desacolhido agravo de instrumento,
quando se pretendeu examinar a
mesma matéria no âmbito do recur-
so especial, ao Agravo Regi-
mental no AI nº 18.317-PE negou-se
provimento com a seguinte ementa:

"Agravo Regimental.

**Taxa de Fiscalização dos Merca-
dos de Títulos e Valores Mobiliários.**

Se a incidência da referida Taxa no
patrimônio líquido das empresas
veio a ser apreciada no acórdão im-
pugnado, **sob fundamento consti-
tucional**, não compete a esta Cor-
te manifestar-se sobre tema de tal
natureza. Agravo regimental a que
se nega provimento" (sessão de
18.10.93).

Ainda que assim não fosse, não
teria razão a recorrente, se conside-
rados como inconfundíveis os con-
ceitos de patrimônio líquido e capi-
tal, e a referida taxa não tem a
mesma base de cálculo do imposto
sobre patrimônio ou qualquer outro,
permanecendo inviolados, pois o art.
77 do Código Tributário Nacional.

Não conheço, pois, do recurso in-
terposto em seu fundamento único.

Eis o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.147-9 — CE —
(93.0023835-3) — Relator: Exmo.
Sr. Min. Hélio Mosimann. Recte.:
Fyber Indústria de Veículos S/A.
Advogados: Rita Valéria de Carva-
lho Cavalcante e outros. Recda.: Co-
missão de Valores Mobiliários —
CVM. Advogados: Marília Gama Ro-
drigues Camacho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimi-
dade, não conheceu do recurso (em
10.12.93 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os
Srs. Ministros Peçanha Martins,
Américo Luz, Antônio de Pádua Ri-
beiro e José de Jesus Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Mi-
nistro ANTÔNIO DE PÁDUA RI-
BEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.295-5 — RS

(Registro nº 93.0024377-2)

Relator: *O Sr. Ministro Fontes de Alencar*

Recorrente: *Fleck e Fleck Ltda.*

Recorrido: *Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A*

Advogados: *Drs. José Luiz Faustino e Leontino Tamborena Dias e outros*

EMENTA: Contrato de câmbio. Restituição. 1. A restituição de importância adiantada por instituição financeira a exportador, por conta de contrato de câmbio, independe da circunstância temporal de que trata o art. 76 da Lei de Falências. 2. Recurso especial não atendido. 3. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro, Antônio Torreão Braz e Dias Trindade, convocado nos termos do art. 1º da Emenda Regimental nº 03/93.

Brasília, 29 de novembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de recurso especial com fulcro no art.

105, III, c, da Constituição Federal contra decisão proferida pela egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que estampa seguinte ementa:

“Pedido de restituição.

Não se aplica às restituições dos adiantamentos à conta dos contratos de câmbio o art. 76, § 2º, da Lei de Falências, posto que o prazo nele previsto diz respeito tão-somente a mercadorias e não a dinheiro. Aplicável é o art. 75, §§ 2º e 3º, da Lei do Mercado de Capitais. Desprovemento do apelo da Concordatária.

Aplicável a correção monetária nas restituições em tela, conforme Súmula nº 36 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Provimento do recurso do banco” (fl. 201).

Aponta o recorrente dissídio jurisprudencial em sua irresignação (fls. 209/213).

Pelo despacho de fls. 226/227, foi o recurso admitido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O entendimento da decisão recorrida é no sentido de ser cabível a restituição das quantias adiantadas por instituições financeiras por conta de contratos de câmbio, ainda que tais contratos tenham sido celebrados fora do prazo de 15 dias do requerimento da concordata, a que se refere o art. 76, § 2º, da Lei de Falências.

Caracterizado o dissídio. Filio-me, todavia, ao entendimento sufragado pelo aresto, por entender ser a tese mais correta.

Reitero o voto que proferi ao julgar o REsp nº 8.277:

“Creio que, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em dependência do adiantamento com o requisito temporal do art. 76, § 2º, da Lei de Falências, pois, como afirmou o Ministro Cunha Peixoto:

“A finalidade do § 3º do art. 75 da Lei nº 4.728/65, foi facilitar o financiamento da exportação do País e, assim, armou os créditos oriundos desses contratos de câmbio de uma garantia maior do que os comuns, permitindo que, no caso de falência ou concordata, o credor não tenha necessidade de habilitar-se, sendo-lhe lícito o pedido de restituição da importância. **A lei, como se veri-**

fica, criou na falência mais um caso de restituição de bens — o dinheiro adiantado em consequência do contrato de venda de câmbio” (cf. RTJ 94, págs. 676 e 677).

No tocante a esse privilégio, criado pela lei, veja-se ainda o voto do eminente Min. Moreira Alves (RTJ 87/673).

Trata-se de um novo caso de restituição, que não guarda qualquer dependência temporal entre o adiantamento e a impetração do favor legal, como ensina RUBENS REQUIÃO (“Curso de Direito Falimentar”, São Paulo, Saraiva, 1988, 10ª ed., 2º vol., nº 393, pág. 92) e é orientação tranqüila do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP 24/250, 44/48, 67/50, 90/91, 101/49 e 104/71).

Como elucida o autor acima citado:

“Não se cuida, na espécie, de restituição de coisa vendida a crédito nos 15 dias anteriores ao pedido de concordata, mas sim de hipótese em que o Banco figura como comprador e a concordatária como vendedora. Dentre as condições fixadas no art. 75 da Lei nº 4.728, às quais as partes ficam sujeitas, no caso de pedido de restituição dos adiantamentos sobre contratos de câmbio, não se enquadra o pressuposto previsto no art. 76 da Lei de Falências. O prazo de 15 dias estabelecido no § 2º do mesmo artigo somente se refere a coisas vendidas a crédito. O pedido de restituição com base na Lei de Mercado de Capitais, está sujeito a outras condições enumeradas no art. 75” (cf. ob. cit., pág. 92”).

Permaneço na idéia de que a restituição das importâncias adiantadas pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta de contrato de câmbio, não depende da circunstância temporal de que se ocupa o art. 76 da Lei de Falências.

Acrescento, outrossim, que quando do julgamento do REsp nº 24.471-RS, perante a 2ª Seção, a matéria referente a questão temporal não foi objeto de apreciação.

Em face do exposto, conheço do recurso, porém lhe nego provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Concorde com o Sr. Ministro Relator, mas na linha da orientação fixada na Segunda Seção deste Tribunal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.295-5 — RS — (93.0024377-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Fontes de Alencar. Recte.: Fleck e Fleck Ltda. Advogado: José Luiz Faustini. Recdo.: Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A. Advogados: Leontino Tamborena Dias e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento (em 29.11.93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

RECURSO ESPECIAL Nº 38.579-2 — ES

(Registro nº 93.0025115-5)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Ministério Público Federal*

Recorrida: *Buaiz S/A Indústria e Comércio*

Advogados: *Drs. Antônio de Pádua Santos e outro*

EMENTA: Taxa. Guias de importação. Incidência sobre o valor de bens importados. Leis nºs 7.690/89 e 2.145/53. 1. Referida taxa é tributo e tem a mesma base de cálculo do imposto de importação, sendo ilegítima a sua cobrança. 2. Se o produto da arrecadação da taxa, em exame, é recolhido à conta do Tesouro Nacional, como receita orçamentária da União e não é utilizada como remuneração aos “serviços prestados” na expedição de guias, evidentemente, não pode ser considerado como preço público. 3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator.

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

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

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Buaiz S/A Indústria e Comércio impetrou mandado de segurança contra ato do Gerente de Expediente da Coordenadoria de Intercâmbio Comercial do Departamento de Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A, objetivando eximir-se do recolhimento da taxa instituída pela Lei nº 2.145/53, incidente sobre o valor dos bens importados no percentual de 1,8%.

Em primeira instância a segurança foi concedida (fls. 68/71) restando reformada a sentença pelo E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão assim ementado:

“Tributário — Taxa para guia de importação — Lei nº 7.690/89.

VOTO

I — Apesar de denominada Taxa, o pagamento de 1,8% sobre o valor da importação, para emissão de licença ou guia de importação (art. 1º da Lei nº 7.690/89), tem a natureza jurídica de preço público, pois o serviço é facultativo e o pagamento devido somente em decorrência da utilização do serviço.

II — Não conflita, portanto, com o imposto de importação.

III — Remessa necessária provida” (fls. 89).

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs o presente recurso especial, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, aduzindo que o v. aresto hostilizado divergiu de acórdãos dos Tribunais Regionais Federais da 5ª e 4ª Regiões, que entenderam pela inconstitucionalidade da taxa de licenciamento de importação por ter a mesma base de cálculo do imposto de importação.

Sustenta tratar-se de taxa de polícia e não de preço público, já que referida taxa incide através de percentual fixo de 1.8% sobre o valor declarado no documento de importação, não tendo qualquer relação com o custo do ato ou do serviço, afastando-se, assim, do regime jurídico dos preços.

Invoca a disposição ínsita no § 2º do art. 145 da Lei Maior para afirmar que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos” (fls. 97/103).

Admitido o recurso (fls. 110), subiram os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

O SR. MINISTRO GARCIA VIELRA (Relator): A divergência está comprovada e caracterizada nos moldes exigidos pelo artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90.

Conheço do recurso pela letra c.

O recurso é admissível e merece provimento.

Estabelece o artigo 10 da Lei nº 2.145, de 20 de dezembro de 1953, com a redação dada pela Lei nº 7.690, de 15 de dezembro de 1988, que a guia de importação será emitida mediante o pagamento de taxa correspondente a 1,8% sobre o valor constante da referida guia, como ressarcimento dos custos incorridos nos respectivos serviços. Os recursos provenientes da referida taxa são recolhidos à conta do Tesouro Nacional, como receita orçamentária da União, como se vê no § 3º do citado dispositivo legal.

Referida taxa é tributo e tem a mesma base de cálculo do imposto de importação, sendo flagrantemente inconstitucional. Verifica-se pelo artigo 145 da Constituição Federal que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir os seguintes tributos:

“I — Impostos.

II — Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

Como se vê, as taxas são tributos e não podem ter base de cálculo própria de impostos (§ 2º).

A taxa de 1,8% é cobrada não pelos serviços dispendidos na sua expedição, mas sobre o valor das mercadorias importadas e esta é a base de cálculo do imposto de importação. Embora o artigo 10 da Lei nº 2.145/53, com a redação da Lei nº 7.690/88, fale que ela é cobrada como ressarcimento pelos serviços, deixa claro que sua cobrança é sobre o valor constante das respectivas guias de importação, isto é, sobre o valor das mercadorias importadas que é também base de cálculo do Imposto de Importação (artigos 20 do CTN, e 2º do Decreto-Lei nº 37/66).

Se as taxas cobradas pela União, Estados e Municípios têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição (artigo 77 do CTN), a taxa objeto desta ação não pode ser cobrada sobre o valor das mercadorias constantes das guias de importação (artigo 10 da Lei nº 2.145/53, com a redação da Lei nº 7.690/88), porque seu fato gerador teria de ser “o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível...” e não o valor das mercadorias, constante das guias de importação. O parágrafo único do artigo 77 do CTN deixa claro que “a taxa não pode ter base de cálculo do fato gerador idênticos aos que correspondem a imposto...”

O Colendo Supremo Tribunal Federal vem, sistematicamente, declarando inconstitucionais as taxas que têm a mesma base de cálculo de impostos (ERE nº 115.683-SP, DJ de 23.02.93; RE nº 110.576-SP, DJ de 31.10.86; RE nº 101.477-PR, DJ de 22.02.85; RE nº 100.729-AC, DJ de 16.12.83; RE nº 99.492-SP, DJ de 12.08.83; RE nº 97.071-SP, DJ de 27.05.83; RE nº 97.072-SP, DJ de 20.05.83; RE nº 95.196-SP, DJ de 27.05.83; RE nº 97.334-SP, DJ de 20.05.83; RE nº 98.581-SP, DJ de 17.12.82; RE nº 91.535-SP, DJ de 14.11.80; RE nº 78.600-MG, DJ de 11.09.78 e RE nº 98.581-SP, DJ de 17.12.82).

Desta Corte podemos citar o acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.375-SP, DJ de 25.03.91.

A taxa objeto deste recurso não pode ser confundida com preço público (Súmula nº 545 do STF), porque o produto de sua arrecadação é recolhido à conta do Tesouro Nacional, como receita orçamentária da União (artigo 10, § 3º, da Lei nº 2.145/53, com a redação dada pela Lei nº 7.690/88) e não é utilizada como remuneração aos “serviços prestados” na expedição das guias. Neste sentido a decisão plenária da Excelsa Corte, no RE nº 117.315-RS, DJ de 22/06/90 sobre o FNT.

Com razão o MM. Juiz Singular, em sua respeitável sentença de fls. 68/71, da qual destaco o seguinte trecho:

“O valor cobrado pelo impetrado, com base na Lei nº 7.690, de 12/12/88, incide sobre mesma base

de cálculo de imposto de importação, o que é vedado pela Constituição em vigor, artigo 145, § 2º.

Constituiu-se o valor questionado em **taxa**, atualmente considerada tributo pelo artigo 145, inciso II, da Constituição de 1988.

Se nem sempre é devido o imposto de importação, segundo alegou o impetrado, por favor fiscal de qualquer natureza, ou se é ele cobrado sobre valor inferior, não desfigura o fato de estar a “taxa” cobrada pela emissão da guia de importação sendo exigida sobre mesma base de cálculo, que sempre existe, na verdade, independentemente da alíquota do imposto, que em alguns casos, é igual a zero.

Anote-se, ainda, que a cobrança questionada não pode ser considerada preço público, ou tarifa, porque o documento expedido pelo impetrado tem caráter obrigatório para realização de importação, não sendo o serviço de utilização facultativo, única hipótese em que poderia ser considerada tarifa, ou preço público.

Recentemente o Poder Público editou a Lei nº 8.387/91, publicada no DOU de 31/12/91, que, em seu artigo 5º modificou o artigo 10 da Lei nº 2.145/53, dispondo sobre cobrança de emolumentos para ressarcimento de serviços prestados pela emissão de guia de importação, com base em tabela elaborada pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, e este, por sua vez,

através da Portaria nº 44, de 21 de janeiro de 1992 (DOU de 22/01/92, pág. 836, fixou valores para emissão da aludida guia. E com base na realidade dos fatos, porque não tem sentido exigir-se pagamento de importância calculada sobre sempre elevado valor de importação ou exportação, para expedição de simples documento, que não exige grande trabalho, nem tempo, como estava-se praticando, encarecendo sobremaneira, as mercadorias, sem amparo constitucional, nem causa justa, com risco até de inviabilizar atividades do comércio exterior” (fls. 70).

Dou provimento ao recurso para reformar o venerando aresto recorrido e conceder a segurança nos termos do pedido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 38.579-2 — ES — (93.0025115-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Ministério Público Federal. Recdo.: Buaiz S/A Indústria e Comércio. Advogados: Antônio de Pádua Santos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (em 18.10.93 — 1ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.018-4 — RS

(Registro nº 93.026318-8)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Recorrente: *Derly Carlos Bassegio*

Advogado: *Dr. Jorge Aristides A. do Amaral*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

EMENTA: Processual Penal. Prefeito. Homicídio culposo. Inteligência das *verba legis*. “Recebida a queixa ou denúncia” do art. 558 do CPP. Inexistência de prejuízo para o recorrente (CPP, art. 563). Recurso Especial não conhecido pela alínea *a* do autorizativo constitucional. Conhecido pela alínea *c*, mas improvido. 1. O recorrente especial, por ser prefeito municipal, foi denunciado perante o Tribunal de Justiça por homicídio culposo (acidente de carro). O desembargador Relator mandou “notificar” o acusado. Depois de “notificado” é que a denúncia foi formalmente recebida. 2. Aqui não vem a pêlo discutir-se se “recebida a queixa ou denúncia” do art. 558 do CPP tem conotação material ou formal. Há doutrina e jurisprudência em ambos os sentidos. Lembrando Adolf Wach, um dos pilares da moderna processualística, “o fim do processo não é teórico, mas prático”. Assim, não faria sentido prático anular o processo por mero apego a formalismo. Ademais, o recorrente não logrou demonstrar onde estaria seu prejuízo. Aplica-se, pois, o disposto no art. 563 do CPP, com a convalidação do processo em sua inteireza. 3. Recurso especial não conhecido pela alínea *a*; conhecido pela alínea *c*, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso 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. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

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

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de recurso especial interposto por Derly Carlos Bassegio com amparo no art. 105, III, *a e c*, da CF, contra o v. acórdão proferido pelo TJRS.

2. O ora recorrente, prefeito de Santa Rita do Herval — RS, foi condenado à pena de dois anos de detenção, com *sursis*, pelo prazo de três anos, como incurso nas sanções do art. 121, § 3º, e art. 29, § 6º, ambos do CP, por ter sido o condutor de veículo participante de acidente de trânsito com uma morte e lesões corporais. Apelou.

A Quarta Câmara Criminal do TJRS afastou a preliminar de nulidade da intimação do acusado, sob a alegação de que a notificação prévia teria sido determinada antes do recebimento formal da denúncia e não após, conforme determina o art. 558 do CPP. Adotou-se o entendimento de que o recebimento da denúncia, de que trata o art. 558 do CPP, é aquele momento material em que a denúncia chega às mãos do Relator e não o recebimento formal que dá início à ação penal propriamente dita. Assim, inexistindo qualquer prejuízo ao réu, não há nulidade no despacho que determina a notificação do acusado para a defesa prévia, sem, formalmente, receber a denúncia. No mérito, entendeu-se que o acidente ocorreu por imprudência do réu e não por falha do veículo, conforme restou comprovado pela perícia.

3. O recurso especial aponta como violado o art. 588 do CPP, além do dissenso pretoriano. O recorrente sustenta que a expressão “receber a denúncia”, nos termos do art. 588 do CPP, tem significado técnico e não o “uso corrente” invocado pelo v. acórdão recorrido.

4. Contra-razões (fls. 260/263).

5. O recurso especial chegou a esta Corte por força de decisão proferida nos autos do Ag. nº 37.532-2-RS.

6. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso. Aduz que o dissenso pretoriano restou indemonstrado. Do mesmo modo, não foi violado o art. 558 do CPP, na medida em que o v. acórdão recorrido apenas adotou critério mais benéfico ao réu. Nos crimes praticados por funcionário público, da competência dos tribunais de justiça (art. 556), deve-se entender a expressão “recebida a denúncia” do art. 558, conforme explicitado pelo acórdão recorrido.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, lembrando ADOLF WACH, um dos pilares da processualística moderna, “o fim do processo não é teórico, mas prático” (**Der Zweck des Prozesses ist nicht theoretisch, sondern praktisch**). Ora, não faz sentido anular o processo por mero apego a formalismo.

Não vou, à evidência, discutir se a expressão “recebida a queixa ou a denúncia” do art. 558 do CPP deve ser, ou não, tomada no sentido técnico. Há doutrina e jurisprudência acudindo ambas as teses. Esse artigo, é bom que se diga, é impreciso. Assim, no lugar de falar em “citação” menciona “notificação” do acusado (Tal cochilo já foi corrigido pelas Leis nºs 8.038/90 e 8.658/93).

Na realidade, o recorrente especial não sofreu nenhum prejuízo em sua defesa. Logo, nos termos do art. 563 do CPP, não se tem como anular o processo.

O Relator do TJRS, no dia 17/05/90 (fl. 56), assinou a carta de ordem, determinando a notificação do ora recorrente. A diligência se efetivou em 04/09/90 (fl. 56 v.). A denúncia foi recebida 21 dias depois, quando se marcou o interrogatório para 30/10/90 (fl. 58). Ora, tal inversão procedimental, como bem observou a douta Subprocuradoria Geral da República em seu parecer, só veio beneficiar o recorrente.

Por tais motivos, não conheço do recurso pela alínea *a* do autorizativo constitucional.

Quanto à divergência jurisprudencial, conheço para negar-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.018-4 — RS — (93.026318-8) — Relator: Exmo. Sr. Min. Adhemar Maciel. Recte.: Derly Carlos Bassegio. Advogado: Jorge Aristides A. do Amaral. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: A Turma por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 15.12.93 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro, José Cândido de Carvalho Filho e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro LUIZ VICENTE CERNICHIARO.

RECURSO ESPECIAL Nº 39.139-3 — BA

(Registro nº 93.0026721-3)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado da Bahia*

Recorrido: *Waldeck Magalhães Luz Moreira*

Advogados: *Drs. Orlando Imbassahy da Silva Filho e outros*

EMENTA: Processual Penal. Narcotráfico. Condenação. Revisão Criminal. 1. Exame de dependência. Silente a defesa quanto à dependência toxicológica do acusado, e mais porque o pedido de revisão objetivou discutir exclusivamente o laudo de constatação da natureza da substância apreendida, merece reparo o acórdão recorrido, dado o dissídio com a orientação pretoriana que, em tais casos, releva a compulsoriedade daquele exame de dependência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar o acórdão e indeferir a revisão criminal. Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília, 24 de novembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,
Presidente. Ministro JOSÉ DAN-
TAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: As Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça-BA deferiram revisão criminal suplicada pelo ora recorrido, para anular a ação penal na qual fora condenado a 06 anos de reclusão e multa, por infringência do art. 12 da Lei nº 6.368/76. Anulou-se o processo-crime a fim de que fosse o requerente submetido a exame de dependência toxicológica, pois que assim deveria ter determinado o Juiz, independentemente de requerimento da defesa — acórdão de fls. 169.

Inadmitido o recurso do Ministério Público, dei provimento ao respectivo agravo de instrumento, para melhor exame da controvérsia, tanto mais porque suscitada fora à

base da colação de acórdãos do Supremo Tribunal Federal e desta Egrégia Turma, quanto a que não se impõe por determinação de ofício a realização do exame de dependência toxicológica quando não se destaca dos autos veementes elementos de dúvida quanto à integridade mental do acusado — fls. 172.

Nesta instância, o parecer do Subprocurador-Geral Pedro Yannoulis é pelo conhecimento e provimento do recurso, à força de fundamentos assim ementados:

“Recurso Especial. Revisão Criminal. Anulação de sentença condenatória, determinando-se ao Juízo singular a realização de exame toxicológico, sem requerimento da defesa e cinco anos após o delito. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial demonstrado. Provimento do recurso” — fls. 198.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhor Presidente, consultados os precedentes arrolados quanto ao dissídio jurisprudencial, na verdade, impõe-se o conhecimento do recurso, pela conferência da identidade das hipóteses, segundo o traço comum consistente da mera alusão do acusado a uso próprio de tóxicos, feita, porém, sem indícios convincentes da dependência toxicológica que houvesse de ser indagada até mesmo *ex officio*.

No caso dos autos, em nenhum momento do processo-crime o denunciado se disse viciado.

Aliás, se tal não se disse naquele processo, também na presente revisional o requerente silenciou o questionamento, pois que a falta do exame a que se referiu a inicial da revisão criminal prendeu-se exclusivamente ao **laudo definitivo** de constatação da natureza toxicológica da substância apreendida, visto que a sentença teria se louvado em mero laudo provisório (Lei nº 6.368, art. 22, §§ 1º e 2º).

Donde a maior razão para reparar-se a decisão recorrida, por si mesma equívoca no tocante à determinação do exame de dependência, de resultados evidentemente impossíveis, conforme estas assertivas do parecer:

“**Concessa maxima venia**, entende este órgão ministerial que razão assiste ao **parquet**, o qual teve seu recurso especial admitido por força de despacho proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 34.647-4, em apenso.

10. E isto porque, evidentemente, não poderia o v. acórdão recorrido, em ação revisional, ter anulado o processo-crime em questão, a fim de que fosse o revisionando submetido a exame de dependência toxicológica.

11. Equivocou-se, pois, o Eg. Tribunal a **quo**, no meu entender, fri-se-se, ao determinar, de ofício, que o MM. Juízo singular realizasse o exame de dependência, a um, porque o réu-condenado não requereu a anulação do processo na revisão

criminal e, a dois, porque decorridos mais de cinco anos após o fato criminoso.

12. Note-se, por ser um dos fundamentos do recurso interposto, qual seja, o julgamento **extra petita**, que em sua inicial o réu-condenado pedia, única e exclusivamente, a anulação do processo por inépcia da denúncia ou a alteração da classificação, para o artigo 16 da Lei nº 6.368/76 (em vez do artigo 12).

Logo, em momento algum se argüiu sua condição de viciado, que o v. acórdão recorrido foi extrair das entrelinhas da instrução.

13. Impossível, assim, ter sido anulada a v. decisão condenatória, cinco anos após o fato criminoso, a fim de se obrigar o Juiz à determinação do exame de dependência, até porque, para tanto, necessária seria a reunião, nos autos, de indícios veementes, justificando a providência, muito mais por se tratar de medida de ofício, pois não requerida pela defesa.

14. Dessa forma, no entender deste órgão ministerial o presente recurso merece conhecimento e provimento, porque é evidente a divergência jurisprudencial, perfeitamente demonstrada nas razões recursais de fls. 172/180. Tanto isso é verdade que, apenas para exemplificar, o v. acórdão recorrido anulou a sentença, para que o Juiz mandasse realizar o exame de dependência, cinco anos após o fato, e o aresto divergente citado às fls. 177, expressa, **verbis**:

“I — Exame de dependência toxicológica — Requerimento feito mais de oito meses após o flagrante — Hipótese em que não mais seria capaz de produzir os efeitos desejados — Indeferimento (in Rev. dos Tribunais, vol. 564, págs. 372/373).”

15. E, em havendo divergência jurisprudencial, **data venia**, de longe a melhor solução foi adotada pelo v. acórdão paradigma, muito mais plausível com a realidade dos fatos, e mesmo com as particularidades deste feito, qual seja, o desinteresse da própria defesa, na aludida prova.

E, de que valeria esta prova, no momento presente? Tantos anos depois se o réu não era viciado pode ter se tornado e, se era, pode ter se recuperado.

16. Outrossim, cabe-me ressaltar que este processo não é uma ação penal, mas ação revisional, na qual a defesa é AUTORA, logo a ela incumbe o ônus da prova, devendo protestar pelas que entender cabíveis. Devendo-se frisar, ainda, que o réu-condenado até hoje está foragido, outorgando a seus patronos procurações datadas e assinadas no Rio de Janeiro” — fls. 199/201.

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para reformar o acórdão e indeferir a revisão criminal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 39.139-3 — BA —
(93.0026721-3) — Relator: Exmo.

Sr. Min. José Dantas. Recte.: Ministério Público do Estado da Bahia. Recdo.: Waldeck Magalhães Luz Moreira. Advogados: Orlando Imbassahy da Silva Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para cassar o acórdão e

indeferir a revisão criminal (em 24.11.93 — 5ª Turma).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal e Jesus Costa Lima. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Cid Flaquer Scartezzini.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JESUS COSTA LIMA.

RECURSO ESPECIAL Nº 40.191-7 — SP
(Registro nº 93.0030253-1)

Relator: *O Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *Almasa Negócios Imobiliários S/C Ltda.*

Recorrido: *Banco do Brasil S/A*

Advogados: *Alberto Cosentino Filho e outro, Jurandir Fernandes de Sousa e outros*

EMENTA: Civil. Processual Civil. Arrematação. Bem hipotecado. 1. A arrematação extingue a hipoteca, tanto que o credor hipotecário tenha sido intimado da realização da praça, posto que tem conteúdo de aquisição originária, livre dos ônus que anteriormente gravavam o bem por esse meio adquirido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Antônio Torreão Braz.

Brasília, 14 de dezembro de 1993
(data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, recorre Almasa Negócios

Imobiliários S/C Ltda. de acórdão proferido pela Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que negou provimento a agravo de instrumento interposto de decisão indeferitória de cancelamento de hipoteca de imóvel, sendo agravado, ora recorrido, o Banco do Brasil S/A.

Sustenta a recorrente ter o acórdão negado vigência aos arts. 849, VIII, do Código Civil e divergido de julgados de outros Tribunais pois que com a arrematação a hipoteca foi extinta.

Processado e admitido o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A arrematação, que tem conteúdo de aquisição originária, empresta ao arrematante a propriedade do bem sem os ônus que, eventualmente, sobre o mesmo incidiam, antes da arrematação. No caso se dá uma verdadeira expropriação pelo Estado do bem penhorado, que passa, assim, ao arrematante inteiramente livre.

O acórdão recorrido, ao manter sobre o imóvel levado à arrematação ônus hipotecário que o gravava, em realidade contrariou a norma do art. 849, VII, do Código Civil, tanto mais quando, na hipótese, o

credor hipotecário foi intimado, nos termos da lei processual, da arrematação, evidentemente para a defesa dos direitos que da hipoteca lhe adviriam.

Embora se ressinta a petição de recurso de boa técnica, no que tange ao fundamento da divergência, estou, tanto como o juízo provisório de admissibilidade, porque o mesmo está evidenciado, até porque notório.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos pleiteados pela recorrente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40.191-7 — SP — (93.0030253-1) — Relator: Exmo. Sr. Min. Dias Trindade (ER nº 03/93). Recte.: Almasa Negócios Imobiliários S/C Ltda. Advogados: Alberto Cosentino Filho e outro. Recdo.: Banco do Brasil S/A. Advogados: Jurandir Fernandes de Sousa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (em 14-12-93 — 4ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.

Relator: *O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Capri S/A Participações e Negócios*

Recorrido: *Asataro Yamamoto*

Advogados: *Drs. Cláudio Lacombe e outros, e Maria Helena Caldas Osório e outros*

EMENTA: *Sociedade por ações — Ações nominativas — Transferência. 1. A pretensão ao exercício de direito, relativamente à sociedade, por parte de acionista, vincula-se à averbação do título aquisitivo no livro de “Registro de Ações Nominativas”. 2. Corretamente postulado o direito de recesso por quem figura naquele livro e não por terceiro que, mediante procuração em causa própria, teria adquirido as ações.*

ACÓRDÃO

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Sustentou oralmente, o Dr. Fernando Maya Ferreira, pelo recorrido.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Brasília, 7 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro EDUARDO RIBEIRO,
Presidente e Relator.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Asataro Yamamoto e os demais arrolados nos autos ajuizaram ação contra Capri S/A Participações e Negócios, objetivando o exercício do direito de recesso. Suscitou-se preliminar de ilegitimidade, uma vez que os autores teriam, mediante procuração em causa própria, transferido a propriedade das ações para Alberto Joaquim Ferreira. Este é que se encontraria titulado para formular o pleito. Não acolhida a alegação, foi apresentado agravo de instrumento em que se afirma, também, desvio procedimental, posto que o Juiz não propiciara oportunidade para que as partes especificassem quais as provas que pretendiam produzir.

Negou-se provimento ao recurso em decisão assim ementada:

“Transferência de ações nominativas.

É negócio jurídico formal e se opera por termo lavrado no livro de “Transferência de Ações Nominativas”.

O despacho para especificação de provas é mera praxe e não se pode determinar ao Juiz que o profira”.

O agravante interpôs recurso especial, sustentando negativa de vigência do art. 31, **caput** da Lei nº 6.404/76, dos arts. 130 e 1.307, do Código Civil, bem como do art. 6º do Código de Processo Civil. Argumenta que “se a decisão reconhece que a procuração em causa própria é instrumento de transferência das ações, também não se pode deixar de reconhecer que, com ela, restou elidida a presunção legal de propriedade que milita em favor daquele em cujo nome se acham inscritas as mesmas ações”. Acrescenta que o aresto “negou os efeitos da transferência de domínio e propriedade quanto à titularidade do direito de ação decorrente do negócio jurídico”.

Aduz, ainda, dissídio de jurisprudência, quando se entendeu não ser obrigatório ensejar às partes, antes do saneador, oportunidade de especificarem as provas a serem produzidas.

Não admitido o recurso, provi o agravo, para melhor exame, convertendo-o em especial.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Debate-se sobre os efeitos do disposto no artigo 31, § 2º, da Lei das Sociedades por Ações. Ali se estabelece que a transferência de ações nominativas far-se-á mediante averbação no livro de “Registro de Ações Nominativas”. No caso, esse registro não se verificou. A agravante sustenta que, não obstante, a propriedade das ações transferiu-se a terceiro, por meio de procuração em causa própria, não sendo os agravados partes legítimas para exercer direito de recesso.

O dispositivo em exame admite que a transferência das ações se faça, não apenas por termo lavrado no livro de “Transferência de Ações Nominativas”, mas por outros meios, consignando mesmo a referência ampla a “qualquer outro título”. Claro está que pelo menos em uma das hipóteses ali mencionadas a transferência da propriedade decorrerá da própria verificação do fato, independentemente de qualquer outra formalidade. Refiro-me à sucessão **causa mortis** em que, dando-se o óbito, é automática a aquisição da propriedade pelos herdeiros, assim como o é tratando-se de imóveis, apesar da afirmação corrente de que só com o registro adquire-se a propriedade.

Tratando-se de título extrajudicial, não se me afigura seja caso de excepcionar aquilo que a lei expressamente estatuiu. E até com alguma ênfase: a transferência **somente** se fará mediante averbação no livro próprio.

De qualquer sorte, entretanto, ainda assim não fosse, considero que, para os efeitos pretendidos, a averbação é indispensável. Cogita-se de exercer o direito de recesso, que a toda evidência, tem como sujeito passivo a sociedade. Em relação a esta o que prevalece é o questionado registro. Se se presume a propriedade das ações pela inscrição no livro de registro, como estabelece o **caput** do artigo, a companhia haverá de ater-se a seus termos. O exercício dos direitos inerentes à condição de acionista condiciona-se à averbação. Entre eles o de recesso.

Tenho, pois, que não houve violação da lei. Os autores estão legitimados para exercer o direito a cujo propósito se litiga.

No que diz com a matéria processual, nenhuma a razão da recorrente. Inexiste qualquer obrigatoriedade legal de que, antes do saneador, o Juiz abra ensejo a que as partes esclareçam que provas desejam produzir. Trata-se de mera praxe, tendente a facilitar a prolação de deci-

são a esse respeito. Nem se demonstrou dissídio quanto ao ponto, já que não indicado repertório oficial ou autorizado.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 40.276-0 — RJ — (93.0030535-2) — Relator: Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Capri S/A Participações e Negócios. Advogados: Cláudio Lacombe e outros. Recdo.: Asataro Yamamoto. Advogados: Maria Helena Caldas Osório e outros. Sustentou oralmente, o Dr. Fernando Maya Ferreira, pelo recorrido.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 07.12.93 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Costa Leite e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.