

RECURSO ESPECIAL Nº 460 — MG
(Registro nº 89.0009204-9)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Carlos Antônio Alves de Oliveira*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Décio Fulgêncio Alves da Cunha e Henrique Fonseca de Araújo*

EMENTA: Criminal. Pronúncia. Homicídio qualificado. Recurso especial. Dissimulação. Não há conhecer de recurso especial cujo fundamento pressupõe incontroverso determinado fato realmente duvidoso, no caso, a maneira afrontosa e não a disfarçadamente amistosa como o réu abordou a vítima.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Trata-se de recurso extraordinário convertido em especial (fl. 105), via do qual o recorrente acima referenciado alega violação do inciso IV do § 2º do art. 121 do Cód. Penal, e divergência jurisprudencial a propósito de sua interpretação tocante à qualificadora da dissimulação.

Ao que se sustenta contra o acórdão proferido em grau de embargos infringentes pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, não seria o caso daquela qualificadora, pois, que, em síntese, a rigor da doutrina e da jurisprudência cotejada, com simulação não age quem como o recorrente se encontrava em avançado estado de embriaguês alcoólica e, a voltar ao local do desentendimento com a vítima, dá-lhe um tapa no rosto, para só então alvejá-la; tapa que, ao invés de dissimular, muito ao contrário, serviu de aviso e premonição do intento hostil. Ler-se (fls. 286/89).

Admitido e processado o recurso, nesta instância oficiou o Subprocurador-Geral da República Haroldo da Nóbrega, nestes termos:

“Entendo que o recurso não merece conhecido e se conhecido não deve ser provido.

Com efeito, através do recurso especial visa o legislador-constituente a uniformizar a interpretação e aplicação do direito federal.

Assim, nada obsta a que esse Colendo Tribunal, no exame do recurso Especial, se sirva da farta jurisprudência, inclusive sumulada, que o Excelso Pretório construiu em torno do RE.

Sem dúvida, a concordância ou discordância do pedido formulado no recurso especial demanda análise aprofundada de provas. Só perquirindo profundamente a prova produzida no poder-se-á ou não pela manutenção da qualificadora incluída na pronúncia, pelo Magistrado processante do feito (qualificadora da dissimulação).

Assim, com respaldo na Súmula 279 do excelso Pretório, opino no sentido de que não se conheça do recurso. Se conhecido, opino no sentido de que se lhe negue provimento.” — fl. 113.

Anoto o recebimento de um bem-lançado memorial do ilustre advogado Henrique Fonseca (só agora constituído para a causa), que acredito também ter chegado às mãos de Vossas Excelências.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, consulte-se a versão dos fatos, preferida desde a sentença e afinal admitida pelo acórdão, com força na prova dos autos, segundo o voto condutor, lavra do Desembargador Sebastião Rosenburg. Ei-la:

"...E, esse meu entendimento se baseia na prova dos autos; de fato, segundo se vê da leitura dessa, Carlos Antônio Alves de Oliveira havia tido uma briga com a vítima Marcelo David Jorge, v. "Marcelino Capacete", tendo sofrido hematomas e escoriações, sendo a briga contida pelos demais freqüentadores do "Bar do Lulu", local onde se deram os fatos; Carlos, então, vai ao apartamento de Júlio César Diniz Viana, seu amigo, e conta-lhe o que havia ocorrido; este, vendo-o alcoolizado, oferece seus préstimos para levá-lo em casa, e, quando se dispunha a fazê-lo, Carlos desce do carro e volta ao interior do bar do Lulu, tendo, logo depois, sido detonado o tiro contra a vítima.

Assim, vê-se que, terminado o entrevero, Carlos Antônio, ora embargante, vai ao apartamento do amigo, arma-se e volta ao local onde se encontrava Marcelo, a vítima, e, ali, aproximando-se dessa, dá-lhe um "tapa" amistoso na nuca, parecendo mais uma saudação que uma agressão, e, ato contínuo, saca da arma que portava, disfarçadamente, e desfere um tiro contra sua vítima; ora, tal narrativa ressaí da prova dos autos, e, demonstra que, de fato, o ora embargante dissimulou sua intenção com relação à vítima; se assim não fosse, teria chegado ao bar, e, tão logo avistasse a vítima, teria lhe disparado o tiro; porém, chegou-se à vítima, bateu em sua nuca, como se nada houvesse entre eles, e, de repente, saca do revólver que escondera sob a camisa e desfere o tiro mortal.

Com tal atitude, o que não poderia a vítima, nunca pensar é que o embargante ali estivesse para matá-la. Não há dúvida quanto à dissimulação empregada por aquele." — fls. 281/82.

A partir dessa consulta, veja-se que toda a controvérsia abordada pelo recorrente quanto à *dissimulação*, tanto sob enfoque da letra *a* como da letra *c* do novo permissivo constitucional, mescla-se indissociavelmente com o reexame do fato acolhido pela defesa como *aviso* ou *premonição*, advertida a vítima da intenção hostil do réu; isto é, o fato daquele "tapa no rosto", segundo sua versão, ou o testemunhado fato de aproximar-se da vítima e dá-lhe um "tapa" amistoso na nuca, parecendo mais uma saudação que uma agressão, para então sacar da arma que disfarçadamente portava, versão acolhida pelo v. acórdão.

Acontece que essa reconstrução factual, requerida a termo de preferência por uma ou outra das feições da prova contrastada, consabidamente não se comporta nos limitados traços do recurso especial.

Com efeito, no caso de que se trata, cumpriria medir-se, por exemplo, a pertinência da invocada divergência interpretativa do conceito da *dissimulação* qualificadora do homicídio como sendo " a ocultação da intenção hostil" (TJSP, in RT 29/364), ou *quando a ação do réu torna difícil ou impossível a defesa da vítima* (TJPR, EP, 1983/40), para citar apenas os dois precedentes invocados em condição de justificar o recurso. Mas, para tanto, certamente que se teria de voltar àquele ponto de partida: a ponderação da prova do fato que antecedeu a agressão fatal — *um tapa na cara*, ofensiva e provocadora (no dizer do réu), ou "um tapa na nuca", gesto amistoso e cordial, seguido do disparo da arma cujo porte disfarçava (ao ver testemunhal que o recorrente contesta, mas que o acórdão louvou como verossímil).

Há, pois, invencível óbice ao conhecimento do recurso, qual o da controvertida questão de fato, cuja pacificação, agora incabível, houvesse de pressupor assento para a tese jurídica pretendida aplicar-se a peso de contrariedade ou negação de vigência ao inciso IV do § 2º do art. 121 do Cód. Penal, ou ainda de interpretação divergente.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Senhor Presidente, em primeiro lugar, gostaria de ressaltar o brilhante trabalho apresentado pelo ilustre advogado em seu memorial que muito me impressionou.

Entretanto, com a devida vênia, o recurso especial não se presta para uniformização da interpretação ou aplicação do Direito Federal. Se fosse tão-somente a valoração jurídica da prova estaria de acordo para conhecer o recurso mas, no caso, não nos cabe o reexame da prova.

Por isso, Sr. Presidente, acompanho V. Exa.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 460 — MG — (Reg. nº89.0009204-9) — Relator: Exmo. Sr. ministro José Dantas. Recorrente: Carlos Antônio Alves de Oliveira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advogados: Drs. Décio Fulgêncio Alves da Cunha e Henrique Fonseca de Araújo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (5ª Turma, em 06.12.89).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 507 — SP

(Registro nº 89.0009306-1)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Valtemilson José da Silva*

Advogados: *Drs. Faisal Ali Ramadan e outros*

EMENTA: Direito Penal. Crime Continuado. Caracterização. Exigência de unidade de desígnio ou dolo total. Situação atual perante a doutrina e a Nova Parte Geral. Insuficiência de teoria objetiva pura. Atenuações pela jurisprudência. Teoria mista que conjuga elementos objetivos com o elemento subjetivo do agente.

Para a caracterização do crime continuado torna-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP: "devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro"), ou porque fazem parte do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma oportunidade).

Recurso especial do Ministério Público conhecido e provido para restabelecer-se a sentença que negou a continuidade delitiva em caso de criminosos reconhecidos como habituais, os quais, com reiteração, praticaram roubos autônomos, contra vítimas diferentes, embora na mesma Comarca e em curto espaço de tempo.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a

sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Valtemilson José da Silva viu indeferido pedido de unificação das penas que lhe foram impostas em duas ações penais, ambas por roubo e estupro, praticados com intervalo de dez dias, na mesma cidade, contra vítimas diferentes.

A 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, dando provimento parcial ao agravo interposto pelo requerente, assim se expressou:

"

Pesem embora, o pronunciamento do íncrito Procurador de Justiça e as reiteradas decisões da Suprema Corte, entendendo obrigatória a presença daquela situação especial conjugadora dos diversos delitos para configurar-se a continuidade, que poderia ser traduzida como unidade de propósito ou ideação, entende a turma julgadora que, tendo o Código Penal declaradamente adotado a teoria objetiva pura, na conceituação do "crime continuado", não há que se distinguir entre habitualidade e continuidade, palavras sinônimas, uma vez presentes os requisitos objetivos especificados no art. 71 da lei penal substantiva.

Considerando presentes tais requisitos, em relação aos delitos de roubos, praticados no intervalo de dez (10) dias, entre 03 e 13 de fevereiro de 1981, com maneira mais ou menos idêntica de execução e no território da mesma comarca, provê parcialmente o agravo, a fim de unificar suas penas em oito (8) anos de reclusão, tomando como base a sanção base da unificação já operada no Processo 296/81, de cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão e acrescentando-a da metade, pela continuação, em razão do número de infrações praticadas." (Fl. 60).

Inconformado, recorreu o ministério Público Estadual, com apoio no art. 105, III, c, da Constituição, apontando como divergentes os acórdãos prolatados na Revisão 4.602-6-SP e no RECr 85.318-DF, pelo Supremo Tribunal Federal, bem como no agravo 508.301-1, lavrado pela 8ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que reclamam a unidade de desígnio para o reconhecimento da continuidade delitiva.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles, opinou pelo provimento do recurso, *in verbis*:

".....

10. O crime continuado, em linhas gerais, pode sempre encontrar-se, tanto nos delitos contra a pessoa, seja com unidade de sujeito passivo, seja com pluralidade de sujeitos passivos, uma vez que nesses, quaisquer que sejam concorram os presupostos do crime continuado, que são:

- a) pluralidade de ação (sentido amplo);
- b) pluralidade de crimes da mesma espécie;
- c) conexão de tempo, lugar, maneira e execução e outras semelhantes, entre os crimes.

11. Ora, a hipótese dos autos é atípica de crime continuado, vez que, entre um e outro houve o espaço de dez dias e lugares diferentes, e, as circunstâncias de tempo a lugar assumem relevância de indeclinável importância, não só por exigência do direito positivo, como também por imperativo da natureza do instituto.

12. Neste sentido, jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, da lavra do douto Ministro Carlos Madeira, julgado que assim se apresenta, e por tudo de plena adequação à espécie ora versada, *verbis*:

Habeas Corpus. Crime continuado. Não há continuidade delitiva nas ações praticadas em ocasiões distintas, embora guardem semelhança na maneira de execução e no aproveitamento de idêntica situação. O espaço de tempo separando a reiteração dos fatos afasta o caráter necessário de continuidade.

Habeas Corpus indeferido.

13. Procede, pois, a pretensão." (Fls. 117/118).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Direito Penal. Crime continuado. Caracterização. Exigência de unidade de desígnio ou dolo total. Situação atual perante a doutrina e a Nova Parte Geral. Insuficiência de teoria objetiva pura. Atenuações pela jurisprudência. Teoria mista que conjuga elementos objetivos com o elemento subjetivo do agente.

Para a caracterização do crime continuado torna-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP: "devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro"), ou porque fazem parte do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma oportunidade).

Recurso especial do Ministério Público conhecido e provido para restabelecer-se a sentença que negou a continuidade delitiva em caso de criminosos reconhecidos como habituais, os quais, com reiteração, praticaram roubos autônomos, contra vítimas diferentes, embora na mesma Comarca e em curto espaço de tempo.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Volta à baila, agora perante esta Corte, a controvertida questão da exigência, ou não, de unidade de desígnio para caracterização do crime continuado.

No julgamento do RECr 87. 769, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (RTJ 91/938), dos onze Ministros votantes, inclusive o Presidente, só o Ministro Relator, Cunha Peixoto, admitiu expressamente essa exigência, apoiado em Magalhães Noronha. Mas, apesar de seu voto ter prevalecido na conclusão, rejeitaram a unidade de desígnio os Ministros Soares Muñoz e Moreira Alves. E a ela não se referiram os demais Ministros presentes, presumindo-se que prescindiram do exame dessa questão para chegar à conclusão a que chegaram (RTJ 91/941).

Assim, não vejo demonstrada a divergência entre o acórdão recorrido com julgados do Supremo Tribunal relativos ao RECr 85.318 e outros citados no recurso, pois, não consigo identificar neles ou na jurisprudência do Excelso Pretório, com nitidez, aquela exigência, já que o ponto de partida dessa jurisprudência está no RECr 87.769 do Pleno. O acórdão na Rev. 4.602-6, além de isolado está citado só pela ementa, que, aliás, não coincide com a publicação também feita só pela ementa, circunstância esta relevadora de sua insuficiência para caracterizar o dissídio.

Diverge, entretanto, o acórdão recorrido do julgado do Tribunal de Alçada Criminal no Agr. 508.301, citado à fl. 77 (RT 629/350), pois, enquanto no primeiro se afirma a nenhuma distinção existente "entre habitualidade e continuidade, palavras sinônimas" (fl. 60), no último não se admite a continuidade delitiva, na hipótese de criminoso habitual, que "fez do crime seu meio de vida" (fl. 77).

Em razão disso, conheço do recurso, pela letra c, passando ao exame do mérito.

Diga-se, inicialmente, que os crimes objeto do presente recurso ocorreram em fevereiro de 1981, portanto antes da reforma penal de 1984 que introduziu alteração visível no tratamento penal do crime continuado (parágraf. único do art. 71).

É, aliás, o que está dito no item 59 da Exposição de Motivos do Ministro Abi-Ackel:

“O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois, o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.”

Assim, as apreensões reveladas pelo recorrente estão em grande parte superadas com a possibilidade, agora, de triplicação da pena, nos crimes de ação violenta, dentre os quais se situa o de roubo.

Mas esse preceito da nova Parte Geral, *quando mais grave*, não se aplica aos fatos anteriores à sua vigência, caso destes autos. Além disso, não afasta evidentemente toda a polêmica em torno da caracterização da continuidade delitiva porque tratando-se de um parágrafo que excepciona a regra geral do *caput*, sua aplicação pressupõe a ocorrência da continuidade delitiva, permanecendo, pois, a indagação: quando ocorre esta última?

Por isso, voltamos ao princípio, com esta outra indagação: pode, ou não, haver crime continuado na criminalidade profissional, isto é, quando o agente pratica vários delitos da mesma espécie, não por estar agindo sob o efeito ou impulso do primeiro (em “continuação do primeiro”) mas por ser essa atividade mais ou menos freqüente, como conduta de vida?

O acórdão recorrido diz que sim; no recurso sustenta-se que não.

A lei, no Brasil como em outros países, não os oferece critério infalível para a identificação da unidade ou continuidade delitiva, na presença de ações múltiplas. Por isso é que tanto a teoria puramente objetiva como a subjetiva expõem o flanco a críticas, que não repetirei por serem bastante conhecidas.

Pela mesma razão, a jurisprudência, no exame dos casos concretos, tem procurado, aqui como algures, limitar a incidência muito extensa de normas legais genéricas sobre a continuidade delitiva.

Na Alemanha, por exemplo, berço da denominada teoria objetiva, os tribunais tem exigido a presença de um "dolo total" (*Gesamtvorsatz*) que enlace o resultado total do fato em seus aspectos essenciais, no que concerne a lugar, tempo, pessoa da vítima e modo de execução, de sorte que os atos isolados representem a realização sucessiva do conjunto desejado. (*Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. teil, 4. Auflage, 1988, pág. 649*).

Por outro lado, os atos isolados que lesem *bens jurídicos personalísimos* (*höchstpersönliche Rechtsgüter*) não configuram o crime continuado, segundo essa jurisprudência, quando cada ato se dirija contra diferentes titulares desses bens (homicídios, atentados sexuais, etc). (*Jescheck, op. cit., pág. 648*).

Na Itália, como se sabe, por expressa disposição do Código Penal, art. 81, exige-se que as várias ações caracterizem a execução de um mesmo intento criminoso (*medesimo disegno criminoso*), isto é, as diversas ações ou omissões devem unificar-se pelo mesmo pensamento dirigido à obtenção de um fim, com emprego de determinados meios. (*Maggiore, Diritto Penale, 5ª ed., vol. I, 2ª, pág. 624*).

Como se vê, a "unidade de desígnio" do direito italiano encontra, hoje, certo paralelismo na praxis do direito alemão, guardadas as peculiaridades, com a denominação "dolo total".

Isso revela, a nosso ver, que a teoria puramente objetiva, de certos autores de épocas passadas, cede lugar hoje a uma teoria mista que conjuga elementos objetivos e subjetivos para caracterização mais restrita do crime continuado.

Daí, o entendimento, a nosso ver correto, que predominou no Pleno do Supremo Tribunal, no julgamento do RECr 87.769, que, apesar da votação diversificada, assim se poderia resumir, segundo penso: há de existir uma ligação entre os vários atos criminosos, para que os crimes subseqüentes possam ser havidos como continuação do primeiro.

E essa ligação, a meu ver, dê-se-lhe o nome que se queira dar (dolo total, unidade de desígnio, elemento subjetivo do agente, ou qualquer outro), deve estar não só nos elementos, objetivos de tempo, lugar e modo de execução, mas também no aspecto interno, psicológico, da conduta do agente, sem o que o Juiz não disporia de critérios menos falhos para distinguir o concurso material de continuidade delitiva.

E não basta, para tanto, diga-se ainda, uma predisposição genérica ou a resolução indefinida do delinqüente que se propõe a fazer do crime seu meio de vida. Se assim fosse, o Direito Penal estaria, contraditoriamente, punindo com mais benignidade os profissionais do crime, agentes de condutas criminosas de alta reprovabilidade social e moral, contrariando assim a própria essência do crime continuado que, na lição de Honig, citado por Eduardo Correia, é a de punir com pena mais branda, através da unificação dos vários delitos, a redução do grau da culpabilidade verificada quando "a reiteração de uma atividade foi levada a cabo por aproveitamento ou em virtude da mesma oportunidade". (Teoria do Concurso em Direito Criminal, Coimbra, 1963, pág. 243/4).

Assim, para a continuidade delitativa, torna-se indispensável, a meu ver, que os vários atos criminosos apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados ao primeiro (art. 71 do CP), ou porque fazem parte da execução do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma situação). Isso, é claro, uma vez verificados os requisitos objetivos do art. 71.

Fora disso, penso que não se deva acolher a continuidade delitativa, fruto, como se sabe, de exigências práticas de Política Criminal.

As conveniências ou maiores comodidades de ordem processual não deveriam pesar para afastar as exigências substanciais de direito material, no tocante ao princípio fundamental da justa retribuição. E o eventual excesso de pena, causado pela aplicação do concurso material, encontra solução pela obrigatória aplicação da norma geral limitativa do art. 75 do CP.

Definidas essas questões examino a hipótese dos autos.

Não sendo o recurso especial adequado ao exame da prova, colho da sentença de primeiro grau os fatos julgados provados *in verbis*:

"

O caso vertente demonstra claramente hipótese de reiteração de práticas criminosas e não de continuidade delitativa como sustentado na inicial.

Em ambos os crimes houve autonomia de desígnios, como passo a realçar: o primeiro crime — processo 203/81 — foi praticado no dia 03.02.81 contra um casal de namorados, por volta de 21:30 horas no Parque São Vicente em Mauá, SP, por três meliantes (o sentenciado e dois comparsas); mediante ameaça de arma de fogo e de uma faca, subtraíram pertences das vítimas e constrangeram a moça à conjunção carnal, impedindo

que seu namorado pudesse evitar a ação criminosa; o segundo crime — processo — 296/81 — foi praticado no dia 13.02.81, por volta de 23:00 horas na cidade de Mauá, SP, por dois meliantes (o sentenciado e seu comparsa); mediante o uso de armas de fogo os criminosos assaltaram os ocupantes de um veículo e subtraíram, além do veículo vários objetos e valores; em seguida renderam os ocupantes do automóvel e sequestraram duas moças, levando-as para um lugar ermo de um bairro da cidade e as obrigaram, mediante constrangimento, a manterem relações sexuais com eles.

Desta forma, não se pode dizer que os crimes foram praticados um com impulso natural do outro; as condutas foram diversas e isoladas sem qualquer co-relação entre elas, a não ser a proximidade temporal.

De resto, ainda que identificáveis possivelmente algumas circunstâncias objetivas, não ficou caracterizado o elemento essencial do crime continuado: utilização de ocasiões nascidas de uma situação primitiva e única."

(fls. 38/39).

O acórdão, como se viu do relatório, não nega a autonomia declarada pelo Juiz, mas chega a conclusão diversa porque não distingue entre "habitualidade" e "continuidade" criminosas, palavras que reputa sinônimas, desde que presentes os requisitos objetivos do art. 71.

Como vimos, a teoria puramente objetiva, acolhida pelo acórdão, não é hoje aceita na própria terra de origem com tal amplitude, ou sem limitações, conforme se infere das lições de Jescheck, na obra citada.

Pelo exposto, por me parecer que, no caso, não se demonstrou ligação subjetiva entre o primeiro crime e o subsequente, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhores Ministros, animo-me a registrar, em torno do judicioso voto do Sr. Ministro-Relator, o meu entusiástico aplauso.

Louvo, sem favor, a segurança e a erudição com que S. Exa. prelecionou a propósito da doutrina do crime continuado, tanto pela ótica objetiva da Escola

Alemã, como pelo subjetivismo da Escola Italiana. Demonstrou, com a proficiência de sempre, a convergência, afinal, daquelas celebradas correntes do pensamento jurídico europeu, em síntese do avizinhamento das suas concepções fundamentais — *a unidade de desígnio*, de uma, e o termo *um só intento*, da outra.

Da conclusão a que chegou S. Exa., também entendo ser eclética a posição da doutrina brasileira, em face mesmo do nosso direito positivo, sobre como resolver-se a tormentosa questão da *habitualidade* confrontada à *continuidade* delitiva.

Com esses aplausos, respeito ao tema e à dissertação teórica proferida por S. Exa., acolho os seus brilhantes ensinamentos para, descendo ao caso concreto, também dar por muito bem demonstrada a ausência dos requisitos especificados pela lei nacional para a conceituação da continuidade.

Desse modo, acompanho o relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente. Dizer mais sobre o tema é ensombrar aquilo luminosamente exposto no voto, que acaba de proferir o eminente Ministro Assis Toledo.

Afirmo, assim, a minha concordância com a solução proposta.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 507 — SP — (Reg. nº 89.9306-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Valtemilson José da Silva. Advogados: Drs. Faisal Ali Ramadan e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau. (Em 20.11.89 — 5ª Turma).

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

Ausente o Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal.

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO
ESPECIAL Nº 744 — SP
(Registro nº 89.100319)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Embargante: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Embargado: *V. Acórdão à fl. 260*

Advogado: *Drs. Maria Nilza Bianchi, Jaques Bushatski, Eliseu Roque e outro*

EMENTA: Processo Civil. Embargos desclaratórios. Omissão. ICM. Isenção. Convênios. Direito líquido e certo. Rejeição. Inocorrendo omissão no acórdão, único fundamento deste recurso, rejeitam-se os embargos declaratórios.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A ementa do acórdão embargado é a seguinte:

"Tributário. ICM. Isenção. Convênios. CTN. Art. 178.

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

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

Em suas razões de fls. 263/265, o Estado de São Paulo, embargante, alega omissão, pois, no recurso, afirmara frágil e antijurídica a tese do acórdão recorrido sobre a existência de ato jurídico perfeito e de direito adquirido, na

linha dos paradigmas cotejados e que valeram o conhecimento do recurso especial pela letra c do permissivo constitucional. Assim, omissa seria o acórdão embargado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Sr. Presidente, o voto condutor do aresto atacado, da lavra do meu ilustre antecessor, Ministro Miguel Ferrante, no ponto objeto dos embargos declaratórios, afirma:

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

“O recurso veicula matéria já conhecida da Egrégia Turma, ou seja, a revogação da isenção do ICM, concedida pelo Convênio nº 9/75 em face da superveniência dos Convênios 11/81 e 14/81, que objetivavam a execução de projetos de interesse nacional.

Insiste a recorrente, apoiada em dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, que a isenção concedida pelo Convênio 9/75 era pura e simples, sem ônus ou contraprestação, de modo que poderia ser revogada a qualquer tempo. O exame de legislação e dos Convênios, entretanto, revela que se trata de isenção de caráter condicional e temporário, que evidentemente não pode ser alterada no curso da execução do projeto de interesse nacional por ela contemplado, consoante dispõe o art. 178, do Código Tributário Nacional.”

Após transcrever trecho do parecer com cujos termos concordara, tanto que afirmou o acerto da posição ali adotada, o voto do relator transcreveu as ementas desta e da eg. 1ª Turma deste STJ, todas no sentido de apoio às considerações do parecer.

Afirmou, então, o voto condutor do acórdão, que a isenção de que se trata não pode ser alterada a qualquer tempo, à vista do seu caráter condicional e temporário. Deixou clara, pois, a existência de direito líquido e certo à sua manutenção, enquanto perdurasse a execução do projeto de interesse nacional. Embora, em outras palavras, restou evidente o reconhecimento do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

Inexiste omissão, pelo que rejeito os embargos.

EXTRATO DA MINUTA

EDcl. REsp nº 744 — SP — (Reg. nº 89.100319) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Embargante: Fazenda do Estado de São Paulo. Embargado: V. Acórdão às fls. 260. Advogados: Drs. Maria Nilza Bianchi, Jaques Bushatski, Eliseu Roque e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos (em 22.8.90 — 2ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.027 — SP (Registro nº 89.0010772-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *José Oliveira da Silva*

Advogado: *Dr. Orlando Calvielli*

EMENTA: Processo Penal. Roubo. Crime continuado. Ausência dos aspectos subjetivos e objetivos. Anulação do acórdão.

Ausentes os requisitos objetivos — modo de execução e disparidade de comparsas — bem como o requisito subjetivo de unidade de desígnio, impossível a caracterização da continuidade delitiva.

Não há, no caso em tela, o vínculo entre o primeiro ato criminoso e os subseqüentes, que caracteriza a continuidade delitiva.

Recurso Especial conhecido e provido para que seja restabelecida a sentença condenatória de primeira instância.

ACÓRDÃO

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

Descide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas

taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A perigosa quadrilha de assaltantes que vinha tirando a tranqüilidade dos moradores da pequena cidade paulista de Mirassol, na zona rural de Mirassolândia, era chefiada por dois conhecidos elementos nos meios policiais locais. Autores intelectuais, planejaram todos os detalhes de dois audaciosos roubos ali ocorridos.

José Oliveira da Silva, o "Zé Baiano" e José Pedro de Araújo, vulgo "Zé Pedro", chefiando os comparsas Carlos Roberto Rizzo, o "Tio Piço", Antônio Carlos dos Santos, ou "Nanico", Luiz Carlos Benedito Cândido, vulgo "Lelé" e um tal de Geovani, conhecido por "Djavan", invadiram a sede da fazenda "Casabranca" e, dominaram, amarraram e amordaçaram o proprietário e sua mãe, já velhinha. Cinco destes elementos estavam mascarados e armados nessa noite de 27 de outubro de 1983, quando levaram todas as jóias da família e vários objetos de valor, fugindo em seguida, numa Brasília pertencente a uma das vítimas e que foi encontrada totalmente danificada e sem o toca-fitas, abandonada nas proximidades da cidade.

Dias depois, num primeiro de novembro, dia de todos os santos, ainda em plena tarde, às 15:30 h. quando a jovem Lardete Maria da Silva encontrava-se sozinha, na Fazenda Bálamo, de propriedade de Joaquim Antônio da Silva, três elementos armados dominaram a moça ameaçando-a retiraram da casa vários objetos e jóias. Trancaram no banheiro e fugiram na Belina do "seu" Joaquim, o proprietário, abandonando-a com o motor danificado e sem o toca-fitas, em local próximo à cidade. Para este segundo roubo "Zé Baiano" e "Zé Pedro" contrataram ainda Antônio Sérgio Cândido, o "Sergião" e Sebastião Simão Damaceno, vulgo "Tião Topete". Em ambos os roubos ficou provada a participação efetiva de "Zé Baiano" e, apesar de "Zé Pedro" ter acompanhado a quadrilha até as imediações das propriedades roubadas, permaneceu nas proximidades, temendo ser reconhecido.

Presos todos durante a ação policial, exceto "Lelé" e "Djavan" que não foram localizados, confessaram com detalhes as ações criminosas, inclusive sendo reconhecidos pelas vítimas.

Coincidentemente, no mesmo dia deste segundo roubo, quase à mesma hora, três elementos mascarados seqüestraram uma adolescente de 16 anos,

Célia Aparecida Fiamenghi dos Santos, levando-a para lugar ermo, onde tentaram estuprá-la. Mas o fato deverá ser apurado em inquérito próprio, não constando dos presentes autos.

Vieram aos autos também informações de que o "Zé Baiano", "Tio Piço", "Sergião", "Toinho" e "Tião Topete" participaram de um roubo numa casa comercial de Bálamo e uma tentativa de roubo na Fazenda Cavalin e furto de uma Brasília na cidade de Tanabi.

Denunciados José Pedro de Araújo e José Oliveira da Silva pela prática de crime previsto no Art. 157, § 2º, incisos I e II c/c Art. 51, § 2º do Código Penal. Os demais, Antônio Sérgio Cândido, Carlos Roberto Rizzo, Sebastião Simão Damaceno, Antônio Carlos dos Santos e Luiz Carlos Benedito Cândido, por infração do Art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, sendo que ao último deles foi imputado também o crime do Art. 129, *caput*, c/c Art. 51, *caput*, do mesmo estatuto penal.

Encerrada a fase de instrução criminal, chegaram os autos conclusos ao MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mirassol que prolatou a sentença condenatória de fls. 18/27. Coube a José de Oliveira Silva — o ora recorrido, — a pena de 07 anos e 11 meses de reclusão e multa de Cr\$ 10.888,00, (dez mil e oitocentos e oitenta e oito cruzeiros), por incurso nas sanções do Art. 157, § 2º, incisos I e II c/c Art. 51, § 2º do Código Penal por ser reincidente em crime doloso, sujeito a medida de segurança detentiva por 02 (dois) anos, a ser cumprida em Colônia Penal Agrícola, por sentença prolatada em 25 de fevereiro de 1984, no processo nº 800/83.

Até essa data, porém o assalto acontecido por volta das 21:30 h do dia 1º de outubro de 1983 contra o estabelecimento comercial "Empório Nossa Senhora Aparecida" de propriedade de Américo dos Santos, permanecia pendente de julgamento. Localizado na Rua São Paulo, 560, no município de Bálamo, o Empório tinha, nos fundos, a residência dos proprietários que naquela noite foram surpreendidos por dois homens encapuçados e armados com revólver e faca que, apontando as armas para o proprietário, esposa e filha avisou-os de que tratava-se de um assalto. Enquanto isto, dois deles permaneciam guardando a frente da casa. Os que estavam lá dentro subtraíram vários cheques e duas correntinhas, sendo uma de ouro. Antes de fugir, utilizando fios elétricos amarraram mãos e braços de Américo, Josefina, a esposa e da filha, Maria Navas.

A denúncia acusou José Oliveira da Silva, o mesmo "Zé Baiano", João Hermes de Souza, Antônio Carlos dos Santos e Carlos Roberto Rizzo do crime já descrito, como incursos nas sanções do Art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

Decidindo, em sentença de 20/05/86 o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Mirassol acolheu a denúncia e condenou José de Oliveira da Silva

— o ora recorrido — à pena de 06 anos de reclusão multa de Cz\$ 10,00 (dez cruzados) (v. fls. 04/08). Os demais também tiveram seus crimes apenados na mesma sentença (Processo nº 825/84).

Da sentença de fls. 18/27 apelaram os réus José Pedro de Araújo, José de Oliveira da Silva, Antônio Sérgio Cândido, Sebastião Simião Damasceno, Antônio Carlos dos Santos e Carlos Roberto Risso.

José de Oliveira da Silva, o "Zé Baiano", pleiteou absolvição por falta de provas. O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por sua Sexta Câmara, deu parcial provimento aos apelos. E, quanto a José de Oliveira da Silva decidiu reduzir a pena a 07 (sete) anos de reclusão e multa de Cr\$ 10.870,00 (dez mil e oitocentos e setenta cruzeiros), cancelando-se a medida de segurança imposta (v. fls. 28/35). Considerou o ilustre relator desnecessário o aumento da pena-base como estabelecido na sentença *a quo* e, para fixação da nova apenação partiu da pena-base de 04 (quatro) anos e meio de reclusão. Este recurso foi julgado em 09 de abril de 1985, portanto, anteriormente à prolação da sentença de fls. 04/08, de 20/05/86.

Já em agosto de 1987 vem José de Oliveira da Silva, então recolhido no Instituto Penal Agrícola de São José do Rio Preto requerer ao MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais a unificação de suas penas, dizendo-se amparado pelo art. 71 do Código Penal.

O Ministério Público estadual entendeu não estarem presentes "os requisitos que permitem o reconhecimento da continuidade delitiva" mas, sim o reconhecimento da reiteração criminosa (fls. 63/65). Acolhendo tais fundamentos, o MM. Juiz de Direito das Execuções Criminais indeferiu o pedido (v. fl. 66 verso).

Inconformado, o réu agravou dessa decisão (fls. 72/74). Pela manutenção da decisão indeferitória manifestou-se o Ministério Público Estadual ressaltando que nos crimes cometidos "inexiste identidade no modo de execução" e "diversidade de vítimas" (fls. 76/77).

Mantida a decisão agravada, sobem os autos para o Tribunal de Alçada Criminal após receber parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 81/82, pelo improvimento do recurso, ao argumento de que o único requisito atendido pelo requerente é o da *conexão temporal*.

Dando provimento ao agravo em execução, decidiu a Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal pela unificação das penas cominadas nos processos 825/84, e 800/83, passando para 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mantida a multa, por subordinar o reconhecimento da continuidade delitiva aos requisitos objetivos, indicados no § 2º, do Art. 51 do antigo Código Penal (v. fl. 88), reportando-se à "Revista dos Tribunais", (vol. 542/361).

Este Recurso Especial, interposto junto ao Supremo Tribunal Federal, pretende a anulação do acórdão de fls. 86/89, proferido nos autos do agravo em execução, pelas razões de fls. 91/103 apresentadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Após comentar estarem ausentes no presente caso os pré-requisitos exigíveis para a afirmação de crime continuado, em especial o da *unidade de desígnios*, caracterizando-se assim a reiteração criminosa, o concurso material de infrações penais, afirma o parecer que o acórdão recorrido dissente da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Reporta-se aos ensinamentos doutrinários sobre a matéria, lembrando que, no Brasil o entendimento predominante entre os estudiosos do Direito Penal o da conveniência de aliar-se a teoria subjetiva à objetiva. Citou acórdãos que caracterizam o dissídio jurisprudencial e afirma ter a decisão recorrida se abstraído do exame do aspecto subjetivo.

Deferido o processamento do recurso veio o pronunciamento da Procuradoria-Geral de Justiça, pelo provimento, reiterando a tese da *unidade de desígnio do agente* (fls. 108/112).

Contra-razões às fls. 115/116.

Remetidos os autos a este Superior Tribunal de Justiça por força da nova Carta, recebeu parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República adotando o entendimento esposado pela Procuradoria-Geral de Justiça e opinando pelo provimento do recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau (fls. 125/127).

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, quando do julgamento do RE nº 89.830 — SP pelo Supremo Tribunal Federal o eminente Relator Ministro Néri da Silveira assim argumentou:

“Se nos liberalizarmos o reconhecimento da continuidade nos crimes de roubo, estaríamos concorrendo, inequivocamente, para o desenvolvimento da criminalidade. Quanto mais violento for o ladrão, quanto mais ativo, quanto mais roubar, uma vez atrás da outra, quanto mais se profissionalizar no roubo, mais chance terá de ser punido mais brandamente. Se assaltar todos os dias, ao fim de dois ou três meses será punido por um único crime, com o aumento da 6ª parte, e se for bem sucedido e bem temível, no fim da vida será condenado por um único delito, com aumento da 6ª parte até metade da pena. Nessa hipótese, ficaria abolida toda a disciplina do Código Penal Brasileiro, que é baseada na repressão da reincidência, e estaríamos estimulando a criminalidade porque estaríamos eliminando a repressão penal”. (RTJ 115/626, citada à fl. 127 do Parecer do Ministério Público Federal).

Isto quer dizer, no caso, que o juiz, ao apreciar pedido de unificação de penas, deve ser rigoroso para que o instituto não se converta em detonador de estímulo à criminalidade.

Este aliás, é o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, cabendo mencionar, ainda, o RCr nº 86.358 — SP, Relator Ministro Rodrigues Alckmin, DJ de 01.07.77.

Assim, conheço do recurso pela letra *c* do Art. 105, III, da Constituição Federal e lhe dou provimento para que, reformando o Acórdão recorrido, seja restabelecida a sentença de primeiro grau, nos termos do Parecer do Ministério Público Federal.

É o voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Juiz da Execução Penal de São Paulo negou pedido de unificação de penas por entender que, no caso, se trata de criminoso habitual que praticou delitos sem vínculo de continuidade (fls. 66v).

A 12ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, por maioria de votos, sem negar a declarada habitualidade do crime, reformou aquela decisão, em recurso da defesa, adotando a tese segundo a qual o reconhecimento da continuidade delitiva independe de indagações pelo julgador de aspectos subjetivos mas apenas dos requisitos objetivos indicados pelo legislador.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial apenas pela letra *c*, apontando como divergentes os acórdãos citados a fls. 99/101, isto é: HC 62.451, Rev. 4.602 e RTJ 79/344, do STF; RT 538/403 do TJRJ; RT 423/456, do TJG; e RT 376/120 e RJTJSP 87/435 do TJSP.

Sustenta o recorrente, com apoio na doutrina, a necessidade do requisito *unidade de desígnio* para a caracterização da continuidade delitiva. Mas, ainda que assim não fosse, no caso, como as circunstâncias (o modo de execução) de cada delito foram diversas, não se completaram igualmente os requisitos objetivos previstos em lei, como se exigiu no HC 62.451, Rel. Min. Aldir Passarinho.

Reconheço a divergência em relação ao primeiro aresto trazido à colação (HC 62.451, Rel. Min. Aldir Passarinho) já que a *disparidade de comparsas*, presente no caso destes autos, reputou-se naquele julgado elemento importante para afastar a continuidade delitiva.

Passo, pois, ao julgamento da causa.

Não se nega, nestes autos, tenha o condenado cometido os crimes com parceiros diferentes em circunstâncias diversas, embora em espaço de tempo inferior a trinta dias. Ausente, assim, o segundo elemento objetivo exigido pela lei penal ("maneira de execução"), isso bastava para a descaracterização da continuidade.

Vou além. Conforme salientei no voto que proferi no Recurso Especial nº 507—SP, de cópia anexa, para a caracterização da continuidade delitiva torna-se indispensável

"...que os vários atos criminosos apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados ao primeiro (art. 71 do CP), ou porque fazem parte da execução do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma situação). Isso, é claro, uma vez verificados os requisitos objetivos do art. 71."

Esse vínculo entre o primeiro delito e os subseqüentes foi negado pelo Juiz sem refutação por parte do Tribunal.

Por essas razões, conheço do recurso, pela letra c, e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 507 — SP (Reg. nº 89.0009306-1)

VOTO

EMENTA: Direito Penal. Crime Continuado. Caracterização. Exigência de unidade de desígnio ou dolo total.

Situação atual perante a doutrina e a Nova Parte Geral. Insuficiência de teoria objetiva pura. Atenuações pela jurisprudência. Teoria mista que conjuga elementos objetivos com o elemento subjetivo do agente.

Para a caracterização do crime continuado torna-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP: "devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro"), ou porque fazem parte do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma oportunidade).

Recurso especial do Ministério Público conhecido e provido para restabelecer-se a sentença que negou a continuidade delitiva em caso de criminosos reconhecidos como habituais, os quais, com reiteração, praticaram roubos autônomos, contra vítimas diferentes, embora na mesma Comarca e em curto espaço de tempo.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Volta à baila, agora perante esta Corte, a controvertida questão da exigência, ou não, de unidade de desígnio para caracterização do crime continuado.

No julgamento do RECr 87.769, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (RTJ 91/938), dos onze Ministros votantes, inclusive o Presidente, só o Ministro Relator, Cunha Peixoto, admitiu expressamente essa exigência, apoiado em Magalhães Noronha, mas, apesar de seu voto ter prevalecido na conclusão, rejeitaram a unidade de desígnio os Ministros Soares Munõz e Moreira Alves. E a ela não se referiram os demais Ministros presentes, presumindo-se que prescindiram do exame dessa questão para chegar à conclusão a que chegaram (RTJ 91/941).

Assim, não vejo demonstrada a divergência entre o acórdão recorrido com julgados do Supremo Tribunal relativos ao RECr 85.318 e outros citados no recurso, pois, não consigo identificar neles ou na jurisprudência do Excelso Pretório, com nitidez, aquela exigência, já que o ponto de partida dessa jurisprudência está no RECr 87.769 do Pleno. O acórdão na Rev. 4.602-6, além de isolado está citado só pela ementa, que, aliás, não coincide com a publicação também feita só pela ementa, circunstância esta reveladora de sua insuficiência para caracterizar o dissídio.

Diverge, entretanto, o acórdão recorrido do julgado do Tribunal de Alçada Criminal no Ag 508.301, citado à fl. 77 (RT 629/350), pois, enquanto no primeiro se afirma a nenhuma distinção existente "entre habitualidade e continuidade, palavras sinônimas" fl. 60), no último não se admite a continuidade delitiva, na hipótese de criminoso habitual, que "fez do crime seu meio de vida" (fl. 77).

Em razão disso, conheço do recurso, pela letra *c*, passando ao exame do mérito.

Diga-se, inicialmente, que os crimes objeto do presente recurso ocorreram em fevereiro de 1981, portanto antes da reforma penal de 1984 que introduziu alteração visível no tratamento penal do crime continuado (§ único do art. 71).

É, aliás, o que está dito no item 59 da Exposição de Motivos do Ministro Abi-Ackel:

"O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importante em beneficiá-la, pois, o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando a penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Polícia Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade."

Assim, as apreensões reveladas pelo recorrente estão em grande parte superadas com a possibilidade, agora, de triplicação da pena, nos crimes de ação violenta, dentre os quais se situa o de roubo.

Mas esse preceito da nova Parte Geral, *quando mais grave*, não se aplica aos fatos anteriores à sua vigência, caso destes autos. Além disso, não afasta evidentemente toda a polêmica em torno da caracterização da continuidade delitiva porque tratando-se de um parágrafo que excepciona a regra geral do *caput*, sua aplicação pressupõe a ocorrência da continuidade delitiva, permanecendo, pois, a indagação: quando ocorre esta última?

Por isso, voltamos ao princípio, com esta outra indagação: pode, ou não, haver crime continuado na criminalidade profissional, isto é, quando o agente pratica vários delitos da mesma espécie, não por estar agindo sob o efeito ou impulso do primeiro (em "continuação do primeiro") mas por ser essa sua atividade mais ou menos freqüente, como conduta de vida?

O acórdão recorrido diz que sim; no recurso sustenta-se que não.

A lei, no Brasil como em outros países, não nos oferece critério infalível para a identificação da unidade ou continuidade delitiva, na presença de ações múltiplas. Por isso é que tanto a teoria puramente objetiva como a subjetiva expõem o flanco a críticas, que não repetirei por serem bastante conhecidas.

Pela mesma razão, a jurisprudência, no exame dos casos concretos, tem procurado, aqui como algures, limitar a incidência muito extensa de normas legais genéricas sobre a continuidade delitiva.

Na Alemanha, por exemplo, berço da denominada teoria objetiva, os tribunais têm exigido a presença de um "dolo total" (*Gesamtvorsatz*) que enlace o resultado total do fato em seus aspectos essenciais, no que concerne a lugar, tempo, pessoa da vítima e modo de execução, de sorte que os atos isolados representem a realização sucessiva do conjunto desejado. (Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 4. Auflage, 1988, pág. 649).

Por outro lado, os atos isolados que lesem bens jurídicos personalíssimos (*höchstpersönliche Rechtsgüter*) não configuram o crime continuado, segundo essa jurisprudência, quando cada ato se dirija contra diferentes titulares desses bens (homicídios, atentados sexuais, etc). (Jescheck, op. cit., pág. 648).

Na Itália, como se sabe, por expressa disposição do Código Penal, art. 81, exige-se que as várias ações caracterizem a execução de um mesmo intento criminoso (*medesimo disegno criminoso*), isto é, as diversas ações ou omissões devem unificar-se pelo mesmo pensamento dirigido à obtenção de um fim, com emprego de determinados meios. (*Maggiore, Diritto Penale*, 5ª ed., vol. I, 2ª, pág. 624).

Como se vê, a "unidade de desígnio" do direito italiano encontra, hoje, certo paralelismo na praxis do direito alemão, guardadas as peculiaridades, com a denominação "dolo total".

Isso revela, a nosso ver, que a teoria puramente objetiva, de certos autores de épocas passadas, cede lugar hoje a uma teoria mixta que conjuga elementos objetivos e subjetivos para caracterização mais restrita do crime continuado.

Daí, o entendimento, a nosso ver correto, que predominou no Pleno do Supremo Tribunal, no julgamento do RECr 87.769, que, apesar da votação diversificada, assim se poderia resumir, segundo penso: há de existir uma ligação entre os vários atos criminosos, para que os crimes subseqüentes possam ser havidos como continuação do primeiro.

E essa ligação, a meu ver, dê-se-lhe o nome que se queira dar (dolo total, unidade de desígnio, elemento subjetivo do agente, ou qualquer outro), deve estar não só nos elementos objetivos de tempo, lugar e modo de execução, mas também no aspecto interno, psicológico, da conduta do agente, sem o que o Juiz não disporia de critérios menos falhos para distinguir o concurso material da continuidade delitiva.

E não basta, para tanto, diga-se ainda, uma predisposição genérica ou a resolução indefinida do delinqüente que se propõe a fazer do crime seu meio de vida. Se assim fosse, o Direito Penal estaria, contraditoriamente, punindo com mais benignidade os profissionais do crime, agentes de condutas criminosas de alta reprovabilidade social e moral, contrariando assim a própria

essência do crime continuado que, na lição de Honig, citado por Eduardo Correia, é a de punir com pena mais branda, através da unificação dos vários delitos, a redução do grau da culpabilidade verificada quando "a reiteração de uma atividade foi levada a cabo por aproveitamento ou em virtude da mesma oportunidade". (A Teoria do Concurso em Direito Criminal, Coimbra, 1963, pág. 243/4).

Assim, para a continuidade delitiva, torna-se indispensável, a meu ver, que os vários atos criminosos apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados ao primeiro (art. 71 do CP), ou porque fazem parte da execução do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado pela execução desse projeto (aproveitamento da mesma situação). Isso, é claro, uma vez verificados os requisitos objetivos do art. 71.

Fora disso, penso que não se deva acolher a continuidade delitiva, fruto, como se sabe, de exigências práticas de Política Criminal.

As conveniências ou maiores comodidades de ordem processual não deveriam pesar para afastar as exigências substanciais de direito material, no tocante ao princípio fundamental da justa retribuição. E o eventual excesso de pena, causado pela aplicação do concurso material, encontra solução pela obrigatória aplicação da norma geral limitativa do art. 75 do CP.

Definidas essas questões examino a hipótese dos autos.

Não sendo o recurso especial adequado ao exame da prova, colho da sentença de primeiro grau os fatos julgados provados *in verbis*:

".....
"O caso vertente demonstra claramente hipótese de reiteração de prática criminosas e não de continuidade delitiva como sustentado na inicial.

Em ambos os crimes houve autonomia de desígnios, como passo a realçar: o primeiro crime — processo 203/81 — foi praticado no dia 03.02.81 contra um casal de namorados, por volta de 21,30 horas no Parque São Vicente em Mauá, SP, por três meliantes (o sentenciado e dois comparsas); mediante ameaça de arma de fogo e de uma faca, subtraíram pertences das vítimas e constrangeram a moça à conjunção carnal, impedindo que seu namorado pudesse evitar a ação criminoso; o segundo crime — processo — 296/81 — foi praticado no dia 13.02.81, por volta de 23:00 horas na cidade de Mauá, SP, por dois meliantes (o sentenciado e seu comparsa); mediante o uso de armas de fogo os criminosos assaltaram os ocupantes de um veículo e

subtraíram, além do veículo vários objetos de valores; em seguida renderam os ocupantes do automóvel e seqüestraram duas moças, levando-as para um lugar ermo de um bairro da cidade e as obrigaram, mediante constrangimento, a manterem relações sexuais com eles.

Desta forma, não se pode dizer que os crimes foram praticados um com impulso natural do outro; as condutas foram diversas e isoladas, sem qualquer co-relação entre elas, a não ser a proximidade temporal.

De resto, ainda que identificáveis possivelmente algumas circunstâncias objetivas, não ficou caracterizado o elemento essencial do crime continuado: utilização de ocasiões nascidas de uma situação primitiva e única."

(Fls. 38/39).

O acórdão, como se viu do relatório, não nega a autonomia declarada pelo Juiz, mas chega a conclusão diversa porque não distingue entre "habitualidade" e "continuidade" criminosas, palavras que reputa sinônimas, desde que presentes os requisitos objetivos do art. 71.

Como vimos, a teoria puramente objetiva, acolhida pelo acórdão, não é hoje aceita na própria terra de origem com tal amplitude, ou sem limitações, conforme se infere das lições de Jescheck, na obra citada.

Pelo exposto, por me parecer que, no caso, não se demonstrou ligação subjetiva entre o primeiro crime e o subsequente, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.027 — SP — (Reg. nº 89.0010772-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: José Oliveira da Silva. Advogado: Dr. Orlando Calvielli.

Decisão: Retomado o julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (em 20.11.89 — 5ª Turma).

O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo votou de acordo com o Exmo. Sr. Ministro Relator. Ausente o Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 1.109 — MG

(Registro nº 89.0010921-9)

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

Recorrente: *Ilka de Souza Campos Rodrigues*

Recorrida: *Maria Aparecida da Silva*

Advogados: *Dr. José Guilherme Villela e outro; Dr. José Márcio da Rosa Lopes*

EMENTA: Direito Civil e Processo Civil. Investigação de paternidade. Mãe separada. Averbação no registro. Direito superveniente. Incidência do art. 462, CPC. Recurso não conhecido.

O advento da Lei 7.250/84, que alterou a Lei 883/49, permitindo o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos, representou mais uma evolução em favor do princípio da igualdade de filiação, agasalhado na Constituição de 1988 (art. 227, § 6º).

Devendo a tutela jurisdicional compor a lide como a mesma se apresenta no momento da entrega, incide no julgamento a regra do art. 462 do Código de Processo Civil, pelo que autorizado estava o órgão de segundo grau a determinar a averbação no registro, negada a sentença proferida na vigência de sistema anterior.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Trata-se de apelo interposto em junho de 1986, admitido em agravo para melhor exame,

desdobrado no Supremo Tribunal Federal em especial e extraordinário em agosto de 1989 e encaminhado a este Tribunal para apreciação da matéria infraconstitucional pelas alíneas *a* e *c* do art. 105 da nova Constituição.

Em autos de investigação de paternidade cumulada com anulação de escritura de doação, decidiu o v. acórdão recorrido, confirmando a r. sentença, pelo reconhecimento da paternidade e pela colação em substância dos bens doados, a fim de serem partilhados, aduzindo o v. aresto da eg. 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, apesar de não ter havido apelação da autora, não poderia prevalecer a restrição da sentença de não determinar a averbação da filiação paterna no termo de nascimento em face de inexistir prova nos autos de ter sido dissolvido o casamento de sua mãe.

No recurso interposto, alegou-se negativa de vigência aos arts. 153, § 3º, da Lei Fundamental pretérita; 2º, § 2º, da Lei de Introdução; 2º, 468 e 512 do Código de Processo Civil.

Argumentam os recorrentes que a Lei 7.250/84 não poderia incidir retroativamente a fatos passados, e que o v. acórdão não poderia modificar a sentença "em favor da parte que com ela havia conformado".

Manifestou-se o Ministério Público pelo não conhecimento do recurso especial e posterior remessa dos autos ao Pretório Excelso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator); Acolho o parecer do ilustre Subprocurador Geral da República, Dr. José Ribamar de Castro Viana, não conhecendo do recurso especial.

Em primeiro lugar, porque o dissídio não restou demonstrado, limitando-se os recorrentes a mera transcrição de ementas, o que é insuficiente ao confronto, como regimentalmente disposto.

Em segundo lugar, porque não se verificou qualquer vulneração ao direito federal, apresentando-se de fácil desate a matéria em julgamento.

Com efeito, como enfatizou o Prof. Humberto Theodoro Jr., então na qualidade de revisor (fl. 221), não poderia subsistir a restrição que a sentença, primorosamente lançada quanto ao mais, "fez de não permitir a averbação do reconhecimento de paternidade no Registro Civil. Se o reconhecimento se deu com apoio na lei (Lei nº 883/49, art. 1º, § 2º), seu consectário natural, lógico e necessário, é a averbação no Registro Público adequado."

Não houve, na verdade, ofensa a qualquer das normas invocadas, quer por inexistência de *res iudicata* na matéria a inviabilizar o cumprimento da lei, uma vez que o registro se apresentava como corolário da decisão em face do

direito vigente à época, quer porque, como bem assinalou o Ministério Público, no referido parecer, o § 2º do art. 1º da Lei nº 883/49, introduzido pela Lei nº 7250/84, não estabeleceu disposições gerais ou especiais a par das já existentes, mas sim preceito novo permitindo o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos, em modificação sensível da legislação então existente, em mais um passo na evolução ocorrida no campo do princípio da igualdade da filiação, agasalhado na Constituição de 1988, a ensejar o reconhecimento de todo e qualquer filho, independentemente da sua origem, como autorizado no art. 227, § 6º, do contexto constitucional, e na Lei nº 7.841, de 17.10.89, que revogou o art. 358 do Código Civil.

Não bastassem tais considerações, seria de se trazer à colação o disposto no art. 462 do Código de Processo Civil, que reflete a diretriz atinente ao *ius superveniens*, segundo a qual, na lição de Michelli, "a prestação jurisdicional há de compor a lide como a mesma se apresenta no momento da entrega".

Pelo exposto, não conheço do recurso sob ambas as alíneas e determino a oportuna devolução dos autos ao colendo Supremo Tribunal Federal, para o exame da matéria de sua competência.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Em ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de anulação de escritura de doação, o Acórdão recorrido, confirmando a sentença conclui pelo reconhecimento da paternidade e pela colação, em substância, dos bens doados. Apenas num ponto modificou a decisão de 1º grau: na parte em que deixou esta de determinar a averbação da filiação paterna no assento de nascimento, em virtude de inexistir nos autos prova de haver sido dissolvido o casamento da mãe da autora.

Nos embargos declaratórios e agora no apelo excepcional, argüiram os réus a carência de ação, em face da ausência da aludida comprovação, e, outrossim, a inadmissibilidade de o Acórdão alterar a sentença no tópico relativo à averbação da filiação paterna, à falta de recurso nesse particular da litigante interessada.

Acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

O Acórdão recorrido aplicou o *ius superveniens*, qual seja, o disposto na Lei nº 7.250, de 14 de novembro de 1984, entendendo que, com o § 2º acrescentado ao art. 1º da Lei nº 883/49, o casamento do ascendente deixou de ser óbice ao reconhecimento da filiação adulterina, desde que o cônjuge adúltero se ache separado de fato do seu consorte legítimo há mais de cinco anos contínuos.

O nosso sistema processual admite a alegação de direito superveniente, desde que não seja modificado o pedido ou a causa de pedir (cfr. Nelson Nery Júnior, "Pareceres — Direito Processual Civil — Separação Judicial — Direito Superveniente", *in* Revista de Processo, vol. nº 25, janeiro-março de 1982 — pág. 218). No caso em exame, intatos permaneceram o pedido e a causa de pedir. O decisório recorrido, em verdade, aplicando a lei nova, removeu o obstáculo aventado pelos réus à derradeira hora: ausência de comprovação acerca da dissolução do matrimônio da mãe autora, circunstância meramente secundária inserta no presente litígio, mesmo porque desde logo, na peça vestibular, a demandante já acenara com a probabilidade do marido de sua genitora ser falecido (achava-se desaparecido há muitos anos).

A Suprema Corte, de outro lado, não se mostra infensa à aplicação do direito superveniente nas instâncias de cognição ordinária em atenção às normas dos arts. 462 e 303, nº I, do Código de Processo Civil (cfr. RTJ 105/1.113 — 1.115).

Não se vê, portanto, em que aspecto tenha sido malferido o preceituado no art. 2º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Nem tampouco se obriga ofensa ao art. 512 do Código de Processo Civil. Aliás, são os próprios recorrentes que anotam, nesse passo, o magistério de J.C. Barbosa Moreira, *in verbis*: "não é a decisão do órgão inferior que transita em julgado, nem será ela que, eventualmente, vai ser executada. Ainda quando se tenha começado a executar, em caráter provisório, a decisão recorrida, posteriormente a execução passará a ter por título o acórdão, que substitui, para todos os efeitos, aquela decisão" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, pág. 318, nº 171, ed. 1974).

Não impressiona, afinal, a assertiva de afronta à *res judicata*. Cuidando-se de uma providência de índole administrativa, simples corolário da decisão havida e dos termos inequívocos da lei nova, a averbação da filiação paterna poderia ter sido tomada a qualquer tempo, inclusive após a baixa dos autos à primeira instância.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1109 — MG — (Reg. nº 89.0010921-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: Ilka de Souza Campos Rodrigues. Recorrido: Maria Aparecida da Silva. Advogados: Drs. José Guilherme Villela e outro e José Márcio da Rosa Lopes.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 05.06.90).

Votaram com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro e Fontes de Alencar.

O Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO presidiu sem voto, por não haver participado do julgamento anterior.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno De Souza.



RECURSO ESPECIAL Nº 1380 — RJ

(Registro nº 8900116860)

Recorrente: *Luís César de Miranda Ebraico*

Recorrida: *Márcia Lygia de Oliveira Mafra Lino*

Advogados: *João Manoel de Albuquerque Lins e Antônio Bonifácio da Silva*

EMENTA: Recurso especial. Ação impugnativa do reconhecimento filial. Prescritibilidade.

A ação do reconhecido para impugnar o reconhecimento filial é prescritível, *ex vi* do disposto nos arts. 178, 9º, inciso VI, e 362, do Código Civil, exceção legal ao princípio da imprescritibilidade das ações pertinentes ao estado das pessoas.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de março de 1990 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Ação proposta por Luís César de Miranda Ebraico contra Armando Victor Ebraico, com o

objetivo de impugnar o seu registro de nascimento, no qual figura o réu como seu pai. Alega o autor ser, na realidade, filho de José Luiz Cordeiro de Oliveira, havido com sua mãe quando ainda solteira e reconhecido pelo réu depois que casou com ela.

Esta ação, em apenso a outra de investigação de paternidade com petição de herança, que o autor moveu, na mesma Vara e Juízo, contra os herdeiros de José Luís Cordeiro de Oliveira, foi julgada procedente, para dizer-se que Armando Victor Ebraico não é pai do autor e cancelar-se o registro respectivo.

Invocando a qualidade de terceiro prejudicado, Márcia Lygia de Oliveira Mafra Lino, co-ré na ação de investigação cumulada com petição de herança, apelou da sentença. O Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua Quarta Câmara Cível, deu provimento à apelação, para reconhecer a decadência da ação, nos termos do art. 178, § 9º, VI, do Código Civil, decisão com a seguinte ementa:

“Tem legitimidade para apelar da sentença proferida em ação prejudicial, de impugnação ao reconhecimento do autor como filho do réu, a co-ré em ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, proposta pelo autor da primeira contra os filhos do falecido investigado. Preliminar de não cabimento da ação como proposta. Sua rejeição, considerada a ação como de estado, fundada no art. 362 do Código Civil. Acolhimento da preliminar de decadência da ação com fundamento no art. 178, § 9º, VI, do Código Civil.”

Luís César de Miranda Ebraico interpôs recurso extraordinário desse acórdão, fundado no art. 119, III, letras *a* e *d*, da CF/67, alegando negativa de vigência do art. 348, do Código Civil, porque o recorrente não poderia vindicar estado contrário ao resultante do seu registro de nascimento sem provar erro ou falsidade do registro. Para tanto impunha-se a decretação da nulidade do ato, *ex vi* do art. 145, do Código Civil, que o acórdão também violou a pretexto da decadência da ação (CC, art. 178, § 9º, VI), decadência que jamais poderia aplicar-se às ações de estado.

A digna presidência do Tribunal de origem indeferiu o RE, porque o único dispositivo legal ventilado na decisão recorrida foi o art. 178, § 9º, inciso VI, do Código Civil, aplicando-se, quanto aos demais, as Súmulas nºs 282 e 356, do STF, que cogitam do requisito do prequestionamento.

No Supremo Tribunal Federal foi provido agravo de instrumento do recorrente e, graças ao mesmo, convertido o RE em REsp, por conter matéria infraconstitucional, assim da competência desta Corte.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): A decisão indeferitória do RE apóia-se nas Súmulas nºs 282 e 356, do Supremo Tribunal, que cogitam do prequestionamento, requisito que não venho acolhendo como óbice ao cabimento do recurso especial, com a rigidez que se lhe emprestava no tocante ao recurso extraordinário. A missão desses recursos, segundo observa Pontes de Miranda, é tão profunda que se pôs em texto constitucional (Cf. "Comentários ao CPC", 1ª ed., 1975, Tomo VII, pág. 44, nota 6). É certo, porém, não nos cabe, em face da inépcia, suprir as lacunas da interposição, nem aplicar o *jus oritur facti*, como pretendem os mais liberais.

Tenho razões, todavia, para transpor a intransigência dos dogmas, tanto mais quando não me pareçam ortodoxos. Na verdade, a Súmula nº 282 cogita da inadmissibilidade do recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada, não exprime, portanto, o critério da literalidade, expungido do nosso sistema constitucional e mantido no Código de Processo Civil, na ação rescisória, em benefício da segurança dos julgados (art. 485, V). O abrandamento, que a Súmula nº 284 também prevê, pelo critério da razoabilidade da fundamentação do recurso, recolhe-se, igualmente, da Súmula nº 356, sem o *plus* dos embargos declaratórios como super-requisito do RE e cujo exame se devolve à origem por mera technicalidade.

Luís Cesar de Miranda Ebraico impugnou o registro do seu nascimento, que disse consubstanciado em certidão falsa, pois, não é filho legítimo do registrante, mas filho natural de José Luís Cordeiro de Oliveira com sua mãe, paternidade esta que investiga em ação conexa.

A egrégia Quarta Câmara Cível decidiu que, sendo o recorrente filho natural, e tendo sido reconhecido por Armando Victor Ebraico como filho do casal, através do registro de seu nascimento ora impugnado, tinha, a partir da maioria, quatro anos para impugnar o reconhecimento judicialmente, a teor do art. 178, § 9º, VI, do Código Civil, prazo já expirado. O recorrente conhecia o fato, ou seja, a falsidade da paternidade, desde que tinha vinte anos de idade (fls. 139/140). Ele não foi reconhecido por Armando Victor Ebraico antes do casamento com sua mãe. Ao se casarem, o autor era filho natural, ainda não reconhecido pelo suposto pai, não tendo sido legitimado pelo casamento, mas em virtude do reconhecimento. De qualquer forma, não obstante a legitimação pelo reconhecimento, o autor era, até então, filho natural, tendo, por conseguinte, ficado o reconhecimento sujeito à regra do art. 362, do Código Civil, impondo-se, pois, o reconhecimento da decadência.

Diante dessa decisão, o autor valeu-se do recurso extraordinário pela letra *a*, do permissivo constitucional, alegando a contrariedade aos seguintes textos:

a) Código Civil — art. 348, “porque ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”;

b) Código Civil — art. 178, § 9º, inciso VI, que consigna a prescrição em quatro anos da ação do filho natural para impugnar o reconhecimento, contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar.

Argumenta o recorrente que, tratando-se de ação de estado, tal como reconhecida pelo respeitável acórdão, contra a mesma não fluiria a prescrição ou decadência;

c) Código Civil — art. 145, II, que reputa nulo o ato jurídico, quando for ilícito ou impossível o seu objeto.

Não podendo prosperar o ato nulo, impunha-se o acatamento da alteração do registro, que se impõe ao juiz como postura de ordem pública (art. 146).

Foram ventiladas na decisão recorrida, *ex abundantia*, as questões federais suscitadas. A eficiência da fundamentação do recurso permitiu a exata compreensão da controvérsia. Não houve ponto omissso da decisão que necessitasse de declaração. Quando subiu ao STF o agravo de instrumento, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República encareceu a necessidade do reexame em face da Súmula nº 149, quanto à imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade (fl. 59, apenso). E o Ministro Sepúlveda Pertence foi preciso ao confirmar:

“O RE, *a*, alegou negativa de vigência aos arts. 348 e 145, II, e correlatos do Código Civil, e inadmitido (fls. 172/173), subiu a esta Corte por força do provimento do agravo nº 129.223-7, pelo eminente Ministro Oscar Corrêa.”

De razoável admissibilidade, conforme se vê, o recurso esbarra, porém, no acerto com que se houve a respeitável decisão recorrida, no pertinente à questão decadencial. Tanto o art. 178, § 9º, inciso VI, como o art. 362, ambos do Código Civil, fulminam com a decadência, em quatro anos, a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento, a contar dos termos que indica. Pouco importa que o reconhecido não seja filho, conforme registra o *caput* do art. 362. A ação pode surgir nos casos de falsidade ideológica ou instrumental do assento de nascimento, de que conste a menção da pessoa como filho do casal, sem ser. O varão, ao contrair núpcias com a mãe solteira, pode legitimar o filho natural anteriormente havido com outrem, pois, a legitimação nesses casos não seria o resultado, puro e simples, *per subsequens matrimonium*, mas ato declaratório, que não cria a paternidade, mas apenas declara uma situação de que o direito tira conseqüências.

A partir daí questiona-se se é de estado da pessoa a ação de nulidade de registro e negatória de paternidade. O acórdão afirma que sim. E, por isso, o

recorrente contesta a sua prescritibilidade ou decadência, citando Câmara Leal: o estado das pessoas, sendo uma situação permanente, não pode sofrer modificação por ato ou omissão de terceiros e, por isso, as ações que o protegem têm por fim, apenas, o seu reconhecimento para segurança dos seus efeitos, donde, em regra, a sua imprescritibilidade.

Ora, exatamente porque o estado das pessoas constitui-se em situações permanentes, impõe-se a sua preservação, de modo que nem todas as situações assim conceituadas devem seguir a regra da imprescritibilidade. Daí a exceção contida nos arts. 178, § 9º, VI, e 362, do Código Civil, do que não é recomendável discordar. Por isso Pontes de Miranda preleciona que a "ação do filho natural para impugnar o reconhecimento é ação que preclui (o prazo é preclusivo, e não prescricional)" (Cf. "Tratado de Direito Privado", Tomos VI, § 669, 4, e IX, § 972,3 — *apud* "Tratando das Ações", Tomo II, RT, 1971, pág. 81, *in fine*).

Pontes faz distinções relevantes. Assim, a ação declarativa típica é imprescritível: a de filiação, mas sempre que pode ser exercida sem o embutimento. Na hipótese destes autos, quando se alega ser nulo o ato de reconhecimento, ou o registro de legitimidade da filiação, a ação é constitutiva negativa (Cf. Pontes, obr. e lugar cits., pág. 295).

Caio Mário da Silva Pereira comenta que fica reservada ao reconhecido a faculdade de impugnar o reconhecimento no prazo do art. 362. Anula-se o ato por vício ou defeito de forma ou vício de consentimento. No caso destes autos seria a preexistência de registro feito pela mãe sem indicação do nome do pai. A admitir-se defeito nesse primeiro ato (que me parece apenas posteriormente complementado), a hipótese não seria a do art. 145, II, do Código Civil. E sendo o capítulo das nulidades matéria de índole geral, não poderia invadir certas áreas de exceção, como a do art. 362. Afinal de contas, o reconhecimento da paternidade atribuindo *status* a filho que não tem pai, não importaria em dualidade de filiações, erro ou falsidade.

O mesmo autor ("Instituições", vol. V, 1ª ed., 1972, pág. 171) caracteriza a imprescritibilidade da ação contestatória de maternidade, inclusive através da falsidade do registro. Também da vindicação do estado de legitimidade. Ao filho legítimo, quando lhe falta ou lhe é negada a condição peculiar ao seu *status*, é reconhecido um direito de ação, por cuja via ele vindica aquele estado. Pode ser intentada pelo filho enquanto viver. E aos seus herdeiros. Diversa é, pois, a situação do que não vindica o estado de legitimidade.

Ante todo o exposto e melhor examinando a matéria dos autos, razão imperiosa de sua subida a esta Corte, dele não conheço, para manter o acórdão recorrido, que bem decidiu a espécie.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº1380 — RJ — (Reg. nº 8900116860) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Gueiros Leite. Recorrente: Luís César de Miranda Ebraico. Recorrida: Márcia Lygia de Oliveira Mafra Lino. Advogados: Drs. João Manoel de Albuquerque Lins e Antônio Bonifácio da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (6.3.90 — 3ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.447 — RJ

(Registro nº 89.0011977-0)

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

Recorrente: *Elevadores Otis S/A*

Recorrido: *Transportes Coletivos de Anápolis Ltda*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto de Carvalho Rego e outro e Gabriel Lopes Teixeira*

EMENTA: Recurso especial. Contrato de compra e venda e instalação de elevadores. Reajustamento de preço. Parcelas anteriores. Artigo 940 do C. Civil e 433 do C. Comercial. Negativa de vigência não caracterizada.

I — Todas as prestações que foram contratadas sob a vigência do plano cruzado estão isentas do reajustamento de preço, admitindo-se, todavia, liberdade aos contratantes para estabelecerem cláusulas de correção monetária.

II — As parcelas anteriores, quitadas o foram nas duplicatas e atendem ao que nestas se contém e, ainda que assim não fosse, tratando-se de cotas ou parcelas periódicas, o pagamento de cada uma delas solve as anteriores a teor do que dispõe o artigo 943 e o 945 do C. Civil.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Interpuseram recurso especial e recurso extraordinário, respectivamente, Elevadores Otis S/A (fls. 219/229) e Transportes Coletivos de Anápolis Ltda. (fls. 231/237), contra acórdão (fls. 191/192) confirmatório da sentença de primeiro grau (fls. 108/109) que decretara a improcedência dos pedidos constantes das ações judiciais (ordinária para cobrança de diferenças de reajustamento de preços e da parte da ré, ordinária de repetição de indébito, para recebimento do alegado "pagamento a maior", tudo porque celebraram, entre si, contrato, objetivando o fornecimento e instalação, a cargo da primeira, de um elevador e escadas rolantes.

Elevadores Otis S/A embasa seu Especial no art. 105, item III, letras *a* e *c*, do vigente permissivo constitucional sob alegação de que a decisão colegiada negara vigência aos artigos 940 do Código Civil e 434 do Código Comercial e divergência de Acórdão do STF, e a segunda recorrente apóia o seu apelo extremo no art. 119, III, letra *a*, por violação ao art. 153, § 1º da CF/67 e no art. 5º, I, da CF/88, promovendo, ainda, recurso especial, escudado no art. 105, III, letras *a* e *c* da atual Lei fundamental, porque violados os artigos 20; 21; 125, I e 541 do CPC.

No exame da admissibilidade no Tribunal "*a quo*", o despacho do eminente Presidente foi pelo processamento do recurso de Elevadores Otis S/A (fls. 239/242), o mesmo ocorrendo com relação ao do segundo recorrente. Todavia este ficou prejudicado, porque o decreto de fl. 263 declarou-lhe a decisão.

Remanesce, pois, o Especial da Elevadores Otis S/A.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Dois os fundamentos do Recorrente: negativa de vigência dos arts. 940 do CC e 434 do C. Comercial, letra *a*; e de divergência com aresto do STF nos recursos extraordinários 74.989-PR — RTJ, 70/425 e 107.749-RJ, 70/425, assim como com o proferido pela egrégia 5ª Turma Cível do mesmo Tribunal, na Apelação Cível nº 5.321/86, letra *d*.

Isso porque admitiu o Acórdão recorrido como válida cláusula de correção monetária, no contrato de fornecimento de equipamento pelo recorrente à recorrida, na vigência do chamado "plano cruzado", dando, porém, como quitadas as parcelas já pagas, valendo a correção monetária somente para as vincendas, pretendendo a recorrente, à título de diferenças, a correção monetária sobre as duplicatas quitadas.

Dois foram os contratos celebrados entre as partes. O primeiro objeto da proposta nº DF-5.459 de 29.10.86 pelo qual a autora, ora recorrente, comprometeu-se a fornecer e instalar duas escadas rolantes, pelo preço de CZ\$ 1.500.000,00, acrescido de IPI e a ser resgatada pelo recorrido em oito (8) parcelas mensais de CZ\$ 187.500,00.

O Segundo, nº DF-5.492, firmado em 22.11.86, referente ao fornecimento e instalação de um elevador para passageiros pelo preço de CZ\$ 154.500,00, acrescido de IPI para ser pago em 12 parcelas mensais, no valor de CZ\$ 12.875,00, acrescido do IPI.

Em ambos, pactuaram os litigantes duas cláusulas de reajustamento do preço assim redigidas:

"REAJUSTAMENTO DE PREÇO:

Todas as prestações, que foram contratadas para pagamento até 28.2.1987, estarão isentas de reajustamento, em conformidade com o disposto no Decreto-Lei nº 2.284 de 10.3.86, *salvo alterações posteriores que o modifiquem, completamente ou anulem, total ou parcialmente e que venham a permitir reajustamento*". (fl. 9 do contrato).

"DISPOSIÇÕES GERAIS:

Sempre que for autorizada a cobrança de atualização monetária, os créditos do vendedor serão beneficiados pela mesma, segundo os critérios previstos pela autorização legal pertinente. Todos os prejuízos que o vendedor venha a sofrer na execução deste contrato, por motivos de força maior, independentes de sua atuação, lhe serão indenizados, pelo comprador, nos termos do disposto em ônus diversos excluídos do preço. Considera-se for-

ça maior, a alteração da relação de encargos, vantagens e preço real do fornecimento que possa implicar em perda efetiva do vendedor, em benefício do comprador, tudo conforme a regra da cláusula "rebus sic stantibus". (fl. 7 do contrato)."

Posta assim a questão, decidiu o Acórdão recorrido:

"Quanto ao exame do mérito das ações, entendemos válido a cláusula que mesmo na vigência do D.L. 2.284/86, previa os reajustes caso houvesse modificação da legislação.

Essa modificação houve com a queda do chamado "Plano Cruzado", ficando frustrada a pretendida estabilização do valor da moeda. Com a volta da inflação, prevista foi novamente a correção cuja exigência legal era anterior à vigência D.L. 2.284.

Inexiste portanto, qualquer ilegalidade na previsão de cobrança de correção, que nada mais representa do que a atualização do valor da moeda defasado pela inflação.

Todavia não assiste razão à Otis, quando pretende cobrar diferenças de prestações já recebidas, pois, que se por acaso recebeu a menos, e a parte contrária afirma que pagou a mais, é porque ou cobrou equivocadamente, ou concordou com o pagamento tal como foi feito, não lhe cabendo reclamar diferenças.

No que concerne aos pagamentos ainda não efetuados, a correção se torna cabível, não podendo entretanto, se ainda não faturados e não apresentados à cobrança ao devedor, ser tidos como devidos na presente ação."

Assim examino a espécie quanto a letra *a* a ver configurada, ou não a violação apontada aos arts. 940 do C.C. e 434 do C. Comercial.

De logo é de excluir a alegada infringência ao art. 434 do C. Comercial, eis que dirige-se à proteção do devedor, obrigando o credor a "dar-lhe quitação ou recebido por duas ou três vias se ele requereu mais de uma "dispondo, ainda, " A quitação ou recebido concebido em termos gerais sem reserva ou limitação, e quando contém a cláusula — de ajuste final de contas, resto maior de quantia — ou outra equivalente, presume-se que compreende todo e qualquer débito, que provenha de causa anterior à data da mesma quitação ou recebido", porque no caso ocorrente as parcelas ajustadas e pagas o foram por meio de duplicatas, como se vê às fls. 88/98, entregues ao devedor, quitadas.

Quanto ao art. 940 do C. Civil, é impossível ter-se como violado, porque as quitações passadas nas duplicatas recebidas atendem ao que nele se dispõe e, ainda que assim não fosse, na espécie, cuidando-se de cotas, parcelas, periódicas, o pagamento efetuado de cada uma delas, salvo prova em contrário, inexistente nos autos, solve as anteriores, nos precisos termos dos arts. 943 e 945 do mesmo diploma legal.

Acrescente-se a isso a irresignação da recorrida que, no curso do processo, em repetição de indébito, reclamou importância que, segundo afirma, teria pago a maior e que, eventualmente, corresponderiam aos valores corrigidos das prestações vincendas, cujo exame escapa à espécie, pela deserção decretada ao seu Recurso Especial, mas que, a toda evidência, comprovam a realização daqueles pagamentos corrigidos, tendo-se como cumpridos os contratos em seus termos.

Tudo, aliás, como anotado pelo acórdão recorrido, destacado na parte transcrita.

Questões de fatos, ainda, que a toda evidência, também escapam ao exame do Recurso Especial.

Indemonstrada, assim, qualquer violação a lei.

Melhor sorte, também, não favorece a recorrente quanto ao alegado dissídio, letra *d*.

A uma, porque quanto àquele Acórdão oferecido do próprio Tribunal do Rio de Janeiro, não se presta ao Recurso Especial eis que impõe a letra *c* do nº III do art. 105 da Constituição Federal, seja a interpretação divergente de outro Tribunal e não do mesmo.

A outra, porque os paradigmas ofertados do STF, versam hipóteses diversas da constante no aresto recorrido. Refere-se o primeiro (fl. 225), no trecho trazido a confronto, a exegese do art. 434 do Código Comercial, inaplicável a espécie, como se procurou demonstrar quando do exame do cabimento quanto a letra *a*. E o segundo, a pagamentos feitos através de depósitos bancários, por parte do devedor, tidos como não válidos para quitação do débito (fls. 226/227), tratando do Acórdão recorrido de quitação em duplicatas entregues ao devedor.

Do que se expôs, fica evidente inexistir qualquer divergência entre o Acórdão recorrido e os paradigmas trazidos a confronto.

Tais os fundamentos pelos quais não conheço do recurso, por ambos os fundamentos das letras *a* e *c*.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, porque não houve contrariedade e nem está provado o dissídio, também não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1.447 — RJ — (Reg. nº 89.00119770) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recorrente: Elevadores Otis S/A. Recorrido:

Transportes Coletivos de Anápolis Ltda. Advogados: Drs. Paulo Roberto de Carvalho Rego e outros e Gabriel Lopes Teixeira.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial. (Em 5.12.89 — 3ª Turma)

Os Exmos. Srs. Ministros Cláudio Santos e Nilson Naves votaram com o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.514 — DF
(Registro nº 89.0012141-3)

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

Recorrente: *Credilar Ltda*

Recorridos: *Acrísio dos Santos Figueiredo e cônjuge; José Roberto da Silva Figueiredo*

Advogados: *Drs. Guaracy da Silva Freitas, Antônio Cabral de Castro e Jorge Alberto Vinhaes e outro*

EMENTA: Processual Civil. Recurso especial. Ação de anulação de compra e venda e reivindicatória, cumulada com perdas e danos. Art. 119, III, *a e d*, do permissivo constitucional anterior, ou art. 105, III, *a e c*, da constituição federal vigente.

I — Inexistência da alegada negativa de vigência aos artigos 99, 100, 134, II, § 1º, 147, II, do Código Civil e art. 366, do CPC, eis que não foram sequer mencionados ou discutidos no acórdão recorrido (Súmula nº 282 e 356 — STF).

II — Não configurada a apontada divergência jurisprudencial, pois, que a recorrente não demonstrou o dissídio. Os arestos, tidos como padrão, não se aplicam ao caso dos autos.

III — Ausência de pressupostos (art. 255, parágrafo único, do RISTJ).

IV — Recurso não conhecido por ambos os fundamentos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Ação de Anulação de Compra e Venda e Reivindicatória, cumulada com Perdas e Danos, proposta por Acrísio dos Santos Figueiredo, Maria Jovelina Figueiredo e José Roberto da Silva Figueiredo contra Credilar — Gomes Araújo, Comércio de Móveis e Eletrodomésticos Ltda., julgada improcedente pela sentença de fls. 162/179, porém reformada pelo Acórdão proferido pela 2ª Turma do Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (fls. 225/226 e 229/233).

Inconformada, interpôs Recurso Extraordinário, com base no art. 119, III, *a e d*, da Constituição anterior, no qual se alega que o Aresto recorrido teria negado vigência aos artigos 99; 100; 134, II, § 1º; 147, II, do Código Civil e artigo 366, do CPC, bem como divergido de julgado de outro Tribunal (fls. 236/244). Não houve impugnação (fl. 250).

O ilustre Presidente daquele Tribunal, por não oferecer o recurso condições de admissibilidade e com apoio nas Súmulas 279, 283, 284, 400 e 454, do STF, negou-lhe seguimento (fls. 251/252).

Irresignada, a recorrente aforou agravo de instrumento, reiterando argumentos, ao qual foi negado seguimento (fl. 66, dos respectivos autos em apenso); contra esta decisão a agravante interpôs Agravo Regimental, tendo o ilustre Ministro Sydney Sanches, Relator, exarado despacho determinando a subida do Recurso Extraordinário, para melhor exame (fl. 95 — apenso).

Devidamente processado, subiram os autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, onde o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do RE (fls. 259/262).

Apreciando o recurso, o Sr. Ministro Relator, adotando os fundamentos deduzidos na questão de ordem suscitada no RE nº 119.204-6 — SP, por despacho, converteu, *ipso iure*, o Extraordinário em Recurso Especial e deter-

minou a remessa do processo a este Superior Tribunal de Justiça, vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Recurso Extraordinário convolado em Especial, no qual se alega que o Acórdão recorrido teria negado vigência aos artigos 99, 100, 134, II, § 1º, 147, II, do Código Civil e art. 366, do CPC, bem como dissentido de julgados de outros Tribunais.

O aresto contra o qual investe a recorrente ficou assim ementado (fl.229):

“Compra e Venda. Nula a procuração e conseqüentemente a escritura de compra e venda, com base na lesão, da qual resultou para os vendedores um prejuízo na conclusão da venda, oriundo da desproporção existente entre as prestações dos contratantes.”

Não conheço do Recurso com fundamento tanto na letra *a* quanto na letra *d*, do permissivo constitucional precedente, hoje, alíneas *a* e *c*, da Carta Magna vigente.

Revelam os autos, quanto à alegada negativa de vigência dos citados artigos de lei, ditos infringidos, ao contrário do que afirma a recorrente, que aqueles dispositivos, supostamente violados, não foram sequer mencionados ou discutidos, tanto na r. sentença de primeiro grau, quanto no aresto atacado. Se quanto a isto foi omissa a decisão recorrida, à recorrente cabia opor embargos declaratórios. Contudo não o fez. Dessa forma não pode, posteriormente, invocá-lo na via estreita do Especial, incidindo, assim, nos enunciados das Súmulas n.ºs 282 e 356, do STF.

Quanto à alegada divergência jurisprudencial, também, não logrou demonstrá-la a recorrente, eis que os arestos, tidos como padrão, trazidos a confronto, não se aplicam ao caso dos autos, como se vê às fls. 239/240, porque ali cuidou-se, respectivamente, de matéria diversa da discutida no aresto recorrido.

Ao demais, a recorrente, para dar suporte à sua tese, limitou-se, tão-somente, a transcrever, apenas, partes das ementas dos arestos colacionados, as quais não considero válidas ao imprescindível confronto das teses ditas divergentes, porque tais transcrições por si só não se prestam a demonstrar a divergência apontada entre os julgados, pois, que não atendidas as exigências contidas no parágrafo único, do art. 255, do RISTJ.

É ler, pois, no essencial o que dizem os respectivos acórdãos paradigmas, o primeiro, *verbis*:

"O depoimento pessoal da autora a fls. é o melhor desmentido às pretensas maquinações ou ardis, ao vício de consentimento ou ao erro, pois, até mesmo a autora chega a dizer que não foi procurada pelo réu para lhe propor qualquer acordo ou fazer-lhe qualquer ameaça. Conta ainda a embargante que entrara em entendimento com José Alves Carneiro para venda da herança, calculando receber CR\$ 15.000,00, pelo que preferia liquidar logo a questão, a fim de comprar um sítio no Paraná.

Admita-se mesmo que a embargante não soubesse o valor das terras objeto da cessão; mas nem por isto o ato é nulo ou anulável. A disparidade entre o valor da coisa e a alienação não constitui, por si só, erro que acarrete invalidação do ato. Mil motivos pode ter o vendedor para alienar por preço baixo aquilo que vale preço maior; e, no caso, a embargante apresentava um motivo: queria liquidar logo o direito à herança para comprar um sítio no Paraná.

O preço deve ser sério e real, não há dúvida, porque os autores exemplificam que, se se vender por um o que vale mil, haverá doação da parte excedente (B. de Faria, "Cod. Com." art. 193.) Planiol chega mesmo a afirmar que não é necessário que o preço seja o equivalente exato da coisa ("D.Civ." 2, 1.375.) No mesmo sentido as lições de Pacifici-Mazzoni ("Ist. di D. Civ." 5. pág. 21) e Cunha Gonçalves ("Compra e Venda", pág. 149.). A Jurisprudência tem também rejeitado essa espécie de erro ("Rev. de Dir.", 19/180; "Rev. dos Tribs.", 168/338.). A venda de uma coisa que vale mais por preço abaixo do seu valor real não anula o contrato, somente pela existência dessa disparidade. Necessário é que tenha intervindo dolo ou erro, desses que anulam os atos jurídicos. A embargante quis o ato, nele consentiu, sabia qual o objeto da cessão e até sabia o valor das terras. Não foi enganada, nem se enganou. O acórdão deve, pois, prevalecer."

E o segundo:

"Na espécie dos autos, mediante escritura pública, lavrada em 4.1.73 os autores venderam à firma Sanyo Shokai Ltda, uma área de terras, com 145.000 m², situada no bairro Pimenta, no município e comarca de Indaiatuba, deste Estado, na qual a adquirente ré deveria instalar uma indústria.

Entretanto, como não ocorreu a instalação dessa indústria, os vendedores, alegando "que a ré apenas adquiriu a área para especular imobiliariamente, tendo em vista o crescente aumento dos imóveis", pretendem, através de ação ordinária, intentada em

15.3.75, a anulação da alienação e da respectiva escritura de venda e compra e o cancelamento da transcrição imobiliária, porquanto a adquirente descumpriu todas as formalidades estabelecidas pela Lei 5.709/71, e pelo Dec. 74.965/74.

Ainda que se admita que ambas as partes procederam com dolo, nenhuma poderá alegá-lo, para anular o ato, ou reclamar indenização, em face do que dispõe o art. 97 do CC."

Já o aresto recorrido, a certo passo dispôs (fl. 231):

"O que resultou demonstrado é que o contrato firmado não retrata a realidade. Em primeiro lugar comprovado está que não houve o pagamento do preço do imóvel "vendido". É o próprio réu-apelado Antônio Pena Figueiredo quem reconhece em seu depoimento que a importância de Cr\$ 100.000,00 consignada como preço da venda era simbólica (fl. 139) não sabendo nem mesmo quem lhe deu essa importância, que não foi paga no ato da venda, razão porque só posteriormente buscou-se consigná-la judicialmente em favor de seu pai (fls. 39/40). Faltou assim, o preço, elemento essencial para a validade do contrato."

Para acrescentar mais adiante (fl. 232):

"A ausência de um dos elementos essenciais à validade da compra e venda já seria suficiente para o acolhimento da pretensão dos autores. E no caso o vício de vontade dos outorgantes — coação — também esteve presente. As circunstâncias e o momento em que se deu a outorga, com Acrísio acometido de derrame cerebral, necessitando de tratamento em um centro mais adiantado e com melhores recursos, tudo isto constituiu para a obtenção de seu consentimento na outorga do mandato. A pressão do filho Antônio incutiu ao pai fundado temor de dano à sua pessoa, sendo de se considerar a idade, a condição de dificuldade por que passava Acrísio e principalmente a sua saúde que se encontrava abalada, necessitando de receber tratamento em Belém.

Também, merece acolhida a pretensão de anular-se a procuração e conseqüentemente a escritura pública de compra e venda, com base na lesão, da qual resultou para os vendedores um prejuízo sofrido na conclusão da venda, oriunda da desproporção existente entre as prestações dos contratantes. Esta figura que se assenta na injustiça do contrato em si e que vem sendo acolhida pelos nossos Tribunais acha-se consagrada no Anteprojeto do Código Civil apresentado pela Comissão presidida pelo Prof. Miguel Reale, no art. 157 que estabelece: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexpe-

riência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

Portanto, ao que se depreende dos autos, não se configuram tanto a alegada negativa de vigência dos dispositivos de lei, quanto a suposta divergência com os julgados trazidos à colação, que cuidam de matéria dissemelhantes à versada na decisão recorrida. Esta ao contrário do que afirma a recorrente, aplicou corretamente a lei à espécie, com suporte no direito pretoriano.

Ausentes, pois, os pressupostos de admissibilidade, não conheço do recurso por ambos os fundamentos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 1.514 — DF — (Reg. nº 89.00121413) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recorrente: Credilar Ltda. Recdo.: Acrísio dos Santos Figueiredo e cônjuge. Recorrido: José Roberto da Silva Figueiredo.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial. (Em 12.12.89 — 3ª Turma)

Os Exmos. Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1635 — PB (Registro nº 89.0012516-8)

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

Recorrente: *Antonio Vieira Lins*

Recorridos: *João Nogueira da Costa — herdeiros*

Advogados: *Drs. Paulo Américo Maia e outro; Joás de Brito Pereira Filho e outro*

EMENTA: **Cônjuges. Disposições testamentárias em proveito recíproco.**

Os cônjuges podem instituir-se, reciprocamente, herdeiros em cédulas diferentes, pois, o que a lei condena (CC, art. 1630) é o encerramento das disposições em um só ato, mas a sua enunciação separada é válida.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Antonio Vieira Lins interpôs recurso extraordinário, com argüição de relevância, do acórdão da Primeira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça da Paraíba, confirmatório de sentença de primeiro grau em acórdão assim ementado:

“Ação Ordinária de impugnação e anulação de testamento. Apelação. Quis o Código Civil proibir o testamento, quando os cônjuges se instituísem reciprocamente herdeiros, por ser modalidade do pacto sucessório, contraindo caracteres elementares de ato de última vontade. (Art. 1626, dos Comentários de Clóvis Bevilacqua). Desprovimento.”

(fl. 277)

O recorrente alega que o acórdão teria violado os arts. 1630, 1746 e 1708, do Código Civil, bem como divergido da Jurisprudência de outros tribunais.

A presidência do Tribunal de origem admitiu o recurso (fls.291/292), subindo os autos ao Supremo Tribunal federal (fls. 315/316), de onde vieram para esta Corte, após convertido o extraordinário em recurso especial, fundado no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição (fl. 324).

Ouvida a ilustrada Subprocuradoria Geral da República, opinou pelo não conhecimento do recurso (fls. 328/329).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Decidiu o magistrado pela procedência da ação e decretou a nulidade do testamento, “por apresentar-se caduco e revogado para todos os fins de direito, por não haver consumado, na sua plenitude, a vontade da testadora, em vista do desquite

decretado por sentença irrecorrida, onde se pôs fim aos termos do casamento e logicamente à relação patrimonial existente entre os cônjuges" (fl. 271).

A Primeira Câmara Cível do Tribunal da Paraíba manteve a sentença, porque o Código Civil veda, no art. 1630, a alternatividade testamentária. Os testamentos foram feitos pelos cônjuges na mesma data, mesmo livro e perante o mesmo tabelião. O certo seria que se instituíssem herdeiros reciprocamente, preservado o caráter confidencial do testamento.

Acentua o recorrente que são duas as questões debatidas, a saber:

a) se a proibição constante do art. 1634, CC, aplica-se a testamentos feitos por marido e mulher em cédulas distintas, na mesma data;

b) se a separação consensual subsequente tem como consequência a revogação ou a caducidade do testamento feito pela mulher ao marido.

O acórdão recorrido responde afirmativamente a ambas as questões e reputa nulo e ineficaz o testamento de Zulmira Nogueira de Jesus instituindo herdeiro o recorrente, respeitada a parte disponível.

Dispõe o art. 1630:

"Art. 1630. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo."

Testamento conjuntivo é aquele feito à mão comum, isto é, por duas pessoas, na mesma cédula, e que se instituem herdeiros recíprocos (fl. 283, item 2). Como tal não ocorreu na espécie dos autos, é de ver-se que o acórdão recorrido violou o art. 1630 citado.

O Ministro Orozimbo Nonato já decidiu que "a vedação do Código Civil atinge o testamento de mão comum, isto é, na definição de Gouveia Pinto, o público ou particular feito por marido e mulher conjuntamente e no mesmo papel" (Arq. Jud. 315, RE nº 16.045/MG).

O Desembargador Nogueira Itagiba proclamou, igualmente, que os cônjuges podem se instituir, reciprocamente, herdeiros em cédulas diferentes. O que a lei condena é o encerramento das disposições em um só ato, mas a sua enunciação separada é válida (Arq. Jud. 75/437).

O Tribunal de Justiça paulista, firmado em Carlos Maximiliano (Sucessões, nº 366) e Carvalho Santos (CC Interpretado), decidiu que o art. 1630 não obsta a que duas pessoas, em atos separados, embora na mesma data e nos mesmos termos, disponham em proveito recíproco (RT 150/652).

Nesse ponto o acórdão recorrido afrontou a lei.

Quanto à segunda questão, demonstra-se, de igual modo, que a caducidade e a revogação do testamento não teriam como causa a separação consensual e superveniente dos cônjuges. De acordo com o art. 1746, CC, o

testamento só se considera revogado por outro. O art. 1708, do mesmo Código, é aplicável à caducidade dos legados.

O Ministro Gonçalves de Oliveira tem acórdão nesse sentido. Lá está, na ementa, que "o desquite não revoga o testamento feito pelo marido à mulher, mormente se o testador, após o desquite, mantinha relação de amizade de demonstração de estima à esposa" (RTJ 45/469).

Comenta o recorrente passagem do acórdão recorrido onde se diz não ter ficado demonstrada a subsequente amizade entre os ex-cônjuges. E esclarece, ainda com a mão no voto do Ministro Gonçalves de Oliveira, que se os testadores desquitando quisessem anular os respectivos testamentos, tê-lo-iam feito na forma do art. 1.746 citado.

Acrescente-se que o Ministro Gonçalves de Oliveira não condicionou a validade do testamento à amizade dos cônjuges subsequente ao desquite, pois, usa a palavra *mormente* para indicar apenas a excelência do bom relacionamento dos antigos cônjuges, a justificar uma realidade ética.

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

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1635 — PB — (Reg. nº 89.0012516-8) — Relator: O Exmo. Sr. Min. GUEIROS LEITE. Recorrente: Antonio Vieira Lins. Recorridos: João Nogueira da Costa. Herdeiros. Advogados: Paulo Américo Maia e outro e Joás de Brito Pereira Filho e outro.

Decisão: A 3ª Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. (Julgado em 14.08.90)

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.691 — SP

(Registro nº 89126628)

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

Recorrente: *Cia. de Seguros do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Empresa de Navegação Aliança S/A*

Advogados: *Drs. Américo de Almeida Rossi e outros e Durval Boulhosa e outros*

EMENTA: Seguro. Transporte de mercadoria. Cláusula limitativa. Não dissente da Súmula 161/STF, e menos da Súmula 188/STF, acórdão que limitou a responsabilidade do transportador ao valor convencionado. A divergência com princípio sumulado há de ser em relação ao que nele estiver disposto, e não quanto ao que virtualmente nele se contenha. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro NILSON NAVES, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Foi o recurso extraordinário inadmitido pelo Presidente Marcus Vinícius dos Santos Andrade, nestes termos:

"1. Cuida-se de ação de indenização, sob o procedimento sumaríssimo, objetivando a autora o recebimento de importância paga a sua segurada, em decorrência de danos causados em mercadorias transportadas por via marítima.

A r. sentença (fls. 307/311) julgou-a procedente, em parte, para condenar a empresa ré a pagar à autora o equivalente a £ 300 (trezentas libras esterlinas), convertido em cruzados ao câmbio do dia do efetivo pagamento.

Apelou a autora, buscando a indenização pelo valor total de Cz\$ 45.637,32 (quarenta e cinco mil, seiscentos e trinta e sete cruzados e trinta e dois centavos) e a Egrégia Terceira Câmara Especial, por maioria de votos, negou provimento ao recurso (fls. 346/359).

Interpostos embargos infringentes, por votação majoritária, restaram rejeitados (fls. 423/426).

Pretende a abertura da via extraordinária a vencida, com fundamento no artigo 119, inciso III, letras *a* e *d*, da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 17/10/1969. Alega negativa de vigência aos artigos 985 e seguintes e 1.099 do Código Civil, 1º, do Decreto 19.473/1930. Aponta divergência com as Súmulas 161 e 188 da Augusta Corte. Argumenta operar-se a sub-rogação de pleno direito a favor do credor que paga a dívida. No caso, a recorrente quitou a indenização, e por conseguinte foram-lhe transferidos todos os direitos, ações, privilégios e garantias da recorrida em relação à obrigação. Entende ser inoperante a cláusula que estipulou limite da indenização por volume, isto porque a obrigação da transportadora é de entregar a mercadoria no lugar do destino e não restringir ou modificar a obrigação de indenizar em caso de perda ou extravio. Como denotadores da divergência jurisprudencial cita o RE 107.361-6 e as Apelações desta Corte de nºs 311.387 e 378.160. *Argúi relevância da questão federal.*

Houve impugnação (fls. 439/441).

2. Dentre as hipóteses previstas nos incisos I a X do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, encontra-se presente alegação de divergência com súmulas (inciso II) da Augusta Corte, a permitir que se instaure o juízo de admissibilidade (artigo 326).

Contudo, não se vislumbra dissidência com a Súmula 161, cujo teor é o seguinte:

‘Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar’.

No caso em exame, a douta Turma Julgadora não discutiu acerca da exoneração da obrigação de não indenizar, por parte da recorrida, mas, sim, decidiu o litígio de acordo com a cláusula limitativa da responsabilidade da transportadora.

Nem, tampouco, configurou-se conflito com o verbete 188, que estabelece:

‘O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro’.

No tocante ao referido ditame pretoriano, apesar de não ter sido prequestionado (Súmula 282), cumpre ressaltar ter a v. decisão recorrida com ele se afinado.

A indenização reclamada pela recorrente foi concedida obedecendo ao limite previsto no contrato.

Pertinente a transcrição da exegese alcançada pelos Julgadores, ao dirimir a controvérsia sobre a abrangência da responsabilidade da recorrida no caso vertente:..."

".....

"Ademais, o que pretende a demandante é a interpretação de cláusula contratual, o que é vedado pela Súmula 454."

Provendo o agravo de instrumento, em apenso, onde o recurso extraordinário foi convertido em recurso especial, determinei a subida dos autos principais, para melhor exame. Eis um trecho do despacho de conversão:

"1. Denegado, na origem, recurso extraordinário restrito à matéria infraconstitucional (negativa de vigência de lei ordinária e divergência com Súmula do STF), deduzido juntamente com argüição de relevância, é interposto o presente agravo. A argüição de relevância não chegou a ser processada, porquanto inobservando o art. 328, § 2º, RISTF."

Na origem, com vista dos autos, a recorrente reportou-se às razões da interposição, e a recorrida nada disse.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Do melhor exame que fiz do caso, com a subida dos autos originais, verifiquei que o recurso extraordinário convertido em recurso especial não reúne condições para ser conhecido. A argüição de relevância não chegou a ser processada, ficando, assim, o cabimento do apelo adstrito à divergência com Súmula do Supremo Tribunal Federal, a teor do disposto no art. 325, inciso II, do seu Regimento. Quanto à de nº 188 ("O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro"), de todo improcedente a alegação de sua contrariedade, pois, o acórdão recorrido com ela se harmoniza. Quanto à de nº 161 ("Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar"), foi a que me levou a mandar subir os autos principais.

Com efeito, encontrei nos autos do agravo de instrumento, e também nestes, trazido pela parte interessada, cópia do RE—107.361-6, com essa ementa: "Diverge, manifestadamente, da Súmula nº 161 do Supremo Tribunal, onde se consagra a inoperância da cláusula de não indenizar, o acórdão recorrido, que placitou estipulação, limitativa da responsabilidade do transportador marítimo, a valor de tornar irrisória a indenização. Recurso Extraordinário provido". Cuidou-se ali de hipótese vinda do Rio de Janeiro, com o acórdão

local sublinhando, em sua ementa, o seguinte: "Responsabilidade do transportador limitada ao valor convencionado. Validade da cláusula. Não implica em 'cláusula de não indenizar', a estipulação do conhecimento limitando a indenização ao valor nele mencionado", fl. 409. Foi tal que me levou — repito — a prover o agravo, em apenso, pois, o acórdão em foco, rejeitando os embargos infringentes, afirmou:

"Ao embarcador são oferecidas duas opções à sua livre escolha: ou declara o valor real das mercadorias pagando o frete correspondente ao que houvera declarado ou prefere o frete reduzido, ficando a responsabilidade do transportador limitada na conformidade da cláusula inserida no contrato. Assim, forçoso é reconhecer que não configura tal cláusula, qualquer restrição ao valor do conhecimento de frete como prova de recebimento de mercadoria e da obrigação de entregá-la no lugar do destino, sendo lícita a cláusula em exame, conforme decisões desse Tribunal, destacando-se entre elas aquela proferida na Apelação nº 354.172, em que foi relator o hoje Desembargador Laerte Norde, da Quinta Câmara Civil.

Nessas condições, se a embarcadora preferiu não indicar o valor da mercadoria, aderindo explicitamente à modalidade de frete, beneficiando-se do frete reduzido, não poderá a apelante agora reclamar indenização superior à cifra prevista na cláusula contratual que em nada contraria as disposições legais declinadas nas razões recursais.

Não há, pois, infringência à Súmula nº 161 do Supremo Tribunal Federal, já que não se trata de cláusula de não indenizar, mas de cláusula apenas limitativa de responsabilidade."

Malgrado a semelhança entre ambos os casos, não creio que haja divergência com a citada Súmula 161, *data venia*. Em síntese, a cláusula limitativa de que ora se trata, obra do embarcador, beneficiando-se do frete reduzido, pode ser tida e havida como "cláusula de não indenizar", para configurar o alegado dissídio com a Súmula 161? Penso que não, para o fim específico. A não ser que se entenda como expresso o que nela virtualmente se contenha. Porém, em termos de discrepância com Súmula, esta 3ª Turma estabeleceu certo rigor, se não estou em erro. Lembro um caso de correção monetária, com a Súmula 562/STF, restando o recurso sem conhecimento, pois, a Turma, por maioria de votos, não aceitou, para caracterizar a alegada divergência, o que potencialmente a Súmula continha (REsp 452, Sr. Ministro Gueiros Leite).

Ante o exposto, crendo não configurada a apontada divergência, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.691 — SP — (Reg. nº 89126628) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves

Recorrente: Cia. de Seguros do Estado de São Paulo Recorrida: Empresa de Navegação Aliança S/A Advogados: Drs. Américo de Almeida Rossi e outros e Durval Boulhosa e outros

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (3ª Turma, 13/2/90).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.709 — RJ

(Registro nº 89.0012730-6)

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

Recorrente: *Cia. Industrial Santa Matilde*

Recorrida: *Cyrus Impresso Contínuo S/A.*

Advogados: *Drs. Marcos Oswaldo P. Rodrigues Lima e outros e Maria Lucila Saraiva de Carvalho e outros.*

EMENTA: Falência. Depósito elisivo. Apelação. Prazo.

I — O prazo para a interposição do apelo manifestado contra a sentença que, em face do depósito elisivo da falência, julgou extinto o processo, é de ser contado a partir de sua intimação.

II — Recurso especial provido, sem discrepância de voto.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taqui-

gráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Cia. Industrial Santa Matilde apela da sentença de fls. 40 a 42, que julgou extinto o pedido de falência, em face do depósito elisivo.

O acórdão recorrido guarda o seguinte teor:

“EMENTA. Falência. Apelação. Intempestividade. Não conhecimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4.628/88, em que é apelante Cia. Industrial Santa Matilde, sendo apelada Cyrus Impresso Contínuo S/A.

Acordam os Desembargadores que compõem a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em preliminar, não conhecer do recurso.

Assim decidem porque a sentença foi publicada em cartório aos 16.6.88, uma quinta-feira.

Face ao disposto no art. 204 da Lei de Falência, o prazo começou a correr aos 17.06.88, sexta-feira, terminando a 1º.7.88, uma sexta-feira.

O recurso, porém, só foi interposto aos 7.07.88, quando exaurido o prazo.

É, assim, intempestivo.

Por essa razão, dele não se conhece.”

A recorrente interpôs recurso extraordinário, transformando *ipso iure* recurso especial, alegando violação dos arts. 240, 241 e 242 do Código de Processo Civil, c/c o art. 5º da Lei nº 6.014/73, além de dissídio jurisprudencial.

Pelo despacho de fls. 79 a 81, foi o recurso admitido.

Tão-somente com as razões de fls. 83 a 84, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Inúmeras são as decisões do Supremo Tribunal respaldadas na melhor doutrina, no sentido de que o requerimento de falência, em face do depósito elisivo, transforma-se em ação de cobrança (Cf. RTJ 118/374).

Somente por este fundamento já poder-se-ia argumentar a impropriedade da aplicação do art. 204 da Lei de Falências, para se julgar intempestiva a apelação.

Ressalte-se, sobretudo, que o art. 204 da Lei de Falências, em que se respaldou o acórdão, foi derogado por legislação superveniente, não tendo, portanto, aplicação.

Consoante anota Theotônio Negrão ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor", p. 763, 19ª ed., Ed. Rev. Trb., São Paulo — 1989):

"Com a nova redação dada pelo art. 5º da Lei nº 6.014, de 1973, ao art. 207 da lei falimentar, a regra do art. 204 não mais subsiste. Destarte, o prazo para a interposição dos recursos passou a ser contado a partir da intimação da sentença ou decisão recorrida" (RJTJESP 55/118). No mesmo sentido: RT 527/229, em. 616/159, RF 291/263, RJTJESP 37/144."

De mais a mais, somente para argumentar, mesmo que de falência se cuidasse, melhor sorte não teria o recorrente, pois assim decidiu o Supremo Tribunal Federal em aresto relatado pelo eminente Ministro Rafael Mayer:

"Falência. Pedido de restituição. Apelação. Prazo (termo inicial). O *dies a quo* para o oferecimento da apelação começa a correr da intimação da sentença às partes, quando não publicada em audiência (artigo 242 do CPC). Recurso Extraordinário conhecido e provido" (RTJ 100/885).

Registro que a certidão de intimação da sentença de 23.06.88 está à fl. 43. O prazo para recurso terminaria, pois, a 08 do mês subsequente. Assim, tempestivo foi o apelo manifestado a 07 do dito mês de julho de 1988.

Em face do exposto, conheço do recurso pela alínea *a* do item III do art. 105 da Constituição Federal, e lhe dou provimento, para que, afastada a preliminar de intempestividade, o Tribunal *a quo* aprecie a causa como entender de direito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.709 — RJ — (Reg. nº 89.00127306) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recorrente: Cia. Industrial Santa Matilde. Recor-

rida: Cyrus Impresso Contínuo S/A. Advogados: Drs. Marcos Oswaldo P. Rodrigues Lima e outros e Maria Lucila Saraiva de Carvalho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (Em 6.2.90 — 4ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1741 — SP

(Registro nº 89.0012817-5)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Donizete de Souza Gomes*

Advogado: *Dr. Orlando Calvielli*

EMENTA: Criminal. Regime Prisional. Progressão.

— Falta de estabelecimento adequado. Concedido o benefício do regime aberto, constitui ilegalidade desatender o direito do beneficiário sob pretexto da falta de estabelecimento adequado. Acertado cumprimento da decisão por via da excepcional admissão do sentenciado à prisão albergue-domiciliar.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de fevereiro de 1990 (data do julgamento).

Ministro José Dantas, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A espécie está bem relatada pelo r. despacho de admissão do recurso, nestes tópicos:

"Donizete de Souza Gomes formulou, perante o Juízo da Vara das Execuções Criminais de São Paulo, pedido de progressão para o regime aberto, tendo o MM. Juiz de Primeira Instância deferido a pretensão, permitindo-lhe, até que se tenha designado o local adequado, que se recolha em sua residência.

Desta decisão interpôs o representante do Ministério Público agravo, que a E. Décima Segunda Câmara deste Tribunal, por votação majoritária, deixou de acolher.

Com apoio no art. 105, n.III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, a douta Procuradoria-Geral da Justiça interpõe recurso especial. Alega, em síntese, que o ven. acórdão atacado — ao confirmar a decisão de Primeira Instância que concedeu a prisão albuquerque domiciliar, sem que a situação do condenado se enquadrasse em qualquer das hipóteses do art. 117 da Lei n. 7.210/84 — negou vigência ao referido dispositivo, além de dissentir de julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal e do E. Tribunal de Justiça de São Paulo." — fls. 81.

Arrazoando o recurso, o recorrente colacionou acórdãos mais recentes, do Pretório Excelso, com ementas deste teor:

"Pena privativa de liberdade. Regime aberto. A inexistência, na comarca, de casa de Albergado, não justifica a concessão de prisão domiciliar, fora dos casos taxativamente enumerados no art. 117 da Lei nº 7.210/84" (RE nº 118.565/1, SP, 1ª T., Min. Octavio Gallotti, DJU de 21.04.89, p. 5858) — fls. 90.

Nesta instância, o Ministério Público Federal manifestou-se contra o recurso, consoante os seguintes fundamentos:

"1. — O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, por sua 12ª Câmara, confirmou decisão do Dr. Juiz de 1ª instância, que deferiu ao acusado Donizete de Souza Gomes pedido de progressão para o regime aberto, até que se tenha designado o local adequado, que se recolha em sua residência. Contra a referida decisão a Procuradoria-Geral da Justiça daquele Estado manifestou o presente recurso especial, sustentando que aquele julgado, assim decidindo, teria negado vigência do artigo 117, da Lei nº 7.210/84 e dissentido de jurisprudência do Excelso Pretório.

2. — A nosso ver, o presente recurso, se conhecido, não deverá ser provido. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se orientou no sentido de que: "Inexistindo estabelecimento penal adequado é legítimo o recolhimento do réu em residência particular do sentenciado a que foi deferido o regime aberto para o cumprimento da pena" (DJU de 21.08.89).

Brasília, 6 de dezembro de 1989.

A.G. VALIM TEIXEIRA

Subprocurador-Geral da República." — fls. 103.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, de tão repetitiva que é, volta à baila a controvérsia sobre permitir-se, em caráter excepcional, o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular, quando a execução da progressão obtida se impossibilite à minguada de vaga em Casa de Albergado.

De que o recurso do Ministério Público deva ser conhecido, temos dito que o recomenda o comprovado dissídio jurisprudencial de ordem maior, conforme paradigmas proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, fulcrados na literalidade do art. 117 da Lei 7.210/84, por sua vez restritiva da permissão daquele favorecimento apenas aos portadores das precárias condições etárias e de sanidade física e mental ali arroladas.

No entanto, sem embargo da respeitabilidade da jurisprudência colacionada, este Eg. Tribunal vem afirmando em sentido contrário, nos moldes do v. acórdão recorrido, para reconhecer igual caráter de excepcionalidade em casos como o dos autos. Tal se assevera à luz do argumento-mor de que, constituído por decisão judicial o direito à progressão para um regime prisional mais brando — como no caso se deu do regime semi-aberto para o aberto —, ilegal será manter-se o beneficiário na purgação de regime mais rigoroso; mormente se essa manutenção apega-se tão somente ao despreparo do Estado para garantir o cumprimento regular da lei.

Nesse sentido se tranquilizou a orientação do Tribunal, a exemplo da unanimidade de votos desta Eg. Turma, no REsp 206-SP, por mim relatado, a teor da seguinte ementa:

"Criminal. Regime prisional. Progressão.

Falta de estabelecimento adequado. Concedido o benefício do regime aberto, constitui ilegalidade desatender o direito do beneficiário sob pretexto da falta de estabelecimento adequado.

Acertado cumprimento da decisão por via da excepcional admissão do sentenciado à prisão albergue-domiciliar.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.”

Na linha dessas considerações, conheço do recurso pela letra c do permissivo constitucional, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.741-SP — (Reg, nº 89.0012817-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Donizete de Souza Gomes. Advogado: Dr. Orlando Calvielli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento (5ª Turma, em 07.02.90).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.749 — ES (Registro nº 8900128337)

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

Recorrentes: *Paulo José Garcia e Cônjuge*

Recorridos: *Pedro Deps Filho e Cônjuge*

Advogados: *Drs. Eurico Vieira de Rezende e outros e Pedro Deps Filho*

EMENTA: Recurso Especial. Nunciação de obra nova. Direito de vizinhança.

A abertura de janelas no prédio vizinho, construído na divisa há mais de quarenta anos, mas sem obediência ao necessário afastamento, não constitui servidão aparente capaz de obrigar o recuo de metro e meio do prédio nunciado edificado nos limites do respectivo lote.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr.

Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 3 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente-Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Pedro Deps Filho e sua mulher propuseram ação de nunciação de obra nova contra o casal Paulo José Garcia, julgada procedente.

Houve apelação e a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por maioria, negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado:

"Direito de vizinhança — Servidão aparente — Abertura de janelas há mais de uma ano e dia — A servidão aparente não depende de transcrição no registro de imóveis. Em se tratando de abertura de dimensão superior a 0,10 m x 0,20 m, é considerada janela, cuja vedação só poderia ser intentada no prazo de ano e dia. Excedido o prazo, consolida-se a servidão."

Apresentados embargos de declaração, foram rejeitados. Aos embargos infringentes também interpostos negou-se provimento, acórdão com a seguinte ementa:

"Abertura de janela de um prédio construído na divisa, há mais de 40 anos, constitui servidão aparente que deve ser respeitada pelo confinante. Não tendo o acórdão impugnado ferido direito, nem havendo negativa de texto federal e nem desvio de interpretação de orientação sumulada pelo Excelso Pretório, nega-se provimento aos embargos, mantendo, por via de consequência, a decisão atacada. Votação unânime."

Dessa última decisão foi manifestado recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, III, *a* e *d*, da CF/67, alegando-se vulnerados os arts. 572 e 573, do Código Civil, além de dissídio com as Súmulas nºs 120 e 414, do STF.

O recurso foi admitido e convertido no STF em recurso especial, com remessa dos autos a esta Corte.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): Os autores, ora recorridos, estavam sendo turbados na sua propriedade e posse por obra nova dos réus, ora recorrentes, que, ao edificarem prédio vizinho, fizeram-no de forma a não obedecer ao distanciamento previsto no art. 573, do CC, obstruindo a claridade pelas bálculas e janelas e afetando a segurança do prédio preexistente.

A ação foi julgada procedente, porque os nunciados não podiam construir sem o necessário afastamento. Quanto a terem os nunciantes o seu prédio construído também em desobediência ao afastamento de metro e meio, isso ocorreu há mais de quarenta anos, estando eles cobertos pelo lapso de ano e dia (CC, art. 576).

O acórdão na apelação confirmou a sentença pelos seus próprios fundamentos. Mas o fez por maioria, vencido o relator, cujo voto propiciou os embargos infringentes. Achou ele necessário, antes de tudo, preservar o direito de propriedade dos nunciantes, o que incluiria, também, o dos direito de construir rente ao prédio nunciante, conforme admitem as Súmulas 120 e 414, do STF.

O acórdão nos embargos infringentes foi no sentido de que militaría a favor dos nunciantes a existência de servidão, pois, o prédio deles fora construído há mais de quarenta anos. Por isso é que os nunciados não poderiam construir como fizeram, embora o seu projeto esteja plantado nos limites do lote. O que os nunciados defendem é a legitimação da autotutela, pois, assim como os nunciantes têm o seu prédio construído sem obediência ao afastamento necessário, também eles podem fazer a mesma coisa.

Parece-me que os recorrentes têm razão, pois, não lhes pode ser imputada a prática de quaisquer atos ao arpeio dos arts. 572 e 573, do CC. Pelo contrário, conforme consta na inicial, os recorrentes "estão subindo as paredes rente às paredes, impedindo a entrada de claridade pelas bálculas e janelas que serão totalmente vedadas, ocasionando o escurecimento de quase a área da residência dos suplicantes, ferindo frontalmente dispositivos legais" (fls. 3, item 6). Ora, segundo o art. 572, CC, o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos. Esse direito impede apenas que se invada a área contígua ou sobre ela se deem goteiras, ou que, a menos de metro e meio se abram janelas, ou se faça eirado, terraço ou varanda (art. 573), o que não está ocorrendo. De qualquer modo, porém, os vãos ou aberturas para luz não prescrevem contra o prédio nunciado, pois, o seu dono poderá levantar, todo tempo, a sua casa, ou contramuro, ainda que vede a claridade (art. 573, § 2º).

Não há, pois, como falar-se em servidão aparente a obrigar o recuo de metro e meio do prédio nunciado. A Súmula nº 120, do STF, é em sentido contrário ao direito de servidão. Também, a doutrina (Virgílio de Sá Pereira, "Manual do Código Civil", vol. VIII, pág. 286).

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar o venerando acórdão recorrido e julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.749 — ES — (Reg. nº 89128337) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Gueiros Leite. Recorrentes: Paulo José Garcia e Cônjuge. Recorridos: Pedro Deps Filho e Cônjuge. Advogados: Drs. Eurico Vieira de Rezende e outros e Pedro Deps Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Julgado em 3.4.90 — 3ª Turma)

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1865 — RJ

(Registro nº 89.00133551)

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

Recorrente: *Fernando Sobral da Cruz*

Recorrido: *Carlos da Cruz Fernandes*

Advogados: *Drs. Aulenio Brasil da Silva e outro Zacarias Mendes Cazumba e outro*

EMENTA: Uniformização da jurisprudência. O órgão julgador dispõe de uma margem de discricção, no exame da conveniência e da oportunidade de admitir o incidente, por vezes suscitado com invocação a aresto divergente isolado, ou já superado no tempo.

Pode ser negado processamento à argüição feita pela parte, quando com intuito procrastinatório, sendo notória a orientação jurisprudencial dominante.

Negativa de contrariedade, pois, aos artigos 476 e 477 do Código de Processo Civil.

Locação não-residencial. Cabimento da denúncia vazia, nos termos do artigo 5º da Lei 6649/79.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como lei.

Brasília, 3 de abril de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator) : Cuida-se de ação de despejo movida por Carlos da Cruz Fernandes contra Fernando Sobral da Cruz, perante o Juízo da 14ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro — RJ, visando a desocupação de imóvel não-residencial adquirido pelo autor. A ação foi julgada procedente, reconhecido como único requisito legal para o despejo a notificação prévia, realizada pelo adquirente (fls. 45/46).

O locatário apelou afirmando inadmissível a denúncia vazia nas locações não-residenciais regidas pela Lei nº 6.649/79, aduzindo mais que a notificação prévia para ter eficácia deveria ter sido feita judicialmente (fls. 48/50); e adiante, em petição avulsa, requereu a realização do julgamento nos termos do art. 456, do CPC, posto que a decisão recorrida teria divergido de acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível do Tribunal *a quo*.

À unanimidade de votos, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, julgando eficaz a notificação extrajudicial e procedente o despejo, conforme decretado (fls. 76/77).

Em embargos de declaração, o locatário requereu pronunciamento quanto ao pedido de uniformização de jurisprudência. O Tribunal acolheu os embargos para declarar que "o acórdão no qual se baseia o argüente (cf. fls. 65/66)

é entendimento isolado que não enseja o acolhimento da uniformização pleiteada, o mesmo ocorrendo com o voto vencido de fls. ..." (fls. 82/83).

Inconformado, o apelante manifestou, aos 17 de março de 1989, recurso extraordinário com arguição de relevância, invocando negativa de vigência aos artigos 476 e 477, do CPC (fls. 86/88). Posteriormente, aos 31 de maio de 1989, o apelante interpôs recurso especial, também pela alínea *a* do permissivo constitucional, alegando contrariedade ao art. 1º da Lei nº 6.649/79 e artigos 476 e 477, do CPC (fls. 90/91).

O Juiz Presidente do Tribunal, em despachos insuficientemente fundamentados, converteu o recurso extraordinário em especial, julgando prejudicada a arguição de relevância e admitindo o apelo extraordinário, "porquanto, em princípio poderia ter ocorrido contrariedade a dispositivo de lei federal, como sustentado pelo recorrente" (fls.96/97); e usou dos mesmos termos para determinar o prosseguimento do recurso especial (fl. 98).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Há uma duplicidade de recursos, o nominado como extraordinário e o REsp, mas ambos interpostos tempestivamente, pois, o primeiro foi protocolado aos 17 de março, o segundo aos 31 de maio, tendo o acórdão nos embargos de declaração sido publicado em 22 de maio de 1989, 2ª feira, considerando-se outrossim que os embargos declaratórios suspenderam durante dois dias o prazo recursal. O primeiro recurso está *contido* no segundo, que é o realmente cabível e portanto apenas este deve ser considerado.

A alegação primeira é de contrariedade aos arts. 476 e 477 do Código de Processo Civil, por haver a eg. Câmara rejeitado o incidente sob o fundamento de que "a jurisprudência de nossos Tribunais já tem se manifestado no sentido de que a denúncia vazia vige ainda sob o regime da Lei nº 6.649". Sustenta a recorrente que o órgão julgador omitiu-se no precisar quais os tribunais que acolhem a denúncia vazia, afirmando outrossim que bastará a ocorrência de divergência, não sendo necessária a reiteração de julgados divergentes, para que se imponha o deferimento do incidente de uniformização.

Não assiste razão à recorrente. O incidente de uniformização busca homogeneizar a orientação *intra muros* de um tribunal, a respeito de *quaestio juris* sobre a qual os órgãos fracionários da corte estejam adotando jurisprudência conflitante, que se imponha uniformizar. Não é suficiente, todavia, o mero dissídio eventual, a decisão isolada, ou a decisão antiga, que não mais reflita o pensamento dos integrantes de um órgão fracionário. Em sendo já conhecida a orientação dominante no pretório, a cujo respeito dúvida não

subsista, perde interesse o processamento do incidente, que quando suscitado pela parte poderá constituir-se em mera manobra protelatória.

Revisando opinião anterior, mestre Barbosa Moreira atualmente sustenta que "deve reconhecer-se ao órgão julgador certa margem de discricção, no exame da conveniência e da oportunidade de dar-se curso ao incidente, às vezes suscitado sem motivo sério, ou até com puro e manifesto intuito protelatório. O que o órgão evidentemente não se abre é a possibilidade de deferir a solicitação ou o requerimento apesar de *não* reconhecer o dissídio. Este funciona, portanto, como pressuposto necessário, mas *não* suficiente" (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, v. V, 5ª ed., nº 14). Sublinha, mais, que a deliberação do órgão julgador é irrecorrível, reportando-se, a respeito, ao magistério de Pontes de Miranda ("Comentários ao Código de Processo Civil" de 1973, t. VI, pág. 35) e de Sydney Sanches ("Uniformização da Jurisprudência", págs. 40/41). (ibidem, nota 21).

A inexistência de direito processual da parte à instauração do incidente é igualmente defendida por Vicente Greco Filho, aduzindo ele que "na prática dos tribunais, o entendimento vigorante é que não é toda jurisprudência sobre a tese jurídica que deve levar à uniformização da jurisprudência, mas apenas aquela que, pela reiteração repercutiu, bem como prognóstico futuro de repetição, convenha se ver uniformizada e consagrada em Súmula" ('Direito Processual Civil Brasileiro', Saraiva, 2ª v., 1984, nº 82.2).

Ora, é entendimento de todo dominante nos tribunais e na doutrina o da aplicabilidade da denúncia vazia, sob prévia notificação, às locações não-residenciais; da denúncia motivada às locações residenciais (Paulo Restiffe Neto, "Locação", ed. RT, 1979, Cap. XVI e *passim*; João Carlos Pestana de Aguiar, "A Nova Lei do Inquilinato Comentada", 1970, nº. 14; Silva Pacheco, "Tratado das Ações de Despejo", ed. RT, 7ª ed., págs. 359/360; Conclusão 37 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada), sendo esta a exegese prevalente dos artigos 5º e 51 da Lei nº 6.649/79.

Nesses termos, incorrente contrariedade aos artigos 1º da Lei do Inquilinato, e 476 e 477 do CPC — aos quais, pelo contrário, o acórdão recorrido deu adequada interpretação e aplicação, meu voto é no sentido de não conhecer do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1865 — RJ — (Reg. nº 89.00133551) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Fernando Sobral da Cruz. Recorrido: Carlos da Cruz Fernandes. Advogados: Drs. Aulenio Brasil da Silva e outro e Zacarias Mendes Cazumba e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (4ª Turma — 03.04.90).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 1882 — RJ
(Registro nº 90.00000181)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Gomes de Almeida Fernandes S.A.*

Recorrido: *Condomínio do Edifício Telos I*

Advogados: *Drs. Cristina Reis dos Santos e outros; Cid Mario Alves dos Santos e outros*

EMENTA: *Empreitada de Construção de edifício. Aplicação do art. 1.245 do Código Civil. Conceito de "segurança" do prédio. Infiltrações de águas e umidade.*

O art. 1.245 do Código Civil deve ser interpretado e aplicado tendo em vista as realidades da construção civil nos dias atuais. Vazamentos nas instalações hidráulicas, constatados pericialmente e afirmados como defeitos de maior gravidade nas instâncias locais. Prejuízos inclusive à saúde dos moradores. Não é seguro um edifício que não proporcione a seus moradores condições normais de habitabilidade e salubridade. Doutrina brasileira e estrangeira quanto à extensão da responsabilidade do construtor (no caso, da incorporadora que assumiu a construção do prédio). Prazo quinquenal de garantia.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de março de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação proposta pelo Condomínio Do Edifício "Telos I" contra a empresa Gomes de Almeida Fernandes S.A., visando obter reparação por defeitos na construção de prédios de apartamentos, demanda esta julgada procedente em 1ª instância.

O egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua 3ª Câmara Cível, à unanimidade, apreciando as apelações das partes, negou provimento ao apelo da ré e acolheu a irresignação do Condomínio, sob a ementa:

"Danos oriundos de defeito de construção. É de ser a Incorporadora considerada responsável pela reparação dos danos, por ter tomado a si a construção do prédio, contratando a executora dos serviços. Não é de ser aplicado em casos dessa natureza o prazo para agir do vício redibitório, e sim, o prazo prescricional previsto no art. 1.245, do Código Civil.

Constatados os defeitos de construção, é de ser o responsável por ela condenado a colocar a obra em perfeitas condições de utilização, em prazo expressamente previsto, sob pena de que o prejudicado realize as obras necessárias às custas de quem construiu ou mandou construir."(fls. 160).

Em recurso extraordinário, manifestado em novembro de 1988 com arguição de relevância, buscando arrimo ao art. 119, III, *a* e *d* da Constituição pretérita, a ré sustenta negativa de vigência ao art. 178, § 5º, IV, do CC e dissídio pretoriano. Aduz que ao revés de aplicar acima mencionado, o tribunal *a quo* entendeu adequado à espécie o art. 1245 do CC, assim repelindo a tese de que os vícios de construção ocultos e não aparentes têm como prazo de arguição judicial de seis meses. Depois de invocar ensinamentos de doutrina, inclusive alienígena, sustenta o recorrente o desacerto do v. aresto no rejeitar a prefacial de decadência oposta já na contestação, em face do disposto no art. 178, § 5º, IV, do CC. Assim, ressalta que a existência de vícios ocultos, "não aparentes quando da entrega da obra (apareceram após 50 meses de uso do prédio)", ensejaria a "*actio redhibitoria*" ou a "*quanti minoris*" previstas nos artigos 1.101, 1.105 e 1.243 do CC. Depois de ressaltar, enfaticamente, que o contrato tem por objeto "a entrega de coisa certa", reitera que a hipótese cuida de vício redibitório, tratando-se, portanto, de incidência de prazo de decadência e não de prescrição. Para a incidência do artigo 1.245 do CC, que é de

interpretação restrita, entende mister que os defeitos realmente afetem "a solidez e segurança da obra". Quanto à divergência jurisprudencial, trancreve aresto do Pretório Excelso, no RE 93.891, e alude a outro aresto da mesma Corte publicado *in* RTJ, vol. 38/480 (fls. 165/187).

Em contradita, sustenta o recorrido a aplicação do art. 1.245 do CC, sublinhando que o recorrente não nega os inúmeros defeitos de construção, seja quanto aos materiais empregados, seja quanto à mão-de-obra (fls. 189/191).

Determinado o processamento da argüição de relevância (fl. 193), e convertido o recurso extraordinário em especial (fl. 211), a eminente 3ª Vice-Presidenta do Tribunal *a quo* admitiu o recurso pela alínea *c* do permissivo constitucional (fls. 213/215).

Arrazoad o apelo, subiram os autos a esta egrégia Corte (fl. 247).

É o relatório.

ANEXO

AI na AMS nº 126.803 — BA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, também acompanho os outros eminentes Ministros, porque essa resolução representa verdadeiro *bis in idem* em relação ao Imposto Sobre Operações de Câmbio, fere o princípio da reserva legal e extrapola o monopólio conferido ao Banco Central do Brasil, no tocante à incidência do recolhimento sobre a emissão de passagens aéreas, atividade de natureza privada e de âmbito puramente comercial. De maneira que acompanho o eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): 1. Como se verifica, toda a questão trazida em apelo extremo resume-se na incidência, ou não, ao caso dos autos da norma do art. 1.245 do Código Civil, pela qual:

"Art. 1.245 — Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra."

Sustenta a recorrente que os defeitos encontrados durante a perícia seriam de menor monta, pelo que a responsabilidade do construtor subsistiu apenas durante o prazo de seis meses; e refere o magistério de Hely Lopes Meireles, em sua monografia "Direito de Construir", onde afirma que os simples *defeitos* ou *imperfeições* não se confundem "com os vícios de solidez e segurança da obra, cuja responsabilidade é regida por norma legal própria" (ob.cit., 4ª ed., pág. 238).

De início impede ressaltar que a perquirição da natureza e gravidade dos danos é exigente da análise de matéria de fato, insuscetível de reexame em sede de recurso especial, que recurso extraordinário é. Analisando a prova pericial, o juízo singular concluiu pela gravidade dos defeitos pericialmente constatados:

"Os defeitos constatados nas unidades comuns, consoante foi demonstrado no laudo pericial, são de gravidade real a justificar o cabimento do referido artigo, já que afetam a estrutura do imóvel, eis que o laudo pericial constante do processo apenso, atesta à fl. 51, vazamentos nas instalações hidráulicas que se verificam no tetô de uso comum, com afloramento de água, resultante de vazamento ativo, marcando as três tubulações verticais que descem pelos banheiros-suítes da prumada 08, com o gotejamento criando poças no piso.

A decisão em questão é ilustrada pelas fotografias de fl. 56, sendo, ainda de ressaltar as demais descrições, quanto às áreas atingidas de uso comum à fl. 57." (fl. 86).

No juízo colegiado, a apelação do Condomínio autor foi provida para, afastando condicionalidade posta pela sentença, ser a ré condenada "a sanar os defeitos encontrados pela perícia na parte comum do edifício" (fl. 162).

2. Quando integrante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve oportunidade, no julgamento, em 8.9.81, da Apelação nº 38.068 ("Rev. de Jurisprudência do TJRS", v. 90/318), de apreciar o tema da incidência do art. 1.245 do CC relativamente infiltrações de água em prédios de apartamentos.

A ementa do acórdão apresenta o seguinte teor:

"Empreitada de edifício. Infiltração de águas. Exegese do art. 1.245, do C.C. responsabilidade do construtor.

O art. 1.245, do C.C., deve ser interpretado tendo em vista as realidades da construção civil nos dias atuais. Infiltração de águas e manchas de umidade em apartamento situado no mais alto pavimento. *Vistoria ad perpetuam*. Defeito de construção. Prejuízo à saúde dos moradores. Não é seguro um edifício que não propicie a seus moradores condições normais de salubridade."

Em nosso voto, como relator, reiterando aliás posicionamento já manifestado em anteriores julgamentos (v.g., nos Emb. Infring. nº 25.556, ac. de 4.9.77, "Rev. de Jurisprudência do TJRS", 170/127 e ss.), aludimos ao magistério de mestre Pontes de Miranda, no seguinte sentido:

"O que o empreitante tem que alegar e provar é o perigo. O defeito há de ser concernente à solidez e à segurança. Os outros defeitos do objeto são assuntos dos arts. 1.101, 1.106, do C.C., com o prazo preclusivo do art. 178, § 5º, IV, para o exercício da ação redibitória ou da ação *quantum minoris*. O conceito de solidez não apresenta dificuldades para a apreciação das espécies. Quanto à segurança, não se pode entender que só se refira à ausência de possíveis danos provindos de desabamentos, ou rompimentos de paredes ou tetos ou soalhos, ou arrebentamento de escadas. Há os perigos de incêndio, de umidade grave, de anti-higiene e de gases. O conceito de segurança não pode ser restringido ao de indanificabilidade atinente à estabilidade da construção, porque se distingue do que concerne à solidez e que se prende à segurança. A solidez liga-se, conceitualmente, ao que se construiu, ao objeto. A segurança alude ao sujeito, embora a causa haja de estar na construção" ('Tratado', Tomo 44, § 4.847, nº 6, p. 410/411).

Bem de se ver, outrossim, que a norma do art. 1.245, do C.C., cumpre ser interpretada com vistas às realidades da construção civil dos nossos dias, muito diversas das previstas e previsíveis ao tempo da edição do C.C.

Mesmo assim, Carvalho Santos, em seus já clássicos 'Comentários', previa a hipótese de umidade, *verbis*:

"Queremos acentuar, antes de mais nada, que sob o nome de vício de construção também conhece-se aquele que, sem comprometer a segurança do edifício ou a sua duração, torna-o, não obstante, impróprio ao uso a que era destinado. O empreiteiro, ou o arquiteto, na maioria das vezes, é o responsável por esses vícios. Assim, se por defeito de construção o prédio apresentar uma umidade prejudicial à saúde ou à habilidade do prédio, ou se a fumaça das chaminés entra casa a dentro, tornando intolerável a permanência de qualquer pessoa em determinados cômodos" ('Cód.Civil Brasileiro Interpretado', 17/363, da 3ª ed.).

Assim também Serpa Lopes:

"O vício determinador da responsabilidade do empreiteiro refere-se não só ao caso de destruição total ou parcial, como igualmente a todos os defeitos ou erros capazes de comprometer a conservação da construção, de modo a criar uma ameaça de ruína quer virtual, como, por exemplo, as infiltrações no teto,

capazes de comprometer a sua segurança, etc.” (‘Curso de Direito Civil’, Tomo 4º, éd. de 1958, nº 470.3, pág. 179).

A legislação civil argentina prevê a responsabilidade do construtor nos casos de ‘*ruína total ou parcial da obra*’. Esclarece o Prof. Raimundo Salvat que a expressão ‘ruína’ é empregada também figuradamente ‘*para significar grave daño de las cosas*’, citando o caso do vício de construção, que pode compreender toda a classe ‘*de defectos en la ejecución de las obras, por ejemplo, forma defectuosa de los cimientos, malos niveles, humedades o filtraciones, etc.*’ (‘Tratado de Derecho Civil Argentino’, Tomo II, ed. 1957, nº 1.225/1.227)(grifamos).

Pela legislação da Colômbia, o recibo dado pelo proprietário ao termo da obra somente significa que o dono a aprovou, ‘*como exteriormente ajustada al plan y a las reglas de arte*’, mas não significa que a obra esteja perfeita, pois, a ausência de vícios não se pode apreciar no momento de receber a obra. A garantia subsiste por dez anos, durante os quais será o construtor responsável por qualquer vício de construção que comprometa a solidez do edifício, ‘*así como la falta de precauciones contra incendios, la mala instalación de los tubos de conducción eléctrica o de las canarias o tubos de desagüe que hacen imposible evitar um incendio o una inundación, los cimientos defectuosos, son en general hechos que dan lugar a la aplicación de la responsabilidad que estamos estudiando*’ (Arturo Valencia Zea, ‘Derecho Civil’, Tomo IV, § 146-B, Ed. Themis, de Bogotá).

Bernard Soinne, Professor da Faculdade de Direito de Lille, em premiada obra sobre a ‘*La Responsabilité des Architectes et Entrepreneurs Après la Réception des Travaux*’ (Tomo II, p. 486 e segs.), expõem as opiniões divergentes sobre a gravidade dos vícios que permitem a ação decenal (no direito francês) contra os construtores, e considera que ‘*la jurisprudence représente le seul véritable guide de l’interprete*’, salientando, outrossim, que a jurisprudência francesa mais recente ‘*paraît bien avoir définitivement éliminé toute condition relative a l’importance du dommage, subordonnant la responsabilité des constructeurs à la seule preuve de l’existence d’un préjudice*’.

E refere o argumento, também cabível no direito brasileiro, de parecer incompreensível seja exigido ‘*pour les gros ouvrages un vice compromettant la solidité de l’édifice, tandis que la responsabilité à l’égard des menus travaux pourroit être engagé à l’égard de tous les vices ou malfaçons quelconques, susceptibles de causer um préjudice, même infime, au propriétaire*’.

3. Sustento, destarte, que as infiltrações de água nos tetos ou paredes, por motivo de fendas ou fissuras, podem ser abrangidas no conceito de segurança do edifício, pois, a segurança é também a segurança dos moradores, e os moradores não podem ser considerados seguros habitando num prédio onde a infiltração de água e umidade causam ou podem causar manifestos danos à sua saúde. É um problema de segurança, não abrangente apenas da eventuali-

dade de desabamento do prédio, mas também das perfeitas condições de habitabilidade e de *salubridade* da edificação.

O eminente e saudoso Desembargador Tulio Medina Martins, votando na apelação nº 38.068, mencionada ('Revista de Jurisprudência do TJRS', 90/322), lembrou em seu pronunciamento que na Rev. dos Trib. 470/18 e segs. encontra-se publicado um trabalho do Prof. Luís Olavo Baptista sob o título 'A Responsabilidade Civil do Construtor'.

A certa altura desse estudo, à p. 23, diz o autor:

"Difícil é caracterizar o alcance da expressão *solidez e segurança da obra*. O desabamento ou a sua ameaça ressaltam à primeira vista e, não sendo conseqüência de caso fortuito ou força maior, a sua causa não pode ser outra senão o defeito na construção."

Outros exemplos, englobados no conceito de defeito na solidez e segurança da obra, são fornecidos pela jurisprudência e abrangem detalhes e minúcias tais como: 'Os defeitos atribuídos à culpa da firma construtora dizem respeito à solidez e segurança do prédio, especialmente à sua solidez, não evidentemente no sentido de afetar a sua estabilidade com o risco de desabamento, mas a solidez de uma de suas partes componentes, que é a laje do concreto armado da cobertura onde existe um terraço descoberto, o qual não recebeu o devido tratamento para o seu isolamento térmico, ocasionando, manchas de umidade nas paredes, trinca e rachaduras na alvenaria, deslocamento de pastilhas e deslocamento de peças de cerâmica' (RT 364/134). 'Em vistoria apurou-se a existência de vários defeitos: trincas longitudinais e transversais na laje do 14º andar; trincas no 15º nas paredes longitudinais, e especialmente no ap. 1.414; batentes de portas com os quadros deformados, não permitindo o seu fechamento; concavidades e empoçamentos de água sobre as lajotas de acabamento da cobertura e vazamento de água no caixilho da escada. Esses defeitos punham em risco a segurança do prédio' (RT, 400/258). 'Verificou-se a existência de defeitos graves na impermeabilidade do terraço, na cobertura do bloco do centro, principalmente nos extremos do terraço, onde existiam fendas consideráveis' (RT, 327/274). 'Os defeitos decorreram da excessiva umidade que impregnou a parede do apartamento térreo do lado direito, confinante com a construção da esquina' (RT, 439/414).

Como se vê, o Prof. Luís Olavo Baptista exemplifica com precedentes extraídos da jurisprudência dos nossos Tribunais o alcance da expressão *solidez e segurança da obra*. Nesse conteúdo evidentemente encontram-se os defeitos apontados na causa ora em julgamento.

O recurso, nestes termos, não pode ser conhecido, pela alínea *a*, pois a aplicação à espécie da norma do art. 1.245 do Código Civil não implicou, em absoluto, em contrariedade ao aludido comando legal.

4. Melhor sorte não assiste ao recorrente quanto à alínea c, do permissivo constitucional. O acórdão proferido no RE 93.891, da 1ª Turma do Pretório Excelso, está transcrito apenas em sua ementa, sem que se saiba quais os defeitos na execução da obra empreitada, então declarados como ‘vícios ocultos’ com alegabilidade restrita a seis meses a contar do recebimento da obra. Do segundo aresto, apenas uma referência ao repertório que o publicou e a menção ao nome do relator. Descumprido, assim, o preceituado na Súmula 291 do Supremo Tribunal Federal, aplicável aos casos de recurso especial, a teor do artigo 255, parágrafo único do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, por qualquer dos incisos do art. 105, III, da Constituição Federal, o recurso não merece ser conhecido.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1882 — RJ — (Reg. nº 90.00000181) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Gomes de Almeida Fernandes S.A. Recorrido: Condomínio do Edifício Telos I. Advogados: Drs. Christina Reis dos Santos e outros; Cid Mário Alves dos Santos e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso”. (em 6.3.90 — 4ª Turma).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.917 — MS (Registro nº 90.127-7)

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

Recorrentes: *Carlota Maron Goltschalg e outros*

Recorridos: *Banco do Brasil S/A e Ângelo Domingo Willalba e outros*

Advogados: *Drs. Ayrton Teixeira Gomes, Mitio e Maki e outros e Cosme Roberto de Souza Pinto.*

EMENTA: Arrematação. Prazo para lavratura do auto. Inobservância.

A inobservância do prazo do art. 693 do estatuto processual civil não invalidará a arrematação se não exercitado o direito à remição.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de março de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Transcrevo, à guisa de relatório, a decisão da Presidência da Corte Estadual de onde provém o recurso:

“Vistos, etc...

Carlota Maron Goltschalg e outros, inconformados com a decisão proferida nos autos de ação anulatória de autos de arrematação (Apelação Cível nº 1.363/88 — Classe II, *m* — Jardim), em que contendem com Ângelo Domingo Villalba e outros, interpõem recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c* da Constituição Federal, com alegação de relevância de questão federal.

Alegam os recorrentes que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 693 do Código de Processo Civil e está em dissídio com outros julgados.

O recorrido, em sua impugnação, pleiteia o indeferimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação do recurso.

É o relatório.

Os recorrentes argüiram a relevância da questão federal, porém, conforme se observa nos julgados do colendo Supremo Tribunal Federal, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, a argüição de relevância deixou de existir.

A alegação de violação ao art. 693 do Código de Processo Civil tem procedência, pois, observa-se, em tese, que a ementa do acórdão combatido está em conflito com a norma processual, bem como o acórdão trazido à colação (RTJESP-62-251) está em dissídio com o venerando aresto invectivado.

Diante do exposto, admito o recurso especial e determino o seu processamento." (fls. 282/283)

Regularmente processado o apelo excepcional, subiram os autos.

Eis o relatório.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Aponta-se violação do art. 693 do estatuto processual civil, o qual determina o prazo de vinte e quatro horas, depois de realizada a praça ou o leilão, para a lavratura da arrematação.

Acontece haver dúvida sobre a observância do prazo de 24 horas, pois, nos autos está uma certidão da escrivania por onde tramitou o processo, no qual foi praticado o ato judicial, dando conta do cumprimento do prazo e de ter ocorrido um lapso quanto à data do leilão.

O fato está registrado na sentença e no acórdão que a confirmou, muito embora a razão principal do julgamento, quanto a esse tema, esteja vinculada à inexistência de prejuízo. Isto porque os recorrentes não demonstraram haver postulado a remição da dívida, no prazo de 24 horas, após o leilão, assinado pelo Código. E assim, a considerar mera irregularidade o fato, não declarou a instância ordinária descumprido o dispositivo legal invocado.

Não vislumbro a alegada violação da lei no acórdão do Tribunal de Mato Grosso, e, muito menos, o alegado dissídio na jurisprudência, pois, não cuidaram os recorrentes de efetuar a indispensável demonstração analítica.

Com efeito, já decidiu o STF que, não havendo prejuízo, não se invalidará o ato (AgReg no AI 85.335-RJ, 2ª Turma, Rel. o eminente Min. Moreira Alves, *in* RT 560/228). Nesta questão a versar sobre matéria análoga, transcreveu o relator longo trecho do acórdão, da lavra do insigne processualista, Des. Barbosa Moreira, do qual destaco a seguinte passagem:

"3.3 Antes de mais nada, cumpre inquirir de que tipo de sanção se pode cogitar para a infração das regras que estabelecem os requisitos do edital. Tratar-se-ia de nulidade absoluta ou de nulidade relativa? A questão é relevante, porque, se absoluta, a nulidade não comporta sanção ao passo que, se relativa, pode eventualmente sanar-se, caso ocorram circunstâncias indicadas no capítulo que à matéria consagra o Código de Processo Civil. De acordo com doutrina acatada, que tem por si a autoridade de processualistas do porte de Galeno Lacerda (Despacho Saneador, Porto Alegre, 1953, p. 72) e Moniz de Aragão (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II/337 e 338, 3ª ed., Rio, 1979), a distinção entre as hipóteses de nulidade absoluta e de nulidade relativa deve basear-se na natureza do interesse predominantemente tutelado pela norma de cuja violação se trata: se ela visa a proteger, acima de tudo, o interesse público, a infração gera nulidade absoluta; se o interesse particular, nulidade relativa. Ora, as regras que fixam os requisitos do edital destinam-se precipuamente a tutelar interesse particular, nulidade relativa. Ora, as regras que fixam os requisitos do edital destinam-se precipuamente a tutelar interesses particulares: dos licitantes potenciais, que precisam ter ciência dos dados necessários para resolver se vale a pena arrematar o bem; e, por outra parte, do executado, a quem aproveita a obtenção do melhor resultado possível na arrematação, para ver-se exonerado com o mínimo de detrimento. Conclui-se, pois, que aqui se cuida de simples nulidade relativa, passível de sanar-se ante a presença das circunstâncias previstas na lei processual.

3.4 Uma dessas circunstâncias, suscetíveis de excluir a decretação da invalidade, é a inexistência de prejuízo, contemplada no art. 249, § 1º, *verbis*: "O ato não se repetirá, nem lhe se suprirá a falta, quando não prejudicar a parte". Que a norma é aplicável à matéria em pauta confirma-o a lição de Celso Neves (Comentários ao Código de Processo Civil, vol VII/119, 2ª ed, Rio, 1977), o qual referindo-se aos elementos do edital exigidos pelo art. 686, assinala: "Todos esses dados são relevantes e de sua omissão pode resultar nulidade da arrematação *quando se demonstre prejuízo, segundo as regras dos arts. 243 a 250* (sem grifo no original). Extraí-se desse texto, *a contrario sensu*, que a omissão não invalidará o ato se não tiver ocorrido prejuízo."

Foi essa a tese acolhida no acórdão ora recorrido. Os recorrentes não manifestaram qualquer interesse em exercitar o direito de remir a dívida, e, com isso, convalidaram a irregularidade.

Em face do exposto, não conheço do presente especial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RE nº 1.917 — MS — (Reg. nº 90.127-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrentes: Carlota Maron Goltschalg e outros. Recorridos: Banco do Brasil S/A e Ângelo Domingo Willalba e outros. Advogados: Drs. Ayrton Teixeira Gomes, Mitio Maki e outros e Cosme Roberto de Souza Pinto.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. (Em 13-03-90 — 3ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.946 — RJ

(Registro nº 90.0000268-0)

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

Recorrente: *Maria Alice Castilho Alves dos Santos*

Recorrido: *Christóvão Simões Guimarães*

Advogados: *Drs. Marcello Rebello de Mendonça e outros e Marta Maria de Carvalho Giret*

EMENTA: Reparação de danos. Ação penal por injúria e difamação finda através de reconciliação entre as partes.

Se incorreu retratação pura e simples, mas sim reconciliação entre as partes, nos termos dos arts. 520 a 522 do CPP, não há que se falar em reparação de danos no campo civil, uma vez que elidida a própria ofensa ensejadora da ação penal. Carência da ação mantida.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 10 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Em procedimento ordinário, a autora alegou que, em face de comportamento lesivo do réu, o qual a teria injuriado por questões relativas a administração do condomínio, foi obrigada a contratar advogado para ajuizamento da ação penal, motivo por que pleiteou a recomposição dos honorários advocatícios, que despendeu, e mais dano moral. Na contrariedade, asseverou o suplicado que a queixa-crime terminou por conciliação perante o Juízo Criminal, sustentando ainda que a contratação de advogado não constitui dano emergente.

A sentença julgou extinto o processo, sem conhecimento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC.

Em grau de apelação, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao apelo da demandante, contra o voto do Desembargador Rui Octávio Domingues, que o provia para, afastada a carência, determinar o exame do mérito. Embasado no pronunciamento minoritário, foram oferecidos embargos infringentes, que o 2º Grupo de Câmara Cíveis, por maioria de votos, rejeitou, com a seguinte ementa:

“Injúria. Queixa-crime. Retratação aceita. Perdas e danos.

Extinta a ação penal, por aceitação da retratação, carente de ação é o querelante para haver do querelado dos honorários advocatícios que desembolsou para o ajuizamento da ação penal e dano moral.”

Repelidos os embargos declaratórios, a vencida manifestou recurso extraordinário com arguição de relevância, arrimando-se no art. 119, alíneas *a* e *d*, da precedente Lei Maior. Afirmando que a retratação constitui ato unilateral, que não se confunde com o perdão, apontou negativa de vigência aos arts. 159, 1.027 e 1.547 do Código Civil, bem como ao art. 67, inciso II, do Código de

Processo Penal. De passagem, aludiu ao julgado inserto na Rev. dos Tribs. 555/372.

Convertido o apelo extremo em recurso especial, o despacho de fls. 116/117 admitiu-o pela letra *a* do permissivo constitucional.

Vieram as razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Sentindo-se moralmente agredida em razão de palavras escritas pelo réu a propósito de querelas condominiais, a autora contra ele intentou ação penal. Observando o disposto no art. 520 do Código de Processo Penal, a Dr^a Juíza de Direito facultou às partes a oportunidade de reconciliação, que foi obtida através do termo de fl. 9, assim vazado:

"TERMO DE RETRATAÇÃO:

Tendo este Juízo oferecido às partes oportunidade para conciliação, foram ouvidos separadamente querelante e querelado, tendo sido acolhida pela querelante a retratação nos seguintes termos: Que o querelado rejeita a ata quanto aos fatos ali apontados ocorridos na assembleia extraordinária, matéria que está sendo discutida no juízo cível, declara ainda mais que não houve de sua parte qualquer intenção de ofender a querelante, mas que a sua avaliação realmente foi rigorosa quanto ao engano cometido na mencionada ata, que deu ensejo a afixação de um comunicado de que trata a petição de fls. 2/6. Pela MM. Dr^a Juíza foi dito que homologa o presente termo para que surta os efeitos legais, arquivando após a queixa formulada. Rio, 05.03.86."

Na realidade, portanto, operou-se ali a reconciliação entre as partes, conforme previsto no art. 522 do CPP, que assim estatui: "no caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada."

Não houve técnica e juridicamente a retratação, tal como instituída pelo direito penal pátrio. Ela é ato unilateral, que não se confunde com a conciliação, esta bilateral, constituída pela harmonização de ofensor e ofendido (E. Magalhães Noronha, "Direito Penal", vol. 1, pág. 358, 25^a ed.).

A retratação, de acordo com pacífica orientação doutrinária, é causa especial de extinção da punibilidade, pois, se aplica apenas a determinados delitos (cfr. "A Retratação", Paulo José da Costa Jr., *in* Rev. dos Tribs. 574/297; José Frederico Marques, "Curso de Direito Penal", vol. III, pág. 427, ed. 1956;

Damásio E. de Jesus, "Comentários ao Código Penal", 2º vol., pág. 823, ed. 1985; Néelson Hungria, "Comentários ao Código Penal", vol. VI, pág. 120, 3ª ed.). Segundo o Magistério deste saudoso mestre, por ela — a retratação — não é eliminado o crime (*factum infectum fieri nequit*) (ob. e pág. citadas).

Então, se de retratação pura e simples se cuidasse na espécie, era causa de extinção da punibilidade tão-somente, podendo o ofendido postular a reparação dos danos causados pelo ofensor.

Todavia, consoante já salientado, o caso presente é de conciliação, ato bilateral, que, por isso, exige a anuência do querelante (cfr. Rev. dos Tribs. 429/457).

Segundo Emeric Levai, "distingue-se a retratação, ainda, da conciliação, a que alude o art. 520 do CPP, propiciada às partes pelo Juiz da causa. Visa esse ato o congraçamento do querelante com o querelado, sem a presença de seus advogados, não se lavrando termo dessa providência preliminar. Ao contrário da retratação, que independe da aceitação do ofendido, a reconciliação é ato sempre bilateral presidida pelo Juiz, mais como conselheiro amigo, do que como julgador, tendo em vista a harmonia dos desavindos que determinará a lavratura do termo de desistência da queixa e o conseqüente arquivamento dos autos, se vingar o propósito conciliatório" ("Retratação Penal", in "Revista de Processo", nº 21, págs. 142/143).

Como se vê, não se deu, *in casu*, a extinção da punibilidade por força da retratação. O que aconteceu simplesmente foi que as partes se reconciliaram, dando ensejo ao arquivamento da queixa, nos termos do art. 522 do CPP. Com esta reconciliação, descaracterizou-se o ilícito penal; elidiu-se a alegada ofensa no âmbito da esfera criminal, não se podendo falar, por via de conseqüência, em reparação no campo civil, tudo segundo já deixara ressaltado o v., acórdão prolatado em sede de apelação.

Desaparecida a ofensa diante da reconciliação, força é concluir-se daí pela inexistência do dano, pois, como escreve José de Aguiar Dias, "o direito à reparação é conseqüência imediata e direta da verificação do dano" ("Da Responsabilidade Civil", vol. II, pág. 917, 7ª ed.).

Escorreita, portanto, a decisão dá 1ª instância que deu pelo juízo de carência, cabendo aqui somente retificar o inciso legal em que se escudou o Magistrado sentencialmente (art. 267, VI, do CPC — impossibilidade jurídica do pedido).

Nestes termos, incorre na hipótese *sub judice* negativa de vigência dos preceitos legais invocados pela recorrente. Acentue-se que não arrolou ela acórdãos divergentes oriundos de outros Tribunais, a fim de configurar o dissídio jurisprudencial, sendo certo que o aresto a que se reporta de passagem

(Rev. dos Tribunais, 555/372) não tem pertinência, no caso, conforme resulta da exposição feita.

Ante o aduzido, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO-VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes colegas, em brevíssima recapitulação, lembraria que se cuidou de ação penal, pois a ora autora, então querelante, se sentiu agredida em razão de palavras escritas pelo réu, a propósito de querelas condominiais, tal como mencionou, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Barros Monteiro. A Dr^a Juíza de Direito, agindo nos termos do art. 520 do Código de processo Penal, facultou às partes a oportunidade de conciliação e resultou lavrado um termo que está à fl. 9, com a redação seguinte: (lê)

“Termo de Retratação: Tendo este Juízo oferecido às partes oportunidade para conciliação, foram ouvidos, separadamente, querelante e querelado, tendo sido acolhida pela querelante a retratação, nos seguintes termos:

“Que o querelado rejeita a ata quanto aos fatos ali apontados ocorridos na assembléia extraordinária, matéria que está sendo discutida no juízo cível. Declara, ainda mais, que não houve de sua parte qualquer intenção de ofender a querelante, mas que a sua avaliação, realmente, foi rigorosa quanto ao engano cometido na mencionada ata, que deu ensejo à afixação de um comunicado de que trata a petição de fls. 2/6.

Pela MM Juíza foi dito que homologa o presente termo, para que surta os efeitos legais, arquivando-o, após, a queixa formulada”.

Pois bem, o que em última análise discute-se, é se teria ocorrido uma retratação ou uma reconciliação entre as partes. Este é o ponto crucial da questão.

O eminente Relator salienta que, no caso de retratação, não é eliminado o crime, e chefa à proposição de que “se de retratação, pura e simples, cuidasse a espécie, era causa de extinção da punibilidade, tão-somente, podendo o ofendido postular a reparação dos danos causados pelo ofensor”. Diga-se que, aqui, a querelante quer haver do querelado os honorários que gastou com o seu Advogado, despesa que lhe era indispensável para, em Juízo, obter a reparação, por ela pleiteada, de danos morais.

Mas entendeu o eminente Relator que o caso presente seria de reconciliação, "ato bilateral, que por isso exige a anuência do querelante"; e que, tratando-se de reconciliação, ter-se-ia descaracterizado o ilícito penal: "elidiu-se a alegada ofensa no âmbito da esfera penal, não se podendo falar, por via de consequência, em reparação no campo civil, tudo conforme já deixara ressaltado o venerando acórdão prolatado em sede de apelação".

Pedi vista, Sr. Presidente, para meditar a respeito. Esta ata, a que o querelado refere que rejeita, está aqui, às fls. 5/6. Aliás, às fls. 5/6 está o "comunicado" que o querelado, que era o subsíndico, afixou no edifício. E neste comunicado, afixado nos elevadores do prédio e assinado pelo subsíndico, é dito que a ata feita lavrar pela querelante seria mentirosa, "não correspondendo às verdades dos fatos ocorridos na assembléia". Alude mais que, como a responsabilidade era da síndica, e por ela a ata fora confeccionada, deveria a síndica "responder pela fraude"; ao mesmo tempo, o subsíndico convocou uma nova assembléia. Afirma-se que esta nova assembléia não chegou a se realizar, porque impedida por medida judicial.

Fato é que o querelado ainda fez circular mais uma complementação do seu comunicado. Complementação a que deu o título de "Cultura Geral" (!), na qual ele ensina primeiro o que é Ata numa assembléia: depois explica o que é *fraude*: "toda manobra empregada para enganar um terceiro traduz a intenção de procurar uma vantagem, um proveito qualquer patrimonial ou não". E, depois, refere os "próximos temas": utilização indevida de funcionários "que são pagos com o dinheiro de todos para assinar papéis, induzindo a erro os moradores".

Ora, realmente este cidadão argüiu nos aludidos "comunicados" fatos que em tese são ofensivos à honra e à reputação desta senhora, que ajuizou a queixa-crime. E não me parece, vênia máxima, que o termo lavrado na queixa-crime retrate uma "conciliação" entre as partes, mesmo porque parece que a ação civil sobre as contas continuou. Não me parece também que a circunstância de nele constar que a retratação foi acolhida pela querelante desfaça o caráter de verdadeira retratação. Aliás, anotei a definição de Caldas Aulete de *retratação*:

"Ato escrito em que alguém se desdiz publicamente do que disse anteriormente; satisfação dada publicamente à pessoa ofendida".

E o que o réu disse foi que rejeitava a Ata quanto aos fatos ali apontados; disse que não houve intenção de ofender e que a sua avaliação, realmente, fora rigorosa quanto ao engano cometido na mencionada Ata. Só na circunstância de dizer o querelado que rejeita a ata quanto aos fatos ali apontados, de que não houve a intenção de ofender, e que a sua avaliação sobre a Ata foi

“rigorosa”, me parece que está-se retratando das ofensas feitas à querelante. E no caso de retratação, é lição de Magalhães Noronha e de Aguiar Dias, referência à fl. 47, “permanecem os efeitos civis do delito e a possibilidade da indenização”.

Na decisão recorrida, a Desembargadora Maria Estela Rodrigues votou vencida e lançou, na ementa do seu voto vencido, o seguinte:

“A responsabilidade civil difere da penal, não obstante seja um fato gerador de ambas. Exigindo a penal condições mais rigorosas, indo atingir a liberdade e a honra do indivíduo, ao passo que a civil dá predominância ao dano, sendo o direito à reparação conseqüência imediata e direta da sua verificação. Significa que a extinção da possibilidade pela retratação, que a maioria equipara ao perdão aceito, a injúria não admite retratação, nenhuma influência tem na esfera civil, não afastado o dano material já produzido, muito menos o moral. Acolhida dos embargos para o prosseguimento da ação de responsabilidade civil”.

Tenho a impressão, com a máxima vênia, de que realmente ocorreu uma retratação. A retratação implica na extinção da punibilidade, mas o art. 67, item II, do Código de processo Penal, é expresso em que: “não impede a propositura da ação civil, a decisão que julgar extinta a punibilidade”.

Nestes termos, portanto, meu voto será no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para que o Juízo de Primeiro Grau, que extinguiu o processo por carência da ação, venha a apreciá-lo em seu mérito.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Eminente colega, se ouvi bem, falou-se em extinção de punibilidade, em retratação, em um ato jurisdicional do magistrado no feito.

Quero crer que, se bem entendi os dados da causa, cuida-se de uma ação penal contra a honra, numa audiência de conciliação. Obtida esta, caracterizada teria ficado a desistência da ação.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eu não diria propriamente desistência. A Juíza, digamos assim, homologou o termo para que surta seus efeitos legais, arquivando a queixa.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Esta homologação, que seria tecnicamente prescindível, este ato de conciliação teria como resultado necessário a desistência da ação, até porque, no caso da ação penal privada, de competência do juiz singular nos crimes contra os costumes, a petição inicial, a queixa, não havia sido deferida.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Mas o problema aqui é que, depois disto, esta senhora entrou com a ação civil para obter do ex-querelado que a indenizasse pelos honorários que havia pago ao seu advogado.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: É exatamente. Vou desenvolver o raciocínio para chegar até aí. Então, me permite V. Ex^a, e o douto Relator. Proposta a ação penal privada, por crime contra a honra, da competência do juiz singular, o magistrado, nos termos do art. 520, do Código de Processo Penal, não deferiu inicialmente, nem poderia fazê-lo, pela vedação que se acha no art. 520, não deferiu o pedido, citação, apenas designou dia para a tentativa de conciliação, e somente se não obtida a conciliação é que a ação seria realmente instalada. Ora, obtida a conciliação, consequência necessária dessa conciliação é a desistência da ação penal, eis que se tratava de ação penal privada. Assim, ocorreu a desistência da ação penal.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Aí eu faria uma ponderação a V. Ex^a, fundada em posicionamento do próprio Relator. Se se tratasse apenas de mera retratação, o eminente Relator admite a possibilidade da ação de indenização pelos danos que sofreu esta senhora, obrigada a contratar advogado para poder ingressar em Juízo. O eminente Relator entendeu, todavia, que houve 'conciliação' e por isso teria havido uma verdadeira, digamos, absolvição da instância no Juízo Civil.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Eu entendi que no caso não houve retratação, porque retratação nos termos da lei penal é uma causa especial de extinção de punibilidade e aqui não ocorreu isto. O que se deu foi o que ponderou o eminente Ministro Fontes de Alencar: houve conjugação de vontades entre o ofensor e o ofendido. Rotulou-se impropriamente aquele termo como se de retratação se cuidasse, o que, porém, não aconteceu.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: A divergência é exatamente em torno disso. Este termo rotulado "retratação", que V. Ex^a considera uma reconciliação, a mim me parece que realmente e substancialmente constituiu uma retratação. Este o motivo da nossa divergência.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, o que captei do debate é que foi proposta uma ação penal privada por crime contra a honra da competência do Juiz singular. O Magistrado, nos termos da Lei Processual Penal, designou audiência de conciliação. Obtida a conciliação, caracterizou-se a desistência da ação penal privada. Esta desistência da ação penal privada somente se caracterizou porque contou com a vontade do querelante. Se o querelante não quisesse desistir não teria feito e a ação prosseguiria. Creio que, no caso, não se trata de retratação, trata-se realmente de conciliação na audiência própria do art. 520 do Código de processo Penal. Então, em consequência, houve a desistência da ação penal privada. Posterior-

mente, foi movida uma ação civil de indenização. Ao que me foi dado perceber, não se trata de um *actio civilis ex delicto*, não se trata de uma ação civil para reparação do dano causado pelo delito. Cuida-se de uma ação civil para recuperação da verba honorária dispendida pela autora da ação cível naquela ação penal.

Ora, assim sendo, não vejo como conceder reparação pela verba honorária dispendida por alguém que propusera uma ação, e dela, espontaneamente, desistira. Até se fizermos um paralelo, neste particular, com o processo civil, vale a pena trazida à tona o conteúdo do art. 26 do CPC. Com efeito, ali está disposto que se o processo terminar por desistência, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistir.

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: V. Exa. me permitiria? Mas no caso de retratação, ainda que a querelante quisesse prosseguir na ação penal, não poderia.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: O Juiz teria que proferir esta sentença, o que não fez, até porque não houve retratação.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Neste caso a retratação era inadmissível. A retratação, como mencionei no meu voto, só é cabível em determinados delitos e não neste feito, em que um dos crimes imputados na inicial é a injúria.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: E se tratasse realmente de retratação, na hipótese de que fosse a retratação cabível, o Juiz teria que julgar o mérito da ação penal. Não foi isso que aconteceu, o Juiz considerou como deveria fazê-lo, desistida a ação penal. Tanto que não há sentença julgando, mandou arquivar o feito ante a desistência, assim também no processo civil, a verba honorária é ônus de quem desistiu.

Data vênia, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Não obstante as doudas razões expostas neste julgamento e na assentada anterior, vou pedir vênia ao eminente Relator, e aos que aderiram ao seu voto, para votar em sentido contrário, ao entendimento de que, em se tratando de ação privada, qualificada pela querelante como de injúria e difamação, e tendo havido um procedimento prévio no qual as partes estabeleceram formalmente a ocorrência de uma retratação, no caso o que ocorreu foi retratação e não propriamente conciliação.

Pelo exposto, renovando a vênia, voto no mesmo sentido do Ministro Athos Carneiro.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.946 — RJ — (Reg. nº 90.0000268-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro, Recorrente: Maria Alice Castilho Alves dos Santos. Recorrido: Christóvão Simões Guimarães. Advogados: Drs. Marcello Rebello de Mendonça e outros e Marta Maria de Carvalho Giret.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo, que dele conheceram e lhe deram provimento (Em 10.04.90 — 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Bueno de Souza e Fontes de Alencar votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.062 — RJ

(Registro nº 90.0000840-2)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorridos: *Maria dos Reis Mendes dos Santos e outros*

Advogados: *Drs. Sebastião de Andrade Figueira e outro e José Orisvaldo Brito da Silva e outro*

EMENTA: Responsabilidade civil. Indenização por danos. Acidente em hospital. Morte de paciente. Juros. Honorários.

Inaplicável os juros previstos no art. 1.544 do CC, quando não ocorreu ilícito penal.

A base de cálculo para os honorários fixados, conforme o art. 20, § 4º, do CPC, é a soma das prestações vencidas, mais doze prestações vincendas.

Recurso provido parcialmente.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 6 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Estado do Rio de Janeiro, fls. 169/174, em demanda com Maria dos Reis Mendes dos Santos e outros, irresignado com o acórdão da 7ª Câmara Cível, fls. 158/161, interpôs Recurso Extraordinário pelas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, arguindo relevância, e aduz haver o acórdão impugnado ratificado "a sentença na parte em que reconheceu a responsabilidade civil do Recorrente pela morte do companheiro e pai dos recorridos" e determinando que:

"O termo inicial de tal pensionamento é a data do fato, já que se trata de ilícito criminal. A partir daquela data deverá incidir também juros compensatórios, *ex vi* do art. 1.544 do Código Civil".

e

"Deverá o sucumbente arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% na forma do § 5º do art. 20 do CPC".

O Recorrente arguiu negativa de vigência da lei federal e divergência jurisprudencial.

O Recorrente diz inexistir sentença penal condenatória e que os juros compostos só podem ser cobrados do próprio autor do delito (ERE 15.447, DJ de 7.3.52, pág. 3.544)e, quanto aos honorários, apóia-se no RE nº 94.052, RTJ 99/906, para pedir provimento, e, em consequência, reduzir os juros para simples, a partir da citação, e que a base de cálculo para os honorários seja o somatório das prestações vencidas e mais doze vincendas.

Contra-razões às fls. 176/177, negando a existência de prequestionamento da matéria constitucional (Súmula 282 do STF), e que o Recorrente limitou-se a citar uma ementa de um acórdão do STF, sem demonstrar analiticamente a sua identidade e fundamento com as causas e objetos da lide.

Despacho de fl. 206 do eminente Ministro Célso Borja "para que se examine a admissibilidade do Recurso Extraordinário que se converteu em especial".

Decisão de fls. 208/210 admite, em parte, o recurso especial pela alínea *c* do item III do art. 105, da Constituição.

A Recorrente arrazoou às fls. 213/214, e a Recorrida deixou passar em branco, fl. 215 v.

A Subprocuradoria Geral da República oficiou às fls. 223/226, pelo provimento parcial, entendendo proceder o apelo, quanto a honorários.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, no recurso extraordinário, com argüição de relevância, convertido em especial nos limites da matéria suscitada nesta, interposto com fundamento no artigo 119, item III, letra *a* (negativa de vigência de lei federal) e *d* (divergência), admitido pela letra *c* (divergência), item III, do artigo 105 da vigente Constituição Federal, sustenta-se que o aresto recorrido violou o artigo 1.544 do Código Civil, ao condenar o recorrente a pagar juros compostos, e o artigo 20, § 4º do CPC, ao manter a base de cálculo dos honorários de advogado na forma do § 5º do mesmo artigo, além da divergência com o ER 15.447 e RE 94.052 (fl. 172).

Com referência aos juros compostos, entendemos ter havido contrariedade ao artigo 1.544 do Código Civil, que só prevê a sua condenação em caso de crime e, no caso, só houve a denúncia (doc. de fls. 88/89), não existindo ainda a sentença (doc. de fl. 117). É claro que, na ação penal, pode ocorrer a absolvição até por inexistência do crime ou da autoria. É hoje pacífico em nossos Tribunais o entendimento de que são indevidos os juros compostos, quando não se trata de ilícito penal. Neste sentido a decisão da 2ª Turma do extinto TFR, na AC nº 106.814 — RJ, Relator eminente Ministro Otto Rocha, DJ de 30.4.87.

Por ocasião deste julgamento, o eminente Ministro Relator, em seu voto condutor, citou os seguintes precedentes: do TFR, AC 101.739—PB, Rel. eminente Ministro José Dantas, DJ de 24.10.85; AC nº 94.503 — SP, Rel. Eminente Ministro Gueiros Leite, DJ de 21.2.85; AC 29.361 — RJ, Rel. eminente Ministro Aldir Passarinho, DJ de 15.4.82, e do Colendo Supremo Tribunal Federal, RE 57.505 — GB, Rel. eminente Ministro Adalício Nogueira — RTJ 45/115, RE nº 65.093 — GB, Rel. Ministro Eloy da Rocha, RTJ 65/682, ERE nº 76.594 — RTJ 74/429.

Nossa Corte Maior, no RE nº 93.678 — GO, Rel. eminente Ministro Djaci Falcão, RTJ 103/678, entendeu que os juros compostos somente incidem nas obrigações decorrentes de crime (art. 1.544 do CC).

O eminente Ministro Relator, em seu voto condutor do citado acórdão, salientou que:

"Quanto aos juros compostos, admitidos pelo acórdão, impõe-se o conhecimento do recurso, eis que predomina nesta Corte o entendimento de que são cabíveis apenas na hipótese de crime (RE 57.256, *in* RTJ 45/545 e Ag. 40.236, *in* RTJ 45.816). Acrescento a estes o ERE 76.594, por mim relatado, cuja ementa é a seguinte:

"Responsabilidade Civil. Indenização. Embargos de divergência conhecidos e providos em parte, para excluir da condenação os juros compostos. O art. 1.544 do C. Civil, ao estipular a incidência de juros compostos, refere-se a ilícito penal, e não a ilícito meramente civil" (*in* RTJ 74/429).

No caso, é oportuno realçar, não houve sentença condenatória no juízo criminal pela prática de infração penal.

Como é sabido, nas obrigações decorrentes de delito considera-se em mora o devedor desde o dia em que é cometido (art. 962 do Código Civil). Por outro lado, estabelece o art. 1.544 do mesmo diploma:

"Além dos juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos".

Versando sobre o tema diz Aguiar Dias:

"A origem da cominação se encontra no art. 26 do Código Criminal de 1830, que não cogitava de delitos culposos, só definidos no art. 19 da Lei 2.033, de 1871. Seu caráter é de punição e só deve ser aplicado a criminosos, como tal reconhecidos em sentença criminal. A agravação dos juros só abrange autores e cúmplices, convencidos no juízo criminal. Não pode ferir os preponentes, nem ser invocada em matéria contratual. Nada mais claro. A pena se restringe à pessoa de delinqüente e os juros compostos só o são a título de punição pelo crime, não podendo, pois, acrescentar-se sanção penal ao responsável civil que não seja também responsável penal. O critério oposto chega a ser iniquamente aplicado sem que tenha a justificá-lo a prática do crime, por parte de quem satisfaz a indenização, quando essa é a única razão que legitima os juros compostos" ("Da Responsabilidade Civil", 6ª edição, volume II, pág. 472).

O Excelso Pretório, no RE nº 112.165 — SP, Relator eminente Ministro Francisco Resek, RTJ — 120/1.366, entendeu que:

"Os juros compostos só são devidos quando a obrigação resulta de crime, quedando a cargo do autor do delito".

No RE nº 114.329 — SP, Relator eminente Ministro Célio Borja, DJ de 12.5.89, entendeu o Colendo Supremo Tribunal Federal que:

“...os *juros compostos* só são devidos quando a obrigação resulta de crime, cabendo ao autor do delito, e não ao seu proponente, a obrigação do pagamento. A expressão crime, restritiva, referindo-se ao causador imediato do dano, ou seja, aquele que praticou a violência.”

No caso em exame a ação de indenização foi movida contra o Estado do Rio de Janeiro, pela morte de Sebastião Evaristo Paixão, ao cair da maca, no Hospital Estadual Getúlio Vargas, e quem foi denunciada, por omissão, foi a enfermeira Maria Áurea Ferreira (doc. de fls. 88/89). Não existindo ainda a condenação, não existe crime, e a responsabilidade seria da enfermeira e não do Estado.

No mesmo sentido foi o acórdão no ERE nº 15.447, citado pelo recorrente.

Houve contrariedade no artigo 1.544 do CC e divergência com a jurisprudência do extinto TFR e com o STF, porque o venerando aresto hostilizado confirma a condenação em juros compensatórios, incluídos na sentença, e rejeitou os embargos.

O recorrente, pela sentença, foi condenado a pagar honorários advocatícios de 20% (vinte por cento), na forma do § 5º do artigo 20 do CPC. O venerando acórdão impugnado reduziu a verba para 10% (dez por cento), mas manteve a base de cálculo, na forma do § 5º do artigo 20 do CPC, e rejeitou os embargos.

Pelo referido, § 5º,

“Nas ações de indenização por ato ilícito contra a pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602)...”

Quando, como no caso *sub judice*, a ação de indenização é movida contra a Fazenda, não existe a condenação dela “a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento” (art. 602 do CPC) e se ela foi vencida, na fixação dos honorários de advogado, deve o Juiz aplicar o disposto no § 4º e não no § 5º, e condená-la nos honorários sobre as prestações vencidas e 12 (doze) vincendas. Neste sentido são os precedentes de nossa Excelsa Corte, nos Recursos Extraordinários nºs 92.259 — RJ, Relator eminente Ministro Moreira Alves, RTJ — 98/394; 93.678 — GO, Relator eminente Ministro Djaci Falcão, RTJ — 103/678; 94.053 — RJ, Relato eminente Ministro Rafael Mayer, RTJ — 99/906; 98.821 — RJ, Relator eminente Ministro Alfredo Buzaid, RTJ — 109/1.117, e 100.685 — RJ, Relator eminente Ministro Alfredo Buzaid, RTJ — 109/1.231.

Consta da Ementa do RE — 92.259 — RJ que:

“O § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, sendo texto de natureza excepcional, e devendo, portanto, ser interpretado estritamente, só se aplica aos casos de ilícito absoluto (a denominada responsabilidade extra-contratual), não abrangendo as hipóteses de inadimplemento contratual (a chamada responsabilidade contratual), para as quais persiste a jurisprudência do S.T.F. no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor das prestações vencidas e de doze vincendas”.

No RE nº 94.053 —RJ salientou o eminente Ministro Relator, em seu voto vencedor, que:

“Cuido que a circunstância de tratar-se de ato ilícito, não contratual, não importa a aplicabilidade, no caso, do § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil. Desde que vencida a Fazenda Pública, rege a norma prevista no § 4º, que é preceito excepcional frente aos demais regulados no mesmo artigo, e tratamento singular à sucumbência em honorários de entidade pública.

Sempre se há de fixá-los, independentemente de parâmetros, consoante apreciação equitativa do Juiz, atendendo às circunstâncias contempladas nas alíneas do § 3º do mesmo artigo” (RTJ—99/908).

No RE nº 100.685 — RJ, o eminente Ministro Relator Alfredo Buzaid, em seu voto vencedor, diz, com propriedade e precisão, que:

“O que cumpre indagar é se este § 5º, introduzido no art. 20 do Código de Processo Civil, pode ser aplicado na causa em que é vencida a Fazenda Pública, em relação à qual o Código de Processo Civil, no art. 20 § 4º, estabeleceu regra especial, dizendo:

“§ 4º. Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que são houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras *a* e *c* do § anterior.”

2. Esta Egrégia Turma, no recurso extraordinário nº 94.033, em 7.8.81, e que foi Relator o eminente Ministro Rafael Mayer, entendeu que:

“Desde que vencida a Fazenda Pública, rege a espécie o § 4º do art. 20 do CPC, valendo nesse teor, como razoável, a fixação

do percentual de honorários sobre o valor das prestações vencidas e doze das vincendas" (RTJ 99/906).

Partilho e subscrevo este entendimento, que está de acordo com o espírito do Código de Processo. O art. 20, § 3º, dispõe, para as ações em geral, que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação. Mas o § 4º estatui que, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz. A introdução do § 5º no art. 20 do Código de Processo Civil não revogou o § 4º, que tem aplicação geral e todas as causas em que for vencida a Fazenda Pública. Os § 4º e 5º do art. 20 do Código de Processo Civil se excluem e se completam. O § 5º entende com as ações de indenização em geral; o § 4º diz respeito à condenação em particular da Fazenda Pública.

3. A Egrégia Terceira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenou a Fazenda Pública, em relação aos honorários advocatícios, nos seguintes termos:

"Quanto aos honorários, são eles devidos na base de dez por cento sobre a totalidade da condenação, compreendendo prestações vencidas e vincendas, tudo na forma do § 5º do art. 20 do CPC".

Aplicou o v. acórdão o § 5º do art. 20 do Código de Processo Civil. O recorrente insurge-se contra esta v. decisão, alegando negativa de vigência do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil e divergência com o V. acórdão desta Egrégia Turma, já por mim citado.

Conheço do recurso extraordinário pelos fundamentos das letras *a* e *d* e lhe dou provimento para condenar a Fazenda Pública no pagamento da verba de honorários na base de 15% sobre o valor das prestações vencidas e doze das vincendas, por considerar critério equitativo e em obséquio ao disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

É o meu voto."

Houve a negativa de vigência do § 4º do artigo 20 do CPC e a divergência com o RE nº 94.052.

Conheço do recurso pelas letras *a* e *c*, item III do artigo 105 da vigente Constituição Federal, e lhe dou provimento para excluir os juros compensatórios, e adotar, como base de cálculo, para os honorários de advogado, a soma das prestações vencidas e mais doze vincendas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.062 — RJ — (Reg. nº 90.0000849-2) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Garcia Vieira. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Maria dos Reis Mendes dos Santos e outros. Advogados: Drs. Sebastião de Andrade Figueiredo e outro e José Orisvaldo Brito da Silva e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso (1ª Turma: 6.6.90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Pedro Acioli e José de Jesus.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Min. Geraldo Sobral.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.120 - SP

(Registro nº 90.10535)

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

Recorrente: *Municipalidade de São Paulo*

Recorrido: *João Rodrigues da Silva*

Advogados: *Dra. Laura França Leme e outros Dr. José Ribamar de Castro e outro.*

EMENTA: Desapropriação. Indenização. Cumulação de juros compensatórios e moratórios.

Nas ações da espécie, a cumulação das duas verbas é admissível, de vez que são distintos os seus fundamentos. Os moratórios são devidos pelo atraso no pagamento da indenização. Os compensatórios, resultantes de criação pretoriana, destinam-se a cobrir lucros cessantes, nos casos de ocupação antecipada do imóvel pelo Poder Público.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: O Município de São Paulo impetrou o presente recurso especial contra o acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça que, em ação expropriatória, houve por bem conceder, a par dos juros compensatórios, os de mora, entendimento que, a seu ver, entrou em choque com o julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, a acumulação em tela é injustificável.

O recurso, que foi deferido na origem, processou-se regularmente.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): No Supremo Tribunal Federal e no extinto Tribunal Federal de Recursos firmou-se a jurisprudência no sentido da inexistência de qualquer óbice à acumulação nas ações expropriatórias, de juros compensatórios com juros moratórios.

É o que mostram os seguintes acórdãos:

EMENTA: "Desapropriação. Juros compensatórios e moratórios. Cumulação.

Os juros compensatórios de 12% são devidos pela utilização antecipada do imóvel e se contam da imissão provisória na posse até o efetivo pagamento da indenização.

Os juros moratórios à taxa de 6% fluem desde o trânsito em julgado da sentença final e são devidos pelo atraso no pagamento da indenização.

Presentes que sejam essas duas situações, os respectivos juros incidem cumulativamente" (RE nº 90.656 - SP. T. Pleno, Rel. Sr. Min. Soares Muñoz. RTJ nº 99, pág. 708).

EMENTA: "Desapropriação. Juros compensatórios e moratórios. Cumulação.

Os juros compensatórios de 12% são devidos pela utilização antecipada do imóvel e se contam da imissão provisória na posse até o efetivo pagamento da indenização.

Os juros compensatórios à taxa de 6% fluem desde o trânsito em julgado da sentença final e são devidas pelo atraso no pagamento da indenização.

Presentes que sejam essas duas situações, os respectivos juros incidem cumulativamente. RE conhecido e provido parcialmente" (RE nº 95.124 - RJ. 2ª. TT. Rel. Sr. Min. Cordeiro Guerra. RTJ nº 104, pág. 1.183).

EMENTA: "Desapropriação. Indenização. Cumulação de juros moratórios e compensatórios. Honorários de advogado.

I - Indenização: é de confirmar-se a sentença que fixou com base no laudo do perito oficial, suficientemente fundamentado.

II - Os juros compensatórios e moratórios: são acumuláveis, desde que resultantes de causas diversas. Os primeiros decorrem do desapossamento do imóvel expropriado e os últimos são devidos em razão da demora no pagamento da indenização fixada. Incidem, por isso mesmo, os compensatórios desde a imissão na posse (Súmula nº 164 do STF), à taxa de 12% ao ano, e os moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença que fixa o *quantum* indenizatório.

III - Honorários advocatícios: fixação no percentual de 10% sobre a diferença entre o valor da oferta e da indenização fixada.

IV - Apelação parcialmente provida." (AC. nº 51.232 - MG. Reg. 3008061 - Rel. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Dj de 04.12.80).

EMENTA: "Desapropriação. Servidão de passagem. Indenização. Acumulação de juros. Avaliação realizada no Juízo do inventário e perfeitamente válida, dadas as circunstâncias, tanto mais que a indenização apurada pela perícia, à luz das estimativas colhidas, se oferece, à evidência, aviltada. A acumulação de juros compensatórios e moratórios é admissível de vez que distintos são os seus fundamentos jurídicos. Os moratórios são devidos em razão do atraso no pagamento da obrigação: os compensatórios, que constituem criação pretoriana, se destinam a reparar o patrimônio expropriado. Provida a apelação do expropriado e desprovida da expropriante." (AC. nº 59.662 - J. eg. 3099024 - 6ª T. Rel. Sr. Min. Miguel Jerônimo Ferrante. DJ. 29.10.81).

O entendimento discrepante, estampado na ementa do RE nº 112.389-2-SP e nos votos vencidos constantes dos RE nºs 90.656 e 85.209, invocados pelo Recorrente, não chegou a fazer escola, não se prestando para determinar uma mudança de orientação que, *data venia*, se afigura de todo injustificável.

Na verdade, a compatibilidade entre as duas verbas decorre do fato de serem elas distintas, não apenas quanto à natureza, mas também quanto à destinação, nas ações da espécie.

Aliás, os juros compensatórios, calculados à taxa de 12% ao ano, sem previsão legal, constituem fórmula pretoriana destinada a cobrir lucros cessantes, nos casos de ocupação antecipada do bem pelo Poder Público.

Desapossado o proprietário, antes de ser indenizado, como previsto na Constituição, não se compreenderia que ficasse privado dos frutos de seu bem, desde então, ainda que de imóvel baldio se tratasse, eis que, ainda assim, não se afiguraria justificável que o Poder Público, antes de indenizar, pudesse usufruir graciosamente o bem que não lhe pertence.

A justa indenização, pois, nessas circunstâncias, há de compreender, não apenas o valor venal do bem (dano emergente), senão que, igualmente, suas rendas (lucros cessantes), calculadas essas até que a pretensão expropriatória venha a consumir-se, por via do pagamento devido.

Tem-se, pois, que os juros compensatórios não possuem, aqui, caráter remuneratório de empréstimo de dinheiro ou de outra qualquer coisa fungível (art. 1.262 do CC), hipótese em que não poderiam exceder a taxa legal de 6%, senão mediante mútuo consentimento, o que não é o caso.

Feliz construção jurisprudencial, correspondem ao lucro cessante do imóvel expropriado, constituindo parcela indissociável da indenização, motivo pelo qual devem ser computados até o dia do pagamento desta, compreendendo todo o período que durou a ocupação provisória do bem.

Os juros moratórios, de sua vez, valem por verdadeira pena imposta ao devedor, em razão de haver retardado do cumprimento da obrigação de indenizar, expressa em cifra, a partir da sentença que a fixou.

Entender que os juros moratórios, de 6% ao ano, afastam, a partir da sentença, a incidência dos compensatórios, de 12%, valeria por premiar-se o expropriante inadimplente com uma redução de 50% na taxa de juros por ele devida, o que seria um verdadeiro contra-senso.

Admitir-se o contrário, isto é, que os juros compensatórios, no mesmo período, eliminam os moratórios, significaria a consagração da impunidade para o devedor relapso, absurdo ainda maior.

Assim, enquanto provisória a ocupação do bem expropriado (provisoriamente que só se dissipa pelo pagamento da indenização), devidos serão os juros compensatórios, e enquanto não houver o pagamento da indenização fixada, irrecusáveis os juros moratórios.

Inevitável, pois, a simultaneidade dos dois encargos, desde a sentença até o pagamento da indenização, ato final que tem o efeito não apenas de purgar

a mora, mas também de transformar em definitiva a ocupação, elidindo os lucros cessantes.

Trata-se de peculiaridade das expropriatórias que, prontamente percebida por sábios julgadores, resultou na orientação jurisprudencial consagrada nas decisões da Suprema Corte e do extinto Tribunal Federal de Recursos, uniformemente reiteradas ao longo das últimas décadas, nada justificando a sua alteração.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.120 — SP — (Reg. nº 90.0001053-5) — Relator: Exmo. Sr. Min. Ilmar Galvão. Recorrente: Municipalidade de São Paulo. Recorrido: João Rodrigues da Silva. Advogados: Dr^a Laura Leme França e outros e Dr. José Ribamar de Castro e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 28.03.90 — 2^a Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.170 — SP

(Registro nº 90.1299-6)

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

Recorrente: *Banque Populaire Suisse BPS*

Recorrido: *Naji Robert Nahas*

Advogados: *Drs. Celso Cibtra Mori e outro e Irineu Strenger*

EMENTA: Competência internacional. Causas conexas.

A competência da autoridade judiciária brasileira firma-se quando verificada alguma das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do CPC.

O direito brasileiro não elegeu a conexão como critério de fixação da competência internacional que não se prorrogará, por conseguinte, em função dela.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade e preliminarmente, decidiu no sentido da adequação do recurso especial, e no mérito, por maioria, conhecer em parte, para lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 7 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação em que se pleiteia declaração de nulidade de contrato, cumulada com indenização, proposta por Naji Robert Nahas contra Banque Populaire Suisse e Advicorp Advisory Financial Corp. Reclamou o autor, ainda, perdas e danos, em razão da publicação de edital de protesto contra alienações de bens, em cautelar movida pelo réu.

O réu argüiu a incompetência da Justiça brasileira, nos termos do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil, art. 42 do mesmo Código e art. 88, III do CPC.

No Juízo de primeiro grau, o processo foi julgado parcialmente extinto, reconhecida a incompetência da Justiça do Brasil, salvo para o pedido de indenização, decorrente da publicação do protesto.

Agravaram de instrumento as partes.

Por votação unânime, a Quarta Câmara Civil deu provimento ao recurso do autor, negando-o ao do réu.

Inconformado, o vencido apresentou recurso especial, fundamentado no art. 105, III, *a* da Constituição Federal. Afirmou que violados os arts. 88, I, II, III, que estabelecem critérios de competência da autoridade brasileira, art. 102, pertinente a modificações da competência, art. 103, relativo a ações conexas e art. 265 IV que dispõe sobre a suspensão do processo, todos do CPC.

Recurso admitido. Apresentadas contra-razões, sobem os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O recorrido apresenta como óbice, ao conhecimento do recurso, a alegação de que a espécie não

se enquadraria no conceito de causa. Não tem razão. Trata-se de um incidente de causa. Nem se exige, para fazer cabível o especial, que a decisão seja de mérito. É pacífico que também as decisões sobre questões processuais, ainda que simplesmente interlocutórias, propiciam o recurso.

Sustenta, mais, que a decisão não seria de última instância por versar sobre incompetência absoluta. Também aí não tem razão. Foram esgotados os recursos nas instâncias ordinárias. É o que basta.

Não seria também admissível, uma vez que o caso não se enquadraria na previsão do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento foi proferido em nove de março de 1989, quando ainda não fora instalado esse Superior Tribunal de Justiça. A meu entendimento, o direito ao recurso nasceu naquela data. A meu entendimento, o direito ao recurso nasceu naquela data. A ulterior publicação no Diário da Justiça faz-se apenas para efeito dos prazos recursais, relativamente à decisão, que já existia desde o momento em que anunciado, em sessão, o resultado do julgamento. Se assim era, cabível o extraordinário, por força do disposto no artigo 27, § 1º do A.D.C.T. E como a hipótese não se achava elencada nos itens I a X do citado dispositivo regimental, a admissibilidade do recurso condicionava-se ao reconhecimento da relevância e a respectiva argüição não foi apresentada.

Ocorre, entretanto, que, publicadas as conclusões do acórdão em 26 de abril, o recurso foi interposto quando já instalado o STJ, ficando prejudicadas as argüições de relevância. Tenho entendido que constituiria excesso de rigor exigir-se fosse feita a argüição quando não poderia mais ser examinada. Com base nesse entendimento, supere o obstáculo.

Afirma, por fim, que o recurso voltava-se contra a garantia consagrada no artigo 5º, XXXV da Constituição. Isso também não é exato. O Estado brasileiro não poderia, obviamente, deixar de estabelecer limites ao exercício de sua atividade jurisdicional. A discussão sobre se a causa se acha compreendida neles é perfeitamente possível.

Sustenta o recorrente que violados os artigos 88, I, II e III, 102, 103 e 265, IV, *a* do CPC.

A infringência aos diversos incisos do artigo 88 resultaria da circunstância de o acórdão haver reconhecido a competência da Justiça brasileira para julgamento de hipótese que não se conteria na previsão daquele dispositivo.

Cumpra distinguir, para que se possa dar à espécie solução adequada. Na inicial, pediu-se a declaração de nulidade do contrato firmado pelas partes, com a condenação do ora recorrente e de Advicorp Advisory Financial Corp., ao pagamento de perdas e danos decorrentes da gestão de contas e liquidação de contratos, assim como dos que advieram da publicação do protesto contra alienação de bens.

Relativamente à nulidade do contrato, a decisão de primeiro grau entendeu que o pleito não era de competência da Justiça brasileira. Não assim, entretanto, no que diz com as perdas e danos oriundas da publicação do protesto. Este ato, tendo sido praticado no Brasil, firmar-se-ia a competência das autoridades judiciárias pátrias.

O acórdão reformou em parte o julgado. Considerou que, mesmo admitindo-se competente, em princípio, a Justiça estrangeira, para apreciar o pedido de nulidade, a brasileira teria sua competência prorrogada em virtude da conexão.

No que diz com a pretensão pertinente a nulidade contratual, há que se admitir como certo que, em princípio, não seria competente a Justiça brasileira. É que indubitavelmente não se verifica qualquer das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil. Saliente-se que o item II do artigo 88 incide quando seja demandado o cumprimento de obrigação, o que não se verifica na hipótese, sendo irrelevante a alegação de que o autor aqui cumpria obrigações contratuais. Tenho pois, como desnecessário verificar quanto à existência e validade de foro de eleição.

Cumprir examinar se merece acolhida o entendimento do acórdão, fundado na conexão. O tema é objeto de controvérsia. A tese do julgado recorrido é placitada por Tornaghi que a afirma sem ter reputado necessário maiores considerações (Comentários ao C.P.C. vol I — p. 310 1ª ed.). No mesmo sentido Ada Pelegrini, em parecer juntado aos autos, onde se salienta que, se admitida a eleição de foro, com maior razão a modificação da competência pela conexão.

Parece-me mais acertada, entretanto, a doutrina contrária, sustentada por José Ignácio Botelho de Mesquita (Rev de Processo — vol. 50 p, 61). Após salientar que o direito brasileiro, ao contrário do italiano, não elegeu a conexão como critério para fixação de competência internacional, invoca o disposto no artigo 90 do CPC, considerando que este cortou cerce a discussão:

“A pendência de uma ação no exterior não impede que a Justiça brasileira conheça de ações conexas com a proposta no exterior (art. 90) e simetricamente a conexão com uma ação proposta no Brasil não se inclui entre os pontos de contacto suficientes para estender até ela a jurisdição nacional (art. 88)”.

E a solução parece efetivamente a melhor. Admitir-se que a conexão possa levar a que se firme a competência da autoridade judiciária brasileira, para hipóteses não cogitadas nos artigos 88 e 89 do CPC, poderá levar a um alargamento excessivo daquela, colocando em risco o princípio da efetividade que domina a matéria.

Considero, pois, deva o recurso ser parcialmente provido. Relativamente ao pedido de indenização, fundado em protesto que se sustenta abusivo, a hipótese insere-se no artigo 88, III do CPC.

Tenho, pois, como certo que violados os artigos 88 e 89 do C.P.C. ao dar-se pela competência da Justiça do Brasil para casos não contemplados naqueles dispositivos. Conheço em parte, pela letra *a* e dou provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, de acordo com o meu método de trabalho, encontro dificuldade para conhecer do recurso especial, que veio ter ao Superior Tribunal de Justiça, pela alínea *a*, somente. Em sua impugnação, aduziu o recorrido:

"24. Não é esta, no entanto, a realidade. O v. acórdão recorrido lavrou hermenêutica perfeita, harmonizando a letra da lei com a melhor doutrina (cfr. referência à doutrina de Chiovenda e Liebman, fls. 2 e 3 do acórdão) e interpretando-a à luz de princípios constitucionais (cfr., por exemplo, referência ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, fls. 3 do v. acórdão).

25. Sólidos princípios e sólida doutrina, portanto, a embasarem o brilho dos votos dos Srs. Desembargadores. Melhor interpretação não pode haver. É incabível, portanto, o Recurso Especial interposto."

De fato, assim se houve o acórdão local, em interpretação sabia; razoável, portanto. Quando do julgamento do REsp-1.284, lembrei o assunto a tanto me reporto, neste momento.

Data venia, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.170 — SP — (Reg. nº 90.1299-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recorrente: Banque Populaire Suisse BPS. Recorrido: Naji Robert Nahas. Advogados: Drs. Celso Cintra Mori e outro e Irineu Strenger.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, decidiu no sentido da adequação do recurso especial, e no mérito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Nilson Naves, que dele não conhecia, conheceu, em parte, para lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Antônio Carlos Gonçalves, pelo recorrente (3ª Turma — 7.8.90).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.232 — RJ

(Registro nº 90.00015499)

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

Recorrente: *Com. Ind. de Fios Gilson Ltda*

Recorrido: *Fábrica Itatiaia de Tecidos S.A.*

Advogados: *Drs. Spencer Daltro de Miranda Filho e outros; Sérgio Moreira da Silva e outros*

EMENTA: Nulidades processuais. Artigos 244, 245, 2490, § 1º, 250, § único, do Código de Processo Civil.

Não deve ser declarada nulidade quando a parte a quem possa favorecer para ela contribuiu, e se absteve de qualquer impugnação, no curso da demanda, relativamente ao devido processo legal.

Junção de ação de busca e apreensão, convertida em depósito, e de ação indenizatória por rescisão de contrato. O descabimento da ação de depósito não prejudicou o andamento conjunto da demanda indenizatória, pois, realizada audiência e propiciada oportunidade para provas e memoriais, sem que a parte ré haja agravado ou alegado prejuízo.

Não deve o Tribunal substituir-se à parte na afirmação de prejuízos não invocados em tempo hábil. E a crítica à sentença, quando eventualmente haja o juiz errado *in procedendo* ou *in judicando*, deve ser feita com moderação.

Recurso especial conhecido pela alínea *a* e parcialmente provido, para cassar a anulação do processo da ação indenizatória."

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 26 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Buscarei resumir os fatos. Tudo parte de contrato de prestação de serviços, pelo qual a firma Comércio e Indústria de Fios Gilson Ltda. forneceu matéria-prima, fios de algodão, à firma Fábrica Itatiaia de Tecidos S.A., a fim de que esta lhe fornecesse o produto final, sacos para embalagem de açúcar. Em pagamento, a Itatiaia emitiu duplicatas, aceitas pela Gilson e descontadas em banco. Ocorre que a fornecedora da matéria-prima não recebeu da fábrica a quantidade de sacos correspondentes ao montante dos fios entregues, alegando-se saldo devedor de mais de 263 mil sacos. A Gilson notificou a Itatiaia, e esta respondeu que retivera uma quantidade de fios para garantia de créditos seus, decorrentes de problemas nos descontos bancários.

A empresa Gilson, após prévia notificação à Itatiaia, contra esta ajuizou, em agosto de 1981, ação de busca e apreensão dos fios retidos pela ré, com liminar deferida. Não encontrada a mercadoria, a autora postulou e obteve a transformação da ação de busca e apreensão em ação de depósito, que a Itatiaia contestou, seguindo-se réplicas.

Nesta oportunidade a empresa Ober S.A. ajuizou embargos de terceiro, buscando resguardar-se do risco da apreensão de mercadorias de propriedade dela embargante, existentes nos depósitos da Itatiaia. Responderam os embargados.

Em janeiro de 1982 a firma Gilson ingressou em juízo com ação "de indenização por rescisão de contrato de prestação de serviços". Citada, Itatiaia contestou e, após, apensados os autos, prosseguiu a demanda nos autos do processo relativo à ação de busca e apreensão.

As partes especificaram provas. Foram, em audiência, ouvidas testemunhas. O magistrado deferiu perícia. Tendo sido juntado aos autos, pela autora, um parecer técnico, o juiz dispensou a perícia, ensejando às partes alegações finais. Não houve agravo. Sentenciou, a seguir, o magistrado, julgando: a) procedente a ação de depósito; b) extintos os embargos de terceiros; e c) procedente a ação indenizatória, condenada a Itatiaia a ressarcir a autora conforme apurado fosse em liquidação de sentença.

Apelou a vencida, Gilson Ltda., postulando a anulação da sentença pela ausência de despacho saneador, e referindo que as demandas, não sendo conexas, não poderiam merecer instrução e julgamento conjunto. De mérito, teria sido a autora apelada quem dera "margem ao rompimento contratual".

A egrégia 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, após críticas acerbas feitas pelo relator no atinente à condução do processo e ao decisório de primeiro grau, "tumulto geral"; "desastre maior"; acolhimento de "pedidos estapafúrdios"; existência na comarca de um "CPC próprio, de uso doméstico", chegou às seguintes conclusões: a) afastou a nulidade alegada, de ausência de despacho saneador, embora "mal saneado é verdade"; *de mérito*, b) considerou incabível a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, pela inexistência de depósito contratual ou legal, devendo a retenção de matéria-prima ser considerada na ação própria; c) entendeu que os embargos de terceiro, à falta de objeto, deveriam ter sido liminarmente indeferidos; d) julgou que a ação indenizatória deverá prosseguir, "mas alimpada do tumulto causado pelas errôneas determinações, de modo a ensejar segura defesa da acionada-apelante"; em conseqüência, anulou o processo da demanda indenizatória a partir de fl. 34, inclusive, "repetindo-se a citação, agora afastado o tumulto estabelecido, ensejando ampla defesa à ré".

Contra esta decisão volta-se o recurso extraordinário, manifestado pela firma Gilson Ltda. em setembro de 1983, antes, pois, de editada a Emenda Regimental nº 2, de 4.12.85, do Supremo Tribunal Federal. Busca-supedâneo nos incisos *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição pretérita, alegando violação dos artigos 244, 245, 249 § 1º, e 250, § único, do C.P.C., e divergência do aresto recorrido com numerosas decisões, que aponta, relativas aos convalidamento de nulidades processuais. Pede a restauração, em plenitude, da sentença.

O eminente Desembargador 3º Vice-Presidente do Tribunal de origem negou seguimento ao apelo último, argüindo falta de prequestionamento e inobservância do artigo 322 do Reg. Int. do STF. Foi provido pelo relator, no Pretório Excelso, o agravo de instrumento, para que subisse o recurso para melhor exame. Com razões apenas da recorrente, chegam ao Supremo Tribunal Federal. O parecer do Ministério Público, perante aquela Alta Corte, é pelo não conhecimento da inconformidade, salientando inclusive que "a anulação da ação de indenização a partir da citação visou, antes de tudo, proporcionar ampla defesa à ré, ora recorrida, impossível de ser feita nos presentes autos, dado o tumulto processual nele estabelecido".

Pela decisão de fl. 260 foi o recurso extraordinário convertido em recurso especial, com remessa a este Superior Tribunal de Justiça, e distribuição, em março p.p., a este relator.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Uma observação inicial, que faço com a devida vênia. A leitura do voto condutor do v. aresto, veemente ao extremo na crítica à sentença do MM. Juízo de Magé, lembrou-me antiga e sábia advertência de ilustríssimo magistrado, que foi do Pretório Excelso, e tenho por convinável memorar expressamente:

"Moderado há de ser também o tratamento do juiz de segunda instância para com os de primeira. Não será de boa ética usar de expressões que ponham mal o magistrado de inferior instância perante os seus jurisdicionados. A censura ao magistrado deprime a própria Justiça, algumas vezes.

É doloroso, por exemplo, usar das frases: "O juiz errou", "a sentença não está certa", "é confusa", "o juiz decidiu contra a lei", "os seus argumentos são fragílimos". Chega-se ao mesmo resultado, em termos mais suaves: "não procede o argumento do apelado".

..... (omissis)

A ciência do Direito é tão difícil, e tão falível o entendimento humano, que bem pode acontecer que o juiz de segunda instância, supondo estar com a razão, seja quem, na verdade, labore em erro" (Mário Guimarães, "O Juiz e a Função Jurisdicional", Forense, 1958, nº 219, pág. 364).

Passo ao mérito. Postulando embora, no recurso extremo, a restauração do decisório de 1º grau em sua plenitude, em verdade, pela argumentação expendida, verifica-se que a inconformidade da recorrente volta-se inteiramente contra a anulação pelo v. aresto, desde a citação inicial inclusive, da ação indenizatória por descumprimento contratual que propôs contra a recorrida nos idos de 1982.

Realmente, nada a objetar às conclusões do v. aresto, relativamente à extinção da ação de busca e apreensão, pela inexistência do bem a ser apreendido, e no tocante ao evidente descabimento da conversão da aludida ação em ação de depósito.

Todavia, quanto à anulação da ação indenizatória, tenho em que o juízo colegiado, cioso o eminente relator da fiel observância do devido processo legal, relegou, no entanto, ao oblição, princípios fundamentais de nosso Código em tema de invalidades. Galeno Lacerda, ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e processualista civil da maior nomeada, tem sublinhado vezes muitas o caráter peculiar, em nosso direito processual codificado, das regras alusivas às nulidades processuais, enquadrando-as como

regras de *sobredireito*, muito mais voltadas à convalidação e ao afastamento das nulidades do que a sua decretação, sempre com vista à função basilar do processo, como instrumento de aplicação do direito material; assim também mestre Couture, fulminando excessos de formalismo, para que o processo não volte a ser, "como se disse que foi nos seus primeiros tempos, uma 'missa jurídica', alheia às suas atuais necessidades" ("Fundamentos do Direito Processual Civil", trad. port., Saraiva, 1946, pág. 315).

Sustenta a recorrente ter ocorrido, no v. aresto, violação aos artigos:

a) Art. 245 do CPC, impositivo à parte da obrigação de denunciar nos autos, na primeira oportunidade em que couber, a nulidade dos atos, pena de preclusão. E relaciona a recorrente os passos do processo, em que a parte recorrida, embota regularmente intimada, deixou de impugnar as decisões do juiz, inclusive não comparecendo às audiências e nem apresentando os memoriais (*rectius*, razões finais escritas). Refere, ainda, que a própria recorrida postulou o julgamento de plano da lide, a teor do artigo 330 do CPC;

b) Art. 244 do CPC, pois se alguma irregularidade procedimental houve, a recorrida jamais protestou, chegando o processo a bom termo;

c) Art. 249, § 1º, do CPC, na anulação do processo desde a citação inicial inclusive, embora haja a recorrida contestado a ação de indenização, sem discutir senão o mérito, não tendo jamais o advogado da ré, sempre intimado regularmente, invocado qualquer prejuízo. Não poderá, assim, o acórdão, supor prejuízo à parte que em tempo nada alegou;

d) Art. 250, parágrafo único, do CPC, sempre com o argumento de inocorrência de prejuízos à defesa.

Assiste, a meu sentir, neste passo, razão à recorrente.

Nas razões de apelação, a única nulidade invocada pela firma Itatiaia terá sido a ausência de despacho saneador, sustentando não poderia ter sido designada audiência de instrução e julgamento para ambas as ações — a de busca e apreensão e a ação indenizatória — em um só processo. E encerra a súplica: "assim, acaso não anulada a sentença pela não observância de importante fase processual — despacho saneador — deve, no mérito, ser acolhida a apelação, julgando-se improcedentes as ações".

Todavia, impende aqui objetar que, devidamente citada na ação indenizatória (apenso III, fl. 36), a ré contestou a ação por petição datada de 10.02.82, postulando então, expressamente, fosse tal demanda indenizatória "anexada à de busca e apreensão, conforme requerido pela autora, a fls. 6, *in fine*, a qual tramita por esse juízo e cartório de 3º Ofício" (*sic*, apenso III, fl. 36). O juiz deferiu o pedido de anexação. Isso em fevereiro de 1982.

Por petição de julho de 1982, portanto já reunidas as ações, a ré Itatiaia rogou "o julgamento de plano do pedido, com sua improcedência". O magis-

trado realizou aos 20.09.82 a audiência por termo à fl. 124, intimados os advogados das partes, audiência esta relativamente aos três processos; ouviu duas testemunhas e determinou perícia. Nenhum agravo. Após a apresentação de um parecer técnico pela autora, entendeu o juiz que a prova pericial se tornara desnecessária e a dispensou. E abriu azo a memoriais. A autora apresentou o seu. A recorrida, intimada, manteve-se silente. Seguiu-se a prolação da sentença, julgando inclusive procedente a ação indenizatória no *an debeatur*, reservando-se o *quantum* para o processo de liquidação.

Ora, tendo assim transcorrido o processo, não encontrei motivo maior conducente à integral renovação da demanda indenizatória. Embora com percalços, o rito comum ordinário veio a ser observado, sem que a parte ré, em momento algum, houvesse impugnado as decisões interlocutórias do juiz. O próprio tema do saneamento, o único suscitado seriamente pela ré já na apelação, este tema o acórdão o rejeitou. Mas anulou o processo sob fundamento de um "tumulto geral", e de haver o juiz acolhido "pedidos estapafúrdios". Mas se o dito "tumulto geral" decorreu da união das ações, ao realizá-la atendeu o magistrado ao pedido inclusive da própria recorrida. E se a sentença, no mérito, acolheu pedidos estapafúrdios, cumpria ao Tribunal, como o fez com relação à ação de depósito, reformar a sentença. Para isso as apelações.

Em suma: o v. aresto viu nulidades absolutas e insanáveis ao arrepio das regras processuais apontadas pela recorrente. E, mais ainda, ao arrepio do art. 243 do CPC, pelo qual a nulidade não pode ser invocada pela parte que lhe deu causa; e a recorrida requereu a junção dos processos, junção dos processos, junção que teria conduzido a demanda ao "tumulto geral" que não encontrei. Encontrei foi a renitente omissão do procurador da recorrida, intimado sempre e ausente aos atos processuais os mais relevantes.

Pelo exposto, o recurso merece ser conhecido pela alínea *a*.

Deixo no entanto de conhecê-lo pelo dissenso jurisprudencial, pois a transcrição de meros trechos de acórdãos não basta a satisfazer os requisitos regimentais, atualmente revelados no artigo 255, § único, do RISTJ, que neste passo seguiu a orientação do Regimento Interno do Pretório Excelso.

O pressuposto do prequestionamento, realçado no parecer da Procuradoria da República, devo afastá-lo, pois, o prejuízo de que se queixa a recorrente lhe foi imposto pelo próprio acórdão, ao recusar-lhe o exame do mérito na ação indenizatória. Assim, v.g., o STF no RE 99.814, RTJ 107/415, rel. o em. Ministro Oscar Correa. Aliás, a recorrida é que somente questionou nulidades por ocasião da apelação, com descaso pelo instituto da preclusão.

Nestes termos, conheço do recurso especial pela alínea *a* do permissivo constitucional e ao mesmo dou parcial provimento, para, cassando em parte o acórdão, tornar sem efeito a anulação do processo quanto à ação indenizatória,

determinando que a egrégia Câmara aprecie, em seu mérito, a apelação da ré relativamente a esta ação.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.232 — RJ — (Reg. nº 90.0001549-9) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Com. Ind. de Fios Gilson Ltda. Recorrido: Fábrica Itatiaia de Tecidos S.A. Advogados: Drs. Spencer Daltro de Miranda Filho e outros; Sérgio Moreira da Silva e outros. Sustentação oral: Dr. Spencer Daltro de Miranda Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento (em 26.06.90 — 4ª Turma).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o Julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.335 — SP

(Registro nº 90.0001911-7)

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

Recorrente: *Banco do Estado de São Paulo S/A — BANESPA*

Recorridos: *Nicolau Archila Gallan e Cônjuge*

Advogados: *Drs. Iraci Tamiko Unisedo e outro Dr. Gil Costa Carvalho*

EMENTA: *Locação. Plano cruzado. Prédio urbano não-residencial. Discrepância entre lei e regulamento. Ilegalidade. Conceito de lei federal.*

A legislação decorrente do "plano cruzado" não autorizou a inclusão, no art. 7º do Dec. 92.592/86, das locações de prédios urbanos não-residenciais, apresentando-se inquinado de ilegalidade o regulamento que altera a lei regulamentada.

Segundo a melhor doutrina, e mesmo na corrente restritiva, o decreto e regulamento federais estão compreendidos no conceito de lei federal, para os fins do recurso especial.

A regular argüição de relevância, existente no sistema constitucional anterior e não inadmitida até a data da instalação do Superior Tribunal de Justiça, tem o condão de evitar a preclusão da matéria nela suscitada, segundo orientação que veio a ser adotada e prestigiada.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de pretensão formalizada em "ação ordinária de cobrança de diferença de aluguéis", ajuizada pelo locador-recorrido, acolhida nas instâncias ordinárias.

Inconformado, recorreu extraordinariamente o locatário, tendo argüido a relevância da questão federal.

Inadmitido o recurso, com a nova ordem constitucional o apelo foi desdobrado, tendo então sido admitido o especial sob o pálio da alínea *a*, do art. 105, III, da Lei Maior.

Argumenta o recorrente-locatário que o v. acórdão teria negado vigência ao art. 7º do Decreto nº 92.592/86, que inclui as locações de prédios urbanos não-residenciais nas restrições do "Plano Cruzado", acentuando que "o decreto regulamentador não modificou a lei, nem criou obrigações novas. Apenas explicitou os vazios dentro dos limites estabelecidos em lei, suprimindo a imprevisibilidade de determinados fatos e circunstâncias que reclamavam providências imediatas".

O autor-recorrido, por sua vez, alega que incabível o recurso, quer porque não existente à época da recorribilidade do acórdão, quer porque a Constituição fala em violação de lei federal e não de decreto.

A r. sentença, ao acolher a pretensão, teve por inconstitucional o Decreto, que estaria a extrapolar os termos do Decreto-lei 2.284/86, que se referiu apenas a imóveis residenciais.

O v. acórdão (apelação 212.281/8), por sua vez, deu provimento ao apelo do autor, ora recorrido, apenas para fazer incidir a cobrança desde os vencimentos e não a partir da citação, por tratar-se de obrigação vencida, líquida e positiva (CC, art. 906), acentuando ainda que não seria de declarar-se a inconstitucionalidade pela discrepância entre o regulamento e a lei, mas sim a ilegalidade, invocando lições do Supremo Tribunal Federal (RTJ 99/1.362 e DJU de 22.10.82, AgRg 88.780-6 — BA).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): A matéria em debate se me afigura simples, a importar no não conhecimento do recurso, o qual, é de acentuar-se, na realidade deveria ter sido também inadmitido na origem após o desdobramento decorrente da orientação sufragada com a entrada em vigor da Constituição atual.

Cumpre rejeitar, porém, em preliminar, as alegações de não conhecimento argüidas pelo recorrido, nos termos expostos no relatório.

A uma, porque o oferecimento da argüição de relevância, existente à época, tornou não-preclusa a matéria nela versada, a ensejar a transformação do recurso extraordinário em especial no tocante à matéria infraconstitucional, segundo orientação do Pretório Excelso, prestigiada nesta Corte Superior.

A duas, porque o decreto e regulamento federais se incluem no conceito de lei federal, consoante lição, dentre muitos, do Ministro Carlos Mário Velloso ("O Superior Tribunal de Justiça — Competência Originária e Recursal", nº 5.1, no prelo, citando arestos da Suprema Corte — RTJ 44/467, 101/1.149, além de RF 284/157).

Ultrapassadas estas preliminares, oportunas se apresentam as considerações do ilustre Juiz sentenciante, Dr. Heraldo de Oliveira Silva, *verbis*:

É da tradição de nosso Direito o tratamento preferencial e protecionista da locação residencial, sendo a habitação um elemento básico da vida social.

Ao posto que nas locações não residenciais se exerce atividade lucrativa, civil ou comercial, e de certo modo refugiria a um sentido de equilíbrio manter o locador jungido a determinado inquilino, com possibilidades restritas de retomada do imóvel, em prejuízo de outros interesses relacionados ao melhor ou mais conveniente uso da coisa.

Por esse motivo, os referidos decretos-leis ditaram a fórmula do cálculo do novo aluguel, congelando-se até 28 de fevereiro de 1987.

Entretanto, não fez menção expressa, em qualquer de seus artigos, a respeito da locação não residencial, e assim o Sr. Presidente da República expediu o Decreto nº 92.592/86, para regulamentar a atualização *pro rata* e conversão para cruzados de vários tipos de obrigações abrangidas pelo artigo 9º do Decreto-lei nº 2.284/86, e entre os contratos as locações não residenciais urbanas, que em seu artigo 7º estabelece:

“Nos contratos celebrados anteriormente a 28 de fevereiro de 1986, e que não se referiram a saldos devedores regulados pelos artigos 1º e 3º deste Decreto, tais como os de prestação de serviços em geral ou de locação de prédios urbanos não residenciais, ou de arrendamento de prédio rústico não residencial, ou de locação de coisa móveis, bem como os valores exigíveis em decorrência de autorização, permissão ou concessão de uso ou de direito real de uso, e que tenham bases pactuadas com correção monetária pela variação do IPCA ou da ORTN, terão seus valores atualizados *pro rata tempore* e serão convertidos em cruzados obedecendo ao seguinte procedimento: I — O valor da obrigação mensal em cruzeiros, existente em 28 de fevereiro de 1986, será multiplicado pelo coeficiente constante da Tabela do Anexo III, deste Decreto, correspondente à periodicidade de reajuste e ao mês do último reajuste contratual; (omissis).”

Os decretos, em sentido próprio e restrito, define Hely Lopes Meireles, em seu “Direito Administrativo Brasileiro” (9ª edição, Rev. Trib., pg. 132) “são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito pela legislação”.

O Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho preleciona em sua obra “Comentários à Constituição Brasileira” (Saraiva, 1ª edição, 1982):

“Realmente, na pureza do sistema, somente a lei obriga, não estando o indivíduo adstrito a fazer ou deixar de fazer senão o que esta determina (vide, infra, art. 153, § 2º). Dessa forma, o regulamento seria abusivo e, conseqüentemente, inválido se criasse direitos ou obrigações novas, não estabelecidas pela lei, se ampliasse, restringisse ou modificasse direitos ou obrigações, se ordenasse ou proibisse, e que a lei não ordena nem proíbe, se facultasse ou proibisse diversamente do que a lei estabelece, se extinguisse ou anulasse direitos ou obrigações”.

Na mesma linha de raciocínio temos as obras do Prof. José Celso de Melo Filho ("Constituição Federal Anotada", Saraiva, 1984, pág. 195), Prof. José Afonso da Silva ("Aplicabilidade das Normas Constitucionais", RT, 1968), Prof. Vicente Ráo ("O Direito e a Vida dos Direitos", Ed. Res. Univ., 1976, pág. 269).

O referido decreto foi editado para regulamentar um decreto-lei, expedido pelo próprio executivo, este com força de lei em substância, inserido pela vontade do Presidente da República, regulamentando matéria própria de lei (ordinária), absorvendo anormalmente as funções próprias do legislativo, eventualmente supresso. (Confira-se a respeito "Curso de Direito Constitucional Positivo" do Prof. José Afonso da Silva, RT 1976, 1º vol. pág. 106).

Estabelecendo o dito art. 7º do Decreto 92.952 procedimento diverso daquele constante no art. 9º do D.L.2.284/86, com vistas ao cálculo dos alugueres nas locações com a natureza acima referida, evidentemente que veio ele a ferir o Direito dos demandantes, extravasando sua competência no referente à matéria que lhe cabia disciplinar, no âmbito estrito da regulamentação, visto que consoante deixou escrito Pontes de Miranda.

"O poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada".

Em conclusão, observa o sempre lembrado jurista:

"Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos, da lei, é nula, por ser contrária à lei, a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico" ("Comentários à Constituição de 1967", vol. III, págs. 312/317, RT, 1970).

Assim visto, pode-se concluir, nos expressos termos constitucionais, que o decreto é destinado a propiciar a fiel execução das leis ou decretos-leis com força de lei, não podia ir além, como o fez, introduzindo o coeficiente estampado na "Tabela Anexo III", que diminui sensivelmente o valor aluguel.

Deve-se, então, enquadrar as locações não residenciais nos parâmetros do art. 9º do Decreto-Lei 2.284/84, posto que o decreto ilegal tenta regulamentá-lo em sua explicitação, como no presente caso.

O Contrato de locação firmado entre as partes (fls. 17/30) estabelece o reajuste anual nos índices da variação das ORTN (cláusula 2ª), e o último reajuste aconteceu em 10 de setembro de

1985. Deve ser atualizado, "pro rata tempore" (proporcional ao período de tempo decorrido desde a última correção até 28/2/86), dividindo-se proporcionalmente o período de 10/9/85 a 28/2/86, nas bases pactuadas pelas partes. Feito esse reajuste, o valor apurado em cruzeiros será convertido em cruzados pela paridade de Cr\$ 1.000/Cz\$1,00, conforme demonstrado no item XII da petição inicial, no valor de Crz\$ 24.013,37, para todo o imóvel, congelando-se até 28/2/87.

Reconhecível a ilegalidade do artigo 7º do Decreto nº 95.592/86, sujeitando-se o caso ao disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 2.284/86, como se pode verificar nos trabalhos do d. advogados, Dr. José Adriano Marrey Neto, publicado no jornal O Estado de São Paulo, 11/4/86 24/08/86; Dr. Rubens Approbato Machado, publicado no Diário do Comércio e Indústria, 22/4/86.

Por outro fundamento, também é de se acolher a pretensão dos autores.

Tratando-se de contratos legitimamente celebrados, as partes têm direito de vê-los cumpridos, nos termos da lei contemporânea aos seus nascimentos, a regular inclusive os seus efeitos, em setembro de 1984 e janeiro de 1985.

Os efeitos ficam condicionados à lei vigente no momento em que foram firmados pelas partes; não havendo que invocar o efeito imediato da lei nova.

Conforme sintetizou Serpa Lopes:

"Todos os fatos consumados durante a vigência da Lei anterior, assim como todas as consequências deles decorrentes, devem ser por ela regidos" ("Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil", 2ª edição, vol. I, pág. 286).

Se os efeitos do contrato não continuam vinculados à lei vigente no momento de sua celebração, os contraentes ficariam expostos a surpresa, capazes de comprometer uma situação patrimonial, como poderá ocorrer no caso sub judice. A lei nova não se aplica aos efeitos futuros do contrato anteriormente celebrado e que se acha em curso.

O alcance de lei nova a situação definitivamente consolidada malferiria, às escâncaras, o proibitivo de retroatividade em face do ato jurídico perfeito (art. 153, § 3º, da Constituição Federal).

É que o contrato é lei entre as partes e deve ser respeitado, pondo-se ao largo da superveniência de novo ordenamento jurí-

dico. Essa a orientação que melhor se ajusta aos princípios de direito, como norma consagrada, legal e constitucional (cf. Vicente Ráo, "O Direito e a Vida dos Direitos", volume I, pág. 433).

A irretrotabilidade, a bem da verdade, impossibilita outra solução (cf. Bento de Faria, "Aplicação e Retroatividade da Lei", pág. 107; Carlos Maximiliano, "Direito Intertemporal", pág. 182).

Firmada a correção dos alugueres por coeficientes das ORTN, estes só prevalecerão, é certo, até o término do pacto locativo, considerado, aí, então, diploma legal que, durante sua fluência, os tornou obrigatórios. Essa a exegese que, na trilha dos ensinamentos de Roubler, vem sendo adotada pela jurisprudência, especialmente da Suprema Corte.

Com efeito, ninguém nega que o contrato de locação é um contrato de trato sucessivo. Mas nem por isso, obviamente, deixa de ser contrato consensual, que é ato jurídico perfeito no momento em que ocorre o acordo de vontades entre locador e locatário, ou seja, no instante em que se constitui.

Daí a lição clássica de Carlos Maximiliano ("Direito Intertemporal", nº 161, pág. 190, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946):

"Não se confundam contratos em curso e contratos em curso de constituição: só estes a norma hodierna alcança, não aqueles (locação, por exemplo); pois são atos jurídicos perfeitos constituídos, que se acham em curso de efeito".

E, mais adiante (nº 168, pág. 197), acrescenta:

"Os efeitos de contrato em curso no dia da mudança da legislação regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo; a norma anterior não os modifica, diminui ou acresce".

Por isso, é de apenas adaptar o valor da locação em cruzeiro e correção em ORTN para a nova moeda em cruzados e correção pelo substitutivo OTN, na data de sua instituição, em 28/2/86, atualizando-se o último reajuste, em 10/9/85, pro rata tempore "(sic).

Nota-se, do exposto, que o referido Decreto 92.592 extrapolou efetivamente o D.L. 2.284/86 ao pretender regulamentá-lo, dispondo sobre alugueis de prédios urbanos não-residenciais, o que não lhe era lícito fazer, como salientou o em. Relator do acórdão impugnado, Prof. Gildo dos Santos, trazendo à colação orientação da sua eg. Câmara, firmada na apelação 208.073/0, de 26.8.87.

Em síntese, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.335 — SP — (Reg. nº 90.0001911-7) — Relator.: Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: Banco de São Paulo-Banespa. Recorrido: Nicolau Archilla Gallan e cônjuge. Advogados. Drs. Iraci Tamiko Unisedo e outro, e Dr. Gil Costa Carvalho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (4ª Turma — 19.06.90).

Votaram com o Ministro Relator os Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar. Presidiu o Julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.356 — SP (Registro nº 90.0001979-6)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Cia. Siderúrgica de Tubarão*

Advogados: *Drs. Nelson Lopes de Oliveira Ferreira Júnior, outro, Geraldo Ataliba e outro*

EMENTA: Tributário. ICM. Isenção.

A isenção concedida a projeto de interesse nacional não pode ser alterada por convênio posterior àquele que a previu. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: A Companhia Siderúrgica de Tubarão, promoveu contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, ação para ver declarado seu direito de isenção do ICM na aquisição de equipamentos e máquinas vinculados à execução do projeto de interesse nacional de implantação da Usina Siderúrgica de Tubarão, com fundamento do Decreto-Lei nº 1.335/74, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.398/75, nos Atos Declaratórios CST 146/80, 242/80 e 37/811 e no Convênio ICM — 09/75.

Processada, foi a ação julgada procedente pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública, em sentença que veio a ser confirmada pela maioria da Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão assim fundamentada no voto do relator:

"A Companhia Siderúrgica de Tubarão propôs contra a Fazenda do Estado de São Paulo a presente ação declaratória, alegando, em resumo, tratar-se de sociedade brasileira, constituída por capitais nacionais, de origem pública na sua participação majoritária e capitais estrangeiros e que tendo elaborado o projeto denominado Tubarão, para a implantação de portentosa usina siderúrgica em solo brasileiro, com estímulos fiscais decorrentes dos Decretos-leis nºs 1.335/74 e 1.398/75 e constantes do Aviso Ministerial nº 23, de 30/1/76, e dos atos declaratórios CST nºs 146, de 17/4/80, 242, de 28/6/80 e 37, de 29/1/81, no âmbito federal, e, no Estado de São Paulo, favorecido com a isenção do ICM, através de atos da Secretaria da Fazenda, tais atos, consubstanciados em Resoluções e Portarias, foram expedidos com base no Decreto Estadual nº 17.727/81 e Convênio ICM nº 9/75. Todavia, com as restrições impostas pelos Convênios ICM nºs 11/81 e 26/83 e a revogação do inciso XLVII do art. 5º do Regulamento do ICM, pelo Decreto nº 221.863/83, o projeto foi colocado em risco, uma vez que ainda não contratados ou realizados o fornecimento e a aquisição da totalidade dos bens necessários ao desenvolvimento e conclusão das obras.

A questão, assim posta, cinge-se à legitimidade do poder de revogar ou reduzir, a qualquer tempo, isenção tributária. A regra é no sentido positivo. Todavia, essa regra comporta exceções conducentes à imodificabilidade e à irrevogabilidade, como, por exemplo, se a concessão se fez a prazo certo ou em função de

determinadas condições. Nessa linha de entendimento, considera-se existente prazo certo aquele definido e determinado pelo próprio tempo necessário à execução total do projeto. Nem se há olvidar que o êxito da execução do projeto, de reconhecido interesse nacional, se acha vinculado ao direito atribuído pelo Estado àquela Companhia, em razão do Convênio nº 9/75. De outra parte, há que se notar que tais isenções não são outorgadas em consideração ao fornecedor, que é o contribuinte de direito do tributo, mas sim, em atenção, exclusivamente, ao empreendedor do projeto, que não deve arcar com os ônus fiscais por repercussão, para, assim, não prejudicar financeiramente e até comprometer o projeto. O caso concreto, pois, insere-se na exceção daquela regra.

Nesse tema, a lição de Aliomar Baleeiro é de que: "a regra deve ser a revogabilidade ou redutibilidade da isenção em qualquer tempo em que o Estado entende que ela já não corresponde ao interesse público do qual emanou. Mas, há exceções, quando a isenção, pelas condições de sua outorga, conduziu o contribuinte a uma atividade que ele não empreenderia se estivesse sujeito a tributos da época. Então ela foi onerosa para o beneficiário. Nesses casos, a revogabilidade total ou parcial seria um ludíbrio à boa fé dos que confiaram nos incentivos acenados pelo Estado" (Direito Tributário Brasileiro, 5ª ed., pág. 525).

Esse entendimento vem cristalizado na Súmula nº 544, do Supremo Tribunal Federal assim enunciado: "Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas".

Assim, a autora, já com a isenção outorgada e no estágio do andamento do projeto, não poderia ver suprimido o direito àquele benefício, por norma posterior que alterou o convênio primitivo, que somente poderia produzir efeitos para o futuro e nunca alcançar situações preexistentes, além do que é próprio do nosso ordenamento jurídico constitucional o princípio da irretroatividade da norma, impedindo-a de atingir o ato jurídico perfeito. Não há, pois, qualquer ofensa à Constituição Federal.

Por derradeiro, bem a propósito, mencionada pelas corretas contra-razões, recente decisão do Pretório Excelso, com a seguinte ementa: "Isenção tributária — Convênios para isenção de ICM — A isenção de ICM concedida, tendo em vista projeto de obra de interesse público, não constitui pura liberalidade, pois é con-

dicionada à execução daquele projeto. Os convênios posteriores que previram novas condições para a concessão da isenção não alcançam aquela relativa a projeto de interesse nacional em plena execução — Recurso conhecido (R.E nº 111.638-2 — RJ — 2ª Turma — Rel. Min. Carlos Madeira, j. 10.2.87; DJU de 3.4.87, pág. 5.823).”

Inconformado, o Estado de São Paulo interpôs embargos infringentes que foram rejeitados, seguidos de embargos de declaração igualmente rejeitados.

Não se conformando, mais uma vez, interpôs o Estado referido recurso especial com fundamento no art. 105, III, alínea c, da Constituição da República, argüindo divergência jurisprudencial e invocando, para comprová-la, dentre outras, decisões da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, proferidas nos RREE nºs 105.486-7 e 104.504-3, de que foram relatores os Srs. Ministros Oscar Corrêa e Octávio Galloti, assim ementadas:

“ICM — Isenção prevista no Convênio 9/75 e revogada em convênio posterior — 24/81 — na vigência do qual se verifica a saída das máquinas e equipamentos adquiridos.

Isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação. Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

.....

“Não se subordinou a concessão a qualquer condição ou contraprestação onerosa”

.....

“Ora, a hipótese inclui-se, reconhecidamente, entre as primeiras, pura e simplesmente, sem condição ou ônus, ou prazo certo, prevalecendo, desta forma, o princípio, a regra da revogabilidade.”

.....

“ICM. Isenção concedida pelo Convênio nº 9 — 75 e revogada pelos Convênios nºs 11 — 81 e 24 — 81.

Acórdão recorrido que se baseou em dois fundamentos, cada qual por si suficiente, sendo um calcado em matéria de fato e interpretação de norma estadual (Súmulas 279 e 280).

Isenção, ademais, pura e simples, e por isso revogável, como decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal, ao apreciar o Rec. Ext. 105.486.

Recurso Extraordinário de que não se conhece.”

Mencionou, ainda, julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Admitido, o recurso foi regularmente processado e encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A decisão recorrida, como acentuado no relatório, foi no sentido da impossibilidade de suprimir-se isenção do ICM concedida com apoio no Convênio 09/75, para realização de projeto de interesse nacional e, em sentido contrário, que demonstraria divergência jurisprudencial, apontou a requerente julgados assim ementados:

“ICM. Isenção prevista no Convênio 9/75 e revogada em convênio posterior — 24/81 — na vigência do qual se verifica a saída das máquinas e equipamentos adquiridos.

Isenção pura e simples, sem ônus ou contraprestação. Incidência imediata e revogabilidade admitida.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.

Não se subordinou a concessão a qualquer condição ou contraprestação onerosa.

.....
Ora, a hipótese inclui-se, reconhecidamente, entre as primeiras pura e simplesmente, sem condição ou ônus, no prazo certo, prevalecendo, desta forma, o princípio, a regra da revogabilidade.”

“ICM. Isenção condicionada pelo Convênio nº 9 — 75 e revogada pelos Convênios nºs 11 — 81 e 24 — 81.

Acórdão recorrido que se baseou em dois fundamentos, cada qual por si suficiente, sendo um calçado em matéria de fato e interpretação de norma estadual (Súmula 279 e 280).

Isenção, ademais, pura e simples, e por isso revogável, como decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal, ao apreciar o Rec. Ex. nº 1105.486.

Recurso Extraordinário de que não se conhece.”

A divergência é manifestada e, assim, conheço do recurso.

Nego-lhe, porém, provimento, pois há que distinguir-se, na hipótese, entre saída de máquina e equipamentos destinados a uso normal, e fato idêntico quando relativo a projeto de interesse público, como decidiu a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RR.EE 111.638 e 112.613, relatados pelo Sr. Ministro Carlos Madeira, assim ementados:

“Isenção tributária. Convênio para isenção de ICM. A isenção do ICM concedida tendo em vista projeto de obra de interesse público, não constitui pura liberalidade, pois é condicionada à execução daquele projeto. Os Convênios posteriores que previrem novas condições para a concessão da isenção não alcançam aquela relativa a projeto de interesse nacional em plena execução.”

Ora, no caso dos autos, a isenção fora concedida para projeto de implantação de usina siderúrgica em solo nacional — Projeto Usina Tubarão, para o qual eram necessários máquinas e equipamentos, não sendo possível alterar-se as condições da aquisição respectiva, porque concebido dito projeto considerando a isenção de impostos, inclusive o ICM.

Quanto à arguição de negativa de vigência do art. 178 do CTN, de acordo com o qual “a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observando o disposto no inciso III do art. 104”, não se verificou, ao que entendo, no caso presente, pois, a isenção foi concedida considerando ser o projeto de interesse nacional.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp. nº 2.356 — SP — (Reg. nº 90.0001979-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Cia. Siderúrgica de Tubarão. Advogados: Drs. Nelson Lopes de Oliveira Ferreira Júnior, outro, Geraldo Ataliba e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 30.05.90 — 1ª Turma).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 2.429 — SP
(Registro nº 90.0002330-0)

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

Recorrente: *Banco Bradesco de Investimentos S/A.*

Recorrido: *Cleper Arnaud Mascarenhas*

Advogados: *Drs. Rosângela Claudino Pedrosa e outros e Augusto Cordeiro V. Mascarenhas.*

EMENTA: Fraude de execução. Não caracterização.

Para que se configure a fraude de execução, não basta o ajuizamento da demanda, mas a citação válida.

Recurso especial conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro, ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Contra a decisão, que julgou subsistente a penhora, declarando realizada em fraude de execução a dação em pagamento, objeto de escritura pública, o executado interpôs recurso de agravo de instrumento. Sustentou o agravante que, para a caracterização da fraude de execução, não é suficiente o ajuizamento da demanda, mas a citação válida. O Primeiro Tribunal da Alçada Civil de São Paulo, por maioria de votos, deu provimento ao recurso nos seguintes termos:

“II. Com efeito, exigindo a lei, para a configuração de fraude de execução, que a alienação do bem haja se dado quando, ao seu tempo, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à

insolvência, não é possível se dar, aqui, o reconhecimento daquela.

Na hipótese, a alienação se operou na mesma data da citação dos executados, e como acaba de decidir, novamente, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 105.846-3, de São Paulo, mantendo a orientação trilhada em acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, o simples ajuizamento da execução não configura demanda. Ao ver também da mais alta Corte do País, para caracterizar a fraude à execução se mostra imprescindível o ato citatório válido, de modo a se poder falar em demanda, em lide pendente, ou coisa litigiosa. Serviram de suporte para a decisão referida não apenas a doutrina de Moacyr Amaral Santos, Pontes de Miranda e Amílcar de Castro, quanto a esse entendimento de coisa litigiosa, mas também o entendimento seguido pelo Tribunal da Capital Federal em outros recursos extraordinários, por ele invocados, a saber, RE 83.762, transcrito *in* RTJ 89/899, e RE 85.169, transcrito *in* RTJ 93/625.

Na linha desse entendimento dado ao artigo 593, II, do CPC, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, não se pode enxergar, pois, aqui, fraude de execução, como, de resto, assim vem entendendo esta Câmara (Apelações nºs 348.582, 363.018, 376.485), observando-se, por oportuno, que eventual discussão sobre a verificação de fraudes contra credores se mostra inoportuna e impossível dentro do processo de execução.

Com estas considerações, dão provimento ao recurso para julgar insubsistente a penhora, reconhecendo a inexistência de fraude à execução da mencionada dação em pagamento feita por escritura pública registrada em 1º de agosto de 1986."

O Banco agravado manifestou recurso especial com arrimo no art. 105, III, letras *a* e *c*, da CF, alegando negativa de vigência dos arts. 593, II, e 653 do CPC, ao fundamento de que, para configurar-se a fraude de execução, basta a propositura da ação, com a distribuição do feito. Saliou que o recorrido tinha plena ciência da execução, sendo evidente a simulação com que se houve. Arguiu, ainda, divergência jurisprudencial, trazendo a confronto as decisões proferidas nos Embargos Infringentes nº 22.764, do Primeiro Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro e nos agravos nºs 855/84 e 1.448/87, ambos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, e nº 99.054, da Suprema Corte.

Admitido o apelo extremo pela alínea *c* do permissivo constitucional, as partes ofereceram razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Por escritura pública datada de 25.7.86, o executado deu o imóvel sito à rua Igoturucaia, nº 198, em dação em pagamento a Valdomiro Matias. Tal escritura foi registrada no dia 01.08.86, mesma data em que se operou a citação do devedor na execução aparelhada pelo Banco-recorrente.

Discute-se nestes autos se, para fins do disposto nos arts. 592, V, e 593, II, do CPC, basta o ajuizamento da ação ou, se ao reverso, é necessária a citação.

A litispendência somente ocorre com a citação, conforme resulta inequivoco do estabelecido nos arts. 219 e 263, segunda parte, ambos da lei processual civil. Assim, para a demanda correr, não basta o aforamento da ação: é de rigor a citação válida. Antes da citação, não se pode afirmar que se tenha instaurado a relação jurídico-processual e, conseqüentemente, a alienação de bens pelo réu não é de ser tida como atentatória ao normal desempenho da função jurisdicional. Pode ser que tenham sido atingidos os interesses privados do credor, circunstância que não se confunde com a fraude de execução (cfr. voto do ilustre Desembargador Rubens Bergonzi Bossay — fl. 137).

Essa é a diretriz jurisprudencial traçada pelo C. Supremo Tribunal Federal (RTJ 89/899-904; 93/625; 116/356 e 122/800), que esta Turma perfilhou ainda recentemente (Recurso Especial nº 2.573-RJ, Relator Ministro Fontes de Alencar). Nesse sentido alinha-se, outrossim, o magistério de Mário Aguiar Moura, para quem:

“Entendemos que para o efeito estudado é a citação do réu que pesa. Entre os efeitos da citação está o de tornar litigiosa a coisa, já tendo sido decidido pelo Pretório Excelso: ‘Sem a litispendência e a insolvência conseqüente à lide existente não se pode configurar a alienação em fraude de execução’ (RE nº 18.769, Rev. For., 140/180).

Correto que não se trata de litigiosidade específica em torno de determinado bem. Isso ocorre relativamente ao inc. I, do art. 593. Mas, tendo em vista que a alienação torna insolvente o devedor, a litigiosidade diz com o patrimônio por inteiro dele. Há uma contaminação genérica e indivisível que coloca *sub judice* todos os bens do devedor.

Nesse modo de ver, ainda mesmo qua já aparelhado se ache o processo pela distribuição ou despacho, em linha de princípio, a alienação, que se efetiva nesse interregno e antes da citação, não enseja a argüição de fraude de execução. Poderá favorecer a verificação da fraude contra credores”.

("Fraude de Execução pela Insolvência do Devedor", Revista Ajuris, vol. 12, pág 68).

Tampouco colhe a argumentação desenvolvida pelo recorrente quanto à norma inserta no artigo 653 do CPC. É que a admissibilidade da efetivação do arresto não elide a exigência de citação válida para fins do estatuído no art. 593, II, do CPC. Consoante lição de Celso Neves, "a figura do art. 653 insere-se, com o elemento eventual, no procedimento da penhora, sem perder o sentido euremático que lhe é próprio, mas tem, aqui, natureza executória, e como tal deve ser entendida" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VII, pág. 31, Ed. Forense).

A alegação de simulação, de outro lado, situa-se no plano dos fatos, não sendo suscetível de ser apreciada no campo do apelo extremo através da invocação de qualquer das alíneas do permissivo constitucional.

Em suma, não se dá, *in casu*, negativa de vigência de lei federal.

Tocante ao dissídio pretoriano, dois dos arestos trazidos como paradigmas prestam-se ao confronto, pois asseveraram a tese de que, para a caracterização da fraude de execução, é prescindível a citação, sendo bastante o ajuizamento da ação. São os dois acórdãos provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 134/145 e 146/155). Todavia, como evidenciado acima, interpretação mais compatível com a sistemática de nosso diploma processual civil é aquela que reclama o advento da citação para o fim de possibilitar a configuração da fraude de execução.

Ante o exposto, conheço do recurso pela letra *c* do autorizativo constitucional, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, este tema é realmente um tema extremamente polêmico, e isso em consequência da redação atécnica do Código de Processo Civil em seu art. 593, inciso II, onde usa da expressão "corria contra o devedor". O uso do verbo "correr" parece-me que, realmente, não tem um significado jurídico preciso, muito ao contrário.

O eminente processualista Alcides de Mendonça Lima, na 6ª edição de seus "Comentários ao Código de Processo Civil", da Revista Forense, refere expressamente ser "essencial de modo irretorquível a litispendência" (obra citada, nº 1.130). É verdade que, sob esta redação do Código de Processo Civil, com a exegese, que a jurisprudência dominante atribui à lei, abre-se azo a numerosas manobras fraudulentas de devedores que podem, cientes, como é

tão freqüente, da propositura da ação, usar de artifícios para se furtarem à citação; e no interregno procedem à alienação de seus bens. Estarão a agir, então, não em fraude de execução, e sim apenas em fraude de credores, exigindo do credor todos os percalços, as demoras e os inconvenientes da propositura da ação pauliana.

Embora estas realidades no plano fático, e as perplexidades que a redação da lei nos traz, tendo em vista os precedentes jurisprudenciais e a doutrina prevalente, acompanho o voto do eminente Relator, naturalmente ressaltando ao credor a ação pauliana.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o Ministro Relator, até porque já me pronunciei a respeito em sede doutrinária.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2429 — SP — (Reg. nº 90.0002330-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Banco Bradesco de Investimento S/A. Recorrido: Cleper Arnaud Mascarenhas. Advogados: Drs. Rosângela Claudino Pedrosa e outros e Augusto Cordeiro V. Mascarenhas.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (Em 19.06.1990, 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 2473 — SP

(Registro nº 90.0002428-5)

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

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

Recorrente: *Sintesul S/A — Síntese de defensivos Químicos do Sul*

Recorrido: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Roberto Faria de Sant'anna, Marco Antonio Moraes Sophia e outros*

EMENTA: Recurso especial. GATT. ICM. Isenção. Matéria prima. À mercadoria importada de país signatário do GATT estende-se a isenção do ICM concedida a similar nacional. Interpretação lógica conduz ao mesmo resultado quando se trata de matéria prima para compor mercadoria, que, por sua vez, é idêntica à composta com material brasileiro. Identificam-se na finalidade, qual seja, conferir a mesma disciplina tributária.

ACÓRDÃO

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

Decida a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao Recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Designado para o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): SINTESUL S/A Síntese de Defensivos Químicos do Sul interpôs recurso extraordinário, com arguição de relevância, fundado no art. 119, III, *a* e *d*, da CF/67, contra v. acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confirmatório de sentença pela qual lhe foi denegada segurança, impetrada com o objetivo de ver reconhecido direito a isenção de ICM na importação de país signatário do GATT, de matéria-prima destinada à fabricação de medicamento de uso veterinário isento do tributo.

Disse que a referida decisão negou vigência ao inciso XIII, § 1º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 4/69, aos artigos 96 e 98 do CTN e a diversos dispositivos da CF/67, além de haver entrado em divergência com a Súmula nº 575 do STF e precedentes da mesma Corte.

A arguição de relevância foi considerada prejudicada na Suprema Corte, havendo o eminente Relator, Ministro Francisco Resek, determinado a devolução do respectivo instrumento à Corte de origem, a fim de que fosse examinada a possibilidade de admissão do recurso especial em que foi convertido,

ipso jure, o recurso extraordinário, nos estritos limites da matéria deduzida na mencionada argüição.

Deferido o processamento, vieram os autos a este STJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): A argüição de relevância cingiu-se ao alegado dissídio, devendo-se conter o recurso, pois, nesse limite, conforme observado na decisão do Relator, no STF.

Trata-se, como se viu, de matéria-prima importada de país signatário do GATT, destinada à produção de medicamento de uso veterinário, isento do ICM.

É de reconhecer-se que a jurisprudência do STF, sobre a matéria, não distingue entre produto acabado e matéria-prima, conforme explícito no RE 113.150, *in verbis*:

"Embargos de Declaração. GATT. Isenção do ICM a produto importado cujo similar nacional goza de idêntico benefício. A Emenda Constitucional nº 23/83, ao acrescentar o § 11 do art. 23 da Carta da República, não revogou o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, pelo qual o país garante a igualdade entre as partes contratantes, inclusive quanto ao tratamento tributário.

Embargos declaratórios rejeitados".

Esta egrégia Turma, já por diversas vezes, teve oportunidade de pronunciar-se pela validade da isenção prevista no mencionado Tratado, em face da EC 23/83, que introduziu o § 11 no art. 23 da CF/67.

Confronte-se, por exemplo, o acórdão proferido no RESP nº 1.528-SP, de que fui Relator:

"Tributário. ICM. Importação de produto cujo similar nacional goza de isenção do imposto. Lei nº 3.991/83, do Estado de São Paulo, que instituiu o Tributo com base na competência explicitada e ampliada pela EC número 23/83, ao aditar o § 11 do artigo 23 da CF/67.

Diploma legal que há de ser interpretado em consonância com o princípio da equivalência de tratamento fiscal, consagrado no texto do GATT (Parte II, art. III), por força do qual as isenções tributárias que contemplam o similar nacional devem ser estendidas ao produto importado de países signatários do Tratado em apreço, sob pena de ofensa ao art. 98 do CTN. Precedentes do STF.

Recurso provido."

Não esteve em jogo, entretanto, nessa decisão, o problema da matéria-prima ora apreciada.

Conforme já acentuado acima, o que se estabeleceu no GATT foi a equivalência de tratamento fiscal entre produto importado e similar nacional.

É ler o mencionado documento, na parte pertinente ao assunto:

"Parte II — Artigo III

Tratamento nacional em matéria de tributações e de regulamentação internas

2) Os produtos do território de qualquer parte contratante importados para o território de qualquer outra parte contratante não sofrerão a incidência, direta ou indireta, de taxas ou outras tributações internas, sejam de que natureza forem, superiores àquelas que incidem, direta ou indiretamente, sobre os produtos nacionais similares. Por outro lado, nenhuma parte contratante aplicará, de outra maneira, taxas ou outras tributações internas nos produtos importados ou nacionais de um modo contrário aos princípios "enunciados no parágrafo primeiro.

3).....

4) Os produtos do território de qualquer parte contratante importados pelo território de qualquer outra parte contratante não estarão sujeitos a um tratamento menos favorável que o concedido aos produtos similares de origem nacional no que concerne a quaisquer leis, regulamentos ou prescrições que afetem a venda, a colocação à venda, a compra, o transporte, a distribuição e a utilização destes produtos no mercado interno. As disposições do presente parágrafo não interditarão a aplicação de tarifas diferentes para os transportes internos, fundadas exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem do produto".

Diante do texto transcrito, é fora de dúvida que o tratamento fiscal nele previsto somente contempla produto com similar nacional, não se estendendo à matéria-prima ou demais componentes nele utilizados.

É possível que a matéria-prima importada constitua, em si mesma, um produto acabado, com similar nacional isento, embora possa vir a ser utilizado na fabricação de outro mais sofisticado. Nesse caso, é fora de dúvida que está abrangido pela cláusula de equivalência, que não está condicionada, como se viu, à destinação dada ao produto.

No caso dos autos, todavia, a importação é de Trymethil Ortho Formate, substância que não configura a hipótese acima delineada, constituindo, antes,

uma substância destinada à fabricação de defensivos animais, segundo esclarecido na própria inicial.

Sequer se alega que possa ser confrontada com substância da mesma espécie, produção nacional, que desfrute isenção tributária.

Assim sendo, não há considerá-la protegida pela prefalada cláusula de equivalência que, pelo fato de encerrar privilégio fiscal, não comporta interpretação abrangente.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, com os esclarecimentos do Eminentíssimo Ministro-Relator, peço vênias para dissentir das conclusões de S. Exa., reeditando voto, anteriormente, aqui proferido. A finalidade da isenção é colocar no produto final preço mais acessível ao consumidor. Em sendo assim, se a matéria-prima é utilizada especificamente para a produção de uma mercadoria e, por seu turno, essa mercadoria é isenta do ICM, há o interesse. A matéria-prima em si mesma não fará concorrência a congêneres nacionais, porque inexistente a similitude.

Em face disto, *data venia*, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: A espécie foi assim sumariada pelo eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, Relator:

“Sintesul S/A Síntese de Defensivos Químicos do Sul interpôs recurso extraordinário, com argüição de relevância, fundado no art. 119, III, *a* e *d*, da CF/67, contra v. acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confirmatório de sentença pela qual lhe foi denegada segurança, impetrada com o objetivo de ver reconhecido direito a isenção de ICM na importação de país signatário do GATT, de matéria-prima destinada à fabricação de medicamento de uso veterinário isento do tributo.

Disse que a referida decisão negou vigência ao inciso XIII, § 1º, da Lei Complementar nº 4/69, aos artigos 96 e 98 do CTN e a diversos dispositivos da CF/67, além de haver entrado em divergência com a Súmula nº 575 do STF e precedentes da mesma Corte.

A argüição de relevância foi considerada prejudicada na Suprema Corte, havendo o eminentíssimo Relator, Ministro Francisco

Resek, determinado a devolução do respectivo instrumento à Corte de origem, a fim de que fosse examinada a possibilidade de admissão do recurso especial em que foi convertido, *ipso jure*, o recurso extraordinário, nos estritos limites da matéria deduzida na mencionada argüição.

Deferido o processamento, vieram os autos a este STJ."

S. Exa. votou, em seguida, negando provimento ao recurso. Assim o voto do eminente Ministro Relator:

"A argüição de relevância cingiu-se ao alegado dissídio, devendo-se conter o recurso, pois, nesse limite, conforme observado na decisão do Relator, no STF.

Trata-se, como se viu, de matéria-prima importada de país signatário do GATT, destinada à produção de medicamento de uso veterinário, isento do ICM.

É de reconhecer-se que a jurisprudência do STF, sobre a matéria, não distingue entre produto acabado e matéria-prima, conforme explícito no RE 113.150, *in verbis*:

"Embargos de Declaração. GATT. Isenção de ICM a produto importado cujo similar nacional goza de idêntico benefício. A Emenda Constitucional nº 23/83, ao acrescentar o § 11 do art. 23 da Carta da República, não revogou o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, pelo qual o país garante a igualdade entre as partes contratantes, inclusive quanto ao tratamento tributário.

Embargos declaratórios rejeitados".

Esta Egrégia Turma, já por diversas vezes, teve oportunidade de pronunciar-se pela validade da isenção prevista no mencionado Tratado, em face da EC 23/83, que introduziu o § 11 no art. 23 da CF/67.

Confronte-se, por exemplo, o acórdão proferido no REsp. nº 1.528-SP, de que fui Relator:

"Tributário. ICM. Importação de produto cujo similar nacional goza de isenção do imposto. Lei nº 3.991/83, do Estado de São Paulo, que instituiu o tributo com base na competência explicitada e ampliada pela EC nº 23/83, ao aditar o § 11 do art. 23 da CF/67.

Diploma legal que há de ser interpretado em consonância com o princípio da equivalência de tratamento fiscal, consagrado no texto do GATT (Parte II, artigo III), por força do qual as isenções tributárias que contemplam o similar nacional devem ser estendidas ao produto importado de países signatários do Tratado

em apreço, sob pena de ofensa ao art. 98 do CTN. Precedentes do STF.

Recurso provido.”

Não esteve em jogo, entretanto, nessa decisão, o problema da matéria-prima ora apreciada.

Conforme já acentuado acima, o que se estabeleceu no GATT foi a equivalência de tratamento fiscal entre produto importado e similar nacional.

É ler o mencionado documento, na parte pertinente ao assunto:

“Parte II — Artigo III.

Tratamento nacional em matéria de tributações e de regulamentação internas.

2) Os produtos do território de qualquer parte contratante importados para o território de qualquer outra parte contratante não sofrerão a incidência, direta ou indireta, de taxas ou outras tributações internas, sejam de que natureza forem, superiores àquelas que incidem, direta ou indiretamente, sobre os produtos nacionais similares. Por outro lado, nenhuma parte contratante aplicará, de outra maneira, taxas ou outras tributações internas nos produtos importados ou nacionais de um modo contrário aos princípios enunciados no parágrafo primeiro.

3).....

4) Os produtos do território de qualquer parte contratante importados pelo território de qualquer outra parte contratante não estarão sujeitos a um tratamento menos favorável que o concedido aos produtos similares de origem nacional no que concerne a quaisquer leis, regulamentos ou prescrições que afetem a venda, a colocação à venda, a compra, o transporte, a distribuição e a utilização destes produtos no mercado interno. As disposições do presente parágrafo não interditarão a aplicação de tarifas diferentes para os transportes internos, fundadas exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem do produto.”

Diante do texto transcrito, é fora de dúvida que o tratamento fiscal nele previsto somente contempla produto com similar nacional, não se estendendo à matéria-prima ou demais componentes nele utilizados.

É possível que a matéria-prima importada constitua, em si mesma, um produto acabado, com similar nacional isento, embora possa vir a ser utilizado na fabricação de outro mais sofisticado. Nesse caso, é fora de dúvida que está abrangido pela cláusula de equivalências, que não está condicionada, como se viu, à destinação dada ao produto.

No caso dos autos, todavia, a importação é de Trymethil Ortho Formate, substância que não configura a hipótese acima delineada, constituindo, antes, uma substância destinada à fabricação de defensivos animais, segundo esclarecido na própria inicial.

Sequer se alega que possa ser confrontada com substância da mesma espécie, produção nacional, que desfrute isenção tributária.

Assim sendo, não há considerá-la protegida pela prefalada cláusula de equivalência que, pelo fato de encerrar privilégio fiscal, não comporta interpretação abrangente.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso."

Votou, em seguida, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, que conheceu do recurso e deu-lhe provimento.

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

A sentença denegatória da segurança e que foi confirmada pelo acórdão recorrido, lavrada pelo Juiz Eleutério Dutra Filho, assim deslindou a controvérsia:

.....
"Pela leitura do capítulo dedicado às isenções no Regulamento do I.C.M., ou mais precisamente, o seu Art. 5º, item XI, letra c, verifica-se, sem muito esforço mental, que as isenções alinhadas nesse dispositivo, são dirigidas aos defensivos animais já acabados, industrializados e prontos para os fins a que se destinam, não alcançando as matérias primas ou ingredientes utilizados na fabricação desses produtos.

3. Se o legislador estadual pretendesse dispensar do imposto as operações internas com as matérias primas usadas no fabrico de defensivos animais, tal isenção constaria expressamente do Regulamento, conforme ocorreu com os adubos e fertilizantes, cujos componentes estão expressa e literalmente desonerados do tributo (vide Art. 5º, item IX).

4. Ora, como o produto importado não é um defensivo animal, mas simples ingrediente utilizado na fabricação de defensivo conforme se vê pela guia de importação (fl. 27), obviamente que não está desonerado de tributação, uma vez que seu similar nacional, conforme já exposto, não goza do favor fiscal."

.....
(fls. 65/66).

Dirirjo, *data venia*, desse entendimento. Reporto-me, no ponto, ao voto que proferi por ocasião do julgamento do REsp. nº 214-SP, cuja cópia faço anexar, pelo que fica fazendo parte deste.

Em conclusão, com a vênia do Sr. Ministro Relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

ANEXO

VOTO (VISTA)

(REsp nº 214-SP)

"Tributário. GATT. ICM. Isenção. Similar Nacional. Matéria-prima de produto acabado isento. Súmula 575-STF.

I. À mercadoria importada de país signatário do GATT estende-se a isenção do ICM concedida a similar nacional. Essa isenção alcança matéria-prima destinada a produto final isento.

II. Recurso Especial provido."

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS M. VELLOSO: Trata-se de mandado de segurança impetrado por SINTESUL S/A — Síntese de Defensivos Químicos do Sul contra ato do Senhor Delegado Regional Tributário do Litoral do Estado de São Paulo, consubstanciado na exigência de recolhimento do ICM sobre a entrada de Tetracloroacetophenone, matéria-prima destinada à fabricação de inseticida, importada da Alemanha Ocidental, país signatário do GATT.

A Décima Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, confirmando decisão de primeiro grau que havia denegado a segurança, negou provimento ao recurso da impetrante.

Entendeu o acórdão de fls. 100/102 que a isenção pleiteada diz respeito a produtos acabados, ou seja, ao inseticida destinado exclusivamente à pecuária e não a simples componente desse. Considerando que a impetrante importou matéria-prima que "depende de processamento industrial" para, juntamente com outras matérias, vir a ser empregado como inseticida, não tem direito à isenção, pois, o diploma que a concede deve ser interpretado restritivamente.

Ressaltou, ainda, que o momento da incidência do tributo é o do desembaraço aduaneiro, "a partir do qual a mercadoria ficou à disposição" da recorrente.

Inconformada, a SINTESUL S/A interpõe recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, III, *a e d*, da Constituição anterior, arguindo a relevância da questão federal.

Alega que o aresto negou vigência ao inciso XIII, § 1º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 4, de 02.12.69, aos arts. 96 e 98 do C.T.N., ao GATT, violou os arts. 19, § 2º e 20, III, da Constituição de 1967 e divergiu da Súmula 575-STF, bem como de inúmeros julgados do Pretório Excelso.

Inadmitido na origem, o recurso subiu à Suprema Corte por força de agravo de instrumento.

O eminente Ministro Paulo Brossard, Relator, desdobrando o recurso em extraordinário (matéria constitucional) e especial (matéria legal), determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Nesta Egrégia Corte, na sessão de 04.04.90, o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, Relator, não conheceu do recurso. É o seguinte o seu voto:

"O Recurso Extraordinário, admitido por força de provimento de agravo de instrumento, foi convertido *ipso iure* em recurso especial quanto à matéria infraconstitucional, ou seja negativa de vigência aos arts. 96 e 98 do CTN, art. 1º da Lei Complementar nº 4/69, do Tratado GATT, bem como contraste com a Súmula 575 do Supremo Tribunal Federal.

É certo, a "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes (CTN, art. 96).

De outro lado, os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhes sobrevenha (CTN, art. 98).

O Tratado GATT, na Parte II — Artigo III — tratamento nacional em matéria de impostos e de regulamentação interna, estatui no ítem I: os produtos de qualquer Parte Contratante serão isentos da parte dos tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam aos aplicados, direta ou indiretamente, a produtos similares de origem nacional.

Em outras palavras, a isenção tem como pressuposto que o produto estrangeiro seja similar ao nacional, e este goze, em nossa legislação, de favores fiscais.

A isenção, por seu turno, é instituto de interpretação restritiva, atendo-se à hipótese descrita. Inadmissível a analogia.

Além disso, nos casos relacionados no GATT, a finalidade da norma se mostra sem rebuços. Busca, aqui, incentivar a importação e, no estrangeiro, facilitar a circulação do produto brasileiro. Sem o incentivo fiscal, havendo tributos relativamente a um deles, sempre repassados, provocaria disparidade dos preços ou desestimularia, no Brasil, a importação e correspondente saída dos produtos brasileiros.

Urge, no entanto, atentar para pormenor significativo. O produto estrangeiro, importado, precisa ser similar ao nacional. Inexistente essa qualificação, faltarão o pressuposto da isenção porque inexistirá a concorrência que se quer evitar.

Restou indiscutível, por afirmação até da Impetrante, ora Recorrente, que "o produto químico denominado Tetracloroacetophenone, de nome comum Tetracloroacetofenoma é matéria prima destinada à fabricação de inseticida para aplicação exclusiva na pecuária" (fl. 3).

O v. acórdão recorrido, como a sentença, deixou acertado, o que não é contestado pelo Recorrente:

"Ora, sendo assim e a isenção prevista pelo art. 5º, XI, c, do Decreto nº 17 727/81, com a redação que lhe deu o Decreto 21 987/84, dizendo respeito a produtos, como inseticidas, destinados exclusivamente à pecuária, etc., não se pode subentender como tal a matéria-prima importada pela impetrante (Tetracloroacetophenone ou Tetracloroacetofenoma) que, em si mesma não sendo inseticida, mas simples componente, ainda depende de processamento industrial para, juntamente com outras matérias, vir a ser empregado com tal finalidade" (fl. 101).

Repita-se, isenção implica interpretação restritiva. Inadmitte ampliação de hipótese contemplada.

Não se pode, assim, identificar para o fim postulado pela Recorrente inseticida com produtos destinados à fabricação de inseticidas. Constituem categorias fáticas diversas. Cada uma com sua individualidade. Não se pode, para alcançar a similitude considerar produto acabado com os seus componentes. Enquanto não houver a composição, a matéria continua distinta. E distinta do ponto-de-vista econômico, dado sempre relevante em Direito Tributário.

A decisão recorrida interpretou com exatidão o sentido normativo da legislação pertinente. Distinguiu inseticida de componentes para a fabricação de inseticida.

De outra parte a Súmula 575, do STF:

"À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional."

não traduz o significado pretendido pela Recorrente.

As hipóteses que inspiraram os julgados sintetizados na Súmula sempre corresponderam a produtos similares, ou seja, a mercadoria estrangeira era igual à existente no Brasil.

O caso dos autos, como se viu, é diferente.

Aliás, o próprio STF já se manifestou a respeito, distinguindo produto acabado de matéria-prima.

Acrescente-se outro argumento útil para rebater a tese da recorrente. A matéria-prima para inseticida é também matéria-prima para outros produtos, mesmo sem similar nacional. A importação não é vinculada à destinação dos componentes, mas aos componentes em si mesmos.

O referido acórdão do STF é do RE 103.935-3-SP, estampado na RT 596/270:

"Recurso Extraordinário — Invocação de dissídio jurisprudencial — Hipótese não caracterizada. Acórdãos de um mesmo Tribunal.

ICM — Produto importado de país signatário do GATT — Matéria-prima — Distinção de produto acabado — Inexistência de isenção — Inaplicabilidade.

Não conheço do recurso por nenhum dos fundamentos.

Em atenção ao r. despacho de fl. 165, restituam-se os autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal."

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

Está no acórdão:

"

"Ora, sendo assim e a isenção prevista pelo art. 5º, XI, "c", do Dec. 17 727/81, com a redação que lhe deu o Dec. nº 21 987/84, dizendo respeito a produtos, como inseticidas, destinados exclusivamente à pecuária, etc., não se pode subentender como tal a matéria prima importada pela impetrante (Tetracloroacetophenone ou Tetracloroacetofenoma) que, em si mesma não sendo inseticida, mas simples componente, ainda depende de processamento industrial para, juntamente com outras matérias, vir a ser empregado com tal finalidade.

Daí o acerto da r. sentença recorrida em sua conclusão de que a isenção existe para o produto pronto e acabado e não a um ou mais de seus ingredientes."

....."

(fl. 101)

Divirjo, *data venia*, desse entendimento.

É que a distinção feita pelo acórdão põe-se contrária ao verbete da Súmula 575-STF e contraria o disposto no art. 98, CTN.

Com efeito.

Não há dúvida no sentido de que o produto acabado, o inseticida, está isento do ICM. Isto é inquestionável. Quer dizer, o produto acabado está isento, na saída. Não há como exigir, então, o ICM quando da entrada da matéria-prima, que integrará o produto acabado, por isso que o ICM cobrado na entrada da mercadoria representa antecipação, já que o seu *quantum* deverá ser deduzido quando da revenda. Isento o produto acabado, não há como efetivar a dedução mencionada. Noutras palavras, não poderá o contribuinte recuperar, na saída, o que pagou de ICM quando da entrada da matéria-prima. É exatamente isto o que expôs o eminente e saudoso Ministro Rodrigues Aleckmin, no RE nº 76.099-SP:

.....
"O ICM cobrado na entrada da mercadoria é antecipação, pois, será deduzido do devido na revenda. Ora, se similar nacional não vai pagar tributo na revenda, nem o importando; aquele, isento de tributo, estará em situação mais favorável que este, que antecipou o ICM na entrada da mercadoria e não poderá recuperá-lo."
.....

(RTJ, 73/454)

Acentue-se, de outro lado, que, se o produto acabado está isento do ICM, não se justifica a distinção, para o fim de tributar-se o componente. Permiti-lo significa violar, por via indireta, o Tratado.

Por derradeiro, não há falar que a "matéria-prima para inseticida é também matéria-prima para outros produtos, mesmo sem similar nacional". Esta matéria, que é de fato, não está aventada no acórdão, que denegou a segurança unicamente com base no argumento exposto linhas atrás. Noutras palavras, os fatos, na versão do acórdão recorrido, não autorizam essa afirmativa.

Do exposto, com a vênua do eminente Ministro Relator, meu voto é no sentido de dar provimento ao recurso.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Sr. Presidente, também acho que esse é um argumento forte, mas, aqui prendi-me também àquele princípio geral, do Código Tributário Nacional, de que as isenções devem ser interpretadas de maneira restrita.

Leio no tratado (lê):

Trata-se de norma categórica;

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Mas, se houver a incidência na matéria-prima, obliquamente estará havendo incidência no produto final.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Sim, mas o que se tem em mira é exatamente dizer que, se no mercado brasileiro os produtos tais são vendidos com isenção, os importados também serão vendidos com isenção, assegurando uma paridade. Não se postula aí, com esse Tratado, isenção para o produto nacional, e sim para o produto estrangeiro, desde que haja o mesmo produto sido vendido no Brasil com isenção.

De modo que, apreciadas todas estas questões, fiquei com a convicção reforçada de que se trata de isenção. E, isenção deve ser lida ao "pé da letra", ver realmente o que está sendo isento, e não ampliar para, por meio de interpretação abrangente, incluir na isenção outros artigos, produtos ou mercadorias.

Por esses motivos, estou negando provimento, mantendo o meu voto, com a devida vênia ao Eminentíssimo Ministro Vicente Cernicchiaro.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ. A espécie foi relatada pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, *in verbis*: lê.

O voto de S. Exa. concluiu por negar provimento ao recurso, à consideração principal de que "o que se estabeleceu no GATT foi a equivalência de tratamento fiscal entre produto importado e similar nacional", para assim fundamentar-se, após transcrever a Parte II — Artigo III — do referido Acordo Internacional:

"Diante do texto transcrito, é fora de dúvida que o tratamento fiscal nele previsto somente contempla produto com similar nacional, não se estendendo à matéria-prima ou demais componentes nele utilizados.

É possível que a matéria-prima importada constitua, em si mesma, um produto acabado, com similar nacional isento, embora possa vir a ser utilizado na fabricação de outro mais sofisticado. Nesse caso, é fora de dúvida que está abrangido pela cláusula de equivalência, que está condicionada, como se viu, à destinação dada ao produto.

No caso dos autos, todavia, a importação é de Trymetil Ortho Formate, substância que não configura a hipótese acima delineada, constituindo, antes, uma substância destinada à fabricação de defensivos animais, segundo esclarecido na própria inicial.

Sequer se alega que possa ser confrontada com substância da mesma espécie, produção nacional, que desfrute isenção tributária.

Assim sendo, não há considerá-la protegida pela prefalada cláusula de equivalência que, pelo fato de encerrar privilégio fiscal, não comporta interpretação abrangente."

O Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro conheceu do recurso para dar-lhe provimento, enquanto o Sr. Ministro Carlos Velloso, na sessão anterior (04 do corrente), assim também concluiu.

Trago agora o meu pronunciamento, no mesmo sentido dos votos dos Srs. Ministros Cernicchiaro e Velloso, louvando-me na fundamentação feita por este último ao apreciar, em voto-vista, questão semelhante, no REsp nº 214-SP. Aduziu S. Exa. estes argumentos:

"Não há dúvida no sentido de que o produto acabado, o inseticida, está isento do ICM. Isto é inquestionável. Quer dizer, o produto acabado está isento, na saída. Não há como exigir, então, o ICM quando da entrada da matéria-prima, que integrará o produto acabado, por isso que o ICM cobrado na entrada da mercadoria representa antecipação, já que o seu *quantum* deverá ser deduzido quando da revenda. Isento o produto acabado, não há como efetivar a dedução mencionada. Noutras palavras, não poderá o contribuinte recuperar, na saída, o que pagou de ICM quando da entrada da matéria-prima. É exatamente isto o que expôs o eminente e saudoso Ministro Rodrigues Alckimin, no RE nº 76.099-SP:

.....
"O ICM cobrado na entrada da mercadoria é antecipação, pois, será deduzido do devido na revenda. Ora, se similar nacional não vai pagar tributo na revenda, nem o importado; aquele, isento de tributo, estará em situação mais favorável que este, que antecipou o ICM na entrada da mercadoria e não poderá recuperá-lo."
.....

(RJT, 73/454)

Acentue-se, de outro lado, que, se o produto acabado está isento do ICM, não se justifica a distinção, para o fim de tributar-se o componente. Permitti-lo significa violar, por via indireta, o Tratado.

Por derradeiro, não há falar que a "matéria-prima para inseticida é também matéria-prima para outros produtos, mesmo sem similar nacional." Esta matéria, que é de fato, não está aventada no acórdão, que denegou a segurança unicamente com base no argumento exposto linhas atrás. Noutras palavras, os fatos, na versão do acórdão recorrido, não autorizam essa afirmativa."

Pedindo vênia ao preclaro Ministro-Relator, por compreender a espécie na mesma linha argumentativa do Srs. Ministros Cernicchiaro e Velloso, meu voto é no sentido de conhecer e prover o recurso.

EXTRATO DA MINUTA

Recurso Especial nº 2.473 — SP — (Reg. nº 90.002423-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão — Relator Designado: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: SINTESUL S/A — Síntese de Defensivos Químicos do Sul. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Roberto Faria de Sant'anna, Marco Antônio Moraes Sophia e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, deu provimento ao recurso. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (2ª Turma, em 06.06.90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Carlos Velloso e Américo Luz. Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro CARLOS VELLOSO.



RECURSO ESPECIAL Nº 2519 — RS

(Registro nº 90.0002541-9)

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

Recorrente: *Bertol S/A — Ind/ Com/ Exp/*

Recorridos: *Ademar Leite da Silva e outros*

Interes.: *Cereagro Corretora e Representações Ltda. — Massa Falida*

Advogados: *Dr. Ovídio A. Baptista da Silva e outros Dr. Nei Jorge e outro Dr. Luiz Juarez Nogueira de Azevedo e outro Dr. Atilio Giaretta*

EMENTA: Direito Civil. Depósito. Bem fungível. Natureza jurídica. Incidência do art. 1.280, CC. Recurso provido.

— Se a coisa fungível no ganhar foros de infungibilidade pela vontade das partes contratantes, o seu depósito se apresenta juridicamente como irregular, fazendo incidir as regras concernentes ao mútuo, aplicando-se, via de consequência, o disposto no art. 1.280 do Código Civil.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso pela alínea *a* e dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: A recorrente (Bertol S/A) adquiriu 1.500.000 kgs (25.000 sacos) de soja-de-indústria da firma Cereagro — Corretora e Representações Ltda. — em janeiro e fevereiro/87, tendo sido avençado que a entrega da mercadoria seria efetuada em abril e maio e o pagamento do preço ocorreria em junho daquele ano.

Após a entrega de 1.700 sacos (de 60 kgs cada), a firma vendedora suspendeu a entrega do restante, dando ensejo a que a ora recorrente interpusse ação de execução de entrega de coisa certa e, ainda, medida cautelar de busca e apreensão, que culminou com a retirada, dos armazéns da vendedora, do saldo remanescente devido à compradora.

Efetivada a medida, a compradora depositou a totalidade do preço ajustado e a vendedora requereu o levantamento do numerário, parcialmente deferido pelo Juízo.

Opuseram os ora recorridos, então, *embargos de terceiro*, alegando que parte da soja apreendida (264.313 Kgs) da firma vendedora (Cereagro) lhes pertencia, em razão de contrato de depósito celebrado com aquela empresa, anteriormente à apreensão.

Os embargos foram processados, tendo, na dilação probatória, sido realizada perícia contábil na firma vendedora, havendo a r. *sentença* repelido os embargos sob os seguintes argumentos:

1º — a perícia contábil não teria apontado com exatidão irretorquível a existência de contrato de depósito entre os embargantes e a vendedora, considerando que os documentos instrutórios da causa não eram específicos quanto à natureza jurídica do negócio realizado (compra e venda, depósito, preço a fixar e outras modalidades);

2º — ainda que se tratasse efetivamente de depósito, deveriam ser aplicadas as regras concernentes ao mútuo, porquanto o depósito fora de coisa

fungível (sacas de soja-de-indústria), que não poderia ser identificada em meio às demais sacas do mesmo produto, sendo que, no mútuo, a coisa fungível, entregue ao mutuário, entra para o seu patrimônio, em virtude do que, quando da apreensão das sacas, essa mercadoria pertenceria à vendedora e não aos embargantes;

3º — a firma vendedora, segundo comprovado pela perícia, transacionava soja com várias outras empresas e, no período em que negociou com a ora recorrente, vendeu mais de duas toneladas e meia (2.657.309 kgs) de soja a três empresas relacionadas no laudo. Além disso, após a apreensão da mercadoria pela ora recorrente, a mesma firma vendeu 721.386 kgs de soja a outras indústrias, mais de três vezes o montante pleiteado pelos embargantes (264.313 kgs), razão pela qual, quando da apreensão, restavam nos armazéns da vendedora soja mais do que suficiente para atender aos embargantes, não se podendo admitir que a soja apreendida a eles pertencesse.

Interposta *apelação*, os terceiros-embargantes, ora-recorridos, sustentaram que:

a) a perícia havia confirmado a existência do contrato de depósito;

b) sendo proprietários da mercadoria em depósito junto à firma vendedora, estavam legitimados a oferecer embargos de terceiros contra o ato judicial de constrição a seus patrimônios (busca e apreensão de mercadoria).

Em contra-razões de *apelação*, a ora recorrente afirmou que:

a) a documentação acostada pelos embargantes não era idônea a comprovar a existência de depósito, consoante conclusão da perícia, onde apenas quatro (4) dos dezoito (18) embargantes teriam efetivamente depositado soja junto à firma vendedora, havendo, ainda, dúvidas e incertezas, não esclarecidas no laudo pericial, quanto à natureza jurídica do negócio realizado;

b) não teria havido registro algum de contrato de depósito celebrado entre os embargantes e a vendedora para justificar sua prevalência contra terceiros;

c) mesmo que depósito houvesse, sendo o produto depositado (soja) coisa fungível, o mesmo se caracterizaria como depósito irregular, cuja regulamentação obedeceria às normas relativas ao mútuo, a teor do art. 1.280 do Código Civil, de modo tal que o produto apreendido pertenceria ao patrimônio da vendedora (mutuária);

d) a vendedora, após a apreensão, ainda vendeu e comercializou cerca de três vezes mais soja do que a reclamada pelos embargantes.

O eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua Terceira Câmara Civil, deu *provimento* ao recurso, com citações de Caio Mário, Carvalho de Mendonça e Furtado Fabrício, concernentes ao contrato de depósito de coisa fungível, conhecido como depósito irregular, ao fundamento central de que a melhor interpretação do contrato celebrado entre os apelantes (embargantes)

e a vendedora apontava na direção da existência do depósito regular, pelo que a apreensão da soja havia recaído sobre a propriedade dos embargantes.

Irresignada, a embargada interpôs recurso especial em alongadas razões, alegando não haver o acórdão recorrido qualificado juridicamente de forma adequada o contrato *quaestio juris*, aduzindo que, havendo a soja depositada nos armazéns da vendedora se confundido entre os quatro milhões de quilos da mesma mercadoria ali existente, o acórdão recorrido, ao proclamar que os 264.313 kgs de soja dos embargantes foram apreendidos pela recorrida, estaria decidindo contra a prova dos autos, malferindo também o art. 131 do Código de Processo Civil, além de aplicar inadequadamente o art. 1.046, CPC, atribuindo aos embargantes propriedade de coisa genérica, além de dissentir de outro acórdão, do mesmo Tribunal, com solução diversa da presente.

O recurso foi admitido apenas quanto ao art. 1.280 do Código Civil, sendo considerada imprópria a invocação de paradigma do mesmo Tribunal.

Antes da remessa dos autos a esta Corte, a firma vendedora (Cereagro), agora como massa falida, ingressou no feito como terceira interessada. Intimada para manifestar-se quanto às razões das partes, deixou o prazo transcorrer *in albis*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Recorre-se, na espécie, de decisão que, reformando o *decisum* de primeiro grau, acolheu os embargos de terceiro, oferecidos pelos recorridos contra a apreensão de 264.313 kgs de soja, efetuada judicialmente, por provocação da recorrente, nos armazéns da empresa-vendedora-armazenadora (Cereagro), com a qual os embargantes teriam contrato de depósito.

Impede liminarmente balizar as questões fáticas e de prova, incontroversas nos autos, sobre as quais se arrimam as teses jurídicas debatidas na via recursal.

Nesse sentido, as instâncias ordinárias estabeleceram:

— *primeiro*, quanto à recorrente, a existência da compra e venda mercantil entre esta e a empresa armazenadora, daí originando seu crédito, não satisfeito, perante aquela;

— *segundo*, quanto aos embargantes:

a) que apenas quatro deles teriam efetivamente contrato de depósito e armazenamento de soja com a referida empresa, Cereagro, sendo os demais negócios, apontados na perícia oficial, de controvertida caracterização jurídica;

b) que os contratos de depósitos não teriam qualquer especificação ou particularização quanto ao armazenamento da soja;

— *terceiro*, quanto à empresa armazenadora:

a) que a Cereagro, além de armazenar, comprava e vendia soja para outras empresas, em grande quantidade;

b) que, logo após a apreensão, a empresa vendeu a terceiros mais de duas vezes o montante pretendido pelos embargantes;

c) que a soja não era armazenada de modo a ser individualizada dentro dos armazéns.

Em face dessa base fática, sustenta a recorrente que não há como conceber o contrato de depósito (em relação aos quatro recorrentes apontados pela perícia como depositantes) como sendo um depósito regular.

É assim também o entender. A *uma*, porque era da atividade mercantil da Cereagro a compra e venda de soja e seu armazenamento, efetuado em grande quantidade. A duas, porque os contratos de depósito celebrados com alguns dos embargantes não tinham qualquer especificação a diferenciá-los dos demais contratos. Como é *cediço*, a soja em sacas é coisa fungível, porquanto substituível por outra, na mesma quantidade e qualidade, sem que se afete a sua substância.

Certo é que, segundo a doutrina, a coisa fungível pode ser transformada em infungível pela vontade das partes (dentre outros, Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", vol. 42, ed. Borsoi, § 4.664, página 367, e Furtado Fabrício, "Comentários", Forense, citados pelos recorridos). Para tanto, porém, necessária se faria a expressa manifestação das partes no sentido da armazenagem em local separado, pilhas separadas, sacas contendo marca externa identificadora do titular e outras providências que tais. E nas instâncias ordinárias ficou demonstrado que isto não aconteceu.

Assim, nada ocorrendo, "de volitivo ou circunstancial", a afastar a fungibilidade, impunha-se a aplicação ao depósito, das regras concernentes ao mútuo, consoante lição segura de Sílvio Rodrigues, *verbis*:

"A lei equipara esse contrato, cujo objeto, na prática é o dinheiro, ao mútuo (Código Civil, art. 1.280); de modo que através dele o depositário se torna proprietário da coisa depositada e, por conseguinte, assume os riscos de sua deterioração e perda" ("Direito Civil — Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade", vol. III, Saraiva, 17 ed., 1988, pág. 288).

Conquanto a doutrina não seja acorde quanto à verdadeira natureza jurídica do contrato irregular (Serpa Lopes, "Curso de Direito Civil", vol. IV,

Freitas Bastos, nº 526, pág. 232; Carvalho Santos, "Código Civil Brasileiro Interpretado", vol. XVIII, Freitas Bastos, 1938, pág. 60/70; Caio Mário, "Instituições de Direito Civil", vol. III, Forense, 5ª edição, nº 247, pág. 316), inafastável se afigura a aplicação do art. 1.280 do Código Civil, a cujo respeito preleciona Clóvis Beviláqua:

"O alcance capital desse dispositivo é o seguinte: no depósito, a coisa depositada continua na propriedade do dono; o mútuo importa transferência de propriedade e, portanto, o depósito de coisa fungível se regula pelas regras do mútuo, a coisa assim depositada entra para o patrimônio do depositário, que, apenas, terá de pagar outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade" (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. IV, 2ª tiragem, ed. histórica, Editora Rio, p. 390).

Em idêntico sentido Washington de Barros Monteiro, acentuando que, em contratos desse jaez, quase sempre se vislumbra um mútuo disfarçado, sendo esse o escopo da norma do art. 1.280. É da lavra daquele insigne civilista ("Curso de Direito Civil", 5º vol., 20ª edição, de 1985, p. 229):

"O depósito pode distinguir-se ainda em regular e irregular. Depósito regular, também chamado ordinário, é aquele que se caracteriza pela infungibilidade da coisa depositada; vale dizer, o depositário terá de restituir, precisamente, a própria coisa depositada. Depósito irregular, ao inverso, é aquele em que o depositário pode dispor da coisa depositada, consumindo-a até e restituindo ao depositante, oportunamente, outra da mesma espécie, qualidade e quantidade.

A verdade, porém, como ensina Clóvis, é que o depósito de coisas fungíveis, para serem restituídas outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade, é mútuo e não depósito. As coisas fungíveis não se prestam ao depósito, porque pressupõe estas coisas individuadas. Por isso mesmo, dispõe o art. 1.280 que "o depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo".

Destarte, laborou em equívoco o v. acórdão recorrido, *data venia*, quando concluiu no sentido de que a apreensão da soja havia recaído em propriedade dos embargantes, pelo só fato destes haverem celebrado contrato de depósito com a empresa armazenadora (assinalando-se ainda que o exame pericial apenas constatou a existência de contrato de depósito a *quatro* dentre os dezoito embargantes).

A natureza jurídica do negócio realizado (depósito de coisa fungível) determinou, necessariamente, a incidência do art. 1.280 do Código Civil,

somente inaplicável se as partes houvessem, expressamente, estabelecido o modo de tornar infungível as sacas de soja depositadas, o que incoorreu na espécie. Como anotado, quando da apreensão, efetuada por terceiro (alheio aos possíveis contratos de depósitos e presumidamente de boa-fé), além de existir nos armazéns mais soja que a pretendida pelos embargantes, não havia condições materiais para distinguir, dentre as várias sacas, quais aquelas pertencentes aos recorridos, dada a fungibilidade da mercadoria armazenada, conforme acentuou, a meu juízo com absoluta precisão, a r. decisão monocrática (fl. 1.552).

Pelo exposto, tenho por vulnerada a norma do art. 1.280 do Código Civil, em face do que conheço do recurso pela alínea *a* do inciso III do artigo 105 da Constituição e o provejo para, cassando o v. acórdão, restabelecer a r. sentença de fls. 1.547/1.553.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, não tenho dúvida em acompanhar o voto do Eminentíssimo Relator. Trata-se, como exaustivamente mencionado nesta assentada, de contrato de depósito de coisa fungível, ou seja, do conhecido depósito irregular. E a este depósito aplicam-se as regras concernentes ao mútuo, nos termos do art. 1280 do Código Civil que, como demonstrou o Eminentíssimo Relator, foi contrariado pela conspícua Turma Julgadora, nesta hipótese.

Assim, acompanhando o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2519 — RS — (Reg. nº 90.0002541-9) — Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: Bertol S/A In/ Com/ Exp/. Recorrido: Ademir Leite da Silva e outros. Interes.: Cereagro Corretora e Representações Ltda. Interes.: Cereagro Corretora e Representações Ltda — Massa Falida. Advogados: Drs. Ovídio A. Baptista da Silva e outros, Nei Jorge e outro, Luiz Juarez Nogueira de Azevedo e outro e Atílio Giareta. Sust. oral: Dr. Ovídio A. Baptista da Silva, pela Recorrente.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso pela alínea *a* e deu-lhe provimento para restabelecer a sentença. (4ª Turma — 12.6.90)

Votaram com o relator os Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Exmo Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.530 — SP

(Registro nº 90.0002556-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Manufatura de Artigos de Borracha Nogam S/A*

Recorrido: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Domingos Novelli Vaz e outros Betty Lia Tunchel e outros*

EMENTA: ICM. Crédito. Importação de matérias-primas isentas. Ação declaratória. Juros e correção monetária.

Tratando-se de ação declaratória e não condenatória de repetição de indébito, não são devidos correção monetária e juros de mora. O direito a estes não pode ser reconhecido numa simples declaração de direito de creditar-se do crédito de um imposto para futura compensação no seu pagamento, na saída da mercadoria industrializada, e muito menos quando este crédito se refere a operações presentes e futuras.

Ademais, na saída do produto industrializado, ou o imposto foi pago, sendo cabível a ação de repetição de indébito, ou foi repassado ao consumidor, não havendo direito a reclamar.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Manufatura de artigos de borracha Nogam S/A ajuizou ação declaratória contra a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando o reconhecimento judicial de seu direito de creditar-se

do ICM nas importações de matérias-primas isentas deste imposto e que são empregadas na fabricação de seus produtos.

Processado regularmente o feito, a ação foi julgada improcedente e o recurso interposto parcialmente provido para reconhecer à Autora o direito de creditar-se pelo valor encontrado pelo Perito, com correção monetária desde o ajuizamento, sem juros moratórios e verba honorária proporcional à sucumbência.

Opostos embargos de declaração foram os mesmos rejeitados.

Com apoio nos votos vencidos em parte, dos Desembargadores João Lenze, que concedia a correção monetária a partir da entrada das mercadorias, e Mohamed Amaro, que a excluía por completo, as partes ofereceram os respectivos embargos infringentes, a final rejeitados.

A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs dois recursos extraordinários, sendo o primeiro indeferido, e o segundo, por não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do art. 325 do RISTF, teve apenas deferido o processamento da relevância, julgada renunciada por falta de preparo à fl. 853.

A Autora, da mesma forma, interpôs dois recursos extraordinários. O primeiro, com fundamento nas letras *a* e *d* do inciso III do art. 119, da ordem constitucional precedente, onde sustenta violação ao art. 153, 1^ª, da CF, negativa de vigência aos arts. 955, 960 e 1094 do CC, e ao art. 161, § 1^º, do CTN, além de divergência jurisprudencial, por ter o v. acórdão recorrido entendido descabidos os juros moratórios em ação declaratória.

Alega, ainda, que o v. acórdão recorrido, ao reconhecer o direito ao crédito apenas a partir de maio de 1978 e decidir sobre a proporcionalidade das custas, contrariou o art. 153, § 1^º e 2^º da CF, e o art. 173, I, do CTN, bem como ao art. 21, parágrafo único do CPC.

Dos recursos interpostos, foi deferido, apenas, o processamento daquele interposto pela Autora às fls. 622/638, no concernente à questão dos juros de mora, conforme se depreende do despacho de fls. 765/773, tendo a Secretaria certificado a interposição de agravo de instrumento.

Da decisão que indeferiu os extraordinários interpostos pela Fazenda de São Paulo às fls. 596/607 e 746/750 não houve recurso (certidão de fl. 777).

Razões do recurso extraordinário às fls. 781/809 e contra-razões às fls. 842/848.

No E. STF foi determinada a conversão do extraordinário em especial quanto à matéria infraconstitucional e posterior devolução dos autos para a apreciação da parte relativa aos dispositivos constitucionais invocados pela recorrente.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria Geral da República emitiu parecer às fls. 869/873.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. A ação foi julgada improcedente pelo julgador monocrático. Pelo venerando acórdão recorrido deu-se provimento parcial à apelação para julgar procedente a ação para "reconhecer-se o direito da autora de creditar-se pelo valor encontrado pelo Perito, isto é, Cr\$ 5.656.671,58, com correção monetária desde o ajuizamento desta ação, e custas em reembolso e honorários de advogado da autora (10 por cento sobre o valor apurado em execução)".

Foi julgado improcedente o pedido de juros moratórios por tratar-se de ação declaratória. Desta decisão houve embargos rejeitados e embargos infringentes, também rejeitados.

A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs dois Recursos Extraordinários.

Manufatura de Artigos de Borracha Nogam S/A (autora da ação declaratória) interpôs, também, dois Recursos Extraordinários. Destes recursos só foi admitido o de fls. 622/638, e somente pela letra *a* e no concernente a juros de mora, além da formação dos instrumentos de argüição de relevância da questão federal (despacho de fls. 765/772). Deste despacho só agravou a autora, e apenas no que se refere o seu RE de fls. 622/638 (sobre os juros).

Assim, o único recurso a ser examinado é o de fls. 622/638, e apenas na parte concernente aos juros de mora.

No caso, trata-se de ação declaratória visando seja declarado o direito da autora de se creditar em seus livros fiscais do ICM relativo às operações de entradas de matérias-primas isentas, relativamente às operações presentes e futuras (Inicial, fls. 02/18), com pedido para julgar procedente a ação para ser "declarada a existência de relação jurídica entre as partes, possibilitando à Autora a fruição do crédito fiscal do ICM nas importações de matérias-primas de seus produtos..." (Inicial, fl. 17). Não se pede seja declarado o direito de receber correção monetária.

Como se trata de ação declaratória e não condenatória de repetição de indébito, não é devida a correção monetária. O direito a esta, evidentemente, não pode ser reconhecido numa simples declaração de direito de creditar-se do crédito de um imposto para futura compensação no seu pagamento, na saída da mercadoria industrializada e muito menos quando este crédito se refere a operações presentes e futuras. A correção monetária só seria devida se a ação

declaratória tivesse sido cumulada condenatória e houvesse nela, também, o pedido de restituição do indébito. Ora, no caso, sequer se alegou ter havido o pagamento do ICM, e mesmo que tivesse havido tal recolhimento só se poderia pretender a incidência da correção monetária na repetição de indébito e não em ação declaratória. Declarado o direito da autora de creditar-se do ICM relativo as suas operações presentes e futuras, de entrada de matéria-prima, a consequência é ela proceder este crédito em seus livros. Feito o crédito, poderá haver a compensação, na saída do produto industrializado. Na saída deste, ou o imposto foi pago pela autora ou foi repassado ao consumidor. No primeiro caso, terá de mover ação de repetição de indébito, e aí poderá pleitear a correção monetária. Na segunda hipótese, não terá ela nenhum direito a reclamar. Se não foi, administrativamente, reconhecido referido direito de crédito e a autora não o pagou, não cabe a correção monetária. Na ação declaratória não pode haver condenação, a não ser nas custas e honorários de advogado, e se não há condenação, não pode ser confundida com repetição de indébito. Não se pode dar ao autor mais do que ele está pedindo, e ele só pede uma declaração.

Esta questão dos juros moratórios e correção monetária é hoje pacífica no Colendo Supremo Tribunal Federal. No RE nº 109.452-SP, Relator eminente Ministro Célio Borja (RTJ nº 121/1.187), entendeu nossa Corte Maior que:

“ICM. Direito de crédito pelo tributo isento. Ação declaratória. Não cabimento de correção monetária e juros.

Pacífico é o entendimento do Supremo Tribunal de que em ação declaratória de crédito pela parcela do ICM isento, diversa essencialmente da repetição de indébito, descabe aplicar a correção monetária e os juros.

RE's não conhecidos.”

Por ocasião deste julgamento salientou o eminente Ministro Relator que:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal é, presentemente, uniforme no sentido do não cabimento de correção monetária em ações declaratórias da espécie dos autos. *Inter alia*, lembro os seguintes: RE 109.204-1-SP, RE 106.629-9, 2ª Turma, ambos relatados pelo Ministro Djaci Falcão; RE 107.110-9, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Madeira; ERE 104.963, Pleno, Relator Ministro Cordeiro Guerra; RE nº 110.009-5-SP, 1ª Turma, Relator Ministro Rafael Mayer.

Pela mesma razão, não há que falar em juros, por não se configurar repetição de indébito, hipótese em que seriam devidos.”

No mesmo sentido os precedentes no RE nº 108.699-SP, Relator eminente Ministro Francisco Rezek — RTJ 119/395 e ERE nº 104.963-SP, Relator Eminente Ministro Carlos Madeira, Tribunal Pleno (EDcl. na RTJ 115/372). A Ementa neste último foi a seguinte:

“ICM. Declaratória do direito ao crédito do tributo isento. Não cabe, porém, a correção monetária do valor desse tributo, se o fisco, apesar de não reconhecer aquele direito, não exigiu o seu pagamento. Não há identidade de situações entre quem pagou indevidamente o imposto e quem deixou de escriturar o valor da isenção, mas também não o recolheu à Fazenda.

Embargos rejeitados” (RTJ 120/1232).

Mesmo que a autora tenha pago indevidamente o imposto, não é a ação declaratória meio próprio para repeti-lo e pleitear correção monetária. Correção monetária sobre o quê? Sobre o direito de creditar-se do ICM relativo às suas importações de matéria-prima isenta de ICM? O simples reconhecimento da existência ou da inexistência de uma relação jurídica não importa em condenação e muito menos em correção monetária.

A decisão da egrégia Segunda Turma, no REsp nº 2.485-PR, se refere a hipótese diversa. Nele se trata de mandado de segurança, relativo a café em grão, adquirido do extinto IBC, com isenção de tributo e não pode ser invocado como precedente.

A incidência de correção monetária desde o ajuizamento da ação reconhecida pela decisão hostilizada deu à autora mais do que lhe era devido, porque, como vimos, ela é incabível em ação declaratória.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Remetam-se os presentes autos ao Supremo Tribunal Federal para exame da matéria constitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.530 — SP — (Reg. nº 90.0002556-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recorrente: Manufatura de Artigos de Borracha Nogram S/A. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Domingos Novelli Vaz e outros, Betty Lia Tunchel e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (1ª Turma: 27/6/90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg, Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.790 — MT
(Registro nº 90.0003582-1)

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

Recorrente: *Banco do Brasil S.A*

Recorrido: *Luiz Domingos Salmazo*

Advogados: *Drs. Euclides Baleroni e outros e Elídio Lopes Mesquita Filho e outro.*

EMENTA: Execução e consignatória.

A circunstância de o devedor ajuizar ação de consignação em pagamento não impede o credor de pretender a execução. Eventuais embargos poderão ser decididos na mesma sentença da consignatória. Não se pode, entretanto, obrigar o credor a aguardar o desfecho da ação de conhecimento para exercer sua pretensão executória.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 26 de junho de 1990 (data do julgamento)

Ministro GUEIROS LEITE, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de medida cautelar, requerida por Luiz Domingos Salmazo, objetivando impedir a execução de título de que credor o Banco do Brasil, até decidir-se a ação de

consignação em pagamento, proposta pelo autor, que efetuou o depósito do valor nominal da cédula rural e dos juros, excluindo a correção monetária.

Concedida a liminar, nos termos requeridos, agravou de instrumento, não sendo provido o recurso.

O réu, ora recorrente, apresentou recurso especial, fundamentado no art. 105 III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal. Deu como violados os arts. 81, 82 e 100, do Código Civil, 103, 580 e § único, 585 II e VII do C.P.C., e os arts. 10 e 41 do Decreto-Lei nº 167/67. Apontou divergência jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Execução e consignatória.

A circunstância de o devedor ajuizar ação de consignação em pagamento não impede o credor de pretender a execução. Eventuais embargos poderão ser decididos na mesma sentença da consignatória. Não se pode, entretanto obrigar o credor a aguardar o desfecho da ação de conhecimento para exercer sua pretensão executória.

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Considero não demonstrada a divergência, posto que os acórdãos trazidos a confronto não contêm a peculiaridade da decisão recorrida, em que se admitiu a liminar, para impedir o ajuizamento da execução, em virtude de já existir, em curso, ação de consignação. Deve o recurso, entretanto, ser conhecido pela alínea *a*, como se procurará mostrar.

Entendeu o acórdão que a liminar merecia subsistir, uma vez que existiria conexão entre o objeto da consignatória e o que haveria de sê-lo a execução. Se reconhecido o direito do consignante, estaria afastada a possibilidade de o credor pretender a correção monetária. Isto não ocorrendo, o crédito subsistiria incólume. Não se justificaria corresse as duas demandas.

Entendo *data venia*, que tem razão o recorrente. Certo que a mesma questão jurídica poderá colocar-se na ação de consignação e, em eventuais embargos à execução, a conexão levará à reunião dos processos, para julgamento simultâneo. Isto, entretanto, é coisa muito diversa de impedir-se o ajuizamento da execução. Não há dúvida de que, acolhido o pedido de pagamento por consignação, estará extinto o crédito e a execução não poderá prosseguir. Ocorre, porém que obviamente também o contrário é suscetível de verificar-se. Neste caso, a sentença reconhecerá o direito à correção monetária, mas de nenhum modo será apta a satisfazer o direito do credor que, dispondo de título executivo, pretende receber o que considera ser-lhe devido. Mantida

a cautelar, o início do processo de execução sofreria delonga injustificável, privando-se o credor de ver de logo decidida sua pretensão executória.

Tenho, pois, que contrariado o artigo 580 do CPC, razão por que conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar o acórdão e cassar a liminar.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.790 — MT — (Reg. nº 90.0003582-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Luiz Domingos Salmazo. Advogados: Drs. Euclides Baleroni e outros e Elídio Lopes Mesquita Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (3ª Turma — 26.06.90).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.794 — MT

(Registro nº 90.0003586-4)

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

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrida: *Cerâmica Estrela da Barra Ltda.*

Advogados: *Drs. Euclides Baleroni e outros e Elídio Lopes Mesquita Filho e outro.*

EMENTA: Medida cautelar. Descabimento da liminar.

Excede os limites do poder cautelar geral do juiz o despacho *initio litis* que, em medida cautelar inominada, pendente a consignatória intentada pelo devedor, obsta ou suspende a execução do credor, titular de nota de crédito industrial.

Contrariedade aos arts. 580 e parágrafo único, 585, VII, do CPC. Dissídio pretoriano configurado.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Dizendo-se pequeno produtor rural, a emitente de nota de crédito industrial ajuizou ação de consignação em pagamento contra o credor, o Banco do Brasil S/A, visando à quitação de seu débito, livre da correção monetária de acordo com o preceituado no art. 47 do ADCT de 1988. Em seguida, intentou medida cautelar inominada, onde pleiteou e obteve liminar, a fim de que o Banco requerido se abstenha de promover a execução do título até o trânsito em julgado da ação principal.

Interposto pelo estabelecimento bancário o recurso de agravo de instrumento, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso negou-lhe provimento, em Acórdão assim ementado:

"Medida cautelar incidental em ação de consignação em pagamento. Admissibilidade. Ação de execução. Liberação da obrigação de pagar o débito com correção monetária. Exigibilidade dessa obrigação. Conexão existente. Anistia. Artigo 47 do ato das disposições constitucionais transitórias. Agravo de instrumento improvido.

Há íntima conexão entre o objeto da consignatória e o que é ou seria objeto da execução, concernentemente à incidência de correção monetária sobre débito oriundo de empréstimo concedido por bancos ou instituições financeiras, razão por que é admissível se obste ou suspenda o processo executório, a fim de que, mediante um só pronunciamento jurisdicional, seja dirimida a controvérsia."

Rejeitados os embargos declaratórios, manifestou o Banco do Brasil S/A recurso especial com arrimo no art. 105, *a e c*, da CF, alegando contrariedade

aos arts. 81, 82 e 100 do Código Civil; 103, 580 e parágrafo único, e 585, nºs. II e VII, do CPC; 10 e 41 do D.L. nº 167/67. Sustentou o recorrente que o decisório guerreado lhe impede de exercer o seu direito, estrapola o poder cautelar do Juiz e lhe acarreta a possibilidade de danos, de difícil ou incerta reparação. Aponta, ainda, dissídio jurisprudencial com julgados oriundos do mesmo Tribunal de Justiça de Mato Grosso e do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (JTACSP — Lex — 110/224; 110/227; 110/233 e 112/209).

Admitido o apelo extremo por ambas as alíneas do permissivo constitucional, os autos subiram a esta Corte sem as razões dos litigantes.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Reputando legal e perfeitamente admissível a medida liminar deferida pelo MM. Juiz de Direito, no sentido de obstar ou suspender o processo executório, a fim de que, mediante um só pronunciamento jurisdicional, seja dirimida a controvérsia, o Acórdão recorrido dissentiu, ao menos, de um dos arestos colacionados pelo recorrente como paradigma. É o que se acha inserto na publicação JTACSP, vol 110, págs. 224-227, anexado por cópia reprográfica às fls. 154/155 dos autos. Neste julgado trazido como modelo, assentou-se, *in verbis*: "A decisão não se limitou à sustação de protesto cambial por injunção do *periculum in mora*. Avançou muito além e frustrou injustamente a própria exequibilidade de contrato de financiamento e da respectiva cédula pignoratícia, legalmente revestida de liquidez e certeza inerentes aos títulos de crédito extrajudiciais. Negou-se ao credor o direito assegurado pelo artigo 580 do Código de Processo Civil de promover execução amparada em obrigação e que a lei atribui eficácia de título executivo".

Caracterizada encontra-se, pois, a dissonância pretoriana, no caso.

2. O Banco recorrente é credor do recorrido da quantia de Cz\$ 150.000,00 (principal), representada por nota de crédito industrial, título que, sem dúvida, se reveste dos atributos de liquidez, certeza e exigibilidade (arts. 10 e 18, do Dec.Lei nº 413, de 09.01.69). Mantendo a decisão que concedeu a medida cautelar *initio litis*, o *decisum* ora atacado obstou ao credor o ingresso a Juízo para vir cobrar, via processo de execução, o seu crédito.

Penso que vulnerou aí o disposto no art. 580 e parágrafo único do CPC, combinado com o art. 585, inciso VII, do mesmo "Codex".

Não se pode falar em conexão ou continência, quando um dos feitos objeto de cogitação sequer foi aforado. Nem tampouco cabe invocar-se a litispendência, pela mesma razão. Na verdade, a pretexto de pretender dirimir

a pendência entre as partes através de um só pronunciamento jurisdicional, a decisão objurgada barrou ao credor o exercício de um direito que lhe é assegurado por lei, qual seja, o de aparelhar a execução, uma vez constatado que o eminente da cártula não satisfaz espontaneamente a obrigação (art. 580 e seu parágrafo único, CPC).

Preenchidos que estavam os requisitos necessários ao ajuizamento do processo de execução, o Banco credor não podia a tanto ser impedido por uma decisão proferida em medida cautelar inespecífica. É o que se infere da lição de Alcides de Mendonça Lima, segundo o qual "o inadimplente, portanto, é o devedor que se torna suscetível de ser executado, pela circunstância concreta decorrente do reconhecimento do direito do credor em sentença ou em título com eficácia executiva, desde que aquele, naturalmente, não cumpriu o que lhe competia" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VI tomo I, pág. 255, 1ª ed.). José da Silva Pacheco ressalta, a propósito, que "a pretensão à execução, eu a tenho, como todos os cidadãos, desde que ocorra fato jurídico capaz de facultar-me, juridicamente, exigir do Estado essa prestação executiva. Claro é que, antes da sentença, o credor, diante de fato que o autorize, tem a pretensão de dirigir-se a alguém, para exigir o cumprimento (a execução no sentido impróprio do direito material) do dever jurídico. Essa pretensão de direito material preexiste à sentença. Mas é pretensão de direito material. A pretensão à prestação executiva por parte do Estado é outra coisa e só dimana da ocorrência de fato jurídico capaz de produzi-la. Assim, no caso de sentença, a ação de execução nasce da sentença de condenação, ou, em outros casos, do título executivo" ("Tratado das Execuções, Processo de Execução", 1ª vol., pág. 197, ed. 1975).

Tolhendo o livre exercício da execução pelo credor, o magistrado de 1º grau, secundado pelo Tribunal *a quo*, excedeu os limites ao poder cautelar do Juiz, porquanto, no dizer do eminente Ministro Sidney Sanches, o fito da medida cautelar "é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar, antecipar a decisão sobre o direito material, pois, não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória" ("Poder Cautelar do Juiz no Processo Civil Brasileiro", pág. 131, ed. 1978).

Vale acentuar que os prejuízos decorrentes da obstrução do acesso do credor ao Poder Judiciário, pela via própria, são de porte marcadamente superiores àqueles alegados pelo devedor. Enquanto este alude à possibilidade de alienação judicial de seus bens (o que se daria tão-só depois de apreciados os embargos à execução) e ao abalo em seu crédito na praça, o credor restaria sujeito à consumação da prescrição; ao possível desfalque do patrimônio do devedor e à perda de eventual preferência pela primeira penhora, tudo isto e mais a delonga em receber o que lhe é devido.

De tudo se conclui que a liminar não poderia frustrar a exequibilidade ínsita no título de que o recorrente é legítimo beneficiário, direito este que lhe é plenamente garantido pelo art. 580 e parágrafo único, da nossa lei processual civil.

3. Ante o exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do autoriza-tivo constitucional, e dou-lhe provimento para cassar a medida liminar conce-dida em 1ª instância.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.794 — MT — (Reg. nº 90.0003586-4) — Relator: o Exmo. Sr. Ministro BARROS MONTEIRO. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorri-da: Cerâmica Estrela da Barra Ltda. Advogados: Drs. Euclides Baleroni e outros, e Elídio Lopes Mesquita Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (Em 19.06.1990, 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.897 — SP (Registro nº 90.0003903-7)

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

Recorrente: *Prefeitura do Município de São Paulo*

Recorrido: *Etelvino Tavares*

Advogados: *Dr. Edison Batistella*

EMENTA: Desapropriação. Juros compensatórios e moratórios. Cumulação.

Enquanto os juros compensatórios de 12% são devidos pela utilização antecipada do imóvel e se contam da imissão provisória na posse até o efetivo pagamento da indenização, os moratórios, à taxa de 6%, fluem desde o trânsito em julgado da sentença final e são devidos pelo atraso no pagamento da indenização, nada havendo que impeça incidam cumula-

tivamente. Improcedência, por fim, de arguição de ofensa, pela decisão recorrida, à norma da Constituição Federal de 1988 que limitou os juros em 12%, pois, que além de dito limite somente se referir a débitos decorrentes de concessão de crédito, tal aspecto não foi objeto do necessário prequestionamento. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1990 (data do julgamento)

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Apreciando recurso de apelação interposto pela Prefeitura Municipal de São Paulo, em sentença pela qual foi julgada ação de desapropriação, a Décima Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça proferiu decisão, no qual estabeleceu:

“Os juros compensatórios, à taxa de 12% ao ano (Súmula nº 618), destinados a indenizar o proprietário pelo não uso do imóvel pelo tempo em que dele ficou privado, incidem sobre a diferença entre a oferta e a indenização, a partir da antecipada imissão de posse (Súmula nº 164), até a data do efetivo pagamento, independentemente da rentabilidade do imóvel (STF — 1ª Turma, R.E. nº 85.704 — MG; STF — 2ª Turma, R.E. nº 89.087-4 — GO).

É também de pacífico entendimento a concessão de juros moratórios, à taxa de 6% ao ano, pelo atraso no pagamento da indenização, fluindo cumulativamente, com os compensatórios, a partir do trânsito em julgado da sentença final, ou seja, do momento em que a sentença adquire força executiva em relação ao principal (STF — Pleno, R.E. nº 88.960—4—RJ; STF — Pleno, R.E. nº 447-2 — PR; STF — Pleno, RO 656-8 — SP).”

Inconformada a expropriante interpôs recurso especial alegando que o julgado recorrido, ao admitir a cumulação de juros compensatórios e morató-

rios, somando 18%, contrariara o art. 192, VIII, § 3º, da Constituição, e divergira de julgados do Supremo Tribunal Federal, que indicou.

O recurso foi admitido quanto à divergência da interpretação da lei apenas, e regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator): A possibilidade de cumulação dos juros compensatórios e moratórios, é hoje entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, como se vê das decisões seguintes:

“Desapropriação. Juros compensatórios e moratórios. Cumulação.

— Os juros compensatórios de 12% são devidos pela utilização antecipada do imóvel e se contam da imissão provisória na posse até o efetivo pagamento da indenização.

— Os juros moratórios à taxa de 6% fluem desde o trânsito em julgado da sentença final e são devidos pelo atraso no pagamento da indenização.

— Presentes que sejam essas duas situações, os respectivos juros incidem cumulativamente.”(RE 90.656) Plenário.

“Juros moratórios. Juros compensatórios (fixação). Cumulatividade. 1. A jurisprudência mais recente tem admitido a estipulação dos juros compensatórios em 12% ao ano para melhor atender a finalidade de dar ao expropriado uma justa indenização. 2. Tem-se entendido que os juros compensatórios e moratórios podem incidir, cumulativamente, os primeiros para indenizar o proprietários pelo não uso do imóvel pelo tempo que dele ficou privado, os segundos pelo atraso no pagamento de indenização. Recurso extraordinário provido em parte.”

“Desapropriação. Juros compensatórios e moratórios. Cumulação.

Os juros compensatórios de 12% são devidos pela utilização antecipada do imóvel e se contam da imissão provisória na posse até o efetivo pagamento da indenização.

Os juros moratórios à taxa de 6% fluem desde o trânsito em julgado da sentença final e são devidos pelo atraso no pagamento da indenização.

Presentes que sejam essas duas situações, os respectivos juros incidem cumulativamente.

RE conhecido e provido parcialmente." — (1ª e 2ª Turmas da Corte Maior).

Quanto à ofensa à norma da Constituição que limitou os juros em 12% trata-se de matéria que não foi prequestionada, como decidido em relação a recurso extraordinário interposto pelo recorrente, e, de qualquer sorte, dito limite somente se refere a débitos decorrentes de concessão de crédito.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.897 — SP — (Reg. nº 90.0003903-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recorrente: Prefeitura do Município de São Paulo. Recorrido: Etelvino Tavares. Advogados: Dr. Edison Batistella.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 18.06.90 — 1ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 3.018 — PR

(Registro nº 9042798)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorridas: *Rute Kreutzer; Maria Madalena de Paula Kreutzer*

Advogado: *Dr. José Roberto de Azevedo*

EMENTA: Penal. Recurso Especial. Menoridade. Ausência de prova documental.

Somente se admite a menoridade, para efeitos penais, quando documentalmente comprovada, não apenas por haver sido indicada por ocasião do interrogatório, pelo réu, máximo se a circunstância não foi argüida pela defesa em qualquer oportunidade, sequer devolvida na apelação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, por ambos fundamentos, e lhe dar provimento para determinar que a Câmara prossiga no julgamento da apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 29 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): O Ministério Público do Estado do Paraná interpõe recurso especial, com base nos incisos a) e c) do item III do art. 105 da Constituição, de decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do mesmo Estado, que decretou extinta a punibilidade de Rute Kreutzer, em face da prescrição, com prazo contado pela metade, por ter a mesma menos de 21 anos de idade, na data do fato delituoso.

Sustenta que, sem prova documental da idade, a decisão afronta o art. 155 do Código de Processo Penal e diverge de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Admitido o recurso, vieram os autos a este Tribunal e o Ministério Público Federal opinou pelo provimento, com ressalva de diligência, a fim de determinar-se a juntada aos autos de certidão de registro de nascimento da recorrida, a ser feita no juízo da apelação.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Na assentada de julgamento de 26 último, relatei o RESP 2750 — RJ, em que se discutia hipótese idêntica à do presente, de modo que leio o voto que ali proferi, na parte que interessa, cujas razões passam a integrar o presente. (Ler)

Evidente a divergência jurisprudencial.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso por ambos os fundamentos e lhe dar provimento, para determinar que a Câmara de origem prossiga no julgamento da apelação do Ministério Público.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ao pleitear pela inexistência da relação de causalidade, a que se refere o art. 13 do Código Penal, o recorrente quer levar esta Corte ao reexame da prova, vedado em sede de recurso especial, posto que, embora suscitado o tema na apelação, o Tribunal de origem proferiu decisão soberana sobre a prova da autoria, o que serve a dizer que foi a ação do recorrente a causadora da lesão patrimonial da vítima.

Do mesmo passo, sem razão o recorrente, ao sustentar que não se consumou o delito, por isso que preso poucos minutos após a ação; é que a prova proclamada soberanamente pelo juízo da apelação é de que não houve perseguição imediata à ação delituosa, senão que a vítima invocara na Delegacia Distrital a atuação policial, logo após consumada a infração e que a diligência empreendida em seguida, veio a efetuar a prisão do agente em local relativamente distante, sendo encontrado o produto do crime em seu poder.

O que a jurisprudência tem entendido é que, sendo iniciada a perseguição no momento em que praticada a ação, enquanto perdure a mesma ou no momento da fuga não se pode dizer que se apresente tranquila a posse da coisa roubada, a indicar a consumação do delito.

Aqui, porém, restou pacificado na decisão recorrida, que não houve perseguição no instante da ação, senão após pedido de auxílio da autoridade policial, na sede do Distrito mais próximo ao local do evento e, portanto, após consumado o delito.

A menoridade não restou comprovada nos autos e nem foi argüida em qualquer oportunidade pela defesa.

É certo que constam datas de nascimento do réu: a) quando qualificado no auto de prisão em flagrante, dita como sendo 14 de setembro de 1967; b) no Boletim Individual, mesma data; c) no Boletim de Sindicância de vida Progressiva de fl. 16, mesma data e ; d) no termo de interrogatório, como sendo 14 de outubro de 1977, este, por evidente equívoco.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em regra, merece acatamento, se firma no sentido de que não se há de admitir a alegação de menoridade sem que comprovada por certidão do registro civil de nascimento.

Assim, no ReCr. 73.180-SP, Relator para o acórdão o Ministro Antônio Neder, está expresso na ementa do acórdão:

"1.....

2. Em nosso processo penal, a prova da menoridade é feita mediante certidão do termo no Registro Civil" (RTJ 68/109).

O relator, que restou vencido, Ministro Bilac Pinto, em seu voto recusava o reexame do tema, baseado na circunstância de que nos juízos de primeiro e

de segundo grau fora aceita a menoridade apenas declarada, não cabendo discutir sobre a prova em sede de recurso extraordinário.

No RHC 51.043-GB, Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro, está na ementa do acórdão:

".....
"A menoridade do acusado não deve ser acolhida pela simples alegação da parte, devendo resultar demonstrada, observadas no que a ela concerne, as restrições à prova estabelecidas na lei civil." (RTJ 67/683).

No HC 53.863-SP, Relator o Sr. Ministro "Cunha Peixoto, diz a ementa do acórdão:

".....
A menoridade, para os efeitos do art. 115 do CP, não basta ser alegada pelo paciente, sendo necessário, para o seu reconhecimento, que ela esteja documentalmente comprovada nos autos." (RTJ 79/74).

E no RCr 87.245-SP, assim se expressou sobre o tema, em seu voto, o Relator Ministro Bilac Pinto:

"A orientação desta Corte evoluiu no sentido de só reconhecer a menoridade se comprovada por certidão de nascimento. Neste ponto fui mais flexível, ficando vencido em dois casos que se acham publicados na RTJ 58/795 e 68/109. Não vou insistir em meu ponto de vista. Acolho os precedentes.

Inexistindo comprovação documental da argüida menoridade de repilo, nesta parte, o recurso" (RTJ 84/1.048).

O Sr. Ministro Oscar Corrêa, no HC 60.590-SP, indeferiu a ordem por falta de comprovação documental da menoridade, embora estivesse a mesma indicada em várias peças do processo, sequer admitindo prova posterior ao fato delituoso, ante o seu caráter duvidoso. A ementa do acórdão que, então, lavrou, está assim:

"*Habeas Corpus*.

Alegação incomprovada de menoridade, não anteriormente apurada no processo. Prova posterior ao fato delituoso. *Habeas Corpus* indeferido." (RTJ 105/590).

Aqui sequer restou argüida a menoridade do recorrente, quando da prática do delito, menoridade que também não foi considerada na sentença condenatória, nem devolvida na apelação, circunstância que somente veio a ser levantada na petição de recurso especial, o que vem a significar ausência de prequestionamento.

De qualquer sorte, sem que a menoridade fosse, em qualquer momento, comprovada nos autos.

Não há, por conseguinte, como dizer ofendidos os dispositivos da lei penal que arrimam o presente recurso.

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

EXTRATO DA MINUTA

RESP Nº 3.018 — PR — (Reg. nº 9042798) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridas: Rute Zreutzer; Maria Madalena de Paula Kreutzer. Advogado: Dr. José Roberto de Azevedo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, por ambos fundamentos, e lhe deu provimento para determinar que a Câmara prossiga no julgamento da apelação, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. Em 29-06-90 — 6ª Turma.

Os Exmos. Srs. Mins. William Patterson, José Cândido, Carlos Thibau e Costa Leite, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min. WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.140 — PR (Registro nº 90.0004565-7)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Elias Vieira Neves e Jairo Veríssimo Batista*

Advogado: *Dr. Élcio José Melhem*

EMENTA: Processo Penal. *Emendatio libelli*.

Hipótese em que rechaçado o concurso material, justamente por reconhecer-se a continuidade delitiva, sendo desconsiderada, porém, a consequência jurídica desse reconhecimento, qual seja o aumento da pena (art. 71, do Código Penal), à minguada de impugnação específica. contrariedade aos artigos 383 e 617, do CPP, visto cuidar-se de hipótese típica de *emendatio libelli*, que é procedida de ofício, assim em primeiro como em segundo grau de jurisdição. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso especial pela Letra *a*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro WILLIAM PETERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim sumariada no r. despacho de fls. 160/161, do eminente Presidente do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná:

“Insurge-se o Ministério Público contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal deste Tribunal que, confirmando a decisão do juízo singular, assim se pronunciou:

“Roubo. Desclassificação para o delito de furto qualificado. Inocorrência do concurso material. Continuidade delitiva pedida pelo Ministério Público, nesta instância. Inadmissibilidade, por falta de impugnação a esse respeito no recurso do “*parquet*”.

Apelação não provida.

A seguir, opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados.

Fundamenta-se a irresignação no artigo 119, III, *a* e *d*, da Constituição Federal de 1969, combinado com o artigo 27, parágrafo 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e no artigo 105, III, *a* e *c*, da atual Constituição Federal, sob as alegações de negativa de vigência de lei federal (artigos 157, 381, 383 e 617, do Código de Processo Penal, e artigos 69 e 71, do Código Penal) e divergência jurisprudencial (RT 607/399, RT 585/401 e RT 540/272).

Objetiva o douto representante do Ministério Público ver aumentada a resposta penal *in concreto* pela incidência da majo-

rante da continuidade delitiva (admitida e, no entanto, não aplicada no caso), *ex vi* art. 71 do C. Penal.

Não houve impugnação”.

Inadmitido o recurso, determinei a subida dos autos, para melhor exame, em sede de agravo de instrumento, nos termos do seguinte despacho:

“Recorreu extraordinariamente o “*parquet*” estadual de acórdão da e. Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, sob duplo fundamento, negativa de vigência de lei federal e dissídio jurisprudencial, sobrevivendo juízo recusativo de admissibilidade, na conformidade do despacho trasladado a fls. 161/163, do eminente Juiz-Presidente daquela Corte, por falta de prequestionamento, com relação ao primeiro fundamento, e em virtude de não terem sido mencionadas, na petição recursal, as circunstâncias que identificariam ou assemelhariam os casos confrontados, no que diz com o segundo fundamento.

Daí o presente agravo. Como escorreitamente consignado na minuta, a *vexata quaestio*, objeto do apelo extremo, cinge-se no seguinte: na aplicação da *emendatio libelli*, seja em primeiro grau (art. 383, do CPP), seja em segundo grau (art. 617 do CPP), se o material cognitivo assim indicar.

Com efeito, a divergência específica reclamada para a admissibilidade do recurso, pela letra *c*, do permissivo constitucional, de fato, não restou demonstrada, nos termos do art. 322, do RISTF. No que tange, porém, ao prequestionamento, dissinto do entendimento do r. despacho agravado. A questão da obrigatoriedade de *emendatio libelli* em segundo grau, com aplicação do princípio *iura novit curia*, só poderia surgir com o julgamento da apelação. Como foram opostos embargos declaratórios versando exatamente o ponto, estou em que se satisfaz a exigência de prequestionamento.

Cuida-se de questão de alta relevância e a tese sustentada pelo Ministério Público é das mais respeitáveis, tudo recomendando o processamento do recurso, com a subida dos autos principais, para melhor exame. Para esse fim, dou provimento ao agravo.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos, neles lançando parecer o Ministério Público Federal, pelo conhecimento e provimento”.

É o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A v. sentença entendeu não configurado o concurso material, admitindo, no entanto, a continuidade delitiva. Não obstante, deixou de proceder ao aumento da pena, como prevê o art. 71, do Código Penal, no que andou mal, visto cuidar-se de hipótese típica de *emendatio libelli*.

O r. aresto recorrido, por sua vez, rechaçou a pretensão do Ministério Público de ver aplicada a regra do concurso material, justamente por reconhecer a existência de crime continuado. A consequência jurídica desse reconhecimento, todavia, foi desconsiderada, à míngua de impugnação específica, como visto do relatório.

Com efeito, o equívoco é manifesto, seja porque não seria o caso de exigir-se impugnação específica, eis que a continuidade delitiva apresenta-se como um *minus* em relação ao que o recurso ministerial visava, seja porque a *emendatio libelli* é procedida de ofício, assim no primeiro como no segundo grau de jurisdição, a teor do disposto nos arts. 383 e 617, do CPP.

Dessarte, Sr. Presidente, conheço do recurso pela letra *a*, do permissivo constitucional, mantido o juízo recusativo de admissibilidade, quanto à alínea *c*, pela razão exposta do despacho que proferi no agravo de instrumento, e dou-lhe provimento, para aumentar de 1/6 (um sexto) a pena-base aplicada a cada um dos réus, nos termos do art. 71, do Código Penal. É como voto, Sr. Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3140 — PR — (Reg. nº 90.0004565-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: Elias Vieira Neves e Jairo Veríssimo Batista. Advogado: Dr. Élcio José Melhem.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela letra *a*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e deu-lhe provimento (Sexta Turma — 28.08.90).

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

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA NO RECURSO

ESPECIAL Nº 3.534 — GO

(Registro nº 90.5421-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Recte: *Daniela Carvalho Murad*

Recdo: *Universidade Federal de Goiás*

Advogados: *Dr. Arthur Edmundo de Souza Rios e outros e Dr. José Carlos Miranda Nery e outros*

EMENTA: Recurso Especial.

Efeito suspensivo. Diante da situação excepcional que o caso encerra, e presente o *periculum in mora*, concede-se efeito suspensivo a recurso especial admitido na origem e sob jurisdição desta Corte, assegurando à impetrante-recorrente a sua permanência na Universidade, matriculada que fora por força de decisão judicial, posteriormente cassada, até o julgamento de mérito do aludido recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir a medida cautelar requerida, atribuindo efeito suspensivo ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Inscrita e aprovada no vestibular realizado em março de 1988 pela Universidade Federal de Goiás, para graduação em Engenharia Civil, Daniela Carvalho Murad, menor impúbere, não conseguiu efetivar a sua matrícula porque não era portadora, ainda, de certificado de conclusão do 2º grau.

Inconformada, impetrou segurança contra o Magnífico Reitor daquela Universidade, com pedido de liminar para que pudesse efetivar a matrícula

correspondente, com fixação de prazo para apresentação do aludido certificado do 2º grau, curso que já cumprira mais de 75% da carga horária.

A liminar foi concedida e, posteriormente, a segurança, nos termos da sentença de fls. 85/87.

Em grau de apelação, o Eg. Tribunal Regional de Brasília, conforme se vê do acórdão de fls. 109/113, reformou a sentença recorrida, cassando a liminar, dada a inexistência de direito líquido e certo, assim caracterizado pela não apresentação pela impetrante, no ato da matrícula, do certificado de conclusão do 2º grau.

Daí a interposição, com apoio nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, do recurso especial, afinal admitido pela decisão de fls. 143/144, da lavra do em. Presidente do referido Tribunal.

Na peça recursal, pleiteia a impetrante, em preliminar, o seguinte:

"Embora o RISTJ em seu artigo 255 não dê efeito suspensivo a Recursos Especiais, é competência do digno Relator (art. 34 nº. V do mesmo Regimento) conceder ou submeter a quem de direito o presente pedido de "*Medida Cautelar Incidental*", visto que a execução provisória da decisão causará gravíssimo e irreparável dano (a recorrente já está em trabalhos de estágio), e uma decisão posterior de reforma não teria eficácia.

"Concedida a segurança, para garantir a estudantes o acesso ao ensino superior, não é lícito nem justo, já no meio do ano letivo e antes do julgamento do recurso interposto da sentença, cancelar-lhes a matrícula."

(Ag. do MS in STF nr. 17.144-GB-RTJ 45/589)

Requerimento: Para espancar dúvidas, pois, de direito já o é, requer-se, diante da relevância, que seja dado efeito suspensivo no recebimento do presente recurso."

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Srs. Ministros, por força regimental, esta é a última sessão desta Eg. Turma, encerrando, assim, os trabalhos judicantes do primeiro semestre do corrente ano.

Sem possibilidades de inclusão do feito nesta pauta de julgamentos, posto que somente no dia 22 p. passado os autos vieram-me conclusos, tomei a liberdade, ante o disposto no art. 34, V, do Regimento Interno, de submeter à Turma a presente questão.

Como lido no relatório, trata-se de pedido cautelar inserto na própria petição de recurso, via do qual pretende a impetrante, ora recorrente, que se dê a ele efeito que não possui, qual seja o suspensivo.

Data venia, não vislumbro restrições ao seu deferimento.

Deveras, ante a situação excepcional surgida com a cassação da segurança, facilmente aferida diante das peculiaridades que o caso encerra, tenho por presente o *periculum in mora*, um dos requisitos para o pleito assecuratório.

Assim, estando o recurso sob jurisdição desta Corte, voto no sentido de que lhe seja emprestado o almejado efeito suspensivo, até o seu julgamento de mérito, comunicando-se do teor desta decisão à ilustre autoridade coatora.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, fico receoso de deferir a provisional, caracterizados que estão dois fatos: primeiro, a interessada não satisfaz a exigência de exibição da documentação necessária para matricular-se; segundo, houve mandado de segurança, cujo mérito já foi apreciado. Conseqüentemente, *data venia*, não existe *periculum in mora*, uma vez que o tema foi jurisdicionalmente enfrentado. Além do mais, parece-me — invoco a experiência de todos nós na vida judiciária — que se repete, no caso concreto, o argumento futuro do fato consumado. Maneira oblíqua de contornar as exigências legais.

Trata-se de demonstração clara de que ela não tem a conclusão do recurso secundário. O caso já foi apreciado pelo Tribunal Regional Federal.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Sim, mas e o efeito da execução imediata desse acórdão que denegou a segurança não afetaria o direito postulado por ela?

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Afetará, como em todo caso, porquanto o recurso especial não tem efeito suspensivo. Daí a vida processual em lei ser correta. Não me parece existir a excepcionalidade do fato. Se houvesse dúvida quanto à legalidade da documentação apresentada, aí sim. Mas, no caso, ela diz que não concluiu o curso secundário, foi aprovada e quer fazer universidade com 15 anos.

Data venia, entendo de indeferir a provisional.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, este é um caso autêntico de excepcionalidade, porque, na verdade, se não se der essa cautela não adianta examinar o recurso. Ela não pode voltar para matricular-se de novo.

O eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, para decidir, teve necessidade de adentrar ao mérito do recurso.

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: *Data venia*, não apreciei o mérito. Analisei a causa de pedir.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: V. Exa. já chegou à conclusão de que o recurso não é cabível, não tendo nenhuma chance de prosperar. Se esse recurso, na verdade, prosperar, já não terá nenhuma valia, sem a preliminar.

Não cabe examinar um recurso que não tem nenhuma finalidade. Para examinar-se o recurso é necessário que se dê a medida pleiteada.

Ela disse que não tinha o curso ginásial e que não estava com o curso completo em dezembro, mas que dependia de uma prova. Terminou essa prova em fevereiro.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): A execução do acórdão recorrido levará fatalmente à cassação da matrícula. Então, dá-se um tempo para que o recurso seja julgado. Parece-me que deveria trazer à Turma, ao invés de dar um despacho como Relator, porque realmente achei que, sendo o caso excepcional, melhor seria trazê-lo à Turma para apreciá-lo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, também acompanho o raciocínio de V. Ex^a, por entender que somente na análise do recurso especial é que vamos observar se, na realidade, o curso da recorrente está completo ou não. Porque, como disse o Sr. Ministro Ilmar Galvão, ela pode estar na dependência de uma matéria que foi feita posteriormente, depois de cinco dias, quinze dias, etc., e atendeu aos requisitos. Dentro dessa possibilidade, sou mais sensível ao jovem que necessita estudar e concluir o curso.

De modo que, *data venia* do Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, acompanho o Sr. Ministro Relator, a partir dos subsídios fornecidos pelo Sr. Ministro Ilmar Galvão.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Med. Cautelar Inominada no REsp nº 3.534 — GO — (Reg. nº 90.5421-4) — Relator: Min. Américo Luz. Recorrente: Daniela Carvalho Murad. Recorrido: Universidade Federal de Goiás. Advogados: Dr. Arthur Edmundo de Souza Rios e outros e Dr. José Carlos Miranda Nery e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, deferiu a medida cautelar requerida, atribuindo efeito suspensivo ao recurso, vencido o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (2ª Turma — 27.06.90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Ilmar Galvão, Vicente Cernicchiaro e Pedro Acioli.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.