

RECURSO ESPECIAL — EMBARGOS

RECURSO ESPECIAL Nº 301 — PR

(Registro nº 89.0008699-5)

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

Relator para o Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrentes: *Onofre Vitorio Petik e cônjuge*

Recorridos: *Egídio Gomes Filho e cônjuge*

Advogados: *Drs. Adelanir Ernesti e outro e Antenor Camili Penteadó*

EMENTA: Ato jurídico. Nulidade. Denúnciação da lide. Inocorrência de seu processamento. Impossibilidade de reconhecer-se o direito de regresso.

Nula é a cessão de direitos hereditários relativa a imóveis, envolvendo interesses de herdeiro incapaz, sem assistência, tendo ainda sido efetivada por instrumento particular.

Não processada regularmente a denúnciação da lide requerida informalmente na contrariedade, inadmissível é reconhecer-se a final, na sentença, o pretendido direito de regresso contra os co-réus na causa.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por 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, 30 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Egídio Gomes Filho propôs ação ordinária de nulidade de ato jurídico, para haver a decretação de nulidade de ato de cessão de direitos hereditários, de escritura de compra e venda e, em consequência, de transcrição referente ao mesmo imóvel, acrescido de perdas e danos.

Pela sentença de 1ª instância foi julgada procedente em parte a ação para decretar a nulidade do ato de cessão de direitos hereditários de fl. 31, da escritura de compra e venda lavrada à fl. 259 do Livro 338-E do 3º Tabelionato de Curitiba, e, conseqüentemente da transcrição nº 18.311, Livro 3-L do RG I da 5ª Circunscrição.

O v. acórdão recorrido improveu os demais recursos e proveu apenas o do terceiro de boa-fé, para isentá-lo de honorários advocatícios e custas, consoante se lê da seguinte ementa:

“Ação ordinária de nulidade de ato jurídico.

Despacho saneador.

Agravo de instrumento.

Legitimidade *ad causam* ativa.

Os herdeiros do *de cujus* têm legitimidade ativa para demandar a anulação da cessão de direitos hereditários prejudiciais aos seus direitos, e nula, por incapacidade, ao tempo em que cederam os seus direitos.

Agravo retido contra o despacho saneador que desacolheu tal preliminar.

A preliminar relativa à falta de julgamento de impugnação do valor da causa, na forma do artigo 261 do Código de Processo Civil, no caso, é irrevelante. Não houve prejuízo algum e, a determinação da alçada recursal é estabelecida por matéria.

Preliminar rejeitada.

Nula é a cessão de direitos dos condôminos, envolvendo direitos de herdeiro incapaz, sem assistência e, ainda, feita por instrumento particular.

Para o direito de regresso, na própria ação, deve o interessado, no momento oportuno, proceder a denunciação à lide. Não o fazendo, somente em ação própria, poderá intentá-la.

O terceiro de boa-fé envolvido no negócio, por ignorar completamente a situação, deve ser excluído da relação processual, sem quaisquer ônus.

Provimento ao apelo do terceiro de boa-fé, para insentá-lo de honorários advocatícios e custas.

Improvemento aos demais recursos.”

(Fls. 234/235).

Os recorrentes interpuseram recurso extraordinário alegando violação aos arts. 153 e 1600 do Código Civil; arts. 70, III, 261, 267, VI, 283 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 239/264).

Pelo despacho de fls. 271/272, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 278/291 e contra-razões de fls. 295/301, subiram os autos ao E. Supremo Tribunal Federal, tendo a Procuradoria-Geral da República opinado pelo conhecimento e provimento parcial do recurso no tocante ao direito de regresso (fls. 308/310).

Em face da instalação do E. Superior Tribunal de Justiça o eminente Ministro Sydney Sanches converteu o recurso extraordinário *ipso iure* em recurso especial, determinando a sua remessa a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Verifico serem inadequadas as alegações de ofensas aos arts. 153 e 1600 do Código Civil. O primeiro dispositivo trata de nulidade parcial do ato jurídico, enquanto no caso, cuida-se de nulidade total; com relação ao segundo, a matéria diz respeito a herdeiros aparentes, de que não cuidam os autos.

De igual modo desmerece conhecimento as alegadas violações aos arts. 261 e 267, VI e 283 do Código de Processo Civil, pois com relação à primeira, a matéria acha-se preclusa (valor da causa) e, no tocante as demais, melhor sorte não lhes socorre, pois o autor provou ser herdeiro do *de cuius* e instruiu a inicial com a documentação necessária.

Assiste, no entanto, razão aos recorrentes no tocante a violação ao art. 70, ins. III, do Código de Processo Civil, pois enquanto as instâncias ordinárias afirmam a impossibilidade do direito de regresso por falta de denunciação à

lide, esta havia sido argüida já por ocasião da contestação (fl. 62), quando os ora recorrentes requereram, de acordo com o art. 76 do Código de Processo Civil, fosse determinado, em sentença, seu direito de regresso contra os alienantes direitos do imóvel.

A Dr^a Edylceia Tavares Nogueira de Paula digna Procuradora da República, também assim se pronunciou, nos seguintes termos:

“Os recorridos já provaram fartamente ser o varão filho de Egídio Gomes, e em consequência, seu herdeiro.

Descabem, pois, as alegações de carência da ação, e de inexistência de condições válidas para prosseguimento do processo, denegada propriamente pelos ilustres julgadores das instâncias *a quo* e *ad quem*.

A impugnação do valor da causa não foi apreciada pela sentença de primeiro grau, contra que não foram opostos Embargos de Declaração. Está, pois, preclusa a matéria, não podendo ser ressuscitada agora.

Era o recorrido-varão incapaz quando do ato de cessão, que não foi assistido pelo devido representante legal e nem mesmo por ele, além de que a escritura de compra e venda do imóvel se lavrou em instrumento particular.

Irrelevante, assim, quaisquer outros fundamentos que se possam usar.

Quanto ao direito de regresso, está ferido o art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil.

Houve, na hipótese, a formação do litisconsorte passivo requerido pelo próprio Recorrido, dos Recorrentes com os co-réus Romualdo Reichert e s/ mulher.

Além do mais, os Recorrentes também requereram expressamente fosse reconhecido o direito de regresso na contestação, se a ação fosse julgada procedente.

Descabia, portanto, proceder à denúncia à lide, por isso que os co-réus já integravam o processo e eram parte na ação, tendo até oferecido contestação.

Pelo conhecimento e Provimento em parte do apelo extremo, apenas para reconhecer o direito de regresso.” (Fls. 309/310).

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento parcial, para reconhecer o direito de regresso.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, parece-me que ocorreu preclusão no tocante a esta matéria atinente à denúncia da lide e ao conseqüente direito de regresso. Não formalizada devidamente a litisdenúnciação, a verdade é que ela não se processou. Assim é que os litisdenunciados deveriam ter sido citados como tais, para responderem à denúncia formulada pelos réus. Eles compareceram aqui, como esclareceu o eminente Ministro Relator, na qualidade de co-réus, de parte no pleito principal simplesmente.

Então, uma vez não processada, de acordo com a lei, a denúncia da lide, não é possível, a esta altura, julgá-la pelo seu merecimento. Penso que, na oportunidade do saneamento da causa, os réus, litisdenúnciantes, deveriam alertar o magistrado no sentido de que houvera a denúncia da lide, requerendo aí o seu processamento na forma da lei.

Neste momento, se se reconhecer o direito de regresso e, portanto, reputar procedente a denúncia à lide, estar-se-ia suprimindo a fase de defesa dos litisdenunciados. É esta a dificuldade com que me deparo.

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Aparte): E, se V. Exa. me permite, também um grau de jurisdição, porque a decisão sobre a obrigação de ressarcir e também sobre o montante do ressarcimento é uma decisão que deveria expor-se à apelação, uma vez que a denúncia teria sido efetuada, como é de lei, no Juízo do Primeiro Grau. No momento em que o Juiz a acolhesse e a considerasse procedente seria para determinar o conteúdo da reparação, tanto sobre o aspecto de ser ou não procedente a pretensão ao ressarcimento, como também quanto à extensão do mesmo, os litisdenunciados ficariam destituídos de apelação ao Tribunal.

Mas aqui me parece também que V. Exa. considera tardia a inconformidade agora manifestada.

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Concluo, pois, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, que, por essa razão, não houve no caso ofensa ao art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil.

Nessas condições, não conheço do recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Srs. Ministros, também, com a devida vênia do Ministro Fontes de Alencar, estou convencido, sem embargo dos propósitos de simplificação do processo em que

se inspira S. Exa., de que, no caso, não seria possível, em recurso especial, assegurar já o ressarcimento pretendido pelos litisdenunciantes, porquanto a decisão desta Corte, a ser assim, atritaria com o sistema da nossa lei processual civil: seria uma decisão originária que, no entanto, somente ingressaria nos autos por via de recurso especial. Penso que a ofensa à lei não se verificou. O que houve foi a omissão do Juízo em assegurar à litisdenúncia o tratamento procedimental que ela reclamava. Esse tratamento procedimental não tendo sido dispensado, a litisdenúncia, diante da omissão também dos litisdenunciantes, não poderia senão resultar desconsiderada pela sentença, como o foi, caso em que nem mesmo a apelação poderia permitir fosse abordada originariamente.

Portanto, com a devida vênia, acompanho o Sr. Ministro Barros Monteiro para não conhecer do recurso, nem mesmo quanto à alegação de ofensa do art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, reportando-me aos votos proferidos na parte inicial do julgamento, acompanho as manifestações dos eminentes Ministros Barros Monteiro e V. Exa., Sr. Presidente, não conhecendo do recurso, ressalvado à parte o direito de regresso em ação autônoma.

Rogo, para isso, a vênia do eminente Ministro Relator, Ministro Fontes de Alencar.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 301 — PR — (Reg. nº 89.0008699-5) — Relator originário: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Relator para o acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrentes: Onofre Vitorio Petik e cônjuge. Recorridos: Egídio Gomes Filho e cônjuge. Advogados: Drs. Adelanir Ernesti e outro e Antenor Camili Penteado.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Relator, que o conhecia e lhe dava parcial provimento (4ª Turma, em 30-10-90).

O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro acompanhou os doutos votos dos Exmos. Srs. Ministros Barros Monteiro e Bueno de Souza. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO
RECURSO ESPECIAL Nº 487 — RJ
(Registro nº 90.0003069-2)

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

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

Embargante: *Estado do Rio de Janeiro*

Embargado: *Helsingor Restaurante Ltda.*

Advogados: *Drs. Hélio Limoeiro Júnior e outros e José Luiz Cunha de Vasconcelos e outros*

EMENTA: Embargos de divergência em recurso especial. Tributário. ICM. Fornecimento de alimentação em restaurantes, bares e similares.

Firmou-se a jurisprudência de ser necessária legislação estadual fixando base de cálculo distinta da relativa à saída de mercadorias, dada a natureza da relação jurídica do fornecimento de alimentação em restaurantes, bares e similares. Ausência de lei específica torna inviável a cobrança do tributo, vinculado ao princípio da legalidade.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Garcia Vieira (Relator), Pedro Acioli e Geraldo Sobral, julgar os embargos improcedentes, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Estado do Rio de Janeiro, irresignado com o v. acórdão prolatado pela Egrégia 2ª Turma, interpôs Embargos de Divergência indicando de divergência o v. acórdão prolatado no RESp nº 1.054 — RJ da Primeira Turma.

A matéria é incidência do ICM sobre o fornecimento de alimentos, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares; conhecida da Seção, posto ser idêntica da matéria do REsp nº 989 — RJ.

Na 1ª Turma, nos Recursos Especiais nºs 423 — RJ, 1.200 — RJ, dos quais fui Relator, e 1.054 — RJ, 496 — RJ, 1.131 — RJ e 1.319, Relator eminente Ministro Armando Rollemberg, firmamos o entendimento de que o Código Tributário Estadual (Decreto nº 05/75), no seu art. 14, inciso I, ao determinar que “o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”, tornou sujeita à incidência do ICM o fornecimento de refeições e bebidas, por bares, restaurantes e estabelecimentos similares que constitui fato gerador do aludido imposto (Decreto-lei nº 406/68, art. 1º, item III e Decreto-lei Estadual nº 05/75, art 4º, item III) e fixou a base de cálculo.

Entanto, a Egrégia 2ª Turma, nos Recursos Especiais nºs 564 — BA, 999 — RJ e 610 — RJ, Relator eminente Ministro Ilmar Galvão, 614 — RJ, 1.071 — RJ e 201 — SP, Relator eminente Ministro Américo Luz, firmou o entendimento contrário, de ilegitimidade da cobrança do tributo, por falta de definição da base de cálculo pela Lei Estadual (Decreto-Lei nº 05/75) e que na “saída da mercadoria do estabelecimento comercial” não se inclui o “fornecimento de alimentos e bebidas, no próprio estabelecimento”, houve interposição de vários embargos de divergência, inclusive nos Recursos Especiais nºs 989 — RJ, Relator eminente Ministro Geraldo Sobral, DJ de 18/06/90, 1.313 — RJ, Relator eminente Ministro Carlos Velloso, DJ de 21-05-90, e 496 — RJ, Relator eminente Ministro Carlos Velloso e a Egrégia Seção pacificou a questão no sentido de que:

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

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

II — Embargos de Divergência rejeitados” (REsp nº 1.313 — RJ).

Como se vê, só foi reconhecida, como legítima, a cobrança do ICM a partir da vigência da Lei Estadual, prevendo o fato gerador e fixando a base de cálculo (REsp nº 989 — RJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. A nosso entender ocorre a divergência. O v. acórdão recorrido, ao admitir inexistência de base de cálculo para a incidência do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares e similares, antes da vigência da Lei Estadual nº 05, de 15 de março de 1975, e que o valor da operação não se enquadra na definição geral de saída, violou lei federal e divergiu de acórdãos de nossa Corte Maior.

A questão se resume em se saber se a legislação do Estado do Rio de Janeiro fixou ou não a base de cálculo do ICM para que este possa ser exigido sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares. Ora, constitui fato gerador do ICM “o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares” (Decreto-lei Federal nº 406/68, artigo 1º, item III, e Decreto-lei Estadual nº 05/75, art. 4º, item III). Assim, a legislação estadual encontra firme suporte na legislação federal que, também definiu como fato gerador do ICM “o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares”.

Se é o próprio Decreto-lei nº 406/68 que dá como fato gerador do ICM o valor total da operação, incluindo também a parte de serviço incluída no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, a legislação do Estado (Decreto-lei nº 05/75) estava autorizada a cobrar ICM inclusive sobre esta parte de serviço.

O ICM incide sobre uma infinidade de operações e produtos diversos, não se podendo exigir uma base de cálculo específica. Ela, no caso, só poderia ser genérica, ou seja, o valor da operação, a importância total recebida pelo comerciante, porque na lista de serviços, que é taxativa, não consta a atividade da impetrante. Se sobre os serviços relacionados na lista incide o ISS mesmo quando ocorre fornecimento de mercadoria, isto deve acontecer quando, no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias e incidir o ICM.

Como sabemos, a base de cálculo do ICM foi definida pelo Decreto-lei nº 406/68, art. 2º, item I, e pelo Decreto-lei nº 05/75, art. 14, item I, assim:

“A base de cálculo do imposto é:

I — O valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria.”

Então, existe a base de cálculo do ICM que é o “valor da operação”.

Esclarecem as informações:

“Somente na falta desse valor é que se buscariam outros critérios para apuração do valor do tributo devido.

A razão é simples:

Incide o ICM sobre uma *infinidade de operações e produtos diferentes* e só se poderia exigir do legislador a *base de cálculo genérica*.

2. *Casuísmo inadmissível.*

Não seria razoável exigir-se do legislador a descrição de todas as situações e mercadorias sujeitas ao ICM, para o fim específico de definição da base de cálculo.

O valor sobre o qual recai o ICM é o *valor da operação*, nada mais do que o valor da operação. Destarte, determina-se a base de imposição do ICM em função do valor recebido pelo contribuinte e *não em razão da natureza do produto fornecido*.

Se se entendesse de forma diversa, chegar-se-ia inevitavelmente à conclusão de que:

Seriam necessárias centenas de páginas do diário oficial para enumerar os produtos sujeitos ao ICM com as respectivas bases de cálculo (ou centenas de páginas para descrever todas as atividades comerciais, uma por uma, sujeitas ao recolhimento do tributo).

Naturalmente, essa não é a *mens legis*. Quando o Código Tributário Nacional reclama a edição de lei para disciplinar a base de cálculo

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

IV — a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65.”

tem por escopo apenas evitar que alíquota e a base de cálculo sejam determinadas em atos normativos de menor expressão do que a lei.

Em face do texto do art. 97 do CTN, que é comando de ordem geral, não se pode validamente inferir que seja obrigatória a definição específica de base de cálculo para cada uma das hipóteses de incidência do ICM.

São *critérios puramente aritméticos* os que norteiam a fixação da alíquota e da *base de cálculo*.”

É claro que, quando o legislador faz incidir o ICM também sobre a parte de serviços existentes no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares e outros estabelecimentos congêneres, ele cria

um *factio legis* que, segundo *Yhering*, “...evita as dificuldades em vez de resolvê-las e não é mais do que a resolução científica imperfeita de um problema e merece, como o ato opoente, ser chamado *matéria técnica consagrada pela necessidade*” (“O Espírito do Direito Romano” — vol. 4º, pág. 199).

Assim como existem imóveis por determinação legal (art. 44 do CC), pode também o legislador considerar mercadoria o fornecimento de alimentação, bebidas, etc.

Se existe lei estadual estabelecendo a base de cálculo do ICM, não houve violação à Súmula nº 574 do STF ou aos artigos 97, IV, e 108, § 1º, do CTN. Estes não foram contrariados pelo artigo 14 — I do Decreto-lei Estadual nº 05/75 ao estabelecer a base de cálculo geral do ICM que, no caso, não exige a específica. No fornecimento de alimentação, bebidas, etc, por restaurantes, bares e outros estabelecimentos congêneres, existe a saída de mercadoria, pouco importando se o freguês consome ali no estabelecimento comercial ou em qualquer outro local. Havendo a circulação de mercadoria, incide o ICM, inclusive, por ficção legal, sobre a parte de serviço.

É também irrelevante o fato de haver embutido no fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares e estabelecimentos similares, a parcela correspondente a serviços, porque na alienação de qualquer mercadoria, por qualquer estabelecimento comercial, sempre existe a parte correspondente ao serviço. Seria indefensável a tese da incidência do ICM somente no valor da mercadoria, sem a parte correspondente aos serviços, porque seria quase impossível e certamente desaconselhável fazer os cálculos para se saber o que representaria, sem o serviço. A Procuradoria do Estado, em seu bem lançado Parecer de fls. 732/739, salientou que:

“... a existência de serviço embutido no fornecimento não constitui óbice à base genérica conforme se depreende do art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 834/69, no qual foi adotado o critério da prevalência do ICM para a tributação das operações nele compreendidas.

Há quem entenda que, em vista da nova redação dada pelo Decreto-lei nº 406/68, o ICM incide sobre a parcela de valor da operação que corresponde ao fornecimento de mercadorias abstraindo-se o valor dos serviços prestados.

Tal entendimento resulta do exame isolado dos textos, do antigo e atual, do citado parágrafo sem consideração para com o significado no sistema de normas, que disciplina a matéria.

Observam os defensores da tese sob comentários que a redação original do citado § 2º dispunha:

“§ 2º — Os serviços não especificados na lista e cuja prestação envolva o fornecimento de mercadorias ficam sujeitos ao imposto de circulação de mercadorias.”

Tal redação foi alterada pelo Decreto-lei nº 834/69 para a seguinte:

“§ 2º — O fornecimento de mercadorias com prestações de serviços não específicos na lista fica sujeito ao imposto de circulação de mercadorias.”

Assim tomadas, isoladamente, as letras antiga e atual do § 2º em exame fazem realmente crer que a alteração tenha sido introduzida com o manifesto intento de determinar que o ICM incida somente sobre a parcela referente ao fornecimento de mercadorias.

Entretanto, essa não é a realidade.

Em primeiro lugar, fosse esse o sentido da lei, estaria ela regredindo ao estágio primeiro em que se atormentavam os tributaristas para determinarem que parcela correspondia ao fornecimento e que parcela correspondia ao serviço.

Em segundo lugar, esse entendimento ignora exatamente a finalidade que justifica e explica a existência do art. 8º e seus parágrafos do Decreto-lei nº 406/68. Tal dispositivo foi *introduzido justamente para evitar a aludida tormenta mediante a instituição de um regime unitário de tributação*, pendendo para o imposto incidente sobre o elemento predominante da operação, definido mediante a Lista de Serviços.

Acresce, ainda, que, se concluirmos que o § 2º admite apenas a incidência do ICM sobre a parcela dos fornecimentos, seremos forçados a admitir que o § 1º também só admite a incidência do ISS sobre a parcela dos serviços. Com efeito no texto do § 1º nada existe de expreso no sentido de admitir a incidência do ISS sobre a parcela referente ao fornecimento. Aliás, a incidência do ISS sobre o valor total da operação, no caso do § 1º, deverá forçosamente parecer, ao simpatizante da tese sob comentário, tão absurda quanto a incidência do ICM sobre o valor total da operação, no caso do § 2º.

Assim sendo, ambos os parágrafos do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68 devem ser interpretados conjuntamente como disposições de um sistema engajado no princípio de preponderância funcional da utilidade fornecida.

Em função desse princípio, não deve causar surpresa a incidência do ICM sobre o valor total de uma operação em que há prestação de serviços mas em que prepondera a circulação de mercadorias. Assim como, vice-versa, não escandaliza a incidência do ISS, numa operação em que a prestação de serviços prepondera, ainda que atingindo parcelas que em tese corresponderiam ao fornecimento de mercadorias.

Diante do exposto conclui-se que a alteração introduzida pelo Decreto-lei nº 834/69 no § 2º do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68 é puramente redacional, nada tendo modificado na substância do preceito. Alterou-se apenas a sintaxe para colocar como sujeito da frase o fornecimento — que, no caso, é o elemento preponderante da operação — ao qual mais precisamente se aplicado o predicado, que especifica o tributo incidente.”

Tem razão o Dr. Amir José Sarti, inteligente Subprocurador-Geral da República, em seu Parecer de fls. 759/763, ao deixar claro que, a prevalecer o entendimento sustentado pela recorrente, os restaurantes, bares, cafés, hotéis, clubes e similares, não pagarão o ICM nem o ISS, porque seus serviços não estão arrolados na lista do Decreto-lei nº 406/68, como se eles fossem isentos de ambos os impostos. Salientou S. Exa. com precisão que:

“Deveras, a prevalecer o ponto-de-vista sustentado pelo recorrente, o que vai acabar acontecendo é que os bares, restaurantes e similares não pagarão ICM ao argumento da generalidade da base de cálculo; nem pagarão o ISS, porque os seus serviços não estão arrolados na lista que acompanha o Decreto-lei nº 406/68 (vide artigo 8º, § 2º).

Ora, não é possível que, por tais vias oblíquas, terminem os proprietários de bares, restaurantes e similares, conseguindo uma isenção que, absolutamente, nem o legislador federal (Decreto-lei nº 406/68, art. 1º, III), nem muito menos o legislador estadual (Decreto-lei nº 05/75, at. 4º, III) lhes quiseram conferir. Nem parece consultar aos interesses da sociedade a outorga de um tal benefício.”

No Recurso Especial nº 1.054 — RJ, Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, esta Egrégia Turma, por unanimidade, entendeu que:

“Tributário — ICM — Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.

Estabelecendo o Código Tributário Estadual (Decreto-lei nº 05/75), no inciso I do seu artigo 14, que o ICM incidirá sobre “o valor da operação que decorrer a saída de mercadoria”, norma

que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura mas também o trabalho efetuado para tal fim, não se verificou conflito entre o julgado recorrido e a Súmula 574 do STF e nem divergência com acórdão do mesmo Tribunal no qual se assentou ser inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes.

Recurso desprovido.”

Conheço os precedentes de nossa Corte Maior (RE nº 112.611 — SP, Relator eminente Ministro Aldir Passarinho, DJ de 27-03-87 e RE nº 111.789 — DF, Relator eminente Ministro Carlos Madeira, DJ de 10-04-87) e deste Colendo Tribunal nos Recursos Especiais, julgados pela Egrégia Segunda Turma (1.701 — RJ, Relator eminente Ministro Américo Luz, e 610 — RJ, 564 — BA, e 999 — RJ, Relator eminente Ministro Ilmar Galvão. Estas decisões, embora respeitáveis, não me convenceram, porque entendo não ter havido falta de definições de base de cálculo pela Lei Estadual, no caso *sub judice*.

Dou provimento aos embargos.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, gostaria de completar este esclarecimento: existe divergência. Nas nossas decisões da 1ª Turma entendemos que no Decreto-lei nº 5/75 existe a base de cálculo, e isto em todas as nossas decisões. E, aqui, tenho sustentado este ponto-de-vista. Na legislação estadual, a exemplo do que existe na federal, existe a base de cálculo para a incidência do ICM, que é o Decreto-lei nº 5/75.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: O recurso embargado, de que fui Relator, julgado pela 2ª Turma, restou ementado com enunciado que bem traduz o conteúdo do acórdão, *verbis*:

“ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurante, bar e estabelecimentos similares.

É ilegítima a cobrança do tributo antes da vigência de lei estadual que prevê o fato gerador e fixa a base de cálculo. Princípio da anterioridade da lei tributária.”

O v. acórdão do REsp nº 1.054 apontado como divergente, da Egrégia 1ª Turma, sendo Relator o ilustre Ministro Armando Rollemberg, cuja ementa, também com fidelidade, sintetiza o julgado, exhibe a seguinte ementa:

“Tributário. ICM. Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.

Estabelecendo o Código Tributário Estadual (Decreto-Lei nº 5/75), no inciso I do seu art. 14, que o ICM incidirá sobre “o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria”, norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura mas também o trabalho efetuado para tal fim, não se verificou conflito entre o julgado recorrido e a Súmula 574 do STF e nem divergência com acórdão do mesmo Tribunal no qual se assentou ser “inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes.”

Observa-se, o suposto fático é o mesmo: fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em bares, cafés e estabelecimentos similares. O tratamento normativo, no entanto, foi diferente. Enquanto a 1ª Turma exigiu lei estadual específica, ou seja, com indicação própria dessa atividade comercial, a 2ª Turma considerou suficiente a lei genérica do Código Tributário Estadual ao tratar da saída de mercadoria.

Evidente, pois, a divergência. Reconhecida, aliás, em caso idêntico, por esta Seção, no julgamento dos Emb. Div. nos REsps nºs 1.131 — RJ, 1.724 — RJ e 2.243 — SP.

Com efeito, evidencia-se entendimento diferente para definir relações jurídicas idênticas.

Conheço dos embargos.

A Egrégia 2ª Turma, à unanimidade, tem reiterado entendimento de, na hipótese, ser necessário a legislação estadual indicar a base de cálculo específica, vedado englobá-la com a expressão genérica — saída de mercadorias.

Reporto-me ao REsp nº 989, de que fui Relator.

Peço vênia para reproduzi-lo, porque em tudo igual à hipótese *sub judice*, realçando, antes de tudo, a ementa:

“ICM. Fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurante, bares, e estabelecimentos similares.

É legítima a cobrança do tributo a partir da vigência de lei estadual que prevê o fato gerador e fixa a base de cálculo. Princípio da anterioridade respeitado.”

“A divergência reside em um só ponto, ou seja, se o Fiscal Estadual tem legitimidade para cobrar ICM, pelo fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares.

Esse fornecimento é previsto como fato gerador do ICM, a teor do disposto no Decreto-Lei nº 406, de 31-12-1968:

“Art. 1º — O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento; e

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

Nos Estados, o imposto é autorizado pelo Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975, como estatui o art. 4º, III:

“o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.”

Por sua vez, a base de cálculo é “o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria” (art. 14, I).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido seguinte:

“ICM sobre alimentação e bebidas fornecidas em bares, restaurantes e similares. Embora um único imposto incida na operação, dela se há de deduzir o que é estranho à base imponible. A ausência de definição da base de cálculo do tributo torna ilegítima sua cobrança.”

(RE 109.707-8-SP e RE 109.922-4-SP)

A Súmula 574 da Excelsa Corte tem este enunciado:

“Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar.”

Esta 2ª Turma orienta-se no mesmo sentido, como fazem exemplo o REsp 610 — RJ, de que foi Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão e o REsp 1.071, relatado pelo ilustre Ministro Américo Luz.

No caso dos autos, o despacho de admissão do Recurso Extraordinário esclarece, no Estado do Rio de Janeiro, a legislação não previa o tributo (fl. 249).

A autuação do Fisco apóia-se em fato anterior a 1988, quando, naquela unidade da Federação, começou a vigorar a lei específica.

No Direito Tributário vigoram os princípios da reserva legal e da irretroatividade da lei. Cumpre, então, ser anterior ao fato gerador.

Dou provimento ao recurso para reconhecer o direito da Impetrante ao não pagamento do ICM até o dia da vigência da lei específica.”

Em reiterando o entendimento, *data venia*, rejeito os embargos, prevalecendo, assim, o v. acórdão embargado.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Pedi vista de vários processos perante a Segunda Turma e, depois dos estudos, cheguei à mesma conclusão a que chega o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Acompanho V. Exa.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O entendimento da Egrégia 1ª Turma é divergente da Segunda Turma, como bem esclareceu o Ministro Vicente Cernicchiaro em seu voto-vista.

Em razão dos precedentes da Primeira Turma, a qual integro, recebo os embargos na linha do REsp nº 1.054, Rel. Min. Armando Rollemberg, assim ementado:

“Tributário. ICM. Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.

Estabelecendo o Código Tributário Estadual (Decreto-Lei nº 5/75), no inciso I do seu art. 14, que o ICM incidirá sobre “o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria”, norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aque-

la na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura, mas também o trabalho efetuado para tal fim, não se verificou conflito entre o julgado recorrido e a Súmula 574 do STF e nem divergência com acórdão do mesmo Tribunal no qual se assentou ser “inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes”.

Assim, recebo os embargos.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acompanho o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, *data venia*.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Sr. Presidente, com a devida vênua dos eminentes Ministros, o meu ponto-de-vista sobre a matéria é no sentido de que basta uma lei estadual fixando a base de cálculo do ICM, sem que seja necessário fazer a referida separação entre o fornecimento da mercadoria e a prestação do serviço.

Acompanho o eminente Ministro Relator.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, de toda essa discussão, parto do seguinte princípio: a Constituição Federal, ao cuidar dos impostos de competência dos Estados, diz o seguinte:

Art. 155 — Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

d: operações relativas à circulação de mercadorias”.

Discute-se, nestes embargos, o problema da saída, da importação e do fornecimento de mercadorias em bares, restaurantes e similares. O Estado pode legislar, estabelecendo imposto sobre circulação de mercadorias incidindo sobre esses aspectos.

O art. 156, inciso IV, cuida da competência dos Municípios para instituir impostos sobre “serviço de qualquer natureza não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em Lei Complementar”.

Assim, o que não for da competência do Estado tem que ser competência do Município. Quer me parecer que no fornecimento de alimentação já está embutido o serviço, seja para levar para casa, seja para usufruir no próprio local.

Se admitirmos, em princípio, uma Lei Estadual específica, como entende a Primeira Turma, abrangendo os três aspectos, amanhã ter-se-á uma restituição da parte municipal arrecadada pelo Estado, o que não é desejável, nem conveniente.

Se exigirmos uma Lei Estadual específica de incidência para cada um dos pontos especificadamente, saída, importação e fornecimento, quando for regulamentado o fornecimento, não haverá dificuldade alguma em entregar a cada um o que é seu, do ponto-de-vista tributário.

Então, antecipando-me a esse condicionamento futuro de Lei Complementar, penso que com isto encerrar-se-á de vez esta polêmica, fruto da ausência de regulamentação do dispositivo constitucional.

Dessa forma, peço vênha aos meus ilustres Colegas de Turma, porque assim tenho votado nesta Seção, para acompanhar o entendimento da Segunda Turma, ou seja, é necessário Lei Estadual de incidência específica para cada uma das espécies que, por sinal, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

Emb. Div. no REsp nº 487 — RJ — (Reg. nº 90.0003069-2) — Relator originário: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Relator designado: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Embargante: Estado do Rio de Janeiro. Embargado: Helsingor Restaurante Ltda. Advogados: Drs. Hélio Limoeiro Júnior e outros e José Luiz Cunha de Vasconcelos e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira (Relator), Pedro Acioli e Geraldo Sobral, julgou os embargos improcedentes (em 30-10-90 — 1ª Seção).

Os Exmos. Srs. Ministros Hélio Mosimann, Américo Luz, Ilmar Galvão e José de Jesus votaram com o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, que lavrará o acórdão.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 661 — SP

(Registro nº 8999388)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro William Patterson*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Mauro Antonio de Moura*

Advogados: *Drs. Maria Efigênia Sartoris Moreira e outro*

EMENTA: Penal. Tribunal do júri. *Reformatio in pejus*.
Julgamento. Anulação.

A soberania do Tribunal do júri não permite que se lhe imponham limitações no julgamento de decisão anulada, com base no princípio da *reformatio in pejus indireta*, principalmente se a anulação envolveu a própria essência do julgamento.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para cassar a decisão recorrida, 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, 09 de outubro de 1990 (data do julgamento)

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adoto como relatório a parte expositiva da decisão de fls. 28/55, *verbis*:

“Em primeiro julgamento a que foi submetido, perante o Tribunal do Júri da Comarca de São Caetano do Sul, Mauro Antônio de Moura sofreu condenação por homicídio privilegiado qualificado pela traição, dosando-lhe o Juiz Presidente a pena em oito (8) anos e um (1) dia de reclusão (fls. 215/218 dos autos em apenso).

Inconfomado, porém, apelou, sustentando serem inconciliáveis o privilégio, consistente em atuação sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, e a qualificadora da traição, sendo essa apelação provida pela Egrégia Segunda Câmara Criminal, com os votos dos eminentes Desembargadores Weiss de Andrade, relator, Baptista Garcia, revisor e Ângelo Gallucci, para o efeito de anular o julgamento (fls. 226/230 e 248/249, *idem*).

No segundo julgamento, porém, a maioria dos jurados negou o pretendido privilégio, e afirmou as qualificadoras do motivo fútil e da traição e ele acabou condenado a doze (12) anos de reclusão, com medida de segurança detentiva, pelo prazo mínimo de um ano (fls. 280/283, *ibidem*), sendo que, na apelação que interpôs, a mesma Egrégia Segunda Câmara somente iria cancelar a medida.

Agora, em revisão, estando preso, faz considerações em torno da prova testemunhal e da reconstituição do crime, pretendendo que teria agido em legítima defesa própria (fls. 2/15).”

A Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria, deferiu o pedido, em parte, para reduzir a pena a oito (8) anos e um (1) dia de reclusão.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso extraordinário, com fulcro na alínea *d*, do inciso III, do art. 119, da Constituição Federal anterior, alegando divergência jurisprudencial.

Admitido o recurso (fls. 77/78), subiram os autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, onde, por despacho do Ministro Francisco Rezek (fl. 99), foi ele transformado *ipso iure*, em recurso especial, determinando-se a remessa dos autos ao STJ. Nesta instância, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo seu provimento (fls. 103/104).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O dissídio jurisprudencial foi, magistralmente, colocado na peça recursal, onde os pontos de divergência estão destacados de forma clara e indubitosa. Merece, portanto, trazer a conhecimento deste Órgão Julgador a exposição do Recorrente:

“3. No recurso de *Habeas Corpus* nº 61.422, do Rio Grande do Sul, a Egrégia Segunda Turma do Pretório Excelso decidiu:

“Penal. Prescrição da ação penal. Quesito respondido pelo Júri, em julgamento antecedente, no sentido de reconhecer a atenuante de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima. Anulado o julgamento, o novo Conselho de Sentença não estará adstrito a admitir a atenuante. Conseqüentemente, impossível reconhecer-se a prescrição com base nessa imaginada perspectiva.”

Do parecer da Procuradoria-Geral da República extrai-se o seguinte trecho:

“5. Sustenta o impetrante que a pena de quatro anos fixada na sentença do Presidente do Tribunal do Júri, pelo homicídio privilegiado, passou a ser definitiva para a acusação, uma vez que o Tribunal *a quo* negou provimento à apelação do Ministério Público, não podendo ser imposta ao paciente, em outro julgamento, pena maior.

6. É certo, consoante iterativa jurisprudência do Pretório Excelso, que, anulada sentença condenatória, em recurso apenas do réu, não é possível, em novo julgamento, agravar a pena (v. HC nº 59.634-GO, Rel. Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 101/1010; RHC nº 53.441-RJ, Rel. Ministro Bilac Pinto, RTJ 74/654).

7. Todavia, esta tese não se aplica quando se trata de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, como bem acentuou o acórdão recorrido, *verbis*:

Com efeito, a pena de quatro anos, imposta ao paciente no julgamento anulado, decorreu de o Conselho de Sentença ter reconhecido a atenuante do artigo 48, inciso IV, letra c, última parte, ou seja, a circunstância de haver praticado o crime sob a influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima.

Quando proferiu a sentença, o Dr. Juiz Presidente tomou essa circunstância como se fora a privilegiadora do § 1º, do artigo 121 e fez a redução da pena prevista para o homicídio emocional. Frisou a Câmara, na oportunidade de julgar a apelação do réu, que houvera erro na graduação da pena, e agregou que o erro não podia ser corrigido naquela ocasião, diante dos termos das razões do órgão do Ministério Público.

Desde logo é evidente, no entanto, que o novo Conselho de Sentença, se proposto outra vez o quesito, não estará obrigado a admitir aquela referida atenuante, pois irá reju-
l-

gar desfrutando de plena soberania decisória, não só quanto a ser culpado ou inocente o réu, como ainda em relação aos ingredientes formadores da pena. Assim como o Conselho anterior dispôs de liberdade para reconhecê-la, o seguinte gozará de mesma liberdade quanto para admití-la novamente, quanto para rejeitá-la. Isto porque aquela regra de jurisprudência não tem força para cercear o poder julgador do Tribunal do Júri, até o ponto de impedir que seu conselho aceite ou rejeite circunstâncias de agravação ou de atenuação da penalidade.

Ora, se existe a possibilidade legal de o novo Conselho negar a dita atenuante, a pena, sendo isto possível, deverá ser necessária e forçosamente, maior que a anterior...”

O voto do Relator, Ministro Décio Miranda, teve o seguinte teor:

“Acolho a fundamentação e a conclusão do douto parecer.

Realmente, como bem salienta o acórdão recorrido, o novo Conselho de Sentença, se proposto outra vez determinado quesito, respondido de certa forma no julgamento anulado, não está adstrito a renovar a resposta anterior, pois irá rejulgar desfrutando da plena soberania decisória, não só quanto a ser culpado ou inocente o réu, como ainda em relação aos ingredientes formadores da pena.”

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.”

(RHC 61.422 — RS, Rel. Min. Décio Miranda, 2ª T., j. 25-1183, *in*, RTJ 109/119-120).

4. Evidente o paralelismo entre a hipótese dos autos, inicialmente resumida, e o caso versado no julgamento da Suprema Corte.

Discutiu-se, nos dois julgamentos, os limites da proibição da *reformatio in pejus*.

Entretanto, as soluções adotadas foram absolutamente divergentes.

Para o v. acórdão recorrido, a vedação da *reformatio in pejus* só não tem aplicação ao caso em que a renovação do processo se dá em virtude do reconhecimento da incompetência absoluta *ratione materiae* do juízo prolator da sentença anulada (fl. 31), aplicando-se, portanto, à hipótese de júri, que é o caso dos autos.

Já o Pretório Excelso, no v. julgado paradigma, entendeu que a proibição da *reformatio in pejus* não tem aplicação quando se trata de decisão proferida pelo Tribunal do Júri.”

Nem se diga que a matéria, sob o ângulo questionado, passou sem restrição de qualquer espécie. Muito pelo contrário, seis Desembargadores reagiram à tese majoritária, exatamente por não concordarem com a ocorrência da *reformatio in pejus indireta*, inaplicável às decisões do Júri Popular.

Trago à colação, como suporte da orientação propugnada pelo Recorrente, esses comentários que compõem o voto do Desembargador Cunha Camargo:

“Efetivamente, o Colendo Supremo Tribunal Federal, de início, abriu uma exceção à regra da vedação da *reformatio in pejus indireta*, consignando que ela não tem aplicação ao caso em que a renovação do processo se dá em virtude do reconhecimento da incompetência absoluta *ratione materiae* do juízo prolator da sentença anulada.

Essa exceção foi ressalvada pela Primeira Turma do Excelso Pretório, em 5 de dezembro de 1978, no julgamento do Recurso nº 87.394 — RJ (*in R.T.J.*, 88/1.018), sendo expressamente reconhecida no julgamento, em 30 de outubro de 1981, pela Segunda Turma, no julgamento do Recurso nº 95.020 — PR (*in RTJ*, 100/927 e *R.T.*, 558/414).

Uma segunda exceção à construção pretoriana da *reformatio in pejus* indireta foi admitida, em 25 de novembro de 1983, pela Segunda Turma do Excelso Pretório, no julgamento do Recurso de *Habeas Corpus* nº 61.422 — RS (Revista Trimestral de Jurisprudência, 109/119) precisamente em relação aos processos da competência do Júri, prestigiando decisão da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Compreende-se essa exceção.

Embora constitucionalistas do porte de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (“Comentários à Constituição Brasileira”, 1ª ed., SP/1975, vol. 3º, pág. 107) e Rosah Russomano (“Anatomia da Constituição”, SP/1970, pág. 279) sustentem que foi eliminada a soberania do Júri, em face da vigente Constituição, o festejado Pontes de Miranda, comentando o § 18º do art. 153 da Constituição da República, assinala que a soberania dos veredictos é da própria essência do Júri (“Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969”, 2ª ed., S.P., 1971, tomo V. pág. 270).

Este, em verdade, restaria desnaturado se nele ínsita não estivesse a soberania de seus pronunciamentos.

Como ensina José Frederico Marques (“Elementos de Direito Processual Penal”, 1ª ed., vol. III, pág. 263), “...Sobre a existência do crime e responsabilidade do réu, só o Júri pode pronunciar-se, o que faz através de veredictos soberanos. Sobre a aplicação da pena, decide, não soberanamente, o juiz que preside ao Júri”.

No caso *sub judice*, o novo Conselho de Sentença não estava obrigado a afirmar a existência de homicídio qualificado privilegiado porque a construção pretoriana da *reformatio in pejus indirecta* afrontaria o princípio da soberania do Júri.

Dir-se-á que o Juiz presidente não poderia impor ao réu pena mais grave que a imposta no julgamento anulado em recurso exclusivo da defesa. É certo que a ele competia aplicar a pena, mas de acordo com a lei e a decisão dos jurados como se infere dos expressos termos do art. 593, III, *b*, do Código de Processo Penal, que autoriza expressamente apelação para adequar a sua sentença à deliberação dos jurados “assim preservando sua soberania” (cf. José Lisboa da Gama Malcher, “Manual de Processo Penal Brasileiro”, vol. 2º, pág. 43).

Assim sendo, o Juiz Presidente em desacordo com a decisão do Conselho de Sentença, não poderia impor ao peticionário, responsabilizado pelos jurados como autor do uxoricídio qualificado, pena inferior à cominada para esse crime.

Decidindo como decidiu, o v. acórdão revidendo não afrontou texto expresso da lei penal, donde, pelo meu voto, o indeferimento do pedido.”

Não menos incisivo foi o Desembargador Weiss de Andrade (voto de fls. 53/55), ao proclamar, com inegável acerto, que não se cuida de *reformatio in pejus*, porquanto, ao ser anulado o primeiro julgamento, pela incompatibilidade entre o homicídio privilegiado e a qualificadora de traição, nada impedia que se reconhecesse, no novo julgamento, o homicídio qualificado.

Na verdade, abrindo-se a possibilidade de exame da ocorrência da qualificadora, não vejo como atrelar o Tribunal do Júri a uma pena condizente com a prescrição legal.

De assinalar, ainda, que a anulação do primeiro julgamento decorreu de equívoco que envolvia o próprio cerne da questão, ao recusar-se o reconhecimento de hipótese inconciliáveis, como a existência, concorrente de homicídio

privilegiado e qualificado. Não se anulou por motivos de solenidade ou forma. O objetivo foi, exatamente, o de permitir ao Júri a ampla apreciação do fato delituoso, para seu fiel enquadramento legal. Se assim é, como falar-se em comprometimento com a penalidade anterior? Seria o caos, em termos de observância dos princípios de coerência entre a figura penal e sua respectiva sanção.

O Dr. J.B. Clayton Rossi, digno representante do MPF, ao avaliar o recurso oferecido, em sua manifestação de fls. 103/104, indicou decisão mais recente do Pretório Excelso (RHC nº 66.274-9 — RJ; Relator o Senhor Ministro Moreira Alves), através do qual se consolida o entendimento do paradigma. É ler-se:

“Habeas Corpus. Reformatio in pejus indireta.

A reformatio in pejus indireta não tem aplicação para limitar a soberania do Tribunal do Júri decorrente do preceito constitucional. Não pode, pois, a lei ordinária impor-lhe limitações que lhe retirem a liberdade de julgar a procedência ou a improcedência da acusação, bem como a ocorrência, ou não, de circunstâncias que aumentem ou diminuam a responsabilidade do réu, em virtude de anulação de veredicto anterior por decisão da Justiça togada. Isso implica dizer que tem o novo Júri, nos limites da pronúncia e do libelo, a liberdade de responder diferentemente do anterior aos quesitos que lhe são apresentados.” (RHC 66.274-9 — RJ, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, j. 17-05-88, in, DJU 26-08-88, p. 21035).”

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para cassar a decisão recorrida.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 661 — SP — (Reg. nº 8999388) — Relator: Exmo. Sr. Ministro William Patterson. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Mauro Antonio de Moura. Advogados: Drs. Maria Efigênia Sartoris Moreira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento para cassar a decisão recorrida, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (Em 09-10-90 — 6ª Turma).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros José Cândido, Carlos Thibau e Dias Trindade. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.

RECURSO ESPECIAL Nº 739 — RJ

(Registro nº 89.0010026-2)

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

Recorrente: *Expresso Predileto Com/ e Transportes Ltda*

Recorridos: *João Pontes Rangel e sua mulher*

Advogados: *Drs. Velange Gonçalves Bastos Cozzi, Antônio Gonçalves Roma*

EMENTA: Embargos de retenção por benfeitorias. Questão da garantia do juízo pelo depósito. Ação possessória. Eficácia executiva '*lato sensu*'.

As edificações, conquanto acessões industriais, equiparam-se às benfeitorias úteis, admitida a pretensão à retenção. Indispensável, todavia, na ação de execução de sentença para entrega de coisa, a segurança do juízo pelo depósito, como pressuposto à admissibilidade dos embargos de retenção.

Nas ações possessórias, a sentença de procedência tem eficácia executiva '*lato sensu*', com execução mediante simples expedição e cumprimento de um mandado. Inocorrência, nas possessórias, da dicotomia ação de cognição e ação de execução. Com maior razão, se admitidos embargos em execução possessória de reintegração, o depósito da coisa será indispensável.

Recurso especial conhecido pelo alínea c, mas ao qual se nega provimento.

Sentença elogiada.

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 especial, mas negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente em exercício e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata-se de ação de reintegração de posse, proposta por João de Pontes Rangel e sua mulher contra Expresso Predileto Comércio e Transportes Ltda. A decisão de primeiro grau, mantida pela 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, julgou procedente a ação para reintegrar os autores na posse do imóvel. Recurso extraordinário resultou inadmitido.

Em execução, promovida nos próprios autos da possessória, a empresa opôs embargos de retenção por benfeitoria, consistente em um galpão de aproximadamente 220,00m² feito construir no terreno disputado (fls. 2/3).

O MM. Juiz de Direito rejeitou liminarmente os embargos, pela existência de depósito do imóvel, em garantia do Juízo exigível consoante o art. 737, II, do CPC. Ademais, entendeu serem inadmissíveis embargos à execução de sentença de reintegração de posse; existindo benfeitorias indenizáveis, cumpriria ao devedor postular na contestação o direito de retenção, sob pena de decair de seu exercício (fls. 96/100).

Apelou a ré, alegando em síntese que competiria ao Juiz determinar o “depósito da coisa”, tratando-se de faculdade e não obrigação do executado. Quanto ao cabimento dos embargos de retenção, reportou-se ao art. 516 do CC, que garante tal direito ao possuidor de boa-fé (fls. 102/104).

Em contra-razões, os apelados argüíram a má-fé da recorrente, pois já em fevereiro de 1977 tivera conhecimento da situação irregular da construção, face à autuação feita pela Prefeitura, Departamento de Fiscalização (fls. 107/109).

A 4ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil, por maioria de votos, vencido o relator, acolheu os fundamentos da sentença atacada e negou provimento ao recurso, sob a ementa seguinte (fls. 119/120):

“Embargos de Retenção. Ação de Reintegração de posse. Benfeitorias que não foram alegadas no processo de conhecimento.”

No voto vencido foi sustentado que o regime jurídico das benfeitorias aplica-se também às acessões, assim admissíveis os embargos de retenção. Segundo seu prolator, não existindo prova de que a apelante agiu de má-fé, haveria a possibilidade de compensação, com o que evitar-se-ia o enriquecimento sem causa da parte vencedora (fls. 121/122).

Os embargos infringentes foram rejeitados pelo egrégio 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de origem, por maioria. Entendeu aquele colegiado ser possível opor embargos de retenção mesmo quando não deduzida a matéria no processo de conhecimento; no entanto, os embargos são condicio-

nados ao prévio depósito da coisa litigiosa, motivo este bastante para ensejar rejeição (fls. 130/132, 143/146). Embargos de declaração desprovidos (fls. 152/154).

Irresignada, a recorrente manifestou recurso especial para o colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, argüindo ter havido “desrespeito” ao artigo 516 do Código Civil, prevalente sobre as normas processuais, assim como divergência com decisão da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in RT*, v. 509/112, pelo qual o depósito prévio não é exigência legal “para o acolhimento dos embargos de retenção”. (fls. 157/159).

O Juiz-Presidente do Tribunal *a quo*, em decisão praticamente não fundamentada, admitiu o recurso especial pela letra *a*, do permissivo constitucional. Com as razões dos litigantes, tendo o recorrido negado a boa-fé do recorrente, vêm os autos a esta Corte.

Chamada a manifestar-se, face à relevância do tema, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República opinou “pelo conhecimento do recurso, a fim de que os embargos de retenção sejam admitidos e julgados”. (fls. 180/184).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O deslinde da pretensão recursal especial vincula-se à questão do cabimento, oportunidade e requisitos ao exercício do direito de retenção, preceituado no artigo 516, do Código Civil. O referido dispositivo legal estabelece que o possuidor de boa-fé poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Conforme reconhecido ao longo do processo, não houve má-fé. A pretensão à retenção se dirige a resguardar indenização pelo valor de um galpão feito construir pelo recorrente no terreno disputado. Em princípio, o artigo 516 do CC, ao deferir o direito de retenção ao possuidor de boa-fé, o destina à proteção das benfeitorias necessárias e úteis, sem mencionar as acessões, de que se cuida *in casu*, conforme atentamente asseverou o voto vencido (fls. 121/122), ensejador dos embargos infringentes.

Vale mencionar que o tema da equiparação das acessões às benfeitorias, no alusivo ao direito de retenção, não encontra solução pacífica entre os doutrinadores. Maria Helena Diniz assim se refere ao assunto:

“Os arts. 516 a 517 do Código Civil admitem a retenção para as benfeitorias necessárias ou úteis, tendo por fundamento a posse jurídica. Nada há em nosso sistema jurídico que permita o direito

de retenção por acessão, em razão do direito de ressarcimento.” (“Curso de Direito Civil Brasileiro” 4ª vol., 5ª ed., Saraiva — SP, pág. 111)

Na obra citada, a autora defere a Clóvis Paulo da Rocha o mesmo entendimento.

Carvalho Santos leciona que:

“Todos os escritores são acordes em aconselhar não se confundir as benfeitorias com as acessões... não é possível compreender-se entre as benfeitorias de que se ocupa o Código as obras úteis, mesmo que aumentem extraordinariamente o valor do terreno, desde que essas obras transformem a coisa e lhe dêem outro destino.” (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, Vol. II, 12ª ed., Freitas Bastos — RJ, pág. 89).

Theotônio Negrão, cita acórdão inserto *in* RT 616/144, onde se decidiu que:

“Cuidando-se de acessões, não há possibilidade de exercício do direito de retenção.” (“CPC e legislação processual civil em vigor”, 19ª ed., RT — SP, nota 6 ao art. 744)

Mestre Clóvis, com sua autoridade, defendeu posição mais adequada, fruto de interpretação sistemática:

“Estas acessões industriais, ainda que se possam, no rigor técnico da expressão, distinguir das benfeitorias, obedecem a regras semelhantes. Equiparam-se a benfeitorias úteis, e o Código, no art. 548, lhes dá esse nome.” (“Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, Vol. III, 7ª ed., Francisco Alves — RJ, pág. 87)

Amílcar de Castro segue a mesma posição:

“As plantações e edificações, conquanto em esmerada técnica jurídica, sejam acessões industriais, e não benfeitorias propriamente ditas, equiparam-se às benfeitorias úteis, e obedecem às mesmas regras a que estas se sujeitam (arts. 547 e 548 do CC). (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. VIII, RT — SP — 1974, pág. 407).

Certo é que, todavia, que nem estas nem outras questões de direito substancial ensejaram a rejeição dos embargos de retenção no egrégio Tribunal de origem. No primeiro acórdão (fls. 119/120), negou provimento aos embargos posto que não deduzida, no processo de conhecimento, a existência de benfeitorias. O segundo acórdão (fls. 143/146), do qual se recorre, embora admitindo a possibilidade dos embargos de retenção, mesmo quando não

deduzido tal direito na contestação, condicionou seu conhecimento ao prévio depósito da coisa litigiosa. Razões, como se vê, tanto no primeiro quanto no segundo aresto, de natureza eminentemente processual, pelo que não vislumbro negativa de vigência ou contrariedade ao artigo 516 do Código Civil. Em consequência, não conheço do recurso pela letra *a*.

Resta ao exame, portanto, a alegação de divergência jurisprudencial, deduzida com base em acórdão da 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido sob o entendimento de que em execução de sentença desnecessário será o depósito da coisa pelo embargante, se este alegar direito de retenção por benfeitorias.

Releva notar que o exercício do direito à retenção, preceituado no artigo 516, do Código Civil, poderá se dar em dois momentos distintos, variando quanto a cada um a necessidade ou não depósito. Assim, poderá ser invocado na contestação, quando então, reconhecido por sentença, “não mais será o caso de caução ou depósito, mas sim e tão-somente do pagamento como condição de entrega da coisa”. (José Afonso Beltrame — “Dos Embargos do Devedor”, 2ª ed., Saraiva — SP, pág. 218). Neste caso, o direito à retenção defluirá da sentença, se por essa reconhecido, ou, mesmo que reconhecido apenas o direito à indenização por benfeitorias, a retenção surgirá como consequência da execução específica do julgado, conforme artigo 628 do CPC.

O outro momento abrir-se-á quando do oferecimento de embargos, em sede da execução; embargos esses cabíveis ou quando do depósito ou após imitado o exequente na posse (CPC, art. 738, II e III).

Somente que, conforme José Afonso Beltrame:

“Efetuada a imissão ou busca e apreensão não mais se poderá articular o direito de retenção. Perdendo devedor a posse da coisa com a imissão ou busca e apreensão, não há mais o que se reter, daí a inviabilidade dos embargos de retenção. Poderá o devedor articular nos embargos toda a gama de matérias admissíveis, menos o direito de retenção. Somente em ação autônoma é que se poderá pleitear a indenização pelas benfeitorias realizadas.” (Ob. Cit., pág. 221)

Destarte, à desnecessidade do depósito, quando reconhecido na sentença o direito à indenização por benfeitorias, se contrapõe sua indispensabilidade quando da interposição dos embargos de retenção, como forma legal de garantia do Juízo.

Se é certo que não necessitará de garantia o Juízo que sobre a questão já exarou seu entendimento, o mesmo não se diga quando somente se alega o direito à retenção por benfeitorias, em sede dos aludidos embargos.

Quanto ao assunto, vale citar Celso Neves:

“Há confusão entre depósito e entrega. A entrega, havendo direito de retenção (*res in iudicium deducta* na ação mandamental de embargos do executado), pode não se dar e, por isso, se segura o Juízo, para a discussão: o depósito não destrói o *ius retentionis*, uma vez que não se deu a entrega; essa, sim, de fato o destruiria.” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. VII, Forense — RJ, pág. 231)

Com efeito, com depósito o embargante não perderá a posse da coisa, continuando a retê-la, somente que, desta feita, assumindo os encargos e ônus legais cometidos ao depositário. Destarte, no presente caso, a necessidade do depósito como garantia do Juízo é imposição legal (CPC, arts. 622, 737, II e 738, II), indispensável e que não se pode afastar: “Para a apresentação dos embargos de retenção, como os demais, deve ser depositada a coisa para ficar seguro o juízo” (Vicente Greco Filho, “Direito Processual Civil Brasileiro”, Saraiva, vol. 3º, 1985, pág. 117).

Vale, ainda, enfatizar que as sentenças de procedência proferidas em ações possessórias, mesmo as de ‘força velha’, possuem eficácia preponderantemente executiva *lato sensu*, e, portanto, serão executadas *per officium iudicis* (Ovidio Baptista da Silva. “Procedimentos Especiais”, Aide Ed., nº 131), sem a possibilidade, destarte, da interposição de embargos. Ou bem na reintegração o direito de retenção foi reconhecido e valorizado na própria sentença, e, pois, o mandado de reintegração não será expedido antes da indenização, ou bem não o foi, e qualquer ressarcimento somente poderá ser pleiteado em ação autônoma.

O Desembargador Adroaldo Furtado Fabrício com autoridade alude a que:

“Há um outro ângulo pelo qual o problema pode e deve ser encarado, e é o da eficácia da sentença. Seja de manutenção, seja de reintegração, o julgado impõe por si mesmo os seus efeitos, sem necessidade de um ulterior processo de execução: esta se restringe à expedição e cumprimento de um mandado, sem necessidade de outra citação ou formalidades outras. A ‘auto-executabilidade’ da sentença deferitória da reintegração ou manutenção é característica da proteção interdital e, portanto, independente do rito, assim como independente de haver decorrido tempo maior ou menor de ano e meio desde a ofensa à posse até o ajuizamento da ação” (“Coment. ao CPC”, Forense, v. VIII, t. III, 3ªed., nº 353).

O prof. Humberto Theodoro Junior, em tese de doutoramento sobre “A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal”, sustenta que

da natureza executiva *lato sensu* das sentenças que acolhem a demanda possessória decorre “o efeito importantíssimo da inadmissibilidade de embargos à execução. Com efeito, se o ato patrimonial de invasão da esfera patrimonial do demandado pode ocorrer até mesmo antes da citação, não condiz natureza dessas ações a dicotomia de cognição e execução em processos distintos”. Remata em que “toda matéria de defesa, em suma, há de ser manifestada na fase de contestação ao pedido interdital, nada restando para exame em fase de *actio iudicati*, porque nem mesmo a *actio iudicati*, existirá na espécie” (ob. cit., Aide Ed., 1987, págs. 166/167). Assim também Serpa Lopes: “As execuções, na ação possessória não se regem pelo disposto no artigo 992 do Código de Processo Civil” (de 1939), “exclusivamente pertinente à entrega de coisa certa, mas se processam de plano, sem as delongas e formalidades de execução comum: tem caráter imediato e dispensa a citação do executado”. (“Curso de Direito Civil”, Freitas Bastos, vol. 6, 1960, nº 117, pág. 192).

Ora, se a rigor nas ações possessórias a execução deve ser feita de plano, independente de ação de execução e, portanto, sem a possibilidade sequer de oposição de embargos, com maior razão, se admitidos embargos, necessária será quando menos a garantia do juízo, pelo depósito da coisa. É o asserto do prof. Humberto Theodoro Junior, referindo-se aos embargos de retenção em geral: “Como tem entendido a jurisprudência, sujeitam-se os embargos de retenção por benfeitorias à regra geral da prévia segurança do juízo, de sorte que para sua admissão o embargante deverá, preliminarmente, depositar em juízo o bem retido (art. 737, II), o que, obviamente, não anula a posse do embargante, posto que o depósito judicial cria apenas a posse direta do juízo que, como se sabe, pode perfeitamente coexistir com a indireta que lhe preexistia (Código Civil, art. 486)” (“Curso de Direito Processual Civil”, Forense, vol. II, 5ª ed., nº 910).

Finalmente, diga-se que o aresto trazido a confronto (fl. 159), proferido em execução de sentença em ação reivindicatória: a) de uma parte, doutrina ponderável entende que a sentença de procedência de ação reivindicatória reveste-se de força preponderante condenatória, necessária assim a ação de execução por coisa certa; b) de outra parte, o aludido aresto, no considerar desnecessário o depósito da coisa pelo embargante “se este alegar direito de retenção por benfeitorias”, adotou entendimento que, a meu sentir e pelos argumentos anteriormente manifestados, não merece guarida. O dissídio, todavia, com o v. aresto recorrido, é manifesto, motivo pelo qual cumpre conhecer o apelo especial, pela alínea c.

Por todo o exposto, elogiando a sentença proferida pelo Juiz de Direito Dr. Nilson de Castro Dião (fls. 96/100), cujos bons fundamentos igualmente recolho, conheço do apelo excepcional pela divergência pretoriana, mas lhe nego provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, estou de acordo com V. Exa. nos dois fundamentos, quer no que tange à tese da necessidade da segurança do Juízo, em se tratando de embargos de retenção — e pediria vênia a V. Exa. para incluir, no rol dos autores citados em seu erudito voto, as doutrinas de Pontes de Miranda, Mendonça Lima, Costa e Silva e José Augusto Delgado, dentre outros, quer no que tange à força executiva da ação reintegratória, mesmo em se tratando de reintegração de força velha, nos mesmos moldes do que se verifica com as ações de despejo, de natureza predominantemente executiva. A esse respeito traria à colação, com a permissão de V. Exa., aresto do eg. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, do qual V. Exa. foi Relator, na apelação cível nº 11.046, abrigando a mesma tese.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 739 — RJ — (Reg. nº 89.0010026-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Expresso Predileto Com/ e Transportes Ltda. Recorrido: João Pontes Rangel e sua mulher. Advogados: Drs. Velange Gonçalves Bastos Cozzi; Antônio Gonçalves Roma.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, mas negou-lhe provimento (4ª Turma — 21-08-90).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 813 — RS

(Registro nº 89102222)

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

Recorrente: *A. Perin S/A — Indústria e Comércio*

Recorrido: *Waldemar Sabino Alchieri*

Advogados: *Drs. José Luiz Borges Germano da Silva e Irani Mariani*

Sust. Oral: *Dr. Irani Mariani (pelo recdo.) e Dr. Nelson Parucker (Sub-procurador-Geral da República)*

EMENTA: Ação rescisória. Ofensa à coisa julgada. Reconhecimento, pelo acórdão local, sem afronta à lei federal. Falta de prequestionamento dos textos invocados. Dissídio que não restou demonstrado. Recurso especial que a Turma deixou de conhecer.

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, em 17 de abril de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação rescisória, proposta pelo recorrido contra a recorrente, com fundamento no art. 485, incisos IV e V, do Cód. de Pr. Civil, que o Tribunal *a quo* julgou procedente, em grau de embargos infringentes, *verbis*:

“A execução foi proposta pela firma A. Perin S/A contra o avalista e avalizado, pretendendo cobrar a importância de Cz\$ 4.693,99, que representava o saldo devedor das notas promissórias no valor global de Cz\$ 8.105.890,29, sendo que os embargos foram somente opostos pela empresa emitente Alchieri & Cia. Ltda., os quais foram acolhidos em grau de recurso tendo a Egrégia 1ª Câmara Cível dado pela carência da execução, por falta de dívida líquida e certa, estabelecendo que o saldo devedor deve ser apurado através da competente prestação de contas.

A exeqüente, então, pede o prosseguimento da execução, tão-somente, contra o avalista Waldemar Sabino Alchieri, pedido indeferido no juízo de primeiro grau e acolhido por aresto da Colenda 1ª Câmara Cível, provendo o agravo de instrumento interposto pela A. Perin S/A — Indústria e Comércio, no sentido de dar prosseguimento à execução contra o avalista, sob o fundamento que a insubsistência de uma execução não impede o prosseguimento de outra: a) do ponto de vista de direito material, em

face da autonomia das obrigações e b) do ponto de vista de direito processual, em face da autonomia dos litisconsortes (CPC, art. 48).

Acrescenta, ainda, que a procedência dos embargos do devedor não poderia implicar na procedência automática dos embargos do avalista, porque a obrigação deste se mantém, mesmo no caso de ser nula a obrigação que ele garantiu (Lei Uniforme, art. 32).

Com o trânsito em julgado do referido acórdão, Waldemar Sabino Alchieri ajuizou a presente ação rescisória, visando, justamente, desconstituir o acórdão que determinou a continuidade da execução contra o avalista, por ter ofendido coisa julgada e violação à norma do artigo 509, do Código de Processo Civil, cuja ação foi, por maioria, julgada improcedente pelo Egrégio Primeiro Grupo Cível, o que ensejou os presentes embargos infringentes.

Não há dúvida, que no v. aresto que acolheu os embargos ficou decidido que a dívida apresentava-se ilíquida e incerta, desconstituindo, assim, a eficácia executiva dos títulos acostados na execução, rementendo as partes para uma prestação de contas a fim de ser apurado o *quantum* devido.

Ora, esta declaração alcança a pessoa do avalista, uma vez que, havendo coisa julgada sobre a falta de liquidez a certeza dos valores constantes nos títulos não havia como prosseguir contra o avalista, pois diz respeito à falta de requisito necessário ao exercício da ação.

Assim sendo, se os títulos não ensejavam execução contra avalizada, da mesma forma, não eram executivamente eficazes contra o avalista, por ausência de liquidez e certeza.

É certo que a obrigação primitiva existe, mas não no montante apontado na inicial e, enquanto não apurado o saldo devedor de acordo com o balizamento firmado no acórdão, ou seja, através da prestação de contas, a execução não pode prosperar, quer quanto ao avalista, quer quanto ao devedor principal, sob pena de contrariar coisa julgada como ocorreu no caso.

Manifesta, também, a violação da norma do artigo 509, do Código de Processo Civil, pois seu parágrafo único estabelece que o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns, com o que visa, evidentemente, evitar a contradição dos julgados.

A liquidez e certeza do crédito cobrado é requisito necessário ao exercício da ação e, desta maneira, defesa comum aos co-obrigados passivos. O recurso interposto por um dos devedores, a emitente, sem dúvida, aproveitará ao outro, o avalista.”

.....

“Neste termos, acolho os embargos por desconstituir a decisão proferida no agravo de instrumento nº 184067627, por ofensa da coisa julgada e violação à norma do artigo 509, do Código de Processo Civil.”

Recebidos embargos para a declaração de voto vencido, veio a petição de recurso extraordinário (CF/67, art. 119 — III, alíneas *a* e *d*, e RegSTF, art. 325-X), com a argüição de negativa de vigência dos arts. 32, da Lei Uniforme, e 51, do Decreto nº 2.044/08, e apontando dissídio, ou sobre a autonomia do aval, ou sobre embargos do devedor.

Foi o recurso admitido pela alínea *a*:

“Vê-se, portanto, que é admissível o recurso pela letra *a* do permissivo constitucional.

Pela letra *d* não merece seguimento o recurso, pois os acórdãos trazidos à colação não apresentam plena similitude com o caso confrontado, conforme determina o art. 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Isso posto, admito o recurso pela letra *a* do permissivo constitucional, face a negativa de vigência ao art. 32 da Convenção de Genebra e art. 51 da Lei 2.044/908. O preparo será efetuado no prazo do art. 545 do Código de Processo Civil. Vistas às partes para razões.”

Convertido, por despacho do Sr. Ministro Sydney Sanches, o recurso extraordinário em recurso especial, ouvi, nesta Corte, a Subprocuradoria-Geral da República, que opinou pelo não conhecimento, em parecer do Dr. José Antonio Leal Chaves, nestes termos, no essencial:

“7. Um dos fundamentos suficientes do r. julgado hostilizado, que deu pela procedência da ação rescisória ajuizada pelo recorrido espelha-se no entendimento de haver o r. acórdão rescindendo contrariado a coisa julgada, ofendido a coisa julgada, aliás, um dos suportes eleitos pelo autor para embasar a ação conduzida nestes autos consoante consigna a inicial de fls. 2/18 e bem registra o d. relatório de fls. 308/309, reproduzido às fls. 311/313.

8. O recurso extraordinário entranhado às fls. 329/337 não dispensa nenhum argumento visando a infirmar esse fundamento suficiente do r. acórdão investivado, até porque a recorrente nem o admite como tal, chegando a ponto de dizer que 'o único fundamento do R. aresto ora recorrido é a admissão de que o avalista pode se beneficiar de defesa pessoal do avalizado' (fl. 332, item 8º).

9. E a reconhecida ofensa à coisa julgada, bastante a conduzir à procedência da ação rescisória? Teria constado do r. aresto recorrido como uma observação incidental, um comentário administrativo, um apêndice dispensável e desprezível?"

.....
"17. Por derradeiro, cabe destacar a inanidade de transcrição das ementas de VV. acórdãos, encontradas às fls. 335 e 336, com o fito de demonstrar dissenso interpretativo em torno do art. 509 do CPC, porquanto tal atitude traduz, apenas, expresso desprezo à disciplina estatuída no art. 322 do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal e total desatenção à orientação cristalizada no verbete nº 291 da Súmula do Excelso Pretório.

18. Quanto ao mencionado art. 509, parágrafo único, do CPC, cuja violação pelo r. acórdão rescindendo foi reconhecida pelo r. aresto impugnado, não alegou a recorrente tenha citado ditame sido vítima de nenhuma negativa de vigência, e, no particular, com elogiável coerência se houve a inconformada, vez que repudia a existência de duplo fundamento no r. julgado investivado, sustentando estar este amparado em fundamento único, qual se lê na petição de interposição, no item 8º, à fl. 332."

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): É caso do art. 325, inciso X, do RegSTF, na redação da Emenda nº 2 de 1985.

Um dos fundamentos desta ação rescisória é o de ofensa à coisa julgada, que o acórdão recorrido aceitou, por entender que o acórdão do agravo de instrumento, determinando o prosseguimento da execução contra o avalista, que não embargara, ofendeu o acórdão da apelação, que dera pela procedência dos embargos da avalizada, pela ausência de dívida líquida e certa ("Trata-se de execução que, face ao conjunto probatório e aos elementos de convicção,

não pode prosperar. Não há dívida líquida e certa. Se há saldo devedor o mesmo deve ser rigorosamente comprovado, após prestação de contas, com ampla defesa.”, fl. 57).

Por assim decidir, o acórdão sob exame não negou a vigência dos citados arts. 32 e 51, um da Lei Uniforme, o outro do Decreto nº 2.044. Deles até não tratou, especificamente. Quem lembrou do art. 32 foi o voto vencido, declarado a requerimento da recorrente (“... pelo avalista, porque a obrigação deste se mantém, mesmo no caso de ser nula a obrigação que ele garantiu”, fl. 324). Mas o que aqui ficou afinal decidido pela maioria foi que a execução, então embargada com sucesso pela avalizada, não poderia prosseguir contra o avalista, pois reconhecido, nos embargos, o estado de iliquidez e incerteza da dívida. Veja este tópico do acórdão, com transcrição no relatório: “Assim sendo, se os títulos não ensejavam execução contra avalizada, da mesma forma, não eram executivamente eficazes contra o avalista, por ausência de liquidez e certeza”. Tal resolução, que tem a ver com os pressupostos da ação de execução para cobrança de crédito, encontra-se a cavaleiro, intocável pois, validamente, pelos textos de lei trazidos pela recorrente.

Aliás, cuidando-se, como se cuida, de acórdão proferido em ação rescisória, era mister que o recurso chamasse à baila os arts. 485 a 495 do Cód. de Pr. Civil, mormente o primeiro, onde estão inscritos os casos de rescindibilidade, a teor da ementa do REsp-1.818, de minha relatoria: “2. Em caso de ação rescisória, o recurso há de ater-se aos pressupostos desta, de modo específico. Vale dizer, o fundamento do recurso há de estar conjugado com os arts. 485 a 495 do Cód. de Pr. Civil”.

No que concerne ao apontado dissídio, não o tenho por caracterizado. Sobre a autonomia do aval, pela consideração já expendida. Sobre a natureza dos embargos do devedor, por faltar o requisito do prequestionamento. Demais, quanto a este ponto, que envolve o aludido arts. 509, é de se notar que o acórdão subsiste pelo primeiro de seus fundamentos.

Não conheço do recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, um dos fundamentos da decisão rescindenda, segundo deixou claro o eminente Ministro Relator, não foi atacado no recurso especial, o que basta para fazê-lo inadmissível.

Acompanho S. Exa. por esse fundamento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 813 — RS. — (Reg. nº 89102222) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: A. Perin S.A. Indústria e Comércio. Recorrido: Waldemar Sabino Alchieri. Advogados: Drs. José Luiz Borges Germano da Silva e Irani Mariani. Sust. Oral: Dr. Irani Mariani (pelo Recdo.) e Nelson Parucker, Subprocurador-Geral da República

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator (3ª Turma, 17-04-90).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 820 — ES

(Registro nº 89.0010229-0)

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

Recorrente: *Estado do Espírito Santo*

Recorridos: *Ângelo Pedro Loss e outros*

Advogados: *Drs. Gladys Jouffroy Bitran e Marcelo Paes Barreto*

EMENTA: Funcionários estaduais. Participação no produto da arrecadação do Estado. Prescrição e decadência configuradas.

Existindo ato da Administração negando o restabelecimento do sistema de participação na arrecadação do Estado, é a partir deste ato que se deve contar os prazos de prescrição e decadência.

Impetrada a segurança dezoito anos após o ato impugnado há que se acolher a arguição de decadência e prescrição.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de novembro de 1990 (data do julgamento),

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Ângelo Pedro Loss e outros impetraram mandado de segurança contra ato do Sr. Secretário da Fazenda do Estado do Espírito Santo objetivando a aplicação da lei vigente à época de suas aposentadorias, no concernente à atualização das quotas da receita, a que têm direito nos termos da Lei nº 2.141/65, reajustando-as anualmente.

Esclarecem que, na qualidade de fiscais de rendas, foram aposentados pela Lei nº 2.141 de 13-10-65, que lhes fixou a remuneração em quantia resultante de dois terços do vencimento padrão, as quotas da receita e mais gratificação adicional por tempo de serviço.

Continuam, informando que a Lei nº 1.863, em seu art. 14, fixou o percentual que, dividido em quotas-partes, seria distribuído entre os funcionários indicados, cabendo a cada um 06 (seis) quotas.

Proseguem, aduzindo que, legislação posterior, entretanto (Lei nº 2.296/67), depois que os impetrantes já se achavam em gozo de suas aposentadorias, extinguiu essa forma de remuneração, substituindo-a pela Lei Delegada 25 que, juntamente com a Lei nº 2.296/67, determinam a não aplicação, aos fiscais então aposentados, do reajuste das quotas que faziam e fazem parte de seus direitos.

Sustentam a existência de direito líquido e certo a ser amparado pelo remédio heróico e requerem a concessão do *mandamus*.

A autoridade apontada coatora prestou informações às fls. 186/191 sustentando, preliminarmente, a falta de comprovação da condição de servidores públicos dos impetrantes, bem como litispendência, já que os requerentes propuseram ação ordinária de cobrança, cujo recurso ainda pende do julgamento no E. STF.

Alegam, ainda, a ocorrência de prescrição prevista no Decreto Federal nº 20.910/32.

No mérito, aduz que a modificação do sistema de remuneração decorreu de exigências da Constituição de 1967, que vedou qualquer forma de partici-

pação dos servidores públicos na arrecadação tributária, acrescentando não ter havido a exclusão de quotas, mas somente a alteração de seu reajuste.

O E. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo concedeu a segurança em acórdão assim ementado:

“EMENTA: Norma Jurídica: sua validade diante da promulgação de novo texto Constitucional.

O servidor (trino) federal, estadual e municipal, tem assegurado os efeitos totais da Lei constituída sob a égide do sistema constitucional anteriormente vigente ao tempo de sua aposentação, com seus consectários. Óbvio, o Estado, sendo Estado, deverá perder a ofensiva que fez tentando modificar, imprudentemente, as relações jurídicas anteriormente constituídas, já que foi ele o autor da propositura desse regime, cabendo, pois, ao Judiciário invalidar a modificação unitária, querida, que pretende desequilibrar imprudentemente à ordem social, sob grave risco. À unanimidade concedida a segurança.”

Inconformado, o Estado do Espírito Santo interpôs recurso extraordinário com fundamento no art. 119, inciso III, alíneas *a* e *d* da ordem constitucional precedente, sustentando, além da decadência da impetração, a prescrição prevista no Decreto nº 20.910/32 e Decreto nº 4.497/42, cuja vigência fora negada pela decisão hostilizada.

Alega, ainda, ofensa a dispositivos constitucionais e indica divergência com acórdãos do STF.

Negado seguimento ao recurso extraordinário, subiram os autos ao E. STF por força do provimento de agravo de instrumento interposto.

Naquela mais alta Corte de Justiça o recurso foi desdobrado em especial, quanto à matéria infraconstitucional, e extraordinário, quanto à questão constitucional ventilada, vindo os autos a este C. Tribunal.

Nesta instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente, os servidores públicos do Espírito Santo tinham participação no produto da arrecadação do Estado, 7% (sete por cento) da receita tributária arrecadada eram divididos em quotas-partes e distribuídas às categorias dos impetrantes (Lei Estadual nº 1.863/63, art. 14) e ao fiscal de rendas eram atribuídas 6 (seis) quotas.

Pela Constituição Federal de 1967, artigo 196, foi “vedada a participação de servidores públicos no produto da arrecadação de tributos e multas”.

Em obediência a este dispositivo constitucional, no Espírito Santo, este sistema de remuneração foi extinto pela Lei Estadual nº 2.296, de 17 de julho de 1967 e pela Lei Delegada nº 25 (doc. de fls. 141 e 339). Pelo artigo 1º desta Lei Delegada Estadual.

“Para cumprimento do disposto no Artigo 98 da Lei nº 2.296, de 17 de julho de 1967, fica extinto, no serviço público estadual, o sistema de remuneração, que tinha por base a percepção de quotas ou percentagens calculadas sobre a receita do Estado.”

Alegam os impetrantes que eram servidores do Estado do Espírito Santo e, como fiscais de rendas, aposentaram-se, quando ainda ali vigorava o referido sistema de participação e também recebiam quotas, mas não fizeram nestes autos nenhuma prova neste sentido, a não ser o impetrante Jader Rezende. Este provou ser aposentado e que ainda recebe 7,5 quotas (doc. de fl. 413), que teriam sido incorporadas a seus proventos.

A partir da Constituição Federal de 1967 mais nenhum servidor público do Espírito Santo recebeu participação no produto da arrecadação daquele Estado.

Insurgem-se os impetrantes contra a extinção deste sistema de participação na arrecadação de tributos e pedem que o restabeleça e seja determinado o reajuste de suas quotas, anualmente, na forma da legislação anterior à Constituição Federal de 1967.

O recorrente, em seu recurso extraordinário, convertido em especial, argúi a decadência e a prescrição. Para mim, ambas ocorreram. O ato impugnado neste mandado de segurança é o que extinguiu, no Espírito Santo, este sistema de participação na arrecadação daquele Estado e deixou de pagar aos impetrantes referidas quotas, e tudo isso aconteceu há 23 anos. No mesmo ano de 1967 os impetrantes tiveram vários pedidos administrativos, de restabelecimento deste sistema de quotas, indeferidos, conforme alega a autoridade apontada como coatora, em seu recurso, e confirmam os próprios impetrantes, na inicial, ao esclarecer que:

“... vêm, há mais de dez anos, pedindo por justiça, haja vista já terem ingressado com um pedido de segurança, com uma ação de cobrança além dos pedidos administrativos, injustamente negados pelas autoridades do Poder Executivo.”

Se existiu o ato da Administração negando o restabelecimento do referido sistema de participação na arrecadação do Estado, é a partir deste ato que se deve contar tanto o prazo de decadência de 120 dias (art. 18 da Lei nº 1.533/51),

como o de prescrição. Como este mandado de segurança só foi ajuizado em 03 de janeiro de 1985, 18 (dezoito) anos após o ato impugnado, ocorreu a decadência. Aliás, nossa Corte Maior, em vários precedentes citados pelo recorrente e comprovados pelos documentos de fls. 448/470 e 478/498, ao examinar e julgar vários mandados de segurança idênticos, também impetrados por servidores do Espírito Santo, contra o mesmo ato, acolheu a decadência (RE nº 84.054 — ES), julgamento de 28 de setembro de 1976; RE nº 79.888 — ES, Relator eminente Ministro Moreira Alves, julgamento de 04 de maio de 1976. Consta da Ementa do primeiro (RE nº 84.054 — ES), o seguinte:

“Ação de segurança que foi ajuizada quando eram decorridos mais de quatro anos do dia em que os impetrantes tomaram conhecimento do ato impugnado. Caso em que não se configura lesão continuada, porque o ato definido como lesivo considerou a substância mesma da questão discutida na instância administrativa. Ausência, na espécie, de ato omissivo.”

A ementa do RE nº 79.888 — ES é bastante elucidativa:

“Mandado de Segurança. Impetração quando já decorrido o prazo de decadência de 120 dias. Inocorrência, no caso, de atos omissivos de execução autônoma e sucessiva como o pagar vencimentos mensais, uma vez que houve ato denegatório da pretensão relativa ao direito mesmo de receber parcela de proventos.”

Pelas mesmas razões, ocorreu a prescrição. Se ainda em 1967 a Administração negou vários pedidos dos impetrantes, para restabelecer o citado sistema de participação na arrecadação, e se todas as medidas judiciais, inclusive este mandado de segurança, só foram ajuizadas depois de decorrido o lapso prescricional de 5 (cinco) anos (doc. de fls. 60/66 e 69/176), consumou-se a prescrição nos termos do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, art. 1º, e Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942.

De qualquer sorte, mesmo que não tivesse ocorrido nem a decadência nem a prescrição, no mérito, a pretensão não teria nenhuma chance de vingar. Embora seja atribuição do Pretório Excelso o exame da matéria constitucional, como, no caso, estou acolhendo as alegações de decadência e prescrição, posso adiantar que, diante dos termos claros do artigo 196 da Constituição Federal de 1967, da Lei Estadual nº 1.863/63 e artigo 25 da Lei Delegada do Espírito Santo, que vedaram e extinguiram o sistema de participação dos servidores públicos no produto da arrecadação, não tem qualquer possibilidade de ser acolhida a pretensão. Como “atualizar as quotas a que têm direito os impetrantes a partir de agora...” se os impetrantes, desde a vigência da Constituição Federal de 1967 já não têm direito a estas quotas? Como reajustar anualmente estas quotas com critério já existente há 23 (vinte e três) anos? O Colendo

Supremo Tribunal Federal em vários precedentes iguais a este e também do Espírito Santo, já firmou entendimento de que “o servidor inativo não possui direito adquirido à revisão ou atualização dos seus proventos com base em legislação revogada em decorrência da vedação constitucional da participação dos servidores públicos na arrecadação de tributos (RE nº 84.147 — ES — RTJ 80/636 — doc. de fl. 471).

No RE nº 84.797 — SP, RTJ nº 80/473 — doc. de fls. 473/474, ficou assentado que:

“Funcionários estaduais que alegam direito adquirido por força de lei local contrária às mencionadas regras constitucionais. Quando sucede alteração constitucional que modifique a estrutura de um instituto jurídico, não se tem como admitir a persistência das leis ordinárias que se encontrem a contraditar a nova estrutura, pois, no pormenor, é a vontade inovadora do constituinte que prevalece.”

Se houve integração aos seus proventos (fato não comprovado nestes autos), das quotas por eles adquiridas até o advento da Constituição de 1967, estão como parte integrante dos proventos, vêm sendo reajustadas na forma usual de reajustamento de vencimentos e salários e não poderia ser de outra forma porque não se pode ressuscitar a forma extinta de reajustamento, com base em leis revogadas, de quotas que já não existem há 23 anos. A pretensão deduzida encontra intransponível obstáculo no artigo 102, § § 1º e 2º, da Constituição Federal de 1967, e § 4º do artigo 40 da vigente Carta Magna.

Conheço do recurso pela letra *a* e dou-lhe provimento para decretar a decadência e a prescrição.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 820 — ES — (Reg. nº 89.0010229-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recorrente: Estado do Espírito Santo. Recorridos: Ângelo Pedro Loss e outros. Advogados: Drs. Gladys Jouffroy Bitran e Marcelo Paes Barreto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (1ª Turma: 19-11-90).

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

Ausente, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 1.408 — MS

(Registro nº 89.11780-7)

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

Recorrente: *Getúlio Gideão Bauermeister*

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

Advogado: *Dr. José Goulart Quirino e outros*

EMENTA: Penal/Processual. Decreto-lei nº 201/67. Inconstitucionalidade rejeitada. Competência do tribunal de justiça. Correta aplicação de normas processuais.

1. Não há revogação do Dec.-lei nº 201/67 pela superveniência da Constituição de 88, pelo só fato de não contemplar o seu texto a possibilidade de legislar por Dec.-lei. Aplicação do princípio da recepção das normas não incompatíveis com a lei fundamental.

2. É de aplicação imediata a regra de competência do art. 29, VIII da Constituição, não atingida pelo art. 70 do ADCT.

3. Observado o devido processo legal, não se conhece de recurso especial, sob a invocação de negativa de vigência de normas processuais, sem a demonstração de prejuízo para a defesa e com o objetivo de rediscutir a prova em que se louva o julgamento.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, preliminarmente, afastar a arguição de inconstitucionalidade. Também por decisão unânime 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 novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Com fundamento no art. 105, III, *a* da Constituição recorre Getúlio Gideão Bauermeister de acórdão do

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que o condenou a quatro anos de reclusão, pela prática do delito do art. 1º, II, do Decreto-lei nº 201 de 27 de fevereiro de 1967.

Em preliminar, argúi a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 201/67, por não contemplar a atual Constituição essa figura legislativa, bem assim por ser o aludido texto incompatível com o art. 5º, inciso II, XXXV, XXXVII, XXXIX, LIII e 29, VIII.

No mérito, diz que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 3º, 41, 158, 564, III, *b* e 564 II, 353, 499, 156 e 386 I, II e III, todos do Código de Processo Penal e mais os arts. 420 e seguintes do Código de Processo Civil e, ainda o art. 1º, I do Decreto-lei nº 201/67.

Processado e admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Em preliminar, posta desde a apresentação do recurso e pormenorizada em novas alegações produzidas após admitido o recurso, em oportunidade que lhe foi reaberta, o recorrente sustenta, primeiro, a revogação do Decreto-lei nº 201/67 pela superveniência da Constituição de 05 de outubro de 1988, que não contempla a possibilidade de legislar por decreto-lei, o que vem a significar, no particular do ora em exame, baixado com fundamento em Ato Institucional, a sua insubsistência pura e simples.

Não fora isto e o citado diploma se apresenta incompatível com os princípios consignados nos incisos II, XXXV, XXXVII, XXXIX E LIII do art. 5º e do VIII do art. 29 da Constituição.

É o que cumpre examinar nesta assentada de julgamento.

Tenho que a circunstância de não permitir a nova Constituição que se legisle por decreto-lei, não significa que toda a legislação a ela anterior, baixada por esse meio, esteja revogada, nem mesmo aquela, como o Decreto-lei nº 201/67, que tenha sido emitida com base em Ato Institucional, seja porque preservados tais diplomas pela Constituição de 1967, seja pelo princípio da recepção que mantém a legislação, independentemente da fonte de onde emana, desde que, em seus fundamentos, não se apresentem incompatível com os novos princípios constitucionais.

Não fora assim e teríamos sem lei, múltiplas relações jurídicas, anteriormente reguladas.

É de dizer-se que o Decreto-lei nº 201/67 não se inclui entre aqueles diplomas, de natureza penal, editados por esse meio com assento no art. 55 da Constituição revogada, senão baixado em época em que o Poder Executivo podia exercer a atribuição legislativa, com base nos Atos Institucionais, não sendo excesso acentuar que o colendo Supremo Tribunal Federal já apreciara impugnação semelhante, de cuja decisão resultou o enunciado da Súmula 496/STF.

Examinaremos, a seguir, os dispositivos constitucionais que repudiariam o Decreto-lei nº 201/67, tornando-o, deste modo, inconstitucional. É certo que, entre os dispositivos citados, os últimos, da relação constante do relatório, dizem respeito a questão de competência, não ao texto do Decreto-lei em causa.

É que foi aventada, por ocasião do julgamento do processo pelo Tribunal de Justiça, a incompetência desse órgão judiciário, por isso que se sustenta a não aplicabilidade do art. 29, VIII da Constituição, de imediato, por se tratar de regra de vigência contida, a depender de norma estadual, de organização judiciária e, mesmo, regimental, a definir a competência do Tribunal, para julgar Prefeito Municipal.

E assim entenderam votos divergentes porque o art. 70 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias manteve “a atual competência dos tribunais estaduais até que a mesma seja definida na Constituição do Estado, nos termos do art. 125 § 1º da Constituição”.

Tal regra, contudo, não suspende ou contém a aplicação imediata daquela do art. 29, VIII, da Constituição, de natureza processual, que define, de maneira cogente, o foro por prerrogativa de função dos prefeitos municipais e, como tal, de aplicação imediata, até porque não poderia a Constituição do estado definir de modo diverso a matéria.

É de dizer-se, por conseguinte, que a regra transitória tem outro objetivo, ou seja, o de não deixar sem competência definida os tribunais de justiça, no que tange às causas não mencionadas na Constituição.

Tenho, deste modo, porque competente, para o julgamento, o egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

A seguir, examino, englobadamente, as regras constitucionais que consagram os princípios da reserva legal, geral e penal, da subsunção ao exame do Poder Judiciário de qualquer lesão de direito e da vedação de órgãos julgadores de exceção — incisos II, XXXV, XXXVII e XXXIX da Constituição.

Nem se está a submeter alguém a fazer o que a lei não manda, nem o processo contra o recorrente está baseado em lei inexistente, como já se viu no primeiro tópico do presente voto, não cogita o caso de impedir ou vedar a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça ao direito de alguém, nem o réu foi submetido a julgamento por juízo ou tribunal de excessão.

Ao contrário de tudo quanto argüi o recorrente, está em vigor a lei que define como delituosa a sua ação e comina as respectivas penas e, mediante o devido processo legal, o direito foi aplicado, por órgão constitucionalmente competente do Poder Judiciário ordinário, sem qualquer eiva de excepcionalidade em sua constituição, por conseguinte.

Assim, concluo por rejeitar a argüição de inconstitucionalidade, que merece votação em destaque.

II. Quanto à questão de fundo; envolvendo a argüição de negativa de vigência de normas federais, inicia o recorrente por dizer inépta a denúncia, que não se ateu aos princípios do art. 41 do Código de Processo Penal, por não trazer “a exposição circunstanciada dos fatos dados como criminosos, nem se refere às suas circunstâncias, de modo a fixar uma acusação objetivamente considerada”.

Leio a denúncia (lê fls. 2/4)

Daí se vê que a peça inaugural contém todas as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, de modo a dizer que não há como dizer que o acórdão, ao rejeitar a argüição, tenha negado vigência ao mencionado dispositivo, antes se ateu à sua observância, bem assim, ao não proclamar a argüida nulidade, não ofendeu ao art. 564, III, *a* do mesmo diploma de ritos.

A denúncia foi oferecida com base em peça informativa idônea, consistente em representação da Câmara Municipal de Andradina contra o réu, Prefeito do referido Município, além de justificação judicial, processo de produção antecipada de provas, que noticiam a prática delituosa.

E não é essencial ao oferecimento de denúncia a prévia realização de exame de corpo de delito, ainda nos delitos que deixam vestígios, seja porque tal exame pode ser feito durante a instrução, em sua forma direta, seja porque, em sua forma indireta, pode ser resultante do conjunto probatório dela emergente.

O próprio dispositivo dito infringido, o art. 158 do Código de Processo Penal, faz referência a “exame de corpo de delito, direto ou indireto”, sabido que, no nosso sistema Processual Penal, somente há a exigência de exame de corpo de delito direto, exclusivamente, nos casos de crimes contra a propriedade imaterial — art. 525 do Código Processual mencionado.

Não há, por conseguinte, a alegada ofensa ao art. 564, III, *b*, posto que inexistente a nulidade nele prevista.

Decidiu ainda com acerto o acórdão recorrido ao rejeitar a arguição de ilegitimidade de parte da Câmara Municipal de Andradina, para figurar como assistente da acusação, de sorte a inquinar de nulidade todo o processo, até porque não restou comprovado prejuízo para a defesa.

Ainda que discutível a admissão da Câmara como assistente, sem que tenha havido votação de seu plenário sobre essa interveniência no processo que por ela foi deflagrado, como se viu, não se demonstrou qualquer prejuízo para a defesa, até mesmo porque a assistência se exercitou em consonância com a atuação do Ministério Público.

E não se pronuncia nulidade sem que tenha havido prejuízo — art. 563 do Código de Processo Penal.

Ao ser negado ao réu a indicação de assistente técnico, para a realização dos exames periciais, de corpo de delito, obedeceu-se apenas ao que reza o Código de Processo Penal, que regula, de maneira plena, a realização de tais exames, dispondo o art. 159 incumbir a peritos oficiais a sua realização, podendo, na sua falta, ser realizados por “duas pessoas idôneas escolhidas, de preferência as que tiverem habilitação técnica”.

Não há nessas regras claros a preencher, de sorte a dizer aplicáveis as da lei processual civil — art. 420 e seguintes do CPC, invocável, portanto, o art. 3º do Código de Processo Penal.

Restou demonstrado, pelo acórdão recorrido, que o réu fora intimado para se pronunciar, por ocasião do invocado art. 499, até por mais de uma vez, de modo a afastar a pretensa ofensa a seu direito de requerer diligências outras, a bem da defesa a que se fez ampla. Veja-se deste lance do voto condutor do acórdão:

“No que concerne ao prazo para os fins do art. 499 do Código de Processo Penal, a defesa foi intimada conforme consta à fl. 496, apesar de que independia da intimação (art. 501). Também não lhe resultou prejuízo, isso porque posteriormente lhe foi dada oportunidade para diligências, o que não requereu (fls. 755/757)”

Por último, vem o recorrente a dizer violado o art. 158 do Código de Processo Penal, pleiteando a exame da prova, já soberanamente proclamada pelo Tribunal *a quo*, com o que se põe em confronto com o enunciado da Súmula 7 deste Tribunal.

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.408 — MS — (Reg. nº 89.11780-7) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recorrente: Getúlio Gideão Bauermeister. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado: Dr. José Goulart Quirino e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, preliminarmente, afastou a argüição de inconstitucionalidade, também por decisão unânime, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Em 13-11-90 — 6ª Turma.

Votaram os Exmos. Srs. Ministros William Patterson, José Cândido, Carlos Thibau e Costa Leite.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.580 — CE

(Registro nº 89.12358-0)

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

Recorrente: *Valdsen da Silva Alves Pereira*

Recorrido: *Banco do Nordeste do Brasil S.A.*

Advogados: *Drs. Jesus Xavier de Brito e outros e Sinésio Bernardo de Oliveira e outros*

EMENTA: Dano moral em decorrência de procedimento penal. Improcedência da ação ordinária. 1. Não ofende o art. 159 do Cód. Civil acórdão que nega a existência do próprio dano. 2. Arts. 24 e 28 do Cód. de Pr. Penal. Temas não prequestionados (Súmulas 282/STF e 356/STF). 3. Valoração jurídica da prova. Dissídio não configurado, pois a valoração tem a ver com princípio probatório. Caso em que ocorreu simples apreciação da prova. 4. O dano moral pressupõe dolo, culpa ou má-fé por parte de quem provoca a instauração de procedimento penal contra outrem. Dissídio não configurado. 5. Recurso extraordinário convertido em recurso especial, de que a Turma não conheceu.

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, 17 de abril de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Contêm estes autos uma ação ordinária contra o Banco do Nordeste do Brasil, ajuizada por Valdsen da Silva Alves Pereira, pleiteando indenização por danos morais, decorrentes de procedimento penal. No relatório de fls. 284/7, as razões do autor encontram-se assim sumariadas:

“Narra que o promovido, sem qualquer amparo nos fatos e na legislação vigente, contra si intentou procedimento penal, acusando-o de prática dos crimes de quebra de segredo bancário, violação de segredo profissional e violação de segredo funcional, o primeiro capitulado no art. 38, § 7º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e os dois últimos nos arts. 154 e 325 do Código Penal.

Depois de enumerar uma série de fatos, todos relativos ao assunto, tem por evidente que deles resultou inegável dano moral, a ser reparado através da ação ora intentada.

Esclarece que, por haver promovido a defesa de seus direitos, na área trabalhista, onde obteve o sucesso desejado, se viu processado criminalmente pelo promovido, ao calor do argumento de que se utilizara, para tanto, de documentos sigilosos e de uso exclusivo da instituição bancária, o que configuraria a prática dos crimes denunciados.

Não havendo logrado o êxito colimado, uma vez que determinado foi o arquivamento do processo penal, entende o promovedor que ao autor das acusações que lhe foram assacadas atribuída deve ser a obrigação de reparar o dano acusado, indeclinavelmente.

Assegura que os documentos de que se utilizou, na defesa de seus direitos, não eram privativos do estabelecimento bancário, e tinham caráter público, já que referentes a procedimentos forenses, não sujeitos ao sigilo judicial.

Tal fato mais agrava o alcance da acusação que lhe foi feita, pois compreende fatos não puníveis e perfeitamente admissíveis e corretos.

Destaca que por se tratar de um magistrado, o dano que lhe foi causado ganha maiores proporções, indo repercutir não só entre seus jurisdicionados como e principalmente entre seus superiores hierárquicos, comprometendo irrecusavelmente a projeção de sua carreira.

Por tudo quanto deduzido é que pleiteia por que proclamada seja a procedência da propositura, amparada nos fatos e no direito vigente, a sobrelevar a prevalência da tese da culpa objetiva, hoje consagrada.”

Com fundamento no art. 159 do Cód. Civil, a sentença julgou procedente a ação, condenando o Banco-réu a pagar ao autor a quantia de Cr\$ 460.170.000 (cruzeiros, naquele momento), com juros a partir do dano (04-01-74), correção monetária, etc. Mas o acórdão, provendo a apelação do Banco-réu, julgou a ação improcedente, com esta ementa: “O pedido de instauração de inquérito, para apuração de fato delituoso, não enseja a indenização por danos morais, se não resultar provada a má-fé por parte do requerente da investigação — Exercício regular de direito (art. 160, do Código Civil)”. De seus fundamentos destaco os seguintes:

“O dano, como consequência do ato ilícito ou do inadimplemento contratual, é elemento necessário e imprescindível na configuração da responsabilidade civil.”

.....

“A verdade, porém, é que a responsabilidade dos danos morais não tem sido muito bem acolhida no Brasil.

Ultimamente, contudo, a tese positiva da reparabilidade vem sendo sancionada por inúmeros arestos dos Tribunais do país, principalmente do Supremo Tribunal Federal:...”

.....

“Tal orientação, todavia, não é pacífica, já que a tese negativa de irreparabilidade dos danos morais é bastante consagrada:...”

.....

“De qualquer modo, porém, abraçada que seja a tese positiva da reparabilidade, impõe-se necessariamente, para julgar a ação procedente, a prova da existência do dano, pois “sem o dano não há responsabilidade”, como ensina Carvalho Santos — (*in* “Código Civil Interpretado”, vol. III, pág. 328).

Ora, constata-se, em face dos elementos acostados ao processo, que as duas investidas judiciais intentadas pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A., no sentido de fazer valer o procedimento penal a que deveria ser submetido o recorrido, resultaram em completo fracasso, em decorrência de seu arquivamento.

Além do mais, quer como advogado, quer como magistrado, não consta que o autor tenha sofrido qualquer dano de ordem moral, tanto que exerceu, com todo o sucesso, a sua atividade de Juiz, sem qualquer restrição dos seus superiores hierárquicos e dos próprios jurisdicionados, desfrutando, até, como é sabido de todos, de boa reputação no meio social.

Onde, então, o dano moral?

Por outro lado, já assentou a jurisprudência dos Tribunais — “que o simples pedido de abertura de inquérito, para a apuração de fato havido como delituoso, não dá lugar a ação de perdas e danos, por parte do envolvido na investigação, desde que não fique provada má-fé ou malícia do requerente” (*in* Rev. Trib., Vol. 290, pág. 199). “Desde que o denunciante de um ilícito penal não agiu com dolo, não responde por perdas e danos” (*in* vol. 309, pág. 177). “Não pode o réu ser responsabilizado pela prática de ato ilícito consistente em denúncia caluniosa se a representação por ele feita contra o autor à autoridade policial, não se reveste de dolo, temeridade ou má-fé” (*in* Rev. Trib. vol. 249, pág. 133; *in* Rev. Forense, vol. 160, pág. 275).

Saliente-se, por fim, quem assim age, estará no exercício regular de um direito (art. 160, Código Civil).”

O recurso extraordinário do Valdsen-autor, com arguição de relevância, veio pelas anteriores alíneas *a* e *d*. Alegou o recorrente que a decisão recorrida negara a vigência dos arts. 159 do Cód. Civil, e 24 e 28 do Cód. de Pr. Penal, bem como divergira de acórdãos, ou sobre a valoração jurídica da prova, ou sobre ser ressarcível o dano moral, ou sobre a existência de dano moral por parte de quem, culposamente, “der causa à instauração de procedimento criminal contra outrem”.

Foi o recurso inadmitido pelo despacho de fl. 444, conclusivamente:

“4. No caso vertente, verifica-se que a Câmara julgadora filiou-se à corrente intermediária, que aceita a indenizabilidade do dano moral, mas apenas quando dele resultar prejuízo de ordem material, o que não foi caracterizado na presente hipótese, ao que me parece, como também não foi demonstrado tenha a parte apontada como lesionadora agido maliciosamente ou exercido direito de forma irregular ou arbitrária.

5. Ante tais pressupostos, tenho a conclusão do acórdão impugnado como perfeitamente razoável, em face das disposições jurídicas positivas aplicáveis ao caso, o que é de molde a fazer incidir o enunciado da súmula 400 do colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo sem esclarecer que a tendência observável na evolução do instituto em debate é no sentido de vir o dano moral, mesmo sem repercussão, patrimonial a ser objeto de indenização (art. 916 do Anteprojeto do Código das Obrigações do Prof. Caio Mário).

6. Ademais, os argumentos vertidos na petição recursal pertinem à reapreciação da prova do processo, objetivo a que não serve o apelo extremo (súmula 279 do STF), motivo pelo qual lhe denego seguimento.”

Subiram, no entanto, os autos, ao Supremo Tribunal Federal, porque provido o agravo de instrumento, em apenso, e neles o seu Relator, pelo despacho de fl. 418, converteu o recurso extraordinário em recurso especial (lê).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): No ano de 1974 o ora recorrido representou, perante uma das varas da comarca de Fortaleza, contra o ora recorrente, pleiteando a instauração de ação penal pelos crimes previstos nos arts. 38, da Lei nº 4.595/64, e 154 e 325, do Cód. Penal. Foi a representação arquivada por acórdão do Tribunal de Justiça local, no ano de 1976, e o foi por esse órgão porque o representado tornara-se após juiz substituto. A ementa: “Não procede a preliminar de decadência da ação penal, uma vez que, em crime de ação pública não cabe a iniciativa privada, mediante queixa. No mérito, inexistem elementos que justifiquem o conhecimento da representação, determinando por isto o seu arquivamento”. Do acórdão coube recurso extraordinário, devidamente admitido, a que o Supremo Tribunal Federal negou seguimento, por despacho do Relator, e depois desproveu o agravo regimental, com essa ementa: “Pedido de arquivamento, pelo Procura-

dor-Geral, de peças de informação. Seu deferimento, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal. Inadmissibilidade do recurso extraordinário, à minguada de seus pressupostos. Agravo regimental desprovido”.

Feito este apanhado do fato que deu origem à ação ordinária, arredo, de logo, no exame do recurso extraordinário convertido em recurso especial, a alegação de negativa de vigência do art. 159 do Cód. Civil, porquanto essa norma não prevê expressamente o dano moral. Aliás, neste ponto, o acórdão recorrido, que deu pela improcedência desta ação, não negou possa essa espécie de dano ser ressarcido. Condição a reparabilidade à existência do próprio dano, inverificável no caso. Sob tal aspecto, não atingiu a aludida norma, ofendendo-a.

Ainda pela alínea *a*, entende o recorrente que houve negativa de vigência dos arts. 24 e 28 do Cód. de Pr. Penal, vez que o aresto em questão “admitiu como exercício regular de direito o uso constante de recursos para que o Poder Judiciário obrigasse o Ministério Público oferecer denúncia...” Improcede a alegação, totalmente. Da promoção da ação pública, tema do art. 24, e do pedido de arquivamento do inquérito, assunto do art. 28, não cuidou sequer a decisão recorrida. Súmulas 282/STF e 356/STF.

Sobre a valoração jurídica da prova, não deparo com o apontado dissídio. Certo que se distingue entre apreciação e valoração de prova, no cabimento do recurso excepcional. Ocorre, todavia, que, na espécie, não se cuida da valoração, que tem a ver com a prova abstratamente considerada, ou com a eficácia em tese de determinada prova, a saber, com algum princípio probatório. O acórdão em pauta, ao considerar que, “quer como advogado, quer como magistrado, não consta que o autor tenha sofrido qualquer dano de ordem moral, tanto que exerceu, com todo o sucesso...”, não contrariou princípio probatório em abstrato, em tese. Apreciou, isto sim, livremente a prova, procurando chegar à verdade dos fatos em que se fundou a ação e a defesa.

Sobre o dano moral, por si (*in re ipsa*), no caso de procedimento penal, que o acórdão não teve por caracterizado, crê o recorrente presente o dissídio com o padrão de fls. 417/421, assim ementado:

“Dano moral. Quem, culposamente, der causa à instauração de procedimento criminal contra outrem, sobretudo por crime de natureza infamante, causa-lhe um dano moral, que requer reparação. A fixação do valor de tal dano há de se fazer por arbitramento judicial, segundo o prudente arbítrio do Juiz, não dependendo ela de repercussão patrimonial, a ser evidenciada em liquidação por artigos.”

Penso, no entanto, não configurado o dissídio.

No paradigma, reconheceu-se que o Banco, culposamente, dera causa à instauração no procedimento criminal. Recusara, sem razão, o pagamento do cheque, daí o seu protesto, e, após, a sua remessa à Procuradoria e desta à polícia. Mas, no caso destes autos, não restou reconhecida a culpa do Banco recorrido. Pelo contrário, dispôs o acórdão, à luz de precedentes que colacionou, sobre a ausência de dolo, culpa ou má-fé. Por isso é que reputo não configurado o dissídio.

Finalmente, quanto a ser ressarcível o dano moral — assunto de alguns dos julgados trazidos pelo recorrente — parece-me ainda não demonstrada a divergência, vez que, como afirmei acima, o acórdão não negou possa o dano moral ser ressarcido.

Em preliminar, não conheço do recurso especial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, não emprestaria adesão a alguns fundamentos do acórdão, notadamente quando afirma que não se verificou o dano. Trata-se de dano moral. Não há necessidade de repercussão econômica que, aparentemente, o acórdão pretendeu vislumbrar como necessária. Na medida em que há repercussão econômica, o dano é material e não moral.

O eminente Ministro Relator, entretanto, indica razão mais que suficiente para tornar totalmente inviável o recurso. É que o acórdão admitiu não ter havido dolo ou culpa por parte de preposto do Banco. Não houve ilícito e não pode incidir o art. 159, o que afasta a possibilidade de indenização.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.580 — CE — (Reg. nº 89.12358-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Valdsen da Silva Alves Pereira. Recorrido: Banco do Nordeste do Brasil S.A. Advogados: Drs. Jesus Xavier de Brito e outros e Sinésio Bernardo de Oliveira 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 — 17-04-90).

Impedido o Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Gueiros Leite.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 1.762 — SP

(Registro nº 89.00128540)

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

Relator para Acórdão: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Cia. Brasileira de Trens Urbanos — STU/SP*

Recorridos: *José Maria das Neves Correa Santos e sua mulher*

Advogados: *Drs. José Hygino Maldonado de Souza e outros; Alexandra Zakie Abboud e outros*

EMENTA: Juros moratórios. Ação indenizatória. Queda de trem. artigos 1.536, § 2º e 962 do Código Civil.

Responsabilidade civil das ferrovias pelos desastres que sucedam aos viajantes. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Inadimplemento contratual do transportador, quanto ao dever de conduzir incólume o viajante ao local de destino.

A culpa contratual não está compreendida na expressão 'delito' do artigo 962 do Código Civil, reservada aos casos de culpa extracontratual ou aquiliana. Incidência do artigo 1.536, § 2º, do Código Civil, computando-se os juros a partir da data da citação e não a partir da data do evento danoso.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, decide a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de maio de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de ação reparatória de danos por morte ocorrida em virtude de queda de trem, julgada procedente pela sentença de fls. 157/162. Apelaram as partes e a Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo deu

provimento parcial a ambos os recursos, para, entre outros fins, estabelecer os juros de 6% ao ano a partir da data do acidente.

Inconformada, manifestou a ré recurso extraordinário com argüição de relevância, arrimando-se no art. 119, nº III, alíneas *a* e *d*, da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda 1/69. Alegou a negativa de vigência do art. 1.536, § 2º, do Código Civil, bem como dissídio com a Súmula 163 do STF e com diversos julgados, que enumera. Sustentou a recorrente que se trata de obrigação ilíquida e que o art. 962 do Código Civil somente tem aplicação em hipóteses de crime definido na lei penal.

Admitido o recurso em face da divergência com a supramencionada Súmula 163 e convertido em especial (fl. 310), as partes arazoaram.

É o relatório.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator):

1. Não contraditou a recorrente a assertiva do Acórdão impugnado acerca da ocorrência, no caso, de um ato ilícito (fl. 254), circunstância esta bem ressaltada na motivação do julgado ao anotar que “o filho dos autores viajava no interior da composição ferroviária que trafegava superlotada. Caiu ao solo nas proximidades de Artur Alvim, porque as portas do vagão, como sói acontecer, permaneciam abertas” (fl. 251). Não se afasta, pois, a culpa extracontratual ou aquiliana.

Cuidando-se de ato ilícito, locução albergada no art. 962 do Código Civil, uma vez que equivalente ao termo delito empregada pelo legislador, inaplicável é à espécie a norma do art. 1.536, § 2º, do Código Civil e, por via de consequência, impertinente afigura-se o enunciado da Súmula 163 do STF. Segundo observação de Theotônio Negrão (“Código Civil e Legislação Civil em vigor”, pág. 220, verbete 6 do art. 1.536, 8ª ed.), o preceito do art. 962 do Código Civil constitui exceção à regra estatuída no art. 1.536, § 2º, do mesmo código; vale dizer, ainda que se trate de obrigação ilíquida, se ela é decorrente de ato ilícito (delito ou quase delito), os juros fluem desde a época do evento.

A propósito da aplicação do disposto no art. 1.536, § 2º, do Código Civil, teve o Ministro Antônio Neder oportunidade de lembrar que “é uma regra que dispõe sobre a contagem dos juros nas obrigações outras que não as mencionadas nos arts. 962 e 1.544 do mesmo Código, isto é, as que não provenham de ato ilícito (Súmula, verbete 163). Sem razão a Recorrente ao pretender que a sua conduta morosa, na espécie, seja regulada pela norma do sobredito parágrafo, pois é certo que, no tocante à obrigação decorrente de ato ilícito, antedita regra geral é derogada pelos artigos 962 e 1.544, especialmente redigidos para o assunto” (RTJ vol. 85, pág. 153).

Não há, pois, vulneração na hipótese *subjudice* do citado art. 1.536, parágrafo 2º, do Código Civil, nem tampouco divergência com a Súmula 163 do Excelso Pretório.

2. Assentado, porém, que se trata na espécie de um ato ilícito, força é reconhecer o dissídio de jurisprudência com alguns dos julgados trazidos como modelos pela ora recorrente, restando excluídos à evidência os arestos oriundos do mesmo Tribunal (art. 105, nº III, alínea c, da Constituição da República), assim como aqueles que não cumpriram os requisitos exigidos pela Súmula 291 da Corte Suprema. Os acórdãos confrontáveis são aqueles insertos na RTJ 87/945 (RE nº 85.576 — RJ, rel. Ministro Cunha Peixoto); RJTJESP 59/49 e 96/150. Em todos eles, entendeu-se que os juros, em caso de ato ilícito, devem ser computados a partir da citação inicial e não da data do acidente.

A questão não é nova nesta 4ª Turma, que já teve ocasião de solver espécie similar no Recurso Especial nº 1.437, de SP., o mesmo relator deste, cuja ementa assim soou: “Juros moratórios. Atropelamento por composição ferroviária. Data da fluência. Compreendendo a expressão “delito” constante do art. 962 do Código Civil o ato ilícito, os juros de mora contam-se desde a época do evento”. Em tal precedente, tomado à unanimidade de votos, considerou-se sobretudo a orientação da doutrina a respeito do termo inicial que devem ter os juros moratórios nas ocorrências de atos ilícitos.

3. Pelo exposto, conheço do recurso pela letra c do permissivo constitucional, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, temos em julgamento o problema referente ao art. 962 do Código Civil e art. 1.536, § 2º, do mesmo Código.

Pelo voto do eminente Ministro Barros Monteiro, verifica-se que se trata de uma ação de indenização pelo falecimento do filho dos autores, narrando-se que a vítima “viajava no interior da composição ferroviária, que trafegava superlotada e caiu ao solo, porque as portas do vagão, como sói acontecer, permaneciam abertas”. Menciona o eminente Relator em seu voto que “não se afasta, pois, a culpa extracontratual ou aquiliana”. Destarte, entendeu S. Exa. tratar-se de ‘ato ilícito’, locução albergada no art. 962 do Código Civil, uma vez que equivale ao termo ‘delito’, empregado pelo legislador. Entendeu, pois, que os juros deveriam contar-se a partir da data do evento e não nos termos do art. 1.536, § 2º, do Código Civil. Refere que o preceito do art. 962 do Código Civil é uma exceção à regra do art. 1.536, § 2º, do mesmo Código. Vale dizer: “ainda que se trate de obrigação ilíquida, se ela é decorrente de ato ilícito (delito ou quase delito), os juros fluem desde a data do evento”.

Menciona ainda S. Exa. que a questão não é nova nesta 4ª Turma, que já teria tido a ocasião de solver espécie similar no Recurso Especial nº 1.437, do que o eminente Ministro também foi Relator, sob a ementa:

“Juros Moratórios. Atropelamento por composição ferroviária. Data da influência. Compreendendo a expressão ‘delito’, constante do art. 962 do Código Civil, o ato ilícito, os juros de mora contam-se desde a data do evento.”

Este acórdão foi unânime.

Pedi vista por uma dúvida, a saber: Se aqui realmente se cuida de culpa extracontratual ou aquiliana, em que se deva aplicar o art. 962 do Código Civil, ou, ao contrário, se se trata de culpa contratual, derivada do inadimplemento do contrato de transporte firmado entre passageiro, que viajava no interior de uma composição superlotada, e a empresa ferroviária transportadora.

A matéria é regulada pelo Decreto Legislativo, realmente uma Lei, de nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que, em seu art. 17, refere a responsabilidade das empresas ferroviárias pelos desastres que em suas linhas sucedem aos viajantes, salvante casos fortuitos, força maior ou culpa exclusiva do viajante.

O eminente Presidente do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, na decisão em que deferiu o processamento da irrisignação, pela alínea *d*, mencionou o seguinte:

“Delito é todo ato ilícito doloso ou culposo, excluídas as violações de contratos e os danos cuja reparação é imposta por lei, independentemente de culpa. A responsabilidade das estradas de ferro pelos desastres, que nas suas linhas sucederem aos viajantes, de que resultem a morte, ferimento ou lesão corpórea, não decorre de ato ilícito, uma vez regulada pelo Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, em seu art. 17. É portanto, objetivo.

Face ao exposto, conclui-se que ao caso dos atos aplica-se o art. 1.536, § 2º, devendo os juros moratórios incidir a contar da citação do vestibular, em consonância, aliás, com o entendimento do Pretório Excelso (RTJ, 110/342)”.

Em última análise, é saber se o art. 962 se aplica apenas nas hipóteses de culpa extracontratual ou aquiliana, como no caso do Recurso Especial nº 1.437, o precedente desta Turma, ou se o art. 962 abrange todos os casos de ato ilícito, *lato sensu*, abrangendo, também, os ilícitos contratuais, com o que, aliás, parece-me ficaria praticamente despida de significado a regra do art. 1.536, § 2º, do Código Civil.

Agostinho Alvim, em sua obra clássica, “Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências”, menciona o seguinte: “O delito situa-se fora da responsabilidade contratual, portanto, na esfera da responsabilidade extracontra-

tual. E na esfera da responsabilidade extracontratual o delito situa-se fora da responsabilidade legal, ficando, assim, circunscrito ao campo da culpa aquiliana” (n. 110, edição 1.949, Saraiva, pág. 129). Adiante, este renomadíssimo autor refere: “Embora a violação do contrato não seja ato lícito, nem por isso será ato ilícito, no sentido em que a doutrina toma esta expressão e o art. 159 do nosso Código consagra. O ato ilícito caracteriza-se pela culpa aquiliana, ou extracontratual. Enquanto que a violação do contrato pertence ao capítulo do direito que se entende com a culpa contratual, onde a expressão ato ilícito parece, mas impropriamente” (Idem, Ibidem). Adiante, ainda o mesmo jurista, no n. 112 da aludida obra, reitera que delito “é o ato culposo, considerada a culpa em seu aspecto extracontratual. Fica, assim, extremada da responsabilidade legal, onde não existe culpa e da responsabilidade contratual, onde a culpa não se diz delitual” (fl. 130). E prossegue, com longa justificativa, inclusive no plano do Direito Comparado, a respeito do art. 962 do Código Civil. Aliás, adiante, renova, mais uma vez, a mesma assertiva: (Lê)

“delito é todo ilícito, doloso ou culposo, excluídos, como já ficou dito, os atos que não cabem no conceito de ato ilícito, propriamente tal, como sejam as violações de contratos e os danos cuja reparação é imposta por lei, independentemente de culpa. Conseqüentemente, o art. 962 do Código Civil, quando fala em obrigações provenientes de delito, não supõe, necessariamente, dolo. Bastará ato culposo. Esta é a doutrina do artigo 183 do Anteprojeto de Código de Obrigações, que, aliás, contornou o problema, evitando a palavra delito” (idem, n. 115, pág. 135).

Vejo, então, que no caso concreto trata-se de inadimplemento do dever contratual do transportador, de conduzir o viajante até o seu local de destino sem sofrer nenhum dano (incolumidade do viajante). É obrigação, a meu sentir, tipicamente contratual e, portanto, não estará compreendida na expressão ‘delito’, do art. 962 do Código Civil. Nesse sentido decidia até recentemente o Pretório Excelso. Colacionei decisão da colenda 2ª Turma — Relator Ministro Djacy Falcão, no RE nº 114.967 (RTJ — 125/1290 — Acórdão de 20-05-88) — pela incidência do art. 1.536, § 2º, do Código Civil, em caso de viajante que caiu do trem — mesma hipótese — e os juros foram, então, mandados contar a partir da citação inicial.

Nestes termos, eminentes Colegas, também conheço do recurso pela letra c, mas rogo vênias ao nobre Relator para dar-lhe provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, peço vênias ao Eminentíssimo Ministro Relator, para acompanhar o voto de V. Exa.,

até porque este conceito de ato ilícito, que V. Exa. com o brilho de sempre expôs, tenho adotado nesta Egrégia Turma.

Acompanho o voto de V. Exa.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Pedi vista destes autos, assim como dos autos do REsp 1.926-SP, em face da divergência que se esboça na interpretação dos arts. 962 e 1536, § 2º, ambos do Código Civil, no tocante ao momento inicial da incidência dos juros.

Expressa o art. 962:

“Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou”.

E o § 2º do 1.536, por sua vez, proclama:

“Contam-se os juros de mora, nas obrigações ilíquidas, desde a citação inicial”.

Na vigência do sistema constitucional anterior, o Supremo Tribunal Federal sumulou (verbete nº 163) que, “sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação”. E assim continuou a julgar, como se vê em RTJ 125/1.290, citada nos autos.

Observa Theotônio Negrão, em nota de rodapé ao referido § 2º, com remissão expressa ao art. 962, que a ação de reparação por delito seria a ele exceção.

Esta Turma, por unanimidade, sendo relator o Ministro Barros Monteiro, ementou no REsp nº 1.437:

“Juros moratórios. Atropelamento por composição ferroviária. Data da fluência. Compreendendo a expressão “delito”, constante do art. 962 do Código Civil, o ato ilícito, os juros de mora contam-se desde a data do evento”.

Como se vê, tratava-se, naquele julgamento, de indenização fundada na responsabilidade extracontratual.

No caso presente, diversamente, cuida-se de indenização postulada pelos pais da vítima, que viajava na composição ferroviária, da qual caiu, por estarem as portas abertas em consequência da superlotação, regendo-se a espécie pelo D. Legislativo 2.681/1.912, que consagra a teoria da responsabilidade objetiva (art. 17).

Trazendo à colação a lição Agostinho Alvim, em seu clássico estudo “Da inexecução das obrigações e suas consequências” (nº 110/112), assinala o Min. Athos Carneiro que o conceito de delito, a autorizar a incidência do art. 962, CCB, somente teria lugar na responsabilidade aquiliana (extracontratual),

razão porque não se aplicaria ao caso presente, no qual se tem relação de índole contratual, decorrente da própria lei.

Na mesma direção do mencionado jurista se posiciona, no particular, o não menos respeitado Aguiar Dias, em sua admirável obra “Da Responsabilidade Civil”, Forense, 4ª ed., nº 236, após classificar como compensatórios, e não como moratórios, os juros incorporados às indenizações por atos ilícitos.

Antecedendo a lição de “que o dano é que estabelece o momento inicial da fluência, porque os juros integram a obrigação que dele decorre e que figura simultaneamente como passivo do autor da lesão e como ativo do credor, enfatiza o acatado civilista que “fora de dúvida, também, que o art. 962 não se aplica nos casos de culpa contratual, ainda que a inexecução do contrato tenha provindo de fato inserido na lei penal” (porque comentando a propósito do art. 1.544, CCB).

Em face do exposto, mantendo o entendimento acolhido no REsp 1.437, mas observando a diversidade fática do caso *sub judice*, com vênias ao em. Relator, conheço do apelo e o provejo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.762 — SP — (Reg. nº 89.00128540) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Relator para acórdão: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Cia. Brasileira de Trens Urbanos — STU/SP. Recorridos: José Maria das Neves Correa Santos e sua mulher. Advogados: Drs. José Hygino Maldonado de Souza e outros; Alexandra Zakie Abboud e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 08-05-90).

Em sessão do dia 08-05-90, ficou decidido que o Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro lavraria o acórdão. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO

ESPECIAL Nº 1.849 — RJ

(Registro nº 90.0005888-0)

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

Embargantes: *Amilton de Oliveira Queiroz e outros*

Embargado: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Benedicto de Azevedo Barros e outros e Roberto Benjo*

EMENTA: Embargos de divergência. Direito administrativo. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo.

O direito se constitui, conserva-se, modifica-se ou se extingue com base em acontecimento histórico, denominado suposto fático. Em se tratando de vencimento de funcionário, porque se repete mês a mês, sempre que não for efetuado, ou pago a menor, começa novo prazo. Evidentemente, relativo ao respectivo mês. O direito incorporara-se ao patrimônio. A inação alcança somente os efeitos desse direito, vale dizer, as parcelas mensais. Pouco importa que administrativamente haja negativa da pretensão. O direito decorre da lei. Ato administrativo, porque hierarquicamente inferior, não pode contrastá-la. A coercibilidade mantém-se íntegra quanto ao quinquênio anterior ao início da ação.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedentes os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Embargos de Divergência em Recurso Especial opostos por Amilton de Oliveira Queiroz e outros, nos autos em que contendem com o Estado do Rio de Janeiro.

A matéria é relativa a prescrição ou não do próprio fundo de direito.

Os embargantes sustentam não terem sido o benefício negado, conforme salientou o acórdão embargado. Apontam divergência de entendimentos entre a 1ª e a 2ª Turmas desta Seção, a respeito do tema prescrição. Pretendem seja mantida a orientação de prescrição apenas quanto às prestações periódicas alcançadas pelo quinquênio.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): O v. acórdão recorrido, da Egrégia 1ª Turma, por maioria, vencido o ilustre Ministro Garcia Vieira, Relator, o douto Ministro Armando Rollemberg, conforme ementa que traduz fielmente o conteúdo, decidiu:

“Administrativo. Funcionário público estadual. Fundo de direito. Prescrição.

A partir da promulgação da Lei nº 14/60, os triênios a que faziam jus os funcionários eram incorporados aos vencimentos, procedimento este que a partir do Decreto-Lei nº 100/69 deixou de ser adotado pela Administração, com o que, desde então, foi negado aos autores o direito, não sendo possível pleiteá-lo, como ocorreu, em 1986, quase vinte anos depois, em face do disposto no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Quanto à aplicação do art. 3º de tal diploma legal, somente seria possível, se não houvesse sido negado o benefício em si, isto é, o fundo de direito, mas apenas as prestações conseqüentes. Recurso provido.”

O acórdão apontado como divergente é originário da Egrégia 2ª Turma.

No REsp nº 1.484, Relator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso, está expresso:

“Administrativo. Prescrição. Fundo de direito. Prestações anteriores ao quinquênio. Inexistência de ato administrativo indeferitório da pretensão.

Não há falar em prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão, ou o direito reclamado. Neste caso, prescrevem as prestações anteriores ao quinquênio que procede à citação para a ação. Quando a legislação em que se fundamenta a pretensão é anterior ao ato de reforma ou de aposentadoria do servidor, se a ação é proposta mais de cinco anos após o referido ato, dá-se a prescrição do fundo de direito, porque o ato de reforma ou de aposentadoria, com base na referida legislação, negou a própria pretensão.

Inexistência de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

Recurso Especial não conhecido (letra *a*) e conhecido e improvido (letra *c*).”

Tal acórdão trata do mesmo suposto fático enfrentado no v. acórdão recorrido, ou seja, a termo *a quo* para o funcionário público postular pagamento de vencimentos. A solução normativa, no entanto, foi diversa. Naquele, enten-

deu-se que transcorridos cinco anos da aquisição do direito, não exercido nesse tempo, restaria caracterizada a prescrição, quando se trata de obrigação de trato sucessivo, apenas das parcelas anteriores ao lustro, contado do início da ação. O acórdão impugnado, no entanto, decidiu que a omissão do servidor, no quinquênio, fulmina o próprio direito de reclamar qualquer pagamento.

Nesse contexto, evidenciada, pois, a divergência, conheço dos embargos.

No mérito, a matéria não é nova. Por diversas vezes, foi enfrentada nos pretórios. Aliás, cuidada ainda, por longo tempo, aprofundadamente na doutrina.

No REsp nº 1.484, como vogal, lancei o seguinte voto, pedindo escusas por reproduzi-lo:

“O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, regula a prescrição quinquenal. Estatuí o art. 1º:

“As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.”

Essa norma projeta considerações doutrinárias a respeito da prescrição, embora correntia a distinção do instituto da decadência. Esta alcança o próprio direito, enquanto a prescrição fulmina o direito de ação.

O artigo de lei transcrito, enfaticamente, menciona “qualquer direito ou ação”.

Urge laborar importante distinção, ou seja, entre o direito e os efeitos de um direito.

O direito se constitui, conserva-se, modifica-se ou se extingue com base em acontecimento histórico, denominado suposto fático.

De todo direito decorrem efeitos, reunidos no complexo de faculdades e obrigações contrapostas.

Nem todos os efeitos, porém, são idênticos. Registro, importante para o caso em exame, direito que se constitui e como tal, mantém-se no tempo. Alguns escritores denominam-no direito instantâneo. Logicamente, a obrigação contraposta também se mantém a mesma. Outros, no entanto, reproduzem periodicamente a obrigação da contraparte. São as conhecidas obrigações de trato sucessivo. Nestas, renova-se a obrigação de tempo em tempo.

Em se considerando a cláusula final do referido artigo “prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram”, entenda-se do dia em que ocorre a causa da obrigação do devedor. Daí, nas obrigações sucessivas, recomeçar novo prazo, cada vez que surge a obrigação seguinte.

No caso de responsabilidade civil da União, por exemplo, decorrente de acidente de trânsito, a obrigação de indenizar dano material conta-se da respectiva data, e a prescrição, aí, tem o seu termo *a quo*.

Em se tratando de vencimento de funcionários, porque se repete mês a mês, cada vez que não for efetuado, ou pago a menor, começa novo prazo. Evidentemente, relativo ao respectivo mês.

Costuma-se dizer que há perda do direito, no sentido de que a inação, no prazo legal, faz desaparecer a coercibilidade, vale dizer, a possibilidade de se exigir, coativamente, o cumprimento da obrigação.

Ilustre-se com a Súmula 163 do STF:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, somente prescrevem as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação.”

O art. 3º do Decreto nº 20.910/32 é incisivo:

“Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, à medida que contemplarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.”

Na espécie em deslinde, os Autores, ora Recorridos, pleiteiam alegadas vantagens, no período de 24 de outubro de 1960 aos 8 de agosto de 1969, conforme especificam no pedido, relativamente a vencimentos.

A ação foi proposta no dia 11 de novembro de 1985.

Em sendo procedente a postulação, os efeitos do direito alegado repetem-se mês a mês. Configuram, pois, obrigação de trato sucessivo.

Este entendimento deduzi no REsp nº 845 — SP, Relator o ínclito Ministro Ilmar Galvão.

Não diviso, outrossim, similitude com o REsp 516, Relator o eminente Ministro Américo Luz. Aqui, entendera que os interessados descuraram de definir a relação jurídica e a causa origi-

nária da obrigação se dera antes de cinco anos da distribuição da ação.”

Permito-me acrescentar que nem mesmo o indeferimento administrativo constitui marco inicial da prescrição.

O Direito é ordenamento, em conseqüência, há subordinação e coordenação das normas jurídicas. E uma norma só ganha validade se produzida por fonte idônea. Em conseqüência, o ato administrativo, porque cativo ao princípio da legalidade, não pode conceder mais, nem impor menos do que a lei.

Bobbio, festejado jusfilósofo italiano, *in* “Teoria do Ordenamento Jurídico”, Brasília, UnB, Editora, 1989, pág. 50/51, leciona:

“Numa estrutura hierárquica, como a do ordenamento jurídico, os termos “execução” e “produção” são relativos, porque a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo, executiva e produtiva. Executiva com respeito à norma superior, produtiva com respeito à norma inferior. As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos a eles conformes. Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e da fase de grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são meramente executivos e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental: essa é somente produtiva e não executiva.”

Raciocínio diferente, *data venia*, conduziria à conclusão de o ato administrativo revogar a lei.

Com profundo respeito à douta maioria do v. acórdão recorrido, mantenho o entendimento da Egrégia 2ª Turma. Com efeito, a prescrição, na relação de trato sucessivo, alcança apenas as prestações anteriores ao quinquênio.

Dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

Emb. Div. no REsp nº 1.849 — RJ — (Reg. nº 90.0005888-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Embargantes: Amilton de Oliveira Queiroz e outros. Embargado: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Benedicto de Azevedo Barros e outros e Roberto Benjo.

Decisão: A Seção, por unanimidade, julgou procedentes os embargos (em 13-11-90 — 1ª Seção).

Os Exmos. Srs. Ministros Hélio Mosimann, Pedro Acioli, Américo Luz, Ilmar Galvão, José de Jesus e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral não compareceu à sessão, por motivo justificado.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.862 — SP

(Registro nº 89.0013330-6)

Relator: *O Exmo. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Hélio Consolaró*

Recorridos: *Luiz Alberto Sampaio e outro e Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Michael Mary Nolan e outros e Raimundo Pascoal Barbosa e outros*

EMENTA: Criminal. Recurso Especial. Concomitante *Habeas Corpus* da competência do Supremo Tribunal Federal.

Prejudicialidade. Questões coetaneamente abordadas em ambos os processos resultam prejudicadas pelo antecipado julgamento meritório do *habeas corpus*. Dificuldade de harmonização de tal concurso de competência, com riscos de decisões conflitantes.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 4 de abril de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: A título de relatório, socorro-me do parecer da nobre Subprocuradoria-Geral da República, assim vazado:

“Recorrente, tendo sido condenado por prática delituosa de caráter especial (crime de imprensa), ingressou com apelação (fl. 193), onde versou os seguintes temas:

A — de cunho processual:

a — “O recebimento da queixa. Ausência de requisito essencial”;

b — “cerceamento de defesa”; e

c — “A impossibilidade do exercício do direito de queixa exclusivamente contra o apelante”.

B — de mérito:

a — Ausência de dolo na conduta do defendente; e

b — Exercício “do direito de crítica, de expressão do pensamento”, pelo apelante.

2. A 12ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, decisão unânime, rejeitou as preliminares e negou provimento ao apelo (fl. 262).

3. Contra essa decisão a hostilidade em comento, interposta com base nas alíneas *a* e *e* do permissivo constitucional (fl. 294), recebida apenas pelo primeiro fundamento (fl. 316).

4. Foram trazidas com os argumentos da interposição e ampliadas com as razões (fl. 320), basicamente, duas matérias, atinentes elas à prescrição retroativa e à retroatividade de norma penal *mittior*, resultante da vigência do texto constitucional de 1988, art. 29, VI.

5. Tanto uma quanto outra questão, porém, não chegou a ser suscitada e, conseqüentemente, apreciada pela decisão recorrida. Isso leva, na esteira da jurisprudência construída pela Egrégia Turma, à inadmissibilidade do recurso.

6. Não conhecimento.

7. Ultrapassada a preliminar, finca-se a ausência de razão em um dos temas de mérito. É que, guardando consonância com o entendimento emanado do Pretório Excelso, a espécie não comporta falar em prescrição retroativa.

8. Em sede de aplicação retroativa da imunidade prevista no art. 29, VI, da Constituição, a análise terá que ser outra.

9. Em *habeas corpus* decidido pela Corte, o Supremo Tribunal Federal afirmou que “a verificação de que as opiniões e palavras tidas como ofensivas tenham sido proferidas no exercício do mandato... depende, no caso de exame mais aprofundado de fatos e provas...” (fl. 246). De outro turno, a via não admite exame de prova. Admite, no entanto, avaliação.

11. Do acórdão recorrido se extrai, *verbis*:

“Salta aos olhos que o apelante não se limitou a denunciar um fato que teve como ilegal, movido pela sua condição de cidadão, político e vereador. A sua exaltação chegou ao campo do ilícito, difamando os apelados, sem, confessadamente, ao menos procurar ouvi-los. Agiu com dolo direto, como reconhecido na respeitável sentença atacada.”

12. Não há qualquer parâmetro objetivo para se aferir que o móvel da conduta vista delituosa tenha sido, ou não, a “condição de cidadão, político e vereador” do recorrente. Daí não haver qualquer indicação assim reveladora, capaz de fazer saltar aos olhos, de que o móvel tenha sido outro. As palavras tidas por ofensivas foram veiculadas em seção destinada a manifestação de leitores e trouxe assinatura, acompanhada de consignação da qualidade política de seu autor: “vereador do PT”.

13. Dir-se-á, até, ressalvadas as exceções, que a “exaltação” enxergada, pelo acórdão recorrido, no edil petista é muito própria. Nem por isso ilícita. *Quosque tandem...?* Não se sabe.

14. Em face do exposto, pela última razão, no sentido do provimento.

Brasília, 14 de março de 1990

José Taumaturgo da Rocha

Subprocurador-Geral da República

em substituição” — fls. 348/50.

Acrescente-se que, antes mesmo da publicação do acórdão, o então apelante impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, adiantando a mesma proposição das citadas matérias do recurso especial — fls. 249/283.

Relatei.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, da forma como propus no julgamento do REsp 1.335 (sessão de 28/3), neste

também penso ter vez a prejudicialidade do recurso, por conta da decisão suprema sobre o caso concreto, examinado por via de *habeas corpus* que abordou os mesmíssimos pontos de irresignação contra o mesmíssimo acórdão de improvemento da apelação.

De fato, tanto a matéria prescricional como a da imunidade foram exaustivamente recusadas naquele *writ* antecipado ao recurso especial, tal qual se vê da seguinte ementa do acórdão:

“*Habeas corpus*. Prescrição. Imunidade de vereador.

Como já dediciu esta Corte no HC 52.858, em se tratando de ação penal por crime de imprensa, não há que se falar em prescrição retroativa, uma vez que o prazo prescricional previsto nessa legislação especial é sempre de dois anos, independentemente da pena cominada ao delito *in abstracto* ou *in concreto*. Por outro lado, em crimes dessa natureza se aplicam as causas de interrupção da prescrição previstas no Código Penal.

No tocante à aplicação retroativa da imunidade reconhecida aos vereadores pela atual Constituição (art. 29), a verificação de que as opiniões e palavras tidas como ofensivas tenham sido proferidas no exercício do mandato, no sentido que tradicionalmente lhe dá a nossa prática constitucional (ou seja, de exercício da função de fiscalização e de crítica inerente ao titular de mandato parlamentar, no desempenho deste), depende, no caso, de exame mais aprofundado de fatos e de provas, para o que não é o *habeas corpus* meio idôneo.

Habeas corpus indeferido.” — HC 67.047-4 — SP, 1ª T, Rel. Min. Moreira Alves, *in* DJ de 5-5-89.

Por isso, releio as considerações que aduzi quanto ao tema naquele caso, inclusive sobre as dificuldades de harmonização dessa dualidade de competências (voto anexo por xerocópia).

Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso.

Aliás, de que assim é que se deve proceder no caso, cabe colacionar acórdão do STF, com esta ementa:

“*Habeas Corpus*. Concessão do *writ* por Câmara Criminal Especial, durante o período de férias coletivas. Terminadas as férias, a Câmara Criminal, que havia convertido o julgamento em diligência, ao julgar apelação, profere, sem ter conhecimento da concessão do *habeas corpus*, decisão conflitante com a da Câmara Criminal Especial. Validade da decisão por esta proferida, já porque possuía competência ampla para conhecer de *habeas corpus*, já porque nada existe nos autos donde se infira que pudesse ter conhecimento de prevenção, acaso existente.

Habeas corpus deferido.” — HC 53.788 — RS, 2ª T, Rel. Min. Leitão de Abreu, in RTJ 76/725.

ANEXO

REsp 1.335 — GO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, conforme o segundo parecer do Ministério Público, preliminarmente, cabe decidir a prejudicialidade sofrida pelo presente recurso especial, resultada do julgamento do referido *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal.

Impende ter-se por certa a absoluta identidade da matéria questionada num e noutro dos remédios concomitantemente acionados contra o julgamento da apelação, isto é, a ilegitimidade do Ministério Público e a impossibilidade da anulação da decisão do júri por aquela via. A propósito, consulte-se o seguinte tópico do relatório lavrado pelo Min. Carlos Madeira:

“Da decisão manifestou recurso especial o acusado, impe-trado, coetaneamente, este *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, no qual alega que “se o Promotor de Justiça pediu a absolvição do acusado, com tal pedido aquiesceu o juiz (no caso, o Conselho de Sentença), e a Procuradoria-Geral de Justiça ratificou a absolvição, não podia *concessa venia*, o Tribunal *a quo* conhecer da apelação e lhe dar provimento, para cassar a decisão apelada, anular o julgamento e determinar que outro seja o réu, ora paciente, submetido”. E afirma que “falta, evidentemente, justa causa para que o Tribunal *a quo* possa conhecer e prover a apelação, como já ficou amplamente demonstrado, face à falta de legítimo interesse do apelante”. (fl. 11)” — fls. 378/79.

Daí que ambos os questionamentos foram ali repelidos, consoante fundamentação específica, *verbis*:

“O SR. MINISTRO CARLOS MADEIRA (Relator): Prescreve o parágrafo único do art. 577 do Código de Processo Penal que não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Em relação ao Ministério Público, observava Manzini, o requisito do interesse para recorrer deve considerar-se com maior amplitude do que em relação as outras partes, já que o Ministério Público, na esfera de sua função, tem sempre interesse em que se aplique exatamente a lei.

No caso dos autos, a decisão absolutória dos jurados foi vivamente criticada pelo Juiz de Direito da Comarca de Goianésia, que se dera por impedido para presidir o Júri, e fora substituído pelo Juiz da Comarca de Barro Alto. O Promotor de Justiça, que pedira a absolvição do réu, apelou da sentença, com base no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, não pretendendo expressamente a reforma da sentença em virtude da decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, mas sim que o Tribunal, após serena análise dos elementos dos autos, procedesse com Justiça. Toda a argumentação do apelo é no sentido de que o Tribunal confirme não haver nos autos prova que conduza à condenação do réu. E a Procuradoria de Justiça ratifica tal procedimento, ao afirmar que “o elemento probatório, indicativo da participação do apelado no crime contra a vítima circunscreve-se ao âmbito policial, como vem destacado nas razões de apelação do Ministério da lavra do seu titular Dr. Frederico Galemberk. Não alcançou, o mesmo, confirmação na fase necessária da judicialização, segundo requisito do procedimento contraditório”.

A Câmara Julgadora, porém, acolheu o voto do Relator, que acentuou ter sido aceito o apelo do Ministério Público, e repellido o interposto pelo assistente da acusação, o que deixa suspeitar que aquele recurso não funcionaria como meio próprio para o reexame da decisão atacada, mas como forma de frustrar a pretensão do representante da vítima, que era a de demonstrar a clara hesitação do órgão da acusação revelada após o oferecimento do libelo.

Daí porque foi conhecida a apelação. O Relator afirma que “a prova dos autos mostra que os autores da morte de Maurício, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, foram condenados pela prática de homicídio mediante paga. É que, nenhuma dúvida restou sobre essa circunstância qualificadora do crime.”

E aduz: “Houve, pois, um mandante. E a prova dos autos, sob esse aspecto se volta inteira contra o apelado. Isto porque, na polícia e em juízo, os autores, em mais de uma oportunidade, não deixaram dúvidas de que a empreitada fôra feita por encomenda do Dr. Gilbertão, alcunha pela qual o apelado é popularmente conhecido na região, como facilmente se depreende do depoimento de inúmeras testemunhas.” (fl. 78). E conclui: “Diante da prova carregada para os autos, a presunção que ressoa é de que o júri ao deixar de aceitá-la, o fez, certamente, por não ter tido

acesso a ela, eis que, o Ministério Público pediu a absolvição do apelado, movido, talvez, pela impossibilidade de preparar a acusação, como expressamente havia declarado na petição de fl. 286, onde, sem sucesso, pleiteou o adiamento do júri.”

Daí a conclusão de submeter o ora paciente a novo júri.

Não está nos autos deste *habeas corpus* cópia da apelação interposto pelo assistente da acusação. Certo é, porém, que a referência a esse recurso, no acórdão da Câmara Criminal, tornou plausível o conhecimento do recurso do Ministério Público, no interesse da exata aplicação da lei penal. Evidenciadas as omissões ocorridas no julgamento, mais acertada é a submissão do ora paciente a novo júri, para que sejam apreciados os fatos à luz da prova existente nos autos.” — fls. 380/382.

Nesse quadro das questões simultaneamente debatidas em ambos os processos, e preferencialmente decididas no *habeas corpus*, resta dizer-se prejudicado o recurso remanescente, sob pena de decisões paralelas, com riscos de conflitarem-se entre si, à revelia do princípio da prejudicialidade inerente à litispendência.

Desde esse exemplo dos autos, vislumbram-se as dificuldades processuais conseqüentes do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em chamar a si — *data maxima venia*, com quebra da sistemática recursal instituída pela nova Constituição — a competência para os *habeas corpus* tirados contra decisões especialmente recorríveis, ou pior, decisões especialmente recorridas, em tema infraconstitucional. Veja-se que no caso dos autos, tivemos a cautela de sobrestar o recurso especial; e se não a tivéssemos, ou se acaso ignorássemos a dualidade da mesma postulação, a que situação absurda não poderíamos chegar nessa injustificável concorrência competencial, num aberto conflito de interpretação (nova vênias) antevisto mesmo pelo *fumus boni juris* que nos parece acenado pelas teses do recurso!

Deveras, é pesaroso advertimo-nos de que dificuldades dessa ordem teremos de enfrentar constantemente, pela impossibilidade de um eficaz policiamento da dupla pendência, só fortuitamente ocorrido no presente caso (e acreditamos que naqueloutro indeferimento de *habeas corpus* no qual, porém, o Pretório Excelso teve que acrescer à ementa do seu acórdão uma cláusula administrativa:

“... Recomendação à Presidência do Tribunal, apontado como coator, para que não dê seqüência ao recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça sobre a mesma questão, face à decisão do Supremo Tribunal Federal” — HC 67.155-1 — RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, *in* DJ 02-03-90).

Nessas observações de fundo pessoal não vai, certamente, qualquer desapeço à Suprema Corte, ou rebeldia contra as suas decisões, senão que a esperança de uma futura revisão de tão controvertida definição de competência.

Pelo exposto, julgo prejudicado o recurso.

Havia eu anotado tais observações, ao tempo da determinação da inclusão do recurso em pauta, quando às vésperas deste julgamento fui informado, sem confirmação oficial da notícia, de que em sessão de ontem, uma das Egrégias Turmas do Supremo Tribunal Federal teria restringido a discutida competência, declinando da mesmo para este Eg. Tribunal, em caso de concorrência do *habeas corpus* originário com o recurso especial.

A confirmar-se tal notícia, embora a restrição não resolva por completo as dificuldades do sobredito policiamento processual, de qualquer modo já sinaliza honrosa transigência com a lamentada orientação inicial que, *tout court*, pôs-se ao largo da influente potencialidade constitucional do concurso postulatório em causa, o qual urge impedir se exerça em instâncias distintas.

VOTO — SEGUNDA PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Vencida a preliminar da prejudicialidade do recurso, quero crer que tal não aconteça à matéria de conhecimento.

Na verdade, impende lembrar-se que, do tanto que se tem dito dever-se liberar, de relação ao recurso especial, o formalismo que se sedimentou na aplicação das Súmulas 282 e 356 — STF quanto ao recurso extraordinário, é consabido, porém, que este Eg. Tribunal, timoneiro das práticas do novo recurso constitucional, a tanto não foi nas águas da doutrina mais ousada.

De fato, nessas primeiras aplicações, sabe-se que, com elogiável cautela, a nova Corte mais não tem restringido a dita exigência formal, senão que por admitir o chamado prequestionamento implícito, estimado a modo de a matéria recursal mostrar-se virtualmente compreendida nos comemorativos ou nas assertivas do acórdão, para desfecho de seu dispositivo. Ir mais longe no abrandamento do pressuposto inerente à própria substância do recurso especial, concorde-se que até implicará incabível olvido a certas regras de fundo da formalística geral, tais como a eventualidade, posta em gizar os lindes das demandas judiciais, e a escala gradual da jurisdição, impeditiva da supressão de instâncias.

A seu tempo, confere-se nos autos que, por sequer terem sido objeto da apelação, do teor do acórdão nada consta que ao menos sugira o louvado prequestionamento implícito das mencionadas questões federais.

É o caso, pois, de não conhecer do recurso, como de fato dele não conheço.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, nos termos do voto que proferi no Recurso Especial nº 1.335, entendo que, tratando-se, no caso, de competência constitucional deferida ao Superior Tribunal de Justiça, para uniformizar a interpretação da Lei Federal e dissipar as divergências jurisprudenciais, não existe prejudicialidade do *habeas corpus*, pois, a entender-se o contrário, ficaria suprimida essa competência constitucional.

Por outro lado, conforme salientei naquele voto, há correntes doutrinárias que entendem não constituir o *habeas corpus* denegatório coisa julgada material.

Por essas razões, com a devida vênia do eminente Ministro Relator, rejeito a prejudicial proposta em seu douto voto.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Sr. Presidente, o voto do eminente Ministro Assis Toledo esclareceu-me a questão. Inicialmente, estava tendente a acompanhar V. Exa., porque, num voto recente que depois foi retirado, em razão da prejudicialidade, encampei tese semelhante e já havia acompanhado o Sr. Ministro Assis Toledo nesse recurso a que ele se referiu. Assim, ainda mantendo o mesmo entendimento, peço vênia a V. Exa. para acompanhar o voto do eminente Ministro Assis Toledo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.862 — SP — (Reg. nº 89.0013330-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Hélio Consolaro. Recorridos: Luiz Alberto Sampaio e outro e Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Michael Mary Nolan e outro e Raimundo Pascoal Barbosa e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, julgou prejudicado o recurso (Em 04-04-90 — 5ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Costa Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ficaram vencidos os Exmos. Srs. Ministros Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM
RECURSO ESPECIAL Nº 1.869 — RJ
(Registro nº 9052254)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Embargante: *Valls e Cia Ltda*

Embargado: *Estado do Rio de Janeiro*

Advogados: *Dr. Ricardo Cholbi Tepedino e outros e Dra. Eleusa de Magalhães Garcia*

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

Inexistência na legislação estadual da definição da base de cálculo do tributo. Ilegitimidade da cobrança. Precedentes.

Embargos recebidos.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, receber os embargos, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro AMÉRICO LUZ, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acórdão unânime da 1ª Turma deste Eg. Tribunal, Relator o eminente Ministro Armando Rollemberg, assim decidiu a controvérsia posta no recurso especial:

“Tributário — ICM — Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.

Estabelecendo o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei nº 5/75), no inciso I do seu art. 14, que o ICM incidirá sobre “o valor da operação de que decorrer a saída de

mercadoria”, norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura mas também o trabalho efetuado para tal fim, não se verificou conflito entre o julgado recorrido e a Súmula 574 do STF e nem divergência com o acórdão do mesmo Tribunal no qual se assentou ser inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadoria e a prestação de serviços em bares e restaurantes.

Recurso desprovido.”

Daí os presentes embargos de divergência opostos pela recorrente, via dos quais objetiva a reforma dessa decisão, apoiada no entendimento da 2ª Turma no julgamento dos Recursos Especiais nºs 337 e 1.216, ambos do Rio de Janeiro, relatados por mim e pelo eminente Ministro Carlos Velloso, cujos acórdãos estão assim ementados, respectivamente:

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

Inexistência na legislação estadual da definição de base de cálculo do tributo. Ilegitimidade da cobrança. Precedentes.

Recurso provido.”

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

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

II — Recurso Especial conhecido e provido.”

Assinala que “a identidade entre os julgadores acima mencionados e o v. aresto embargado é manifesta: ambos cuidam de matéria, rigorosamente idêntica, qual seja, a legalidade de se exigir o ICM pelo fornecimento da alimentação e bebidas em restaurantes e estabelecimentos similares, utilizando-se como base de cálculo do tributo a disposição contida no art. 14, I, do Código

Tributário do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece que, nessa hipótese de incidência, ela corresponde “ao valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”.

Essa E. Seção, de igual modo, por votação unânime rejeitou o argumento suscitado pelo v. acórdão impugnado, de que a base impositiva do tributo, na espécie, estaria contemplada pelo inciso I do art. 14 do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro”.

Na impugnação apresentada, argúi o embargado, em preliminar, a inadmissibilidade dos embargos, em face da inexistência de demonstração analítica da divergência; no mérito, postula a prevalência da decisão embargada.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): I — Rejeito a preliminar de inadmissibilidade dos embargos, por isso que atendidos pela embargante os pressupostos exigidos pelo parágrafo único do art. 255 do Regimento Interno.

II — No mérito, reportando-me aos fundamentos do voto que proferi nos Embargos nº 1.200, também do Rio de Janeiro, cujo inteiro teor leio e junto aos autos, recebo os presentes embargos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): I — Demonstrou a embargante a divergência reinante no trato da matéria das Turmas componentes da Primeira Seção desta Eg. Corte.

Trouxe aos autos cópia autenticada do inteiro teor dos acórdãos paradigmas prolatados pela 2ª Turma (REsp. nºs 999 e 1.216, ambos do Rio de Janeiro, relatados respectivamente pelos eminentes Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso).

Após transcrever parte do voto relativo ao segundo julgado acima referido, aduziu:

“A divergência é inequívoca quando vemos que o v. acórdão embargado considera *suficiente a definição geral de saída, na qual se enquadraria o fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes, bares e similares*, enquanto que as decisões exemplificativas da divergência consideram claramente que, “na expressão *“saída de mercadoria do estabelecimento comercial” não se compreende o “fornecimento de alimentos e bebidas, no*

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

Atendidos os pressupostos exigidos pelo parágrafo único do art. 255 do Regimento Interno, cabíveis são os embargos.

II — Na Egrégia Segunda Turma apreciei questão semelhante no Recurso Especial nº 1.071-RJ.

Na oportunidade, disse eu no voto:

“Na espécie, o ponto nodal da questão trazida à discussão pelas partes é o de saber se a legislação estadual do Rio de Janeiro fixou, ou não, a base de cálculo do ICM, para que este possa ser exigido em operações concernentes ao fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares.

O fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares e estabelecimentos similares é fato gerador de ICM, consoante estabelece o art. 1º do Decreto-lei nº 406, de 31-12-68, *verbis*:

“Art. 1º — O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento; e

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

No âmbito estadual foi tal tributo instituído pelo Decreto-lei nº 5, de 15 de março de 1975, com três hipóteses de incidência, definidas no art. 4º, a saber:

“I — a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

II — a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento, inclusive quando se tratar de matéria-prima destinada à industrialização de produto tributado e de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento; e

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

No que concerne à base de cálculo, diz o art. 14 do referido decreto-lei estadual:

“Art. 14 — a base de cálculo do imposto é:

I — o valor da operação de que decorre a saída da mercadoria”:

Esta base de cálculo sustentada pelo Fisco, isto é, sempre o *valor da operação*. Na falta deste é que se buscariam outros critérios para apuração do valor do tributo devido. Assim, não poderia o contribuinte subtrair-se ao pagamento do ICM sob o fundamento de que as operações de fornecimento de alimentos e bebidas não têm base de cálculo definida em lei. O valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria é a base para todas as operações, pouco importando que, juntamente com o fornecimento de alimentação e bebidas, ocorra simultaneamente a prestação de serviços.

Essa interpretação, também adotada pelo acórdão recorrido, é contestada no brilhante parecer de fls. 200/206, que adoto e do qual transcrevo o seguinte tópico:

“Assim, como o ICM não pode, jamais, incidir sobre a soma do fornecimento de mercadoria com o valor do próprio serviço, parece certo que, no fornecimento de alimentação, em restaurantes, o imposto estadual não pode ser cobrado sobre o “valor total da operação de saída” ou sobre o valor total cobrado pelo restaurante ao consumidor, porque, neste valor, estão incluídos tanto o fornecimento da mercadoria (sujeita a ICM), como o valor do serviço de sua preparação (não sujeito ao ICM).

Para resolver tal situação é necessária a previsão expressa de lei, porque a base de cálculo de tributos é matéria a ela reservada, não podendo a autoridade administrativa, à falta de disposição legal, usar seus próprios critérios para separar o que é tributado do que não o é.

É isto, precisamente, o que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

“ICM sobre a alimentação e bebidas fornecidas em bares, restaurantes e similares. Embora um único imposto incida na operação, dela se há de deduzir o que é estranho à base imponible. A ausência de definição da base de cálculo do tributo torna ilegítima sua cobrança (RE 109.707-8-SP e RE nº 109.922-4-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, D. Just. de 05-09-86 — pg. 15.843)”.

No despacho de admissão do RE, assim se manifestou o ilustre Desembargador Geraldo Arruda Guerreiro, *verbis*:

“Estabelecer a cobrança de um tributo é instituí-lo, definir seu fato gerador e fixar sua base de cálculo.

A decisão recorrida aplicou, por analogia, o artigo 14, I, do Decreto-Lei nº 5/75, que se refere ao “valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria”, ou seja, ao fato gerador do artigo 1º, inciso I do Decreto-Lei nº 406/68.

Divergiu, portanto, da Súmula 574.

Na verdade, só a partir do exercício de 1988 o Estado do Rio de Janeiro fixou, por lei, a base de cálculo relativa ao fato gerador de que tratam os autos.”

O entendimento da Turma no sentido da ilegalidade da cobrança do tributo em apreço, à míngua de definição específica de sua base de cálculo, foi sufragado por esta Seção recentemente por ocasião do julgamento de idêntico feito (EDRE nº 1313-RJ).

Assim, recebo os presentes embargos.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Sr. Presidente, voto no mesmo sentido do que proferi nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 487 — RJ.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Voto do mesmo modo que o fiz nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 487 — RJ.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Meu voto é no mesmo sentido do que proferi nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 487 — RJ.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, voto no mesmo sentido do voto que proferi nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 487 — RJ.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Voto no mesmo sentido do voto que proferi nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 487 — RJ.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Voto no mesmo sentido do voto que acabei de proferir nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 487 — RJ.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O entendimento da Egrégia 1ª Turma é divergente da 2ª Turma, como bem esclareceu o Ministro Vicente Cernicchiaro em seu voto-vista.

Em razão dos precedentes da 1ª Turma, a qual integro, recebo os embargos na linha do REsp nº 1.054, Rel. Min. Armando Rollemberg, assim ementado:

Tributário. ICM. Elaboração, preparo e fornecimento de alimentação e bebidas.

Estabelecendo o Código Tributário Estadual (Decreto-lei 5/75), no inciso I do seu art. 14, que o ICM incidirá sobre o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria, norma que tanto atinge a mercadoria vendida simplesmente, como aquela na qual, como ocorre com o fornecimento de refeições, se compreendem não somente os produtos utilizados para sua feitura mas também o trabalho efetuado para tal fim, não se verificou conflito entre o julgado recorrido e a Súmula 574 do STF e nem divergên-

cia, com acórdão do mesmo Tribunal no qual se assentou ser inafastável a exigência de que conste da lei local a definição da base de cálculo do ICM, distinguindo o fornecimento de mercadorias e a prestação de serviços em bares e restaurantes.

Assim, rejeito os embargos.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EREsp nº 1.869 — RJ — (Reg. nº 90.5225-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Embargante: Valls e Cia Ltda. Embargado: Estado do Rio de Janeiro. Advogados: Dr. Ricardo Cholbi Tepedino e outros e Dra. Eleusa de Magalhães Garcia.

Decisão: A Seção, por maioria, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Pedro Acioli e Geraldo Sobral, recebeu os embargos (1ª Seção — 30-10-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Vicente Cernicchiaro e Hélio Mosimann votaram com o Exmo. Sr. Ministro Relator.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.895 — SP (Registro nº 90.0000068-8)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Adelmo Pereira da Silva*

Advogada: *Dra. Helena Achille Papadopoulos*

EMENTA: Processo penal. Nulidade. Curador.

A nulidade decorrente da falta de designação de curador ao interrogatório judicial do réu menor de 21 anos, não assistido por defensor, é de natureza absoluta, devendo ser pronunciada independentemente de caracterização do prejuízo à defesa.

Recurso conhecido, pela letra c, do permissivo constitucional, e improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso pela alínea *a*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, conhecê-lo no tocante à alínea *c* do mesmo dispositivo, 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, 13 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso especial interposto pelo “parquet” estadual de acórdão da e. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que anulou o processo que a Justiça Pública move contra Adelmo Pereira da Silva, a partir do interrogatório, pela falta de curador.

Sustenta-se que a decisão recorrida negou vigência ao art. 563, do CPP, e dissentiu dos julgados do colendo Supremo Tribunal Federal colacionados, eis que não caracterizado o prejuízo à defesa.

Admitido e processado o recurso, subiram os autos. Nesta instância, oficiou o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral J. B. Clayton Rossi, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O v. aresto recorrido dissentiu dos julgados do colendo Supremo Tribunal Federal trazidos a confronto pelo recorrente, os quais exigem a caracterização do prejuízo à defesa, para pronunciar-se a nulidade decorrente da falta de designação de curador do interrogatório judicial do réu menor de 21 anos (art. 564, III, *c*, do CPP).

O tema, porém, é dos mais controvertidos. É bem de ver que o próprio Supremo Tribunal Federal já sufragou tese contrária, como ilustra o acórdão no RHC 52.180 — PE, da lavra do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, assim exteriorizado:

“Réu menor. Presença do curador. É imprescindível a presença do curador, ou defensor, ao interrogatório de réu menor, nos termos do art. 194, do CPPr. Penal. Na falta de cumprimento dessa garantia processual, é de presumir-se o prejuízo da defesa, a justificar a anulação do processo.”

Essa antiga orientação é mais consentânea, aliás, com o enunciado da Súmula 352, do Excelso Pretório, nestes termos:

“Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo.”

Como se vê, o verbete em tela induz o raciocínio de que não suprida a falta de curador pela assistência de defensor, tal como no caso dos autos, o processo é nulo.

Com efeito, trata-se de nulidade não sujeita à incidência das sanatórias do art. 572, do CPP, de natureza absoluta, portanto.

De outra parte, a regra do art. 563, da lei de ritos, em que se insculpe o princípio “pas de nullité sans grief”, não tem o alcance pretendido, de modo a abranger toda e qualquer nulidade.

Como bem observa Frederico Marques, “O Código de Processo Penal enumera, no art. 564, nº III, atos, termos e fórmulas cuja falta constitui nulidade independentemente da indagação sobre a existência de prejuízo para as partes” (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. II, Forense, 2ª ed., pág. 419).

No mesmo diapasão, destaca-se o magistério de Magalhães Noronha:

“O nº III do art. 564 diz haver nulidade por falta das fórmulas ou dos termos que passa a enumerar, independente essa sanção da existência de *prejuízo* para as partes” (“Curso de Direito Processual Penal”, Saraiva, 2ª ed., pág. 448, com grifo no original).

Do quanto exposto, Sr. Presidente, não conheço do recurso, pela letra *a*, do permissivo constitucional, e dele conhecendo, pela letra *c*, eis que demonstrada a existência de dissídio jurisprudencial, nego-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.895 — SP — (Reg. nº 90.0000068-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Adelmo Pereira da Silva. Advogada: Dra. Helena Achille Papadopulos.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso pela alínea *a*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, conhecendo-o no tocante à alínea *c* do mesmo dispositivo, mas negando-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 13-11-90).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Dias Trindade, William Patterson, José Cândido e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.909 — PR
(Registro nº 90.0000083-1)

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

Recorrente: *Afonso Celso Domingues Cid*

Recorrido: *Rádio Colméia Ltda.*

Advogados: *Drs. Luis Carlos Migliavacca e outro e Aldo José Parzianello e outro*

EMENTA: Processual civil. Ação de indenização por perdas e danos morais. Programa radiofônico. Difamação. Valor da causa. Negativa de vigência de lei federal (art. 284, do CPC). Art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

I — Verificando-se que a petição inicial não contém os requisitos exigidos no art. 282, V, do CPC, impõe-se ao Dr. Juiz determinar, expressamente, ao autor emende ou complete o pedido, atribuindo à causa valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.

II — Inteligência do art. 284, do CPC.

III — Configurada ofensa ao dispositivo de lei apontado, conhece-se do recurso.

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.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de ação de indenização ajuizada por Afonso Celso Domingues Cid contra Rádio Colméia Ltda., por perdas e danos morais que lhe causou a ré, pela veiculação de manifestações infamantes, através de radiodifusão, no meio jurídico, estudantil e político, atribuindo à causa “valor inestimável”.

Em contestação, pedindo a extinção do feito, argüiu a ré, preliminarmente, inépcia da inicial, face à falta do valor expresso da ação; inexistência de pedido; bem como falta de notificação prevista no art. 57, da Lei nº 5.250/67; e, ainda, a decadência. No mérito, sustentando inoportunidade de abuso no exercício de liberdade de pensamento e informação, pede a improcedência da ação (fls. 26/44).

O Dr. Juiz exarou despacho determinando ao autor “dizer sobre a contestação e manifestação das testemunhas que arrolou, em dez dias” (fl. 53).

Em réplica, sustenta, em preliminar, o autor, que “O fato do valor atribuído à causa ter sido inestimável, não torna por si só, inépta a inicial...”. Por fim pugnou pela procedência da ação (fls. 55/62).

A sentença extinguiu o processo, sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC) (fls. 64/65).

Não se conformando apelou o autor (fls. 66/80), oferecendo a ré contrarrazões (fls. 83/91).

Apreciando o feito, a 3ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, negou provimento à apelação (fls. 104/108).

Irresignado, interpôs o apelante Recurso Especial, com fulcro no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição, alegando que o acórdão recorrido teria negado a vigência do art. 284, do CPC, bem como divergido de julgados de outros Tribunais (fls. 110/116), com impugnação da Ré (fls. 120/122).

O eminente Presidente daquele Tribunal admitiu o recurso (fls. 124/125).

Decorrido o prazo legal, sem que as partes oferecessem suas razões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Recurso Especial fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição vigente, no qual alega o recorrente que o aresto recorrido teria negado a vigência do art. 284, do CPC, bem como divergido da jurisprudência dos Tribunais.

Quanto à alegada ofensa ao art. 284, da Lei Adjetiva Civil, afirma o recorrente (fl. 111):

“Constata-se pois, que o R. Tribunal entendeu e interpretou a aplicação do art. 284 do Código de Processo Civil, através do despacho de expediente que determinou ao autor que se manifestasse sobre a contestação no prazo de dez dias, estando a referida disposição implícita em tal despacho.

Embora em que pesem os motivos, não se pode aceitar tal entendimento haja vista que a prestação jurisdicional deve ser objetivamente prestada e não implicitamente como fez o MM. Juiz de primeira instância e como decidiu o Tribunal.

Consoante dispõe o referido artigo, o Juiz determinará que o autor a emende ou a complete, percebe-se pois que a disposição é mandamental e expressa, não comportando que o simples despacho de se manifestar sobre a contestação seja interpretado como determinação de se completar ou emendar a inicial nos termos do art. 284.”

E conclui (fl. 115):

“Exaustivamente foi caracterizado o dissídio jurisprudencial levado à efeito pelo V. Acórdão bem como ainda a negativa de vigência do art. 284 por conferir ao despacho de manifestação sobre a contestação o mesmo efeito exigido expressamente pelo próprio art. 284 e art. 327 do Código de Processo Civil.”

Examino, pois, o recurso com fundamento nas hipóteses das alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional.

De sua leitura, razão assiste ao recorrente.

Assim dispõe o art. 284, do CPC:

“Art. 284. Verificando o Juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias.

§ único. Se o autor não cumprir a diligência, o Juiz indeferirá a petição inicial.”

É de ver, a lei processual civil é expressa. Verificado que o pedido inicial não continha os requisitos previstos no art. 282, inciso V, cumpria ao Dr. Juiz determinar, expressamente, ao autor que o emendasse, ou o completasse, no prazo de dez (10) dias. Contudo, ao contrário, não o fez. Limitou-se o nobre Magistrado tão-só, a determinar “Ao autor para dizer sobre a contestação e manifestação das testemunhas que arrolou, em dez dias”.

No caso, não obstante a alegada dificuldade do recorrente em estimar o valor da causa, tanto assim que atribuiu-lhe “valor inestimável”; certo é que, consoante determina o art. 258, da lei adjetiva civil. “À toda causa será atribuída um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediato.”

Na hipótese, revelam os autos, o recorrente desatendeu ao disposto naquele artigo. Então, ao Dr. Juiz processante, impunha determinar, às expressas, que se atribuísse à causa um valor. Não atendida esta diligência, aí sim, o Magistrado julgaria extinto o processo, nos termos do art. 267, I, do CPC.

Portanto, é improcedente a afirmação contida no Acórdão recorrido, de que “foi propiciado à parte oportunidade de completar a exordial (art. 284, do CPC), sem que houvesse atendimento”. *In casu*, ao contrário, tal fato não ocorreu.

Vejo, assim, configurada a alegada negativa de vigência do dispositivo de lei invocado.

Quanto ao dissenso jurisprudencial, não restou demonstrado, eis que, limitou-se o recorrente, apenas, a transcrever as emendas dos arestos paradigmas, sem contudo transcrever os trechos que configuram o dissídio ou, ainda, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, o que não se presta para demonstrar a divergência apontada (art. 255, § único, do RISTJ). Inadmito, pois, o recurso pela letra *c*.

Demonstrado, pois, o requisito da letra *a*, do item III, do art. 105, da Carta Magna em vigor, conheço do Recurso Especial e dou-lhe provimento, para reformando as decisões recorridas, determinar ao Dr. Juiz cumpra o disposto no art. 284 do CPC.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE (Relator): O juiz despachou a petição inicial mesmo defeituosa como estava, sem cumprir o art. 284, do CPC, isto é, não mandou o autor emendá-la.

Foi advertido pelo réu na contestação e, ainda assim, não determinou a diligência.

Contudo extinguiu o processo pelo art. 267, inciso IV, do Código.

Não é justo, nem jurídico, que, tendo ele, o juiz, deixado de observar a lei em duas etapas do processo, transfira os ônus processuais da inércia ao demandante e decrete a extinção do feito em seu prejuízo.

Só por isso acompanho o eminente relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

RE nº 1.909 — PR — (Reg. nº 90.0000083-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recorrente: Afonso Celso Domingues Cid. Recorrido: Rádio Colméia Ltda. Advogados: Drs. Luis Carlos Migliavacca e outro, Aldo José Parzianello e outro.

Decisão: A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gueiros Leite, a Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial (Em 20-03-90 — 3ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter votaram de acordo com o Relator. Não participou do julgamento o Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos (art. 162, § 2º, RISTJ). Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro EVANDRO GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.942 — PR

(Registro nº 90.0000264-8)

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

Recorrente: *Lojas Unidas Ltda*

Recorrida: *Fazenda Pública do Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Assis Corrêa e Ubirajara Ayres Gasparini e outros*

EMENTA: Tributário. Execução fiscal. Prescrição. CTN, Art. 174. Lei nº 6.830/80, Art. 40.

I — As disposições do art. 40, e seus parágrafos, da Lei nº 6.830/80, devem ser interpretadas em harmonia com o princípio geral da prescrição tributária contido no art. 174, do Código Tributário Nacional, que é lei complementar.

II — Este entendimento de afastar a prescrição por tempo indefinido se assenta no princípio de que deve haver um momento de estabilidade jurídica, geradora da paz social, que é o objetivo primordial do Poder Judiciário, e esta estabilidade, em termos de prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, se assenta no art. 174, fixada em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, só interrompida nas hipóteses que enumera no seu parágrafo único, não incluída nestas a do art. 40 da Lei nº 6.830/80.

III — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e 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, 05 de novembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto por Lojas Unidas Ltda contra o acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, que nos autos de embargos à execução que lhe moveu a Fazenda Pública, negou provimento à sua apelação.

Sustenta que o acórdão recorrido violou os artigos 219 (§ § 2º, 3º e 4º) e 220 do CPC; artigos 1º e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil; artigo 174 do CTN e artigo 40 (§ 3º) da Lei nº 6.830/80, divergindo dos entendimentos jurisprudenciais manifestados pelo Colendo STF e pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Contra-razões às fls. 258/260.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O recurso em exame foi admitido pelo despacho de fl. 220, a teor das letras *a* e *c*, do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

O v. acórdão recorrido restou assim ementado:

“Embargos do devedor opostos a execução fiscal. Alegada prescrição do débito. Inocorrência. Inteligência do art. 219, § 1º, do CPC, e dos arts. 8º, § 2º, e art. 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80. Improvimento.”

A decisão negou a existência da prescrição por três fundamentos, sendo dois deles revelados nos autos, segundo o eminente Desembargador Relator. O primeiro, quando houve substituição da dívida, em virtude de acordo administrativo — Termo de Parcelamento, cuja inadimplência por parte da devedora ensejou a propositura da ação. O segundo, quando o MM. Juiz *a quo* determinou a citação da executada em 21-02-80 — artigo 219, § 1º, do CPC, e o terceiro, o prazo prescricional estaria suspenso por força do despacho do mesmo Juiz, de 19-06-80, ao deferir pedido de suspensão do processo por prazo indeterminado, formulado pela credora, ora apelada, face a certidão do Sr. Oficial de Justiça, certificando não ter encontrado a Firma, nem seus sócios que, segundo ele, estariam em lugar incerto e não sabido. Conclui por assegurar que esse entendimento resulta da exegese do artigo 40, § 3º, da Lei nº 6.830/80, que transcreveu.

Antes da vigência da Lei de Execuções Fiscais (6.830/80), as execuções desse gênero eram regidas por disposições do Cód. de Proc. Civil, porquanto a certidão de dívida ativa correspondente aos créditos inscritos na forma da lei, pela Fazenda Pública da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, era considerada título executivo extrajudicial (art. 585, VI) e, subsidiariamente, aplicavam-se à execução as disposições que regem o processo de conhecimento (art. 598). Neste se inclui o procedimento para a citação, determinando que esta se faça pessoalmente ao réu (art. 215).

Por sua vez, a citação válida interrompia a prescrição (art. 219) mas, renove-se, somente quando feita na pessoa do devedor ou seu representante legal, se pessoa jurídica conforme dispõe o art. 174, parágrafo único, inciso I, do Cód. Trib. Nacional, lei de regência para o procedimento, o que afastava a hipótese do § 1º do artigo 219, do CPC

Portanto, o v. acórdão, nesta parte, violou dispositivo de Lei Federal.

Por outro lado, o pedido de suspensão nos autos da execução, nos termos do artigo 791, inciso III, do CPC, apenas poderia ser apreciado uma vez concretizada a citação. Se não fosse possível a pessoal, deveria ter sido efeti-

vada por uma das modalidades previstas nos artigos 231 a 233, uma vez que pedido dessa natureza se presume tenha o devedor sido citado.

Sem que este ato se formalize, a busca de bens passíveis de constrição judicial não é devida. Há um lapso de tempo entre um ato e outro, que deve ser observado, e está no Código.

Entretanto, este comportamento é possível quando a execução for processada com base na Lei nº 6.830/80, o que não é o caso dos autos.

Na espécie em exame deveria a credora proceder na forma prevista no art. 219, § 3º, do Código. Como não o fez, o prazo prescricional não foi interrompido (§ 6º), a não ser quando deu-se a citação regular de sócios em 11-10-84.

De outra parte, poder-se-ia argumentar que, entrando em vigor a Lei nº 6.830/80, o disposto em seu art. 40 teria eficácia imediata, dando-se efeito suspensivo aos autos desta execução.

O Colendo Supremo Tribunal Federal ao decidir o RE nº 106.217 — SP, de que foi Relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, sobre este aspecto assentou, *verbis*:

“Execução Fiscal. A interpretação dada, pelo acórdão recorrido, ao art. 40 da lei nº 6.830/80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única suscetível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do CTN, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de lei complementar” (RTJ — 119/328).

No mesmo sentido, o Prof. Theotônio Negrão em seu “Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor”, 19ª edição, em nota ao art. 40 referido, depois de transcrever a ementa acima, registra ementa da 4ª Turma do extinto TFR, quando do julgamento da AC nº 114.282 — PR, de que fui Relator:

“As disposições do art. 40 e seus parágrafos, da Lei nº 6.830/80 devem ser interpretadas em consonância com o princípio geral da prescrição previsto no art. 174 do CTN”

Este entendimento de afastar a prescrição por tempo indefinido se assenta no princípio de que deve haver um momento de estabilidade jurídica, geradora da paz social, que é o objetivo primordial do Poder Judiciário, e esta estabilidade, em termos de prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, se assenta no art. 174, fixada em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, só interrompida nas hipóteses que enumera no seu parágrafo único, não incluída, nestas, a do art. 40 da Lei nº 6.830/80.

Com estas considerações, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.942 — PR — (Reg. nº 90.0000264-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recorrente: Lojas Unidas Ltda. Recorrida: Fazenda Pública do Estado do Paraná. Advogados: Drs. Assis Corrêa e Ubirajara Ayres Gasparin e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (1ª Turma, em 05-11-90).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 1.964 — RN

(Registro nº 90.0000387-3)

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

Recorrente: *Ronaldo Cavalcanti de Souza*

Recorrido: *Administradora de Consórcio Nordeste S/C Ltda.*

Advogados: *Drs. José de Ribamar de Aguiar e José Vasconcelos da Rocha e outros*

EMENTA: Processual civil. Litigante de má-fé. Busca e apreensão.

I — Sem a prova inconcussa e irrefragável do dolo, não há como impor-se ao litigante a condenação de que trata o disposto nos arts. 1.531 e 1.532 do Código Civil, quando promove lide dita temerária.

II — Razoabilidade da propositura da busca e apreensão de veículo vendido sob a modalidade de alienação fiduciária para garantir-se contra eventual inadimplência da parte em relação à qual foi celebrada a transação.

III — Negativa de vigência dos arts. 1.531 e 1.532 do Código Civil não caracterizada. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, 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 WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Ronaldo Cavalcante de Souza promove recurso especial com fundamento na letra *c* do item III do art. 105 da CF/88 (fl. 81) porque, no seu entender, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, proferido nos autos da ação de busca e apreensão, desta sendo autora a Granorte — Administradora de Consórcios Nordeste S/A, infringira os arts. 1.531 e 1.532 do Código Civil e os 17 (I, II, III, V) e 128 do CPC, bem como divergira dos acórdãos que aponta às fls. 82/83 dos autos, tudo porque, em abreviado, a sociedade recorrida, tendo promovido contra o consorciado, ora peticionário, a busca e apreensão de seu veículo, o fizera indevidamente, eis que já havia quitado o referido débito com aquela empresa, sendo esta a razão pela qual a sentença de primeiro grau decretara-lhe a improcedência da ação, ao mesmo tempo em que condenara a então Sociedade Autora, com apoio no art. 1.531 do Código Civil, a indenizar o réu em seus termos.

Apelando dessa decisão, o vencido pediu a reforma do *decisum* monocrático que, acolhido, resultou no Acórdão de fl. 73 *usque* 80, ora impugnado.

Formulado contra tal aresto o apelo especial, o despacho de fls. 91/93, do eminente Presidente do Tribunal de origem, denegou-lhe o seguimento.

Daí o Agravo de instrumento, no qual determinei a subida do Especial para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O recorrente propõe o Especial pela alínea *c*, embora indique, a seguir os arts. do Código Civil

(1.531 e 1.532) e os do CPC (17, itens I, II, III e V) que entende violados pelo aresto recorrido. O Acórdão data de 31-10-88, publicado em 25-01-89, interposto o Especial em 15-02-89, regendo-se, portanto, pelo art. 27, § 1º do ADCT.

A ementa do julgado consigna que:

“Ementa — ação de busca e apreensão de veículo.

Oferecida a contestação, não podia a autora desistir da ação, sem anuência do réu. Ajuizamento de débito quitado não induz, necessariamente, a que seja a apelante considerada litigante de má-fé. Inaplicabilidade da disposição constante do art. 1.531 do Código Civil.

Apelo provido.”

E mais adiante, referindo-se o Relator a lições de Washington de Barros Monteiro, transcreve:

“A propósito desse importante dispositivo legal, cumpre salientar as seguintes aplicações práticas: a) sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina a referida penalidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefragável de dolo deve ela ser aplicada; b) a cominação tanto pode ser pedida por via reconvenicional, como por ação autônoma, não por simples contestação”, *in* “Curso de Direito Civil — Direitos das Obrigações”, 5ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1967, pág. 432.

Vê-se, pois, que o entendimento do v. acórdão foi no sentido de que em casos que tais, a má-fé, porventura existente que faça caracterizar a lide como temerária, para efeito de aplicar-se os termos do dispositivo do art. 1.531 do Código Civil, há de ser apurada mediante provas conclusivas, por isso que afastou o entendimento da sentença de primeiro grau, reformando-a.

E, assim sendo, constata-se que a hipótese versada nos autos trata de matéria de fato que, em relação ao especial, encontra o óbice da Súmula 279 do STF, por isso que inapreciável, também, na via do recurso especial.

Pela alegada divergência dos acórdãos que aponta à fl. 82, como o de que tratam os autos, não há, ainda, como acolher-se o recurso, porque o recorrente não transcreveu, como determina o art. 322 do RISTF, os trechos que configuram as circunstâncias das quais se percebem a existência ou inexistência de semelhança com a hipótese discutida.

Tais os fundamentos pelos quais não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.964 — RN — (Reg. nº 90.0000387-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Recorrente: Ronaldo Cavalcanti de Souza. Recorrida: Administradora de Consórcio Nordeste S/C Ltda.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente, não conheceu do recurso (Em 13-3-90 — 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 2.090 — DF

(Registro nº 90.952-9)

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

Recorrente: *Centro Integrado de Psiquiatria e Psicologia de Brasília*

Recorrido: *Milton Ferreira Sucupira*

Advogados: *Drs. Antônio Guimarães Lopes e Emiliano Cândido Póvoa*

EMENTA: Recurso de apelação. Intempestividade.

Lida e publicada a sentença em audiência, com prévia intimação das partes, desde então passa a fluir o prazo recursal, sendo prescindível a publicação do decisório pela imprensa. Inteligência dos arts. 236, 242, § 1º, e 506, nº I, do CPC.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O voto do Relator, Desembargador Natanael Caetano, bem resume a questão:

“Sr. Presidente, a sentença contra que se insurge aqui o apelante veio a lume após a necessária instrução, tudo como se vê do termo da audiência de instrução e julgamento às fls. 39/42. No final, após as alegações dos advogados das partes, registrou-se no termo o seguinte trecho: ‘O MM. Juiz declarou encerrada a fase probatória e designou o dia 30 do mês andante, às 14:00 horas, para a leitura da sentença, ficando intimados os presentes. Nada mais havendo...’ etc. Seguem-se as assinaturas do MM. Juiz, do advogado do autor, do advogado do réu e das próprias partes.

No dia e hora designados, 30-11-87, às 14:00 horas, realizou-se a audiência da leitura da sentença, sem que tivesse comparecido qualquer dos advogados das partes. Embora a audiência de leitura da sentença, foi esta publicada no DJ do dia 1º de fevereiro de 1988 e, só após essa publicação, dilatado o prazo recursal, por recair o 15º dia num feriado de Carnaval, veio a ser protocolizada a apelação.” (fl. 68).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, à unanimidade de votos, não conheceu da apelação por intempestiva, em Acórdão que porta a seguinte ementa:

“Embora não exigida mais a designação da audiência de leitura e publicação de sentença, nada há a proibir sua designação. Se o Juiz a designa na própria audiência de instrução e julgamento, ficando intimadas as partes e seus advogados, é de sua realização que se conta o prazo de eventual recurso e não da publicação da sentença no Diário da Justiça, o que inclusive se dispensa, salvo para conhecimento de terceiros, a que aproveita” (fl. 67).

Contra esse entendimento, manifestou a apelante o presente recurso especial, alegando que o prazo deveria ter sido contado a partir da publicação da

sentença no Diário da Justiça, nos termos do disposto no art. 236 do CPC, que reputou afrontado.

Admitido o recurso, vem a esta Corte sem as razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Encerrada a instrução, o MM. Juiz de Direito designou dia e hora para a leitura da sentença, intimadas as partes presentes (fl. 42). Na data aprazada, a decisão foi proferida, sem que tivessem comparecido ao ato os interessados (fls. 47/50). Não obstante, o Diário da Justiça publicou em 1º de fevereiro de 1.988 o referido decisório, a partir do qual computou a ora recorrente o prazo do recurso de apelação.

A intimação pela imprensa era realmente prescindível no caso, pois as partes já se encontravam cientes da data em que se daria a leitura da sentença. A intimação dos litigantes ocorreu quando da leitura e publicação do *decisum* em audiência, de conformidade com o que rezam os arts. 242, § 1º, e 506, nº I, do CPC.

Está claro que a regra inserta no art. 236 da lei instrumental civil não prevalece, quando a intimação da sentença se opera pela forma adotada em 1ª instância.

Hélio Tornaghi observa que a intimação “é automática quando a decisão é publicada em audiência, seja por ter sido nela proferida, seja por ter sido publicada em audiência especial” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, págs. 217-218, ed. 1.975).

Diverso não é o magistério de E.D. Muniz de Aragão, segundo o qual “se a sentença, porém, for proferida em audiência de instrução e julgamento, a regra aplicável à contagem do prazo para recorrer é a mesma do Código de 1939, ou seja, dela ficam todos intimados. Pode acontecer, entretanto, que a parte (vale dizer, o advogado) intimada da designação da audiência em que veio a ser proferida a sentença a ela não haja comparecido; essa ausência é irrelevante: quem não comparece à audiência, apesar de intimado, assume as conseqüências do ato e não tem direito a ser intimado da sentença nela proferida” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, pág. 267, 1ª ed.).

Intimada que fora a recorrente na data em que prolatada a sentença em audiência, resulta inequívoco que o recurso de apelação por ela interposto deu

ingresso a destempo, tal como reconheceu o Eg. Tribunal *a quo*, sem nenhuma ofensa ao preceito de lei federal invocado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.090 — DF — (Reg. nº 90.952-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Centro Integrado de Psiquiatria e Psicologia de Brasília. Recorrido: Milton Ferreira Sucupira. Advogados: Drs. Antônio Guimarães Lopes e Emiliano Cândido Póvoa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 20-11-90 — 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.342 — PR

(Registro nº 90.0001963-0)

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

Recorrente: *José Maria Antunes*

Recorrido: *João Maria Carlos França*

Advogados: *Drs. Edgard Katzwinkel Junior*

Nezio Toledo e outro

EMENTA: Execução. Nota promissória. Não preenchimento da data da emissão. Arts. 75, item 6, e 76 da Lei Uniforme.

A nota promissória sem data de emissão, nos termos da Lei Uniforme, arts. 75, item 6, e 76, não se caracteriza como título executivo, ainda que se possa admitir o preenchimento

do claro pelo portador; mas há de fazê-lo até o ajuizamento da ação. Caso contrário, ocorre carência da ação de execução, à falta de título executivo regular.

Recurso especial conhecido pela alínea *c*, mas desprovido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: A decisão do eminente Juiz Luiz Gastão Franco de Carvalho, eminente Presidente do Tribunal de Alçada do Paraná, bem elucidada a espécie:

“Trata-se de recurso especial interposto, tempestivamente, com base no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, combinado com o art. 255 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, contra o teor do v. acórdão proferido pela Egrégia 3ª Câmara Cível deste Tribunal que, reformando a decisão monocrática, julgou procedente os Embargos do Devedor em ação de execução de título extrajudicial, opostos por João Maria Carlos França contra José Maria Antunes. A decisão foi assim ementada.

“Nota Promissória. Falta da data de emissão. Ineficácia como título executivo. Não produz efeito como nota promissória (art. 75, nº 6, Lei Uniforme) a cártula que não contenha a data da sua emissão. Tal documento, por isso, não constitui título apto a desencadear a execução. Extingue-se a execução promovida com apoio nele, por inexistência da adequação, requisito que se encar-

ta no interesse de agir (art. 267, VI, do CPC). Apelação provida.”
(fl. 66)

Alega o Recorrente negativa de vigência de lei federal (Decreto nº 2.044/1.908) e dissídio jurisprudencial (RT 609/203 e RT 582/102).

A questão suscitada nas razões do recurso é a de que o Decreto nº 2.044 não foi revogado pela Lei Uniforme (Decreto nº 57.663/66) e, portanto, os requisitos essenciais para que a Nota Promissória tenha eficácia como título executivo, são apenas os elencados no art. 54, I, do referido Decreto, entre os quais não está incluído o da data de emissão. Assim, não poderia a Colenda Câmara julgar ineficaz o título que se pretende executar, por não conter tal requisito.

Não assiste razão ao recorrente com relação à alegada negativa de vigência de lei federal. Hoje não existem mais dúvidas da vigência da Lei Uniforme como lei interna brasileira, com a revogação do Decreto nº 2.044, salvo reservas a alguns arts. (R.E. nº 71.154 — PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro). Portanto, os requisitos da Nota Promissória a serem observados são os contidos no art. 75, da Lei Uniforme, e entre eles o item 6, como bem esclarece Fran Martins, em sua obra “Títulos de Crédito”, vol. I, Forense, pág. 398,

“À semelhança da letra de câmbio, a nota promissória deve trazer, obrigatoriamente, segundo a Lei Uniforme a indicação da data em que é passada, sob pena de não ter efeito como promissória o título que não a contiver”.

Neste sentido, o v. acórdão recorrido, transcrevendo o voto do Min. Moreira Alves (fls. 67/69), elucida amplamente a questão.

Entretanto, o recurso merece ser acolhido com base no dissídio jurisprudencial, uma vez que os arestos trazidos para confronto (RT 609/203 e RT 582/102) demonstram a divergência com o acórdão atacado, ao entenderem que, a ausência da data de emissão na nota promissória, não a descaracteriza como título executivo extrajudicial, por se tratar de requisito accidental.

Pelo exposto, dou seguimento ao recurso apenas com fundamento na alínea c, do art. 105, III, da Constituição Federal.”
(fls. 86/88).

Com razões ofertadas apenas pelo recorrente, sobem os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Não vislumbro contrariedade a lei federal, eis que o Decreto nº 2.044/1.908, e pois seu art. 54, § 1º, foi revogado pelas posteriores disposições da Lei Uniforme.

Assim o magistério de Fran Martins:

“À semelhança da letra de câmbio, a nota promissória deve trazer, obrigatoriamente, segundo a Lei Uniforme, a indicação da data em que é passada, sob pena de não ter efeito como promissória o título que não a contiver, já que a lei de Genebra, ao contrário do que acontecia com a brasileira (Lei nº 2.044, art. 54, § 1º), não deu ao portador mandato presumido para, à falta de data, inserí-la no título.” (“Títulos de Crédito”, Forense, 1989, pág. 385).

No mesmo sentido Wilson Campos Batalha:

“O art. 1º da Lei Uniforme exige a indicação da data da emissão e a época do pagamento. A omissão da época do pagamento indica tratar-se de cambial à vista. A omissão da data de emissão era no direito anterior, considerada irrelevante, salvo hipóteses de má-fé (p. ex., as promissórias, sem data à época, em que se impunha o registro dentro de certo prazo, contado da data de emissão). Em regra, a cambial não seria prejudicada pela omissão, falsidade ou mesmo inverossimilhança de data (Whitaker, pág. 65). Face à Lei Uniforme, entretanto, diverso é o entendimento: é requisito essencial para a validade do título a indicação da data em que a letra, ou a nota promissória são emitidas.” (“Títulos de Crédito”, Forense, 1989, pág. 167/168).

O posicionamento doutrinário encontra respaldo amplo no Excelso Pretório.

Assim o aresto da colenda 1ª Turma, julg. em 22-4-86, relator o eminente Ministro Sydney Sanches, RE 104.458-6 — GO, sob a ementa que segue (DJU, 20-6-86):

“Nota promissória sem data de emissão. Ineficácia como título executivo enquanto não preenchida nesse ponto. Art. 75, nº 6, da Lei Uniforme. Carência da ação de execução declarada no acórdão recorrido. Recurso extraordinário, pela letra *d*, conhecido mas improvido.”

Vale citar, outrossim, o acórdão no RE 100.828 — SP, 1ª Turma, julg. em 25-9-84, relator o eminente Ministro Néri da Silveira (RTJ, 121/189):

“Execução. Nota promissória. Data de emissão. Sua ausência importa em descaracterização do título. Portador do título pode preencher o claro, mas há de fazê-lo, até o ajuizamento da ação; de contrário, ocorre carência da execução, por falta de título executivo regular. Lei Uniforme, arts. 10, 76 e 77. Ineficácia do título. Autonomia do aval: matéria não prequestionada no acórdão. Súmulas n.ºs 282 e 356. Negativa de vigência dos arts. 10 e 76, da Lei Uniforme, não caracterizada. Dissídio pretoriano que não se comprovou. Recurso extraordinário não conhecido.”

Da colenda 2ª Turma, v.g., o aresto no RE 86.796 — CE, julg. em 19-4-77, relator o eminente Ministro Moreira Alves, *in* RTJ 82/601.

Iniludível, todavia, o dissídio jurisprudencial, pois o aresto recorrido entra em chaça com os acórdãos citados pelo recorrente, a fls. 76/77, e publicados *in* RT 609/203 e RT 582/102. Motivo este, pois, para o conhecimento do recurso especial, sem embargo da manutenção do acórdão impugnado, que aplicou os vigentes arts. 75, item 6, e 76 da Lei Uniforme.

Em tais termos, conheço do recurso especial, mas ao mesmo nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp n.º 2.342 — PR — (Reg. n.º 90.0001963-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: José Maria Antunes. Recorrido: João Maria Carlos França. Advogados: Drs. Edgard Katzwinkel Junior; Nezio Toledo e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (4ª Turma — 14-08-90)

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



RECURSO ESPECIAL N.º 2.351 — SP (Registro n.º 90.1974-5)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Rohm And Haas Brasil Ltda*

Advogados: *Drs. Durval Zabeu, Ana Regina Bezerra Scigliano e outros*

EMENTA: Tributário. Importação de Matéria-Prima de país signatário do GATT. art. 23, § 11 da CF/69. Isenção de ICM.

I — Se a matéria-prima importada é isenta, não tem similar nacional e é essencial à formulação de produto isento de ICM, àquela também se estende esta isenção.

II — Recurso conhecido e desprovido.

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, 17 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: *Rohm and Haas Brasil Ltda.* impetrou Mandado de Segurança contra ato do Sr. Chefe do Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo em Jacareí, objetivando a isenção do ICM na entrada em seu estabelecimento do produto denominado “Etilenodiamina — concentração 99%”, utilizado na fabricação de fungicidas, importado dos O.E.U.A., país signatário do GATT, tendo em conta os mesmos benefícios tributários concedidos ao similar nacional.

Denegada em 1ª Instância, a segurança foi concedida pelo acórdão de fls. 212/214, da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Inconformada, a Fazenda do Estado, recorreu extraordinariamente, argüindo relevância da questão federal, sendo o recurso convertido em especial pela decisão de fls. 240/241.

Em suas razões, a recorrente sustenta a divergência jurisprudencial entre a decisão recorrida e julgados do Supremo Tribunal Federal.

Contra-razões às fls. 256/266.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do recurso; se conhecido, pelo desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O recurso foi admitido exclusivamente pela relevância da questão posta nos autos, ou seja, saber se a matéria-prima importada de país signatário do GATT, destinada ao emprego em produto que goza de isenção interna do ICM está ou não sujeita ao pagamento deste tributo. Sustenta a recorrente que o v. acórdão recorrido deu à matéria interpretação divergente da que lhe deu a Suprema Corte em outros julgados, inclusive no R.E. nº 110.660-3 envolvendo as mesmas partes, de que foi relator o eminente Ministro Célio Borja, trazido a confronto para demonstrar possível dissídio, cujo relatório e voto se vê às fls. 250/253.

Naquela oportunidade disse o Sr. Ministro Célio Borja:

“A espécie dos autos assemelha-se à do RE nº 103.151 — RJ, Segunda Turma, Relator o emin. Min. Francisco Rezek. Ali decidiu-se como consta da ementa:

“ICM. Importação de Produto Químico. Súmula nº 575.

Deve prevalecer, porque em nada hostil à Súmula nº 575, o acórdão que denegou a segurança com que se pretendia ver isenta do ICM a importação de matéria prima alegadamente — não comprovadamente — destinada à produção de inseticidas agropecuários.”

No precedente acima indicado, afirma-se que a isenção tributária concedida ao produto final não se estende à sua matéria-prima importada. Esta teria que gozar do mesmo benefício para que o *writ* pudesse ser concedido, com fundamento no ato internacional invocado (GATT).

Se o similar nacional da matéria-prima importada não é isento, como afirmar com base na igualdade de tratamento, a isenção desta última?”

O RE nº 103.151 — RJ, referido como suporte do RE paradigma, cuidou de matéria-prima alegada como destinada à produção de inseticidas agropecuários pela empresa, sem comprovação nos autos.

Ao fundamentar seu voto, o Sr. Ministro Francisco Rezek foi categórico:

“Não vejo, tampouco, como conhecer do recurso pela letra *d*. O acórdão diz, com razão, da impertinência da Súmula nº 575, visto que o Solvirex 92-ZP não é inseticida, mas produto químico “... que se alega destinado ao seu fabrico”. De tal *alegação* — e assim o acórdão foi expresso em qualificá-la — não se fez prova

qualquer nos autos, como pondera o Estado recorrido. Nem vejo como o mandado de segurança seria sede idônea para uma prova que se deve supor complexa, qual a de que certo elemento químico de uso industrial terá emprego exclusivo na produção de inseticidas agropecuários.

Esta premissa, tiveram-na como demonstrada os acórdãos trazidos a confronto. Na espécie, contudo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro abonou a tese da Fazenda Pública, no sentido de que simplesmente alegada pela própria empresa a destinação do produto químico importado.”

Ao apreciar o RE nº 113.150-1-SP, relator o Sr. Ministro Carlos Madeira, sendo recorrente o Estado de São Paulo e recorrida a Companhia Paulista de Fertilizantes, a Egrégia 2ª Turma do STF, à unanimidade, não conheceu do recurso, em acórdão assim ementado:

“Tributário. Importação de matéria-prima de país signatário do GATT, § 11 do artigo 23 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 23/83.

Embora não se reconheça a prevalência do tratado sobre a lei nacional (RTJ 83/809), o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), concernente ao tratamento tarifário e as relações comerciais entre os países signatários, participa da natureza dos tratados contratuais, afastando a restrição imposta pelo § 11 do artigo 23 da Constituição Federal (Emenda 23/83) à cláusula de país não menos favorecido, nele estabelecido.

Se a matéria-prima importada destina-se ao emprego em produto cujo similar nacional goza de isenção, goza ela da garantia da cláusula citada, sendo inaplicável a norma constitucional restritiva.

Recurso extraordinário não conhecido.”

O voto do eminente Relator é elucidativo, merecendo ser transcrito, na parte útil, para melhor entendimento de nossa posição. Disse ele:

“A importação da matéria-prima ocorreu no exercício de 1984, quando já vigente a Lei Estadual nº 3.991/83, editada de conformidade com a Emenda Constitucional nº 23, de 1983.

O § 11 do art. 23 da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 23, criou a hipótese de incidência do ICM sobre mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento comercial, industrial ou produtor, inclusive quando se tratar de

bens destinados a consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento do importador.

O acórdão sustenta, porém, que sendo a mercadoria originária de país signatário do GATT, é cabível a isenção pleiteada, uma vez que produto similar nacional goza de idêntico favor. Para tanto invoca a prevalência do tratado sobre a lei nacional.

Essa prevalência já foi afastada, no Plenário da Corte, no julgamento do RE 80.004, (RTJ 83/809). Mas no caso do Acórdão Geral de Tarifas e Comércio (GATT), há a considerar que ele participa da natureza dos chamados tratados-contratuais, na medida em que, assinando-o, nosso país adere ao tratamento tarifário e de relações comerciais nele estabelecido. A cláusula de igualdade entre as partes, também denominada cláusula de país não menos favorecido, abrange a tributação sobre mercadorias originárias de outro país contratante, de acordo com o que se estabelece em relação as mercadorias similares do país importador.

Estabelece o GATT, no art. II — Lista de Concessões — que “cada parte contratante concederá às outras partes contratantes, em matéria comercial, tratamento não menos favorável do que o previsto na parte apropriada da lista correspondente anexa ao presente Acordo”.

E no § 2º, diz que nenhuma disposição desse artigo impedirá que uma parte contratante, a qualquer tempo, aplique no tocante à importação de qualquer produto, encargo equivalente a um imposto interno exigido, de conformidade com o disposto no § 1º do art. III, sobre um produto nacional similar ou uma mercadoria com a qual o produto importado tenha sido fabricado ou produzido no todo ou em parte.

No art. III, que regula o tratamento nacional em matéria de impostos e de regulamentação interior, dispõe o Acordo:

“1 — Os produtos de qualquer parte contratante importados no território de outra parte contratante serão isentos de tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam aos aplicados direta ou indiretamente, a produtos de origem nacional. Além disso, nos casos em que não houver no território importador produção substancial de produto similar de origem nacional, nenhuma parte contratante aplicará tributos internos novos ou mais elevados sobre os produtos de outras partes contratantes com o fim de conceder proteção à produção de produtos, diretamente competidores ou substitutos, não taxados de maneira

semelhante, os tributos internos dessa natureza, existentes, serão objeto de negociação para a sua redução ou eliminação;

2 — Os produtos originários de qualquer parte contratante importados no território de qualquer outra parte contratante gozarão de tratamento não menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional no que concerne a todas as leis, regulamentos e exigências que afetem a sua venda, colocação no mercado, compra, transporte, distribuição ou uso no mercado interno. As disposições deste parágrafo não impedirão a aplicação das taxas diferenciais de transportes, baseadas exclusivamente na utilização econômica dos meios de transporte e não na origem dos produtos.”

Ora, tais disposições levam à conclusão de que, se a matéria-prima importada vai ser empregada em produto cujo similar nacional goza de isenção, recai sobre ela a cláusula do país não menos favorecido: concede-se-lhe a mesma isenção. É que a cobrança do ICM na importação de matéria-prima é uma antecipação, que o produtor não pode recuperar, como agudamente observou o Ministro Rodrigues Alckmin, no RE 76.099 (RTJ 73/456). Se o similar nacional goza de isenção, e igual favor a mercadoria importada é negado, configura-se o tratamento desigual, descumprindo-se o Acordo.

O problema foi colocado claramente pelo Ministro Moreira Alves, no voto proferido como Relator, no RE 82.509 (RTJ 78/269):

“Na espécie, o que se tem de interpretar não é a norma que concedeu isenção do ICM a determinado produto nacional, mas o tratado que impede a discriminação, ainda que indireta, entre o produto estrangeiro e o similar nacional. É com base na interpretação deste que não se aplica, às mercadorias que por ele estão protegidas, a legislação federal ou estadual que, genericamente, estabelece que a entrada de produto importado em estabelecimento comercial, industrial ou produtor é fato gerador do ICM. E, na interpretação do tratado — contrato (o que vários autores, como Néri, Sull’ *interpretazione dei Trattati nel Diritto Internazionale*, p. 50 e segs., Milano, 1958, entendem aplicável também aos tratados-leis ou tratados-normativos), o que se leva em conta, sem restrições, é a vontade comum das partes contratantes, já que se trata de um negócio jurídico bilateral.”

Nem mesmo a norma constitucional, que determinou a cobrança do ICM na importação, pode estabelecer restrição ao princípio de igualdade entre as partes contratantes, estabelecido no Acordo. Em face da isenção concedida a mercadoria nacional, não há como não reconhecer idêntico favor a mercadoria similar originária de país signatário do GATT, ainda que se destine a emprego em produto aqui industrializado.

Nessa linha de entendimento na Suprema Corte, alinham-se o RE nº 110.797-9-SP, rel. Min. Djaci Falcão — recorrente Estado de São Paulo e recorrida Squibb Indústria Química S.A. assim ementado:

“Tributário. Importação de matéria-prima de país signatário do GATT, destinada à fabricação de defensivo agrícola. Isenção de ICM à vista de que o similar nacional está isento desse tributo. Inexistência de afronta ao art. 23, § 11, da Constituição da República (Emenda nº 23/83). Precedente do STF.

Recurso extraordinário não conhecido.”

RE nº 112.567-5-SP; mesmo Relator, recorrente Estado de São Paulo e recorrida Stauffer Produtos Químicos Ltda.

Ementa: “Tributário. Importação de matéria-prima de país signatário do GATT, destinada à fabricação de defensivo agrícola. Isenção de ICM a vista de que o similar nacional está isento desse tributo. Inexistência de afronta ao art. 23, § 11, da Constituição da República (Emenda nº 23/83). Precedente do STF.

Recurso extraordinário não conhecido.”

RE nº 112.687-6, mesmo Relator, recorrente Estado de São Paulo e recorrida Usina Colombina S.A., traz a mesma ementa do julgado anterior.

O entendimento da Colenda 1ª Turma daquela Corte é também no mesmo sentido. Para exemplificar, o RE 114.762-8 — Rel. Min. Néri da Silveira, recorrente Estado de São Paulo e recorrida Comércio e Indústria Uniquímica Ltda.

Ementa: “Recurso extraordinário. ICM. Isenção. Matéria-prima importada de país signatário do GATT. Emenda Constitucional nº 1/1.969, com a redação da Emenda Constitucional nº 23/1983, art. 23, § 11. O STF firmou entendimento segundo o qual a Súmula 575 continua invocável, após a Emenda Constitucional nº 23/1983. Matéria-prima importada que se destina ao emprego em produto cujo similar nacional goza de isenção. Isenção reconhecida. Recurso não conhecido.”

O eminente Relator discorre sob os sucessivos julgados da Corte e conclui dizendo que:

“Se a matéria-prima importada destina-se ao emprego em produto cujo similar nacional goza de isenção, goza ela da garantia da cláusula citada, sendo inaplicável a norma constitucional restritiva.”

Na esteira dos julgados que trouxe à colação, cita o RE 114.296-1-SP, relatado pelo ilustrado Ministro Moreira Alves, no qual fixou-se a exegese do § 11, do art. 23 da Constituição precedente, na redação dada pela Emenda 23/82. Orienta a ementa:

“ICM. Extensão de isenção a produto importado de país signatário do GATT sendo isento o similar nacional. Interpretação do § 11 do artigo 23 da Carta Magna, na redação dada pela Emenda 23/83.

O mencionado dispositivo constitucional é regra de explicitação do âmbito de incidência do ICM a nortear a legislação estadual que o instituir, e não norma de instituição direta desse imposto nessa hipótese de incidência, ou preceito proibitivo da concessão de isenção, nesse caso, do tributo por força de lei estadual ou de tratado internacional.

Ainda nos Estados em que a legislação local instituiu o ICM para essa hipótese de incidência permitida pela Emenda Constitucional nº 23/83, se também a legislação estadual concede isenção à saída de determinado produto, essa isenção se estende ao similar importado de país signatário do GATT, e isso porque aquela lei instituidora tem de ser interpretada, para não ofender o disposto no artigo 98 do CTN, como aplicável a todos os casos que não os ressalvados, em virtude de extensão de isenção, pelos tratados internacionais.

Recurso extraordinário não conhecido.”

O mesmo eminente Ministro já elucidava seu pensamento, acolhido pela Corte, no RE 113.711-SP recorrente Estado de São Paulo, recorrida Panambra Industrial e Técnica S.A., em seu voto de relator, nesta passagem:

“Como se vê, a tese do recorrente é a de que o § 11 do artigo 23 da Constituição Federal, acrescentado a esta pela Emenda constitucional nº 23/83, instituiu, para os Estados-membros, diretamente o ICM na hipótese de incidência nele prevista, e, em consequência — o recorrente não é claro a esse respeito, mas seu

ataque se dirige ao acórdão recorrido que assim o interpretou — revogou a isenção existente na legislação estadual anterior.

É manifesta a improcedência dessa alegação. O artigo 23 da Constituição é norma que delimita a competência tributária dos Estados e do Distrito Federal, podendo, portanto, esses elementos integrantes da Federação instituir, ou não, por lei própria, os impostos que se situam no âmbito de sua competência. E nesse contexto que tem de ser interpretado o § 11 desse dispositivo, certo como é que, em matéria de interpretação, eventuais imprecisões de linguagem cedem à interpretação lógica, que fixa o sentido da lei (*a mens legis*). Esse parágrafo foi acrescentado apenas para explicitar uma das hipóteses de incidência do ICM (que — note-se — já estava prevista, anteriormente, no art. 1º, II, do Decreto-lei nº 406/68, e, para, em sua parte final, elidir a jurisprudência desta Corte que vinha decidindo em sentido contrário ao que ali ficou expresso. A expressão “incidirá” pressupõe que o Estado-membro, como decorre do *caput* desse artigo 23, tenha instituído, por lei estadual, esse imposto, e nada impede, evidentemente, que ele conceda, também por lei estadual, isenção, que, aliás, pressupõe a incidência, uma vez que ela — no entendimento que é o acolhido por este Tribunal — se caracteriza como a dispensa legal do pagamento de tributo devido.

Correto, portanto, o acórdão recorrido, ao acentuar, em embargos de declaração:

“É que a Emenda Constitucional nº 23 de 01-12-83 não tem o efeito pretendido pela apelante, ora embargante.

É que a Constituição Federal trata apenas da repartição da competência tributária entre os poderes federal, estadual e municipal. Fixa a competência e os limites dela, cabendo ao legislador ordinário votar as leis tributárias dentro de sua respectiva competência tributária e legislativa e nos limites fixados pela Constituição.

Assim, ao dispor no § 11, do art. 23 da Constituição Federal que “o imposto a que se refere o item II incidirá também sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do Exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo de estabelecimento”, a Constituição apenas veio declarar que o Poder

Legislativo Ordinário pode estabelecer a tributabilidade dessa entrada.

O legislador ordinário local é livre de estabelecer, ou não, a tributabilidade dessa entrada, segundo a conveniência política.

Não teve a Emenda Constitucional nº 23 de 01-12-83 a força derogatória da legislação ordinária que concedia a isenção para o caso da entrada objeto desta demanda.

Como a Constituição permite a tributação, nada impede que o legislador venha cancelar a isenção, mas enquanto não revogada a lei de isenção esta incide, cabendo a julgador aplicá-la.” (fls. 100/101).

Outra não tem sido a orientação nesta Corte em sua 1ª e 2ª Turmas. Para exemplificar, cito o REsp nº 699-SP, Rel. eminente Ministro Armando Rollemberg; REsp nº 846-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Ilmar Galvão e o REsp nº 1.801-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Américo Luz, todos unânimes.

A Impetrante alegou e provou, com a inicial (fl. 11), que o produto importado tem caráter técnico de herbicida e destina-se à formulação técnica de um outro produto com o mesmo caráter técnico de herbicida, cuja saída interna é isenta de ICM, sendo apenas um produto transformado em um outro de menor teor químico, passível de aplicação na agricultura (laudo Técnico de fls. 53/55 e registro no Min. Agricultura — doc. de fl. 56).

Discute-se, ainda, por parte do Estado, que a isenção atinge, apenas, o produto acabado e não a matéria-prima importada, embora essencial à formulação daquele. Entretanto, não há a menor referência à matéria-prima nacional, similar à importada. Sem demonstrar a similaridade das matérias, não há como examinar a tese.

Isto posto, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.351 — SP — (Reg. nº 90.1974-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrida: Rohm and Haas Brasil Ltda. Advogados: Drs. Durval Zabeu, Ana Regina Bezerra Scigliano e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (1ª Turma, em 17-10-90).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 2.401 — ES

(Registro nº 89.128086)

Relator Originário: *O Exmo. Sr. Ministro José Cândido*

Relator p/ Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Espírito Santo*

Recorridos: *Evaristo Bugarelli e José Evaristo Bugarelli*

Advogados: *Drs. Edson Ferreira de Paula e outro*

EMENTA: Processual penal. Nulidade sem prejuízo. Inexistência.

Embora a audiência para tomada de depoimentos haja ocorrido sem a presença do representante do Ministério Público, não se pode inquirar de nulo o ato judicial, por esse motivo, se, na sentença de pronúncia, foi totalmente acolhida a denúncia formulada pelo titular da ação penal, inexistindo, por isso, prejuízo para a acusação.

Aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*, informativo do Título “Das Nulidades”, constante da lei processual penal (CPP, art. 563).

Recurso especial conhecido apenas pela letra *c* do inciso III, do art. 105 da Constituição, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Costa Leite, por maioria, não conhecer do recurso especial pela letra *a* do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal conhecendo porém pela letra *c* do mesmo dispositivo, mas lhe negando provimento, vencidos os Srs. Ministros Relator e William Patterson, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: O Ministério Público da Comarca de Linhares, Espírito Santo, recorreu em sentido estrito da sentença da pronúncia dos réus Evaristo Bugarelli e José Evaristo Bugarelli, arguindo a nulidade do ato realizado sem a sua presença, nomeado em seu lugar, Promotor *ad hoc*, durante o qual haviam sido ouvidas dez testemunhas arroladas pela defesa.

Sustentada a decisão (art. 589 do CPP), foram os autos ao Tribunal de Justiça (apenso, fls. 124v./125), cuja Eg. 2ª Câmara Criminal negou provimento ao recurso, sob o fundamento de não ter havido prejuízo para a acusação (fls. 137/139).

Inconformado o Procurador de Justiça interpôs Recurso Especial, com arguição de relevância (fls. 141/145), inadmitido pela decisão de fls. 157/158.

Daí o agravo, no qual proferi despacho dando provimento, para exame do Recurso Especial.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinara pela reforma do acórdão recorrido e decretação da nulidade do feito a partir do ato do qual se originara o recurso em sentido estrito.

Pelo despacho de fl. 77, tendo em vista que os autos do recurso em sentido estrito vieram acostados aos do agravo, determinei que baixassem ao Tribunal *a quo*, a fim de que fossem cumpridas as formalidades da Lei nº 3.396/58.

À data do despacho, em 9-5-90, não havia ainda sido editada a Lei nº 8.038, de 28-5-90.

Atendidas as formalidades legais, pedi a designação de dia para o julgamento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Recurso especial. Alegada ofensa às letras *a* e *c*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal. Violação à regra do art. 564, inciso III, letra *d*, do Código de Processo Penal. Nomeação de promotor *ad hoc* para audiência de instrução criminal, a que deixou de comparecer, intimado regularmente, o promotor de justiça.

A função exercida pelo Ministério Público é privativa, do seu titular. Só a ele cabe a tarefa de promover a ação penal pública até final julgamento.

Desde a Lei Complementar nº 40/81, ficou “vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a eles estranhas” (art. 55). A Constituição atual é explícita: As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na Comarca da respectiva lotação (art. 129, § 2º).

Reconhecida a ofensa ao art. 564, inciso III, letra *d*, do Código de Processo Penal, e presente o dissídio jurisprudencial, nulos são os atos produzidos na presença do promotor *ad hoc*, e, conseqüentemente, nula a sentença de pronúncia.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): A preliminar de conhecimento ficou vencida no despacho que determinou o exame do recurso especial.

A decisão recorrida está assim ementada:

EMENTA: Recurso em sentido estrito. Homicídio. Pronúncia nos termos da denúncia. Designação de promotor *ad hoc*. Inocorrência de prejuízo para a acusação. Desprovemento.

De acordo com a regra do art. 563, do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Tal é a hipótese versada, já que os réus foram pronunciados exatamente nos termos da denúncia oferecida pelo nobre órgão do Ministério Público, por isso que, a substituição deste, no curso do processo, por advogado designado, não causou qualquer prejuízo à acusação. Recurso desprovido.” (fl. 136).

No dia 14-04-88, esteve presente à audiência na 3ª Vara, na Comarca de Linhares, para a inquirição de testemunhas, o Promotor de Justiça vinculado ao Juízo, Dr. Ertli dos Santos, que ficou intimado, com o advogado de defesa, para nova audiência, no dia 22 do mês corrente, às 13:00 horas, para prosseguimento da instrução sumária.

A despeito dessa intimação pessoal, o Cartório expediu mandado intimatório às partes, além das testemunhas que deveriam depor. Essa diligência não foi cumprida em relação ao Ministério Público, porque o seu titular não foi encontrado, como certifica o Oficial, à fl. 5, da ação penal anexa.

Apesar de intimado pessoalmente (em 14-04-88) o Dr. Promotor de Justiça não compareceu ao Fórum, na audiência, no dia 22-04-88, tendo sido substituído pelo advogado Antônio da Silva Pereira, nomeado para aquele ato, Promotor *ad hoc*. Nesta oportunidade foram inquiridas várias testemunhas de defesa (fls. 66-71).

Dos autos, à fl. 72, consta o carimbo “de vista” ao Dr. Promotor de Justiça, para as alegações finais, e a Certidão de que:

“...o presente processo esteve com vistas em cartório, para o Ministério Público, desde o dia 25 de abril do corrente ano, havendo decorrido, assim, o prazo legal para sua manifestação. De tal forma, faço cls. a V. Exa., para os devidos fins.”

Linhares, 3 de maio de 1988.”

A seguir, veio a Sentença de pronúncia, de fls. 76-9, desfavorável aos réus.

Inconformado, o Dr. Erli dos Santos, Promotor de Justiça Titular da 3ª Vara, ingressou com um recurso em sentido estrito (razões assinadas pelo Promotor Evaldo de Souza), objetivando fosse “declarada a nulidade do inquirido (Sumário de defesa) e, via de conseqüência, da Pronúncia de fl. 76 *usque* 79, com o necessário refazimento dos atos nulos” (fl. 109). A Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, à unanimidade, negou provimento ao recurso, basicamente, porque entendeu que “a realização da audiência não trouxe nenhum prejuízo para as partes, e especialmente para o Ministério Público” (fl. 138), desde que os réus foram pronunciados.

No presente recurso, o Ministério Público Estadual sustenta os seguintes pontos:

1) Que “para o Ministério Público há de ser observado o estabelecido no § 2º, do art. 236 (do CPP) já citado, ou seja, a *intimação deverá ser sempre pessoal*”. Traz à colação, em favor do tema, o disposto no art. 20, da Lei Complementar nº 40/81, que estabeleceu no inciso V, como garantia assegurada pela Constituição, a prerrogativa de “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição” (fl. 148).

2) Que houve contrariedade à lei federal, desde que atingido, pela decisão recorrida, o art. 564, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. De igual modo, houve ofensa à lei federal, por interpretação divergente como outro Tribunal. Transcreve o acórdão paradigma (fl. 152);

3) Que não pode prevalecer, na hipótese dos autos, o Provimento nº 007/04/88, da Corregedoria-Geral da Justiça, ao estabelecer norma contrária à lei federal;

Atendendo à ordem estabelecida pelo recorrente, em suas razões de fls., começo por entender que ao Superior Tribunal de Justiça, neste julgamento, não cabe apreciar se a intimação ao Ministério Público, para a realização de atos processuais deva ser sempre *pessoal* ou *não*. O ponto central da controvérsia, cinge-se ao fato do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de

Linhares — ES, haver nomeado Promotor *ad hoc* para substituir o Promotor Público, titular daquela Vara em audiência para inquirição de testemunhas, para a qual havia sido pessoalmente *intimado* e não compareceu.

Portanto, a primeira impugnação do recorrente, de ser sempre, ou não, pessoal a intimação, não deve ser considerada. É matéria a ser debatida em outra sede.

Em segundo lugar, vem a contrariedade à lei federal, definida no art. 564, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal. No particular, entendo que a razão está com o Ministério Público, quando é certo que a Lei Complementar nº 40/81, no seu art. 55, já estabelecia que “É vedado o exercício das funções de Ministério Público a pessoas a ele estranhas”. Intimado regularmente, não havendo o Promotor de Justiça comparecido à audiência, não podia o MM. Juiz nomear-lhe substituto. O Promotor *ad hoc* estava impedido, legalmente, de exercer função reservada ao Ministério Público. Ainda agora a Constituição Federal reafirmou a proibição atribuindo-lhe função institucional, com o privilégio de só poder ser exercida por integrantes da carreira, “que deverão residir na Comarca da respectiva lotação” (art. 129, § 2º). A ele compete, privativamente, promover a ação penal pública na forma da lei (art. 129, I, da CF).

Além desse aspecto, o dissídio jurisprudencial é flagrante, desde que, em princípio, o aresto recorrido conflitou com o paradigma transcrito à fl 152: “A presença do Ministério Público em todos os atos processuais é obrigatória”.

Não pode prevalecer contra o Ministério Público, na hipótese dos autos, o argumento do Tribunal *a quo*, de que “a realização da audiência não trouxe nenhum prejuízo para as partes, e especialmente para o Ministério Público”. (fl. 138).

Quanto a isso, só o órgão do Ministério Público pode pronunciar-se. A ele compete a acusação, e o libelo é encargo de sua exclusiva competência, com base na prova dos autos.

Por outro lado, é preciso advertir-se para o fato de que o juízo do processo é o Júri Popular, para onde deve ser transferido o problema sobre se a prova foi favorável ou não ao Ministério Público. Daí a impossibilidade do juízo da pronúncia fazer tal afirmação.

Com estes fundamentos, conheço do recurso pelas duas alíneas, e, em consequência, dou provimento ao recurso especial, para declarar nulo o processo, a partir de fl. 66, e determinar que os “atos fulminados pela nulidade” sejam repetidos, inclusive a sentença de pronúncia.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, peço vênia ao Relator para discordar de S. Exa. porque, além do art. 564 mencionado, há o art. 563, que trata justamente daquela tese a que ele se referiu anteriormente: não há nulidade se não houver prejuízo para a parte.

No caso, a pronúncia, pelo que estamos informados, foi decretada tal e qual a denúncia havia sido formulada. Então, realmente, a impugnação do Ministério Público, em relação a sua ausência, não faz sentido, porque não houve prejuízo para essa parte.

Então, peço vênia para não conhecer do recurso pela letra *a* e conhecer pela letra *c*, negando-lhe, contudo, provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, também peço licença ao Sr. Ministro Relator, para acompanhar o Ministro Carlos Thibau, porque entendo que não houve prejuízo algum para a acusação.

Tratava-se de uma audiência de oitiva de testemunha de defesa. Foram ouvidas as testemunhas de defesa e, não obstante, houve a pronúncia nos termos da denúncia. Então, onde está o prejuízo para a acusação? Por que se declarar essa nulidade sem prejuízo?

De outro lado, lembro-me quando da votação do precedente relatado pelo Ministro Costa Leite, em que o mesmo trouxe um acórdão do Ministro Jarbas Passarinho, em que, embora interpretando o dispositivo da Lei Complementar nº 40, dizia que o Ministério Público não pode ser substituído por órgão estranho à carreira; argumentava que isso não importaria em permitir que o Ministério Público paralisasse a Justiça, e daí admitiu a nomeação de um profissional *ad hoc* substituir em uma determinada audiência.

Por essas circunstâncias todas, acompanho o voto do Ministro Carlos Thibau.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: A questão em debate pode ser compreendida nesse sumário contido no parecer de fls. 160/161:

“Pretende o Ministério Público a nulidade do processo a partir de fl. 66, sob o fundamento de que o MM. Juiz da singela instância, ouvira, em sumário de defesa, testemunhas, sem a presença do Dr. Promotor de Justiça, que não fora intimado para

o ato, configurando a nulidade prequestionando *oportuno tempore* ofensa ao art. 564, III, *d* do Código de Processo Penal.”

Não se cuida, a meu sentir, de aplicação do princípio contido no art., 563, do Código de Processo Penal, segundo o qual “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, conforme entendeu o v. acórdão.

A hipótese diz com a intervenção obrigatória do Ministério Público, nos termos da recomendação ínsita no art. 564, inciso III, alínea *d*, do CPP, para a qual não pode haver substituição, nos moldes como realizada neste processo.

Nem se diga que a ausência do representante do *parquet* decorreu de omissão ou negligência, de sorte a ensejar uma possível providência no sentido de resguardar a normalidade do processo. *In casu*, há notícia nos autos de inexistência de regular intimação daquela autoridade. Quem o diz é o próprio decisório recorrido, conforme se lê do voto condutor, *verbis*:

“Afirma, ainda, que o Dr. Juiz ao designar um advogado para funcionar como promotor *ad hoc*, procedeu de modo ilegal e arbitrário, pois, contrariou disposição constitucional.

O ato do magistrado, contestado pelo ora recorrente, não deixa de ter sido realmente equivocado, pois, o representante do Ministério Público não foi intimado para a mencionada audiência realizada à fl. 66.

A certidão do Oficial de Justiça de fl. 65, é muito clara, quando afirma não haver notificado o Dr. Promotor de Justiça, porque o mesmo se achava em gozo de trânsito, DO de 18-04-88.

Portanto, não sendo o Dr. Promotor de Justiça o responsável por ausência, o Dr. Juiz deveria comunicar o fato ao Dr. Procurador-Geral da Justiça, para designação de um substituto.

Ora, se assim reconheceu o Egrégio Tribunal, a solução que me parece ajustada aos fatos seria a conseqüente anulação, conforme pedida. Todavia, preferiu-se aplicar a norma do art. 563, do CPP, inadequada, para a espécie.

Ante o exposto, acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: Sr. Presidente, devidamente esclarecido, estou em condições de votar. Conquanto não se cuide aqui de questão idêntica à examinada no Recurso Especial nº 2.123 — ES, por mim relatado, oportunidade em que esta Turma assentou que a vedação do art. 55, da Lei Complementar 40/81, não pode implicar cerceamento ao normal exer-

cício da função constitucional do Poder Judiciário, é patente que a nomeação do promotor *ad hoc* não acarretou prejuízo para a acusação, ensejando, assim, aplicação ao princípio *pas de nulité sans grief*, insculpido no art. 563 do CPP.

Mas não é só. A nulidade decorrente da falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal por ele intentada, cominada no art. 564, III, *d*, do CPP, é sanável, nos termos do art. 572, do mesmo Código, sendo certo que, na hipótese, incide o inciso II desse dispositivo, já que o ato atingiu o seu fim.

Com essas breves considerações, peço vênia ao eminente Relator para acompanhar o voto do eminente Ministro Carlos Thibau.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.401 — ES — (Reg. nº 89.128086) — Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Relator p/ Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Recorridos: Evaristo Bugarelli e José Evaristo Bugarelli. Advogado: Drs. Edson Ferreira de Paula e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Exmo. Sr. Ministro Costa Leite, decidiu, a Turma, por maioria, não conhecer do recurso especial pela letra *a*, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal conhecendo porém pela letra *c* do mesmo dispositivo, mas lhe negando provimento, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator e William Patterson (23-10-90).

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade e William Patterson. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.571 — RN

(Registro nº 90.0002698-9)

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

Recorrente: *Rede Ferroviária Federal S/A*

Recorridos: *Viviane Ribeiro Cunha e outros*

Advogados: *Drs. Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros e Gilberto Edinor Cabral Avelino e outros*

EMENTA: Ato ilícito. Responsabilidade civil. Pensão.

I — A condenação ao pagamento de uma só vez da indenização resultante de responsabilidade civil por ato ilícito afronta o art. 1.537 do Código Civil.

II — Súmula nº 490 do Supremo Tribunal Federal.

II — Recurso especial conhecido e provido, por unanimidade.

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, 12 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação de reparação de dano resultante de ato ilícito em consequência de acidente ferroviário em que as vítimas vieram a falecer, quando o automóvel em que viajavam foi abalroado pela composição da empresa-ré.

A ação foi julgada procedente, tendo o v. acórdão estabelecido a condenação nos seguintes termos:

“Condenação da Rede Ferroviária Federal S/A em indenização total, e pagamento de uma só vez, tomando-se por base a remuneração das vítimas à época do acidente durante o restante da vida provável de 65 anos, com juros e correção monetária a partir do dia do acidente, excluído o período de 28-02-86 a 28-02-87 — conforme se liquidar em execução.”

(Fl. 163).

Houve embargos de declaração, porém foram rejeitados (fls. 178/180).

Foram repetidos os embargos declaratórios e também rejeitados (fls. 186/188).

A Rede Ferroviária Federal S/A interpôs recurso especial alegando violação do art. 1.537 do Código Civil, divergência com a Súmula nº 490 do Supremo Tribunal Federal e dissídio jurisprudencial (fls. 189/195).

Pelo despacho de fls. 210/211 foi o recurso indeferido, porém veio a ser processado em virtude do provimento do agravo nº 1.944 (em apenso).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A matéria objeto do recurso diz respeito ao pagamento de uma só vez da pensão correspondente à indenização por ato ilícito.

O pagamento, de uma só vez, de tal indenização, afronta o art. 1.537 do Código Civil e diverge da Súmula nº 490 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

“A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.”

Em caso idêntico assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no RE 105.151, relatado pelo eminente Ministro Oscar Corrêa, que em seu voto ressaltou:

“E a prova de que o pagamento em quantia fixa não corresponde à aplicação da Súmula, antes a afronta, se tem quando se perquirem as fontes de referência que a sustentam: os artigos 1.537, II e 1.539 do Código Civil e artigos 911 e 912 do Código de Processo Civil de 1939.

Os artigos do Código Civil prevêm a pensão de alimentos correspondente à importância do trabalho do pensionado, que lhe será devida, ou aos seus herdeiros.

E os artigos do Código de Processo Civil explicitam a constituição de capital, inalienável durante a vida da vítima, ou seus herdeiros, capaz de assegurar renda igual à que lhe garantia o sustento.

E, tanto o artigo 912 do Código de Processo Civil anterior, como o 602 do atual prevêm a reversão do capital constituído ao devedor da pensão — quem o constituiu.

Da mesma maneira, o artigo 602, § 2º atual prevê até mesmo a substituição da constituição do capital por caução fideijussória.

Ora, tanto a reversão como a caução são impossíveis com a entrega à vítima ou à família da vítima — como no caso — do capital.

E, dependendo das circunstâncias (desvalorização da moeda, má gestão pelo pensionato ou seus herdeiros), importa em burla à previsão legal de garantia de seu sustento.” (RTJ 114/431).

Eis a sua ementa:

“Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal. Pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil. Pretensão inaceitável de pagamento, de uma só vez, à família da vítima, que lhe teria a gestão.

Alcance da Súmula.

Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (op. cit. pág. 427).

Na linha do precedente, conheço do recurso e lhe dou provimento.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Coloco-me de acordo com o Eminentíssimo Relator, observando que apenas quando se trata de entes públicos, ou mesmo de sociedade de economia mista, se tem dispensado a constituição de capital, hipótese diversa da versada nos autos.

De acordo com o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.571 — RN — (Reg. nº 90.0002698-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recorrente: Ferroviária Federal S/A. Recorridos: Viviane Ribeiro Cunha e Outros. Advogados: Drs. Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros e Gilberto Edinor Cabral Avelino e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 12-06-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 2.583 — ES
(Registro nº 90028094)

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

Recorrente: *Viação Sanremo Ltda.*

Recorrida: *Anézia Santos de Jesus*

Advogados: *Drs. Jorge Gabriel Rodnitzky e outro e Paulo Fernandes Trindade*

EMENTA: Responsabilidade civil. Morte de filho menor. 1. Pensão alimentícia. Sua limitação até a data em que o menor completaria 25 anos. 2. Juros de mora. Vencem a parte da citação inicial. 3. Precedentes do STJ. 4. Recurso conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça conhecer do recurso e dar-lhe provimento, em parte, 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, 14 de maio de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Pela morte de seu filho, menor, com 14 anos de idade, vítima de atropelamento por um ônibus, Anézia Santos de Jesus pediu indenização da Viação Sanremo Ltda., que a sentença lhe deferiu, com esta condenação:

“Julgo procedente em parte a pretensão deduzida para condenar a suplicada, Viação Sanremo Ltda., a pagar a suplicante Anézia Santos de Jesus, ambas qualificadas, a importância correspondente a dois terços do salário mínimo, a título de pensão alimentícia e até a sobrevivida útil da vítima, ou seja, 70 anos de idade. No pertinente aos valores devidos, sobre eles não incidir os juros moratórios de 6% ao ano e correção monetária, tendo esta como fator os índices das Obrigações do Tesouro Nacional

e contados a partir da data do evento, ou seja, 27 de agosto de 1987. Condene ainda a suplicada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios à base de 20% sobre o total dos valores em atraso e sobre o correspondente a doze prestações mensais, consoante dispõe o art. 259 inciso VI do CPC. Nos termos do art. 602 do mesmo diploma processual, condene a devedora a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento e na forma disciplinada dos parágrafos I e II do mesmo art. 602.”

O acórdão negou provimento à apelação, embora tenha reduzido a sobrevida útil da vítima para 65 anos de idade.

Na petição de recurso especial, pelas alíneas *a* e *c*, art. 105-III, a Viação Sanremo Ltda. alegou, em preliminar, cerceamento de defesa, e impugnou, no mérito, os juros de mora, o limite da pensão a certa idade da vítima, e a correção monetária.

Admitido o recurso por ambos os fundamentos, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quanto ao cerceamento de defesa, improcede de todo a alegação, conforme fez notar o acórdão recorrido, pelo voto do seu Relator.

No tocante à correção monetária, não tenho por comprovado o dissídio. Certo que a Súmula 490/STF registra que a indenização “deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”. Ocorre, todavia, que a sentença assim não dispôs de modo claro. Releio a sua parte dispositiva, conforme transcrição no relatório: (relê). Não sei a qual salário mínimo ela se referiu. Precisava ser declarada e não o foi. Não nos compete o esclarecimento, posto que o recurso especial não é meio processual hábil para suprir embargos de declaração. Ver, a propósito, a Súmula 356/STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Como disse, creio não configurada a divergência.

No que concerne ao limite da pensão e aos juros de mora, cuido comprovado o dissídio, o que me leva, no particular, a conhecer do recurso.

Temos precedentes. Sobre o limite da pensão alimentícia, no REsp nº 1.153, Sr. Ministro Gueiros Leite, que aduziu, em seu voto acolhido à unanimidade:

“O limite da pensão a certa idade da vítima, ou seja, até a data em que viesse a completar vinte e cinco anos, encontra apoio na maioria dos julgados, inclusive do STF (RTJ 119/1220). Presume-se que o filho contribuiria para a economia doméstica até essa idade, passando a constituir sua própria família (RTJ 83/642).”

.....
“Conheço do recurso pelo dissídio. Dou parcial provimento para limitar os cálculos da indenização, nestes casos, até os prováveis 25 anos da vítima, e não pela sua sobrevivida.”

Sobre os juros moratórios, no REsp 1.516, Sr. Ministro Cláudio Santos, com essa ementa:

“Responsabilidade civil. Ato ilícito. Juros moratórios.

Na ação de indenização por ato ilícito (responsabilidade civil extracontratual decorrente de acidente ferroviário com pedestre), os juros moratórios são computados a partir da citação inicial.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Conhecendo do recurso, dou-lhe, pois, provimento, em parte, para, à luz de novos precedentes, limitar a pensão alimentícia “até os prováveis 25 anos da vítima e não pela sua sobrevivida” e determinar que os juros de mora vençam a partir da citação inicial.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, no que diz com os juros, peço vênha para dissentir do eminente Ministro Relator. Entendo incidir na hipótese o disposto no art. 962 do Código Civil a estabelecer que, nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou. Em mora estando, haverá de responder pelos juros.

Examinei a questão mais longamente no Recurso Especial nº 2.067 — SP:

“Resta a matéria pertinente aos termos inicial dos juros. Trata-se de tema controverso, pretendendo a recorrente que estaria compreendida pelo que se contém na Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal. Reza o enunciado desta que, nas obrigações ilíquidas, os juros moratórios serão computados a partir da citação, afirmativa que corresponde ao disposto no artigo 1.536 § 2º do Código Civil. Esta regra, entretanto, não pode ser entendida em termos absolutos, como se procurará mostrar.

O artigo 1.544 do Código Civil, acima examinado, explicita que, tratando-se de crime, contam-se os juros desde quando foi aquele cometido. Se se entendesse que aplicável apenas às obrigações líquidas, o dispositivo teria, em verdade, escassíssimas possibilidades de incidência. Significativas, a propósito, as regras pertinentes a liquidação do dano, constantes dos artigos 1.537 a 1.543. Vê-se, de logo, que se haverá de entender que existem obrigações ilíquidas em que os juros fluem de data anterior à citação, não se aplicando o § 2º do artigo 1.536.

O mesmo se haverá de dizer das obrigações provenientes de delito, em vista do que se contém no artigo 962 do Código Civil. Certo que pretendem alguns deva-se entender a palavra delito como infração de natureza criminal. Não é esta, entretanto, a melhor interpretação. Demonstra-o cabalmente Agostinho Alvim, lembrando que se trata de termo corrente entre os civilistas e se identifica com ato ilícito. Menciona, a propósito, não apenas doutrinadores, como invoca o que se contém no Código Napoleão e no Italiano de 1865. E salienta, com pertinência, que quando o Código pretendeu referir-se a crime, fê-lo de modo expresso (“Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências” — Ed. Jurídica e Universitária — 3ª ed — págs. 140/142).

Parece-me, pois, se possa afirmar que o artigo 1.536, § 2º, assim como a Súmula 163, cogitam de obrigações ilíquidas que não decorram de delito civil ou criminal. Esta distinção, no Supremo Tribunal, foi feita pelo ilustre Ministro Antônio Neder (RTJ 85/153).

Tratando-se, pois, de ilícito, a espécie rege-se pelo artigo 962, e o causador do dano encontra-se em mora a partir do momento em que aquele se verificou. Em conseqüência, são os juros desde logo devidos.

O eminente Aguiar Dias perfilha a opinião de Filadelfo Azevedo no sentido de que a expressão delito teria “acentuado sabor penal”. Não incidiria o artigo 962 quando não houvesse crime. Entretanto, por outro caminho chega à mesma conclusão, por entender que os juros integram a indenização que sem eles não seria completa (“Da Responsabilidade Civil” — Forense — 4ª ed — vol II — p. 818)”.

Acrescento não se configurar rebeldia quando os precedentes da Turma, porque, nos que foram citados, concorria circunstância diversa. Tratava-se de acidente ferroviário, em que se invocou outro fundamento, outra razão de decidir, ou seja, tratar-se de responsabilidade objetiva, hipótese em que não haveria cogitar de delito no sentido do art. 962.

Conheço do recurso pela letra *c*, posto que demonstrada a divergência, mas, relativamente aos juros, nego-lhe provimento. No mais, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Voto no mesmo sentido do eminente Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, *data venia* da posição enfocada por V. Exa., com relação aos juros.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Conheço e dou provimento, em parte, ao recurso, acompanhando o Ministro Relator, e com a vênia devida aos que votaram diferentemente. Reporto-me ao voto citado pelo Ministro Nilson Naves, que proferi no REsp nº 1.153, quanto ao limite da pensão, vinculado aos vinte e cinco anos da vítima. Os juros moratórios se contam, na espécie, a partir da citação inicial, o que era pacífico na jurisprudência do antigo TFR e também do STF.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.583 — ES — (Reg. nº 90028094) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Viação Sanremo Ltda. Recorrida: Anézia Santos de Jesus. Advogados: Drs. Jorge Gabriel Rodnitzky e outro e Paulo Fernandes Trindade.

Decisão: A Turma conheceu do recurso e deu-lhe provimento, em parte, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos, em parte, os Exmos. Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter, que proviam o recurso em menor extensão (3ª Turma — 14-05-90).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.614 — SP

(Registro nº 90.28698)

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

Recorrente: *Júlio César Courbassier*

Recorrida: *Otília Fernandes Bonafe*

Advogados: *Drs. Samuel Rodrigues Costa e outro, Rolando Negrão e outro*

EMENTA: Processual civil. Recurso especial. Questão não assomada. Inoportunidade de prova.

Decidindo-se pela responsabilidade do proprietário do veículo quanto ao valor do seguro obrigatório, em face da não exibição do respectivo bilhete, não se tem como assomada a aplicação do art. 6º, da Lei nº 6.194/74.

É inoportuna e sem nenhum efeito a prova documental que se pretende fazer na instância recursal excepcional.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso 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, 26 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso especial, interposto por Júlio César Courbassier, com esteio na letra *a* do permissivo constitucional e alegação de ofensa ao art. 6º, da Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974.

O recurso foi admitido tendo em vista as seguintes razões do despacho da Presidência, que transcrevo:

2. “O recorrente ampara sua pretensão na alegação de ofensa ao art. 6º da Lei nº 6.194/74. Reza o dispositivo:

“No caso de ocorrência do sinistro do qual participem dois ou mais veículos, a indenização será paga pela sociedade seguradora do respectivo veículo em que cada pessoa vitimada era transportada”

A douta Turma Julgadora assim se expressou:

“Assiste razão à autora quanto ao pedido referente ao seguro obrigatório, já que não foi apresentado o bilhete de seguro relativo

ao caminhão (fl.9). Efetivamente, a jurisprudência tem se orientado no sentido de que inexistindo seguro obrigatório, é responsável pelo pagamento o dono do veículo, embora deduzida a verba de indenização de direito comum” (fls. 178/179).

Do exposto, depreende-se que a orientação adotada pela Colenda Câmara é no sentido de que seria responsável pelo pagamento a seguradora do veículo dos réus.

Está expresso no preceito invocado que a obrigação de indenizar é da sociedade seguradora do veículo em que a vítima era transportada.

Assim sendo, deverá arcar com o discutido seguro a sociedade seguradora do veículo do filho da autora.

Aconselhável, portanto, a apreciação da Corte Superior.

3. Posto isso, defiro o processamento do recurso especial”. (fls. 201/202).

Apresentadas razões apenas pelo recorrente, subiram os autos. É o relatório.

VOTO

Conforme evidenciei na exposição, baseou-se o acórdão recorrido na ausência de exibição do bilhete de seguro, razão pela qual, na presunção de que o seguro obrigatório não fora feito ou estava vencido, responsável pelo pagamento da indenização era o dono do veículo. Isso, de acordo com a jurisprudência predominante nos tribunais do País.

Essa foi a questão abordada no acórdão, do qual não foram apresentados embargos declaratórios.

No Especial, quer o recorrente que esta Corte se pronuncie acerca da alegada vulneração do art. 6º da Lei nº 6.194/74 e pretende fazer prova de que estava com seu seguro obrigatório em dia, mediante a apresentação de cópia autenticada do certificado de registro e licenciamento de veículo, junta à petição de interposição de recurso especial.

No caso, entendo que o acórdão recorrido não cogitou da questão à luz do disciplinamento oferecido pela Lei nº 6.194/74, por isso não posso ter como violado seu art. 6º.

Por outro lado, na instância excepcional, não há ensejo para a produção de provas, mesmo que documental.

Diante desses fundamentos, não conheço do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.614 — SP — (Reg. nº 90.2869-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Júlio César Courbassier. Recorrida: Otília Fernandes Bonafe. Advogados: Drs. Samuel Rodrigues Costa e outro, Rolando Negrão e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 26-06-90 — 3ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.632 — SP (Registro nº 90.0002991-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *João Antônio Vieira Filho*

Recorrida: *Maria Lúcia Vieira*

Recorrido: *Célio José Vieira*

Advogado: *Dr. Lauro Roberto Marengo*

EMENTA: Criminal. Falência. Interdição ao exercício do comércio.

— A interdição ao exercício do comércio, subsiste como efeito da sentença, inalcançada que ficou a norma dos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências, pela nova conceituação dada pela reforma penal de 84 (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984).

— Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, para impor aos recorridos a interdição

para o exercício do comércio por 02 (dois) anos, na forma do relatório e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso especial com supedâneo no art. 105, III, *a* e *c* da Carta Política, contra o v. acórdão de fls. 669/671 da 5ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na parte em que manteve afastada da condenação a interdição temporária para o exercício do comércio.

O r. acórdão, na parte recorrida, sustenta que, *verbis*:

“Mas é igualmente improvido o apelo ministerial, que a Câmara, a propósito da interdição temporária para o exercício do comércio, como pena acessória, tem como comprometida pela reforma penal de 1984” (autos, fl. 670).

Mais adiante, complementa, *verbis*:

“No regime penal atual não há mais penas acessórias e proibição do exercício de atividades aparece como reprimenda principal (pena restritiva de direito) aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, nos casos do art. 54 do Código Penal. Também como efeito da condenação não há falar na proibição em causa (cf. arts. 91 e 92 do Codex)” (autos, fls. 670/1).

O recurso especial sustenta o contrário, entendendo que subiste como efeito da condenação, por crime falimentar, a interdição do exercício do comércio.

Por isso, o MP recorrente afirma negativa de vigência aos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Falências e dissídio jurisprudencial com as decisões colacionadas às fls. 688/9, a primeira oriunda do Excelso Pretório e a segunda, exarada por este E. Superior Tribunal de Justiça.

A Presidência do E. Tribunal admitiu o recurso e os autos vieram a esta Superior Instância onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento parcial do recurso, pois, se é certo que a interdição para o exercício do comércio é efeito da condenação (art. 195 da Lei de Falências),

mantida pelo art. 92 do Código Penal, esta deve ser declarada na sentença (§ único do art. 92 do CP).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, o recurso interposto pelo Ministério Público pretende, que se inclua, na condenação a que foram submetidos os indiciados por crime da Lei de Falência, a interdição temporária para o exercício do comércio.

Entende, para tanto, ferida Lei Federal, por negativa de aplicação aos arts. 195, 196 e 197 da Lei de Quebras, que dispõem:

“Art. 195: constitui efeito da condenação, por crime falimentar a interdição do exercício do comércio.

Art. 196: A interdição torna-se efetiva logo que passe em julgado a sentença, mas o seu prazo começa a correr do dia em que termine a execução da pena privativa de liberdade.

Art. 197: A reabilitação extingue a interdição do exercício do comércio, mas somente pode ser concedida após o decurso de 3 ou 5 anos, contados do dia em que termine a execução, respectivamente, das penas de detenção ou de reclusão, desde que o condenado prove estarem extintas por sentença as suas obrigações.”

Pelas disposições legais transcritas, entende o MP recorrente que a interdição do exercício do comércio é uma consequência imediata da sentença condenatória, com “incidência automática, inteiramente divorciada, em sua natureza, da primitiva pena acessória consistente na incapacidade temporária para profissão ou atividade cujo exercício depende da habilitação especial ou de licença ou autorização do poder público”, conforme a primitiva redação do art. 69, IV, do Código Penal.

Com efeito, as penas acessórias de interdição de direitos, impostas no art. 69, do CP antigo, tinham regulamentação no art. 70, que determinava que a sentença “deve declarar”, entendendo-se aí, um benefício em favor do réu, e não contra si, já que a expressão usada, “a sentença deve declarar”, não obrigava o juiz a impor a pena acessória, tão só condicionava sua aplicação à prévia declaração na sentença.

Não se pode depreender daí que, se as penas acessórias foram extintas pela revogação das mesmas ocorridas no novo Código Penal (Lei nº 7.209/84),

desapareceram com elas a interdição de direitos de que se trata (exercício de comércio), como pretendeu o v. acórdão recorrido.

Ao contrário, a cominação expressa, como mero efeito da sentença (art. 195 da Lei de Falências), ficou inalterada pela nova conceituação do CP (Lei nº 7.209/84), que no seu art. 92 impõe restrições a direitos.

A respeito cumpre ressaltar o voto proferido pelo eminente Ministro José Dantas, no REsp 245 — SP, cuja ementa tem o seguinte teor:

“Criminal. Falência. Exercício do comércio.

— Interdição. Sua cominação expressa como mero efeito da sentença — art. 195, da Lei de Falências; pelo que, subsiste vigente a norma extravagante, inalterada pela nova conceituação legal das antigas penas acessórias — Código Penal, arts. 32, II, 43 e seguintes, e 92, na redação da Lei nº 7.209/84.”

Desta forma, continua em vigor, sobrevivendo incólume, o art. 195 da Lei de Quebras, que impõe a interdição para o exercício do comércio ao falido condenado.

No entanto, conforme nos preleciona Celso Delmanto (Código Penal Comentado, 2ª Ed. Renovar, 1988), em nota ao art. 92, temos que:

“Os efeitos extrapenais específicos previstos neste art. 92 não são conseqüência automática da condenação, mesmo quando preencham seus pressupostos. Eles dependem de ser motivadamente declarados na sentença. Ou seja, para terem, realmente, os efeitos assinalados, é imprescindível que a sentença os declare expressamente, dando os motivos pelos quais a condenação terá as conseqüências específicas do art. 92, I a III.”

Assim, entendendo que subsiste como efeito da sentença, nos crimes falimentares, a interdição para o exercício do comércio, mas que este deve ser expressamente declarado, o recurso, no meu entender, deve ser conhecido, mas parcialmente provido, para que a sentença imponha ou afaste, com relação aos réus condenados, a interdição para o exercício do comércio, tudo, expressa e motivadamente.

É o meu voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, após a explanação constante no voto do Ministro Assis Toledo, mister que eu faça uma retificação no meu voto, ajustando-o à técnica processual.

Bem anotado pelo eminente ministro que o recurso do Ministério Público sustenta, contrariamente ao v. acórdão, que subsiste como efeito da condenação, por crime falimentar, a interdição do exercício do comércio. Não pede, evidentemente a anulação parcial do acórdão, logo, defeso seria, impor à instância *a quo*, que reexamine parte da questão, e declare expressamente a interdição para o exercício do comércio.

Quanto à parte de mérito, mantenho o entendimento de que a interdição subsiste como efeito da sentença, motivo pelo qual conheço do recurso e dou provimento para impor aos réus condenados, a interdição para o exercício do comércio prevista no art. 195 da Lei de Falência, pelo prazo de dois anos.

É o meu voto.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Tenho posição a respeito do tema, conforme votos proferidos no REsp 245 (cópia anexa) e 458.

Neste último, de que fui relator, o acórdão ficou assim ementado:

“Penal. Lei de falência.

Pena acessória de interdição para o exercício do comércio (art. 195 da Lei nº 7.661/45).

Acórdão que a considera inexecutável, com a superveniência da nova Parte Geral do Código Penal, por ausência de previsão legal de prazo para cumprimento.

Improcedência desse fundamento, ante os dispositivos dos arts. 196 e 197 da mesma Lei.

Perante a Constituição vigente, a interdição para o exercício do comércio só pode ser pena, não mero efeito automático da condenação (art. 5º, XLVI, *e*).

Todavia, havendo previsão legal (princípio da reserva legal) e tendo sido aplicada expressamente em sentença judicial (observância do devido processo legal), não ocorre ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a lei especial podia prever tal pena e não foi intuito da reforma penal revogar a legislação especial, como se infere do art. 12 do CP.”

(REsp 458, em 4-9-89).

Não vejo razão para alterar esse entendimento.

Por outro lado, parece-me que o recurso pede a imposição aos falidos recorridos João Antônio Vieira, Maria Lúcia Vieira e Célio José Vieira, da

“interdição ao exercício do comércio, reclamada pelo Ministério Público” (fl. 691).

Não se pediu a anulação parcial do acórdão, razão pela qual parece-me que não se poderia, como quer o voto do eminente Relator, determinar às instâncias ordinárias que reexaminem determinado aspecto da questão; e menos, ainda, que contra a sua expressa convicção aplique a pretendida interdição de direito.

Por essa razão, divergindo, *data venia*, do Relator, seja quanto à caracterização da interdição como efeito da condenação — a meu ver hoje pena acessória *ex vi* do art. 5º, XLVI, e da Constituição — seja quanto à determinação conclusiva de seu voto, conheço do recurso, pela letra *c* e lhe dou provimento para impor aos recorridos acima mencionados a interdição de direitos prevista no art. 195 da Lei de Falência, pelo prazo de dois anos. Para justificar essa opção, adoto a mesma fundamentação da dosimetria da pena principal constante da sentença (fl. 577), aplicada em grau mínimo, pelo que não me parece recomendável a ampliação do prazo de duração da interdição.

É o meu voto.

ANEXO

REsp nº 245 — SP

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, a Lei de Falência, em seu art. 195, prescreve como “efeito da condenação” por crime falimentar a “interdição do exercício do comércio”.

Apreciando apelação de réu condenado por crime falimentar, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a pena aplicada e cancelou a de interdição, salientando quanto à última:

“.....

Cancelam, por fim, a pena acessória, em observância à orientação jurisprudencial que vem prevalecendo neste Egrégio Tribunal de Justiça, consoante a qual essa modalidade de pena foi extinta na última reforma penal (Lei nº 7.209/84), estendendo-se o cancelamento às hipóteses da lei falimentar.”

Com isso não se conformou o Ministério Público, sustentando, no recurso, que, no caso, se trata de efeito da condenação, não de pena acessória, pelo que subsiste no ordenamento jurídico vigente.

O eminente Relator, acolhendo o recurso, concluiu seu brilhante voto dando por vigentes os arts. 195, 196 e 197, da Lei de Falências, restabelecendo a sentença de primeiro grau no ponto em que impôs ao condenado a interdição em exame.

Pedi vista para melhor posicionar-me sobre a questão e agora trago o meu voto.

Tivéssemos que optar entre classificar a interdição de direitos como pena ou mero efeito da condenação, não teríamos dúvida em classificá-la como pena, ante o que hoje expressamente dispõe o art. 5º, XLVI, *e* da Constituição.

Todavia, penso que a discussão sobre a distinção em foco é, antes de tudo, estéril, pois ambas as expressões praticamente se confundem: possuem a natureza de uma sanção penal.

O grande penalista Bettiol salientou, em sua obra principal:

“Já dissemos que as penas acessórias são as que resultam de direito da condenação, como efeitos penais desta” (Direito Penal, trad. bras., vol. VIII, pág. 142/3).

No mesmo sentido Battaglini, para quem as penas acessórias “... constituem conseqüência jurídica da condenação (art. 20, do Cód. Penal Italiano).”

(Direito Penal, trad. bras., 2º vol., pág. 644).

Não obstante tratar-se de afirmações apoiadas no direito italiano, podem ser invocadas para demonstrar a equívocidade dos termos.

A distinção oferecida por Damásio de Jesus, no tópico citado no voto do eminente Relator é muito discutível pois se, de um lado, havia na legislação brasileira revogada penas acessórias automáticas (§ único do art. 70 da antiga Parte Geral), portanto mero “efeito da condenação”, de outro, presentemente, os denominados “efeitos da condenação” são evidentemente uma forma de pena acessória, porque devem:

“... ser motivadamente declarados na sentença” (§ único do vigente art. 92).

De qualquer sorte, tanto a pena acessória como o efeito da condenação, por representarem restrições, suspensão ou interdição de direitos, são inequívocas modalidades de sanção penal. Se antes a discussão sobre isso era possível, hoje não o é ante a tomada de posição pelo legislador constituinte no já citado art. 5º, XLVI, *e*.

Por isso, segundo penso, a reforma penal de 84 optou pela denominação “efeitos da condenação, incluindo entre eles algumas das antigas penas acessórias e transformando outras em penas autônomas, como poderia ter mantido a primitiva denominação, sem prejuízo dessa operação. O que importa é que — sendo uma espécie de sanção penal — esteja prevista em lei (princípio da reserva legal) e que resulte de imposição em sentença judicial (princípio do devido processo legal).

Tais requisitos estão presentes no caso *sub iudice*: o Juiz de primeiro grau impôs, na sentença penal condenatória, a interdição expressamente prevista no art. 195 da Lei nº 7.661/45, pelo prazo de dois anos (fl. 294).

Além disso, tratando-se de uma sanção expressamente prevista em lei especial, convive com a lei geral, pois não foi intuito da reforma penal revogar a legislação especial, antes a manteve, como consta expressamente do art. 12 da nova Parte Geral do Código, *in verbis*:

“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

Outra seria a nossa conclusão se o dispositivo da Lei de Falência em exame se chocasse com as normas constitucionais vigentes.

Tal, porém, não ocorre visto como:

a) o art. 5º, XLVI, *e*, admite a suspensão ou interdição de direitos como pena (lei ordinária, portanto, podia instituí-la);

b) o art. 197 da Lei nº 7.661/45 instituiu limites temporais para a interdição do comércio, não se chocando com o art. 5º, XLVII, *b*, (No caso a sentença fixou limite de dois anos).

Pelas razões expostas, ponho-me de acordo com a conclusão do voto do Ministro Relator.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.632 — SP — (Reg. nº 90.0002991-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: João Antônio Vieira Filho. Recorrido: Maria Lúcia Vieira. Recorrido: Célio José Vieira. Advogado: Dr. Lauro Roberto Marengo.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator e do Sr. Ministro Costa Lima, conhecendo do recurso e dando parcial provimento, pediu vista o Sr. Ministro Assis Toledo (5ª Turma — 12-09-90).

Retomando o julgamento, após o voto-vista, reconsiderou-se em sua conclusão o Sr. Ministro Relator, pelo que, a Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, para impor aos recorridos a interdição para o exercício do comércio por 02 (dois) anos (5ª Turma — 17-09-90).

Votaram de acordo os Exmos. Srs. Ministros Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal e José Dantas.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 2.770 — RJ

(Registro nº 90.3482-5)

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

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

Recorridos: *Hélio Vigió Gomes, Carlos de Oliveira e José da Costa Martins*

Advogado: *Dr. Ubyratan Guimarães Cavalcanti*

EMENTA: Processual penal. Denúncia. Rejeição.

Acórdão que acolhe rejeição de denúncia considerando o espancamento de presos por policiais, praticado no cumprimento de dever legal, para evitar fuga.

Questão de mérito, divorciada das versões existentes nos autos, decidida prematuramente de modo a impedir o Ministério Público de produzir a prova da acusação.

Denúncia apoiada em depoimento de presos e em laudos periciais comprobatórios de lesões corporais nas vítimas.

Indícios suficientes à instauração da ação penal, devendo o mais ser apurado na instrução e decidido com a sentença de mérito.

Recurso especial conhecido e provido para receber a denúncia e determinar o prosseguimento do processo.

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 e dar provimento ao recurso, para cassar o v. acórdão recorrido e receber a denúncia, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia contra policiais do Estado que,

em 14-09-87, teriam praticado agressões físicas contra presos sob sua custódia, com o propósito de desvendar a quem pertenceria uma serra utilizada para tentativa de fuga. Os fatos descritos na peça vestibular foram capitulados nas figuras dos arts. 322 e 129 do Código Penal, como também no art. 4º, *b*, da Lei nº 4.898/65.

Rejeitada a denúncia, porque, ao ver do Juiz, as acusações não estavam apoiadas em indícios idôneos (fl. 217), houve recurso em sentido estrito improvido pelo Tribunal.

O voto do ilustre Juiz Álvaro Mayrink da Costa assim concluiu:

“Pelo exposto, afastando os fundamentos do despacho prolatado a fls. 214 *ut* 217 e sim pelos ofertados juridicamente no presente acórdão, rejeita-se a denúncia ofertada pelo órgão do Ministério Público, em virtude do reconhecimento da causa justificante do exercício de um dever público, qual seja, de manter a custódia legal de presos, que após se amotinarem buscavam a evasão da cadeia pública, usando dos meios coercitivos necessários com moderação e prudência a fim de garantir a ordem legal e a segurança pública da sociedade civil.”

(Fl. 271).

Inconformado recorreu o Ministério Público, pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 43 do CPP e indicando como divergentes decisões do Supremo Tribunal Federal que, para o início da ação penal, não exigem prova plena de autoria (RTJ 116/179), além do que, descrevendo a denúncia fato criminoso, “não pode o juiz trancar o processo por meio de *habeas corpus*, a pretexto de não estar provado aquilo que o Ministério Público se propõe a demonstrar através da instrução”. (RTJ 75/454).

Negando seguimento ao recurso (fl. 297), subiu ele, devidamente processado com as razões das partes (309 e 312), por força de provimento que dei ao agravo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): A denúncia do Ministério Público está assim redigida:

“No dia quatorze de setembro do corrente ano (1987), por volta das dezoito horas, no interior da Delegacia de Roubos e

Furtos, sita na Praça Mauá, nesta cidade, o primeiro denunciado, Delegado de Polícia, no exercício da titularidade daquela repartição, e mais o segundo e terceiro denunciados, Agentes da Autoridade Policial, prestando serviço no setor de carceragem da Delegacia, deliberam submeter os presos Pedro Marçal Moura de Oliveira, Aloísio Lima Santos Júnior, Jorge Luiz Pereira Vale, Sebastião Antonio de Campos, Júlio César de Souza, Roberto de Souza Lima, Vicente de Oliveira Filho, José Jorge Soares Pereira e Paulino Raposo de Freitas Neto, recolhidos ao xadrez no 3, da DRF, a agressões físicas, vias de fato e vexames morais. Essa deliberação fulcrou-se no fato de ter sido percebida a existência de dano, em uma das grades do xadrez e descoberta uma serra, no interior do recinto, sem que se esclarecesse seu detentor e tampouco as circunstâncias de sua introdução no cárcere.

As violências foram perpetradas em um contexto de co-participação, cada qual dos agressores inteiramente solidários com as ações típicas que os autores realizavam, uns encorajando, garantindo, estimulando as ações dos outros, de tal modo que cada qual dos denunciados responde pela totalidade das ações típicas que se verificaram.

Dando conseqüência à resolução solidariamente tomada, o primeiro denunciado desferiu um soco nas costas do preso Pedro Marçal Moura de Oliveira, a quem obrigou a desnudar-se, aplicando-lhe então palmadas nas nádegas. Pedro Marçal, no mesmo contexto, foi também agredido a tapas pelo terceiro denunciado e ainda recebeu golpes contundentes de dois outros policiais, cujas identidades ainda não resultaram apuradas. O preso Aloísio Lima Santos Júnior recebeu golpe contundente desferido pelo primeiro denunciado e, depois, por outros policiais cujas identidades não foram ainda apuradas. O preso Jorge Luiz Pereira Vale recebeu golpes contundentes desferidos pelo terceiro denunciado. O preso Sebastião Antonio de Campos, tuberculoso, recebeu tapas nas costas e no estômago. O preso Júlio Cesar de Souza recebeu golpes contundentes do segundo e do primeiro denunciados. O preso Roberto de Souza Lima recebeu golpes contundentes de policiais, integrantes de um chamado Grupo de Apoio, que acorreram ao local, por chamado dos denunciados, com o fim de participarem daquele episódio de violência. O preso Vicente de Oliveira Filho recebeu golpes contundentes desferidos pelo terceiro e pelo primeiro denunciados. O preso José Jorge Soares

Pereira recebeu golpes contundentes, desferidos pelo segundo e pelo terceiro denunciados. O preso Paulino Raposo de Freitas Neto recebeu golpes contundentes do segundo denunciado. Além dessas violências, os três denunciados providenciaram a presença no local de numerosos outros policiais, cujas identidades não resultaram ainda apuradas, com o fim de submeterem os presos referidos nesta Denúncia ao chamado “corredor polonês”, ou seja, foram todos obrigados a caminhar por entre uma fila dupla de policiais, que lhes aplicavam golpes contundentes. Os policiais, ainda não identificados, referidos no corpo dessa Denúncia, agiram sob estímulo e encorajamento dos três primeiros denunciados.

Dessas violências resultaram ferimentos nas pessoas de Júlio Cesar de Souza, Pedro Marçal Moura de Oliveira, Jorge Luiz Pereira Vale, Aloísio Lima Santos Júnior e Roberto de Souza Lima, conforme constatado nos inclusos laudos de exame de corpo de delito, elaborados no Instituto Médico-Legal Afrânio Peixoto (n^{os} 14.922/87, 14.923/87, 14.924/87, 14.925/87 e 14.926/87).

No dia seguinte ao das violências antes descritas, em razão da visita que altas autoridades estaduais fariam às instalações da Delegacia de Roubos e Furtos, na Praça Mauá, os presos, vítimas das arbitrariedades, foram postos, em depósito, no xadrez da DVC-Polinter, sito na Av. Marechal Floriano. Revelada a existência dos crimes e iniciada a apuração das responsabilidades, uma quarta pessoa, cuja identidade ainda não resultou perfeitamente apurada, qualificando-se como policial e valendo-se das facilidades que essa alegada condição lhe assegurava, conseguiu penetrar no xadrez da Polinter, onde ameaçou as vítimas antes nomeadas, advertindo-lhes de que caso revelassem os fatos ocorridos na véspera, no interior da Delegacia de Roubos e Furtos, sofreriam mal injusto e grave, advertindo-lhes, inclusive, que seus endereços pessoais eram conhecidos pelas autoridades e que haveria revide”.

Estão, assim, incursos nas sanções do art. 322 do Código Penal, nove vezes, e art. 129 c/c art. 44, letra *j*, e art. 29, todos do Código Penal, cinco vezes, primeiro, segundo e terceiro denunciados; o primeiro denunciado está também incurso no art. 4^o, letra *b*, da Lei n^o 4.898 de 9 de dezembro de 1965, em vista do

vexame imposto ao preso Pedro Marçal Moura de Oliveira, como antes se descreveu.

Isto posto, cumprindo o que determina o art. 514 do Código de Processo Penal e recebida a presente, requer seja ordenada a citação dos réus, sob pena de revelia, para responderem aos termos desta ação penal, que espera ver a final julgada procedente.”

(fls. 1/4).

Os fatos relatados constituem crime em tese e estão apoiados em depoimento dos presos vítimas e em laudos periciais positivos do Instituto Médico-Legal Afrânio Peixoto.

Uma primeira decisão, que rejeitou a denúncia, por considerá-la apoiada em peças “desprovidas de qualquer valor” (fl. 64), foi anulada por suspeição da Juíza que a prolatou.

Nova decisão, por outro Juiz, chegou a idêntica conclusão, salientando:

“Não tenho dúvida, em razão de minha dignidade de homem, antes mesmo que a do Magistrado, que a integridade físico-moral dos presos deve ser preservada por aqueles que os custodiam. Mas dúvida também não tenho, de que não se pode processar funcionários públicos, apenas e tão-somente, porque presos, perigosos, os apontam, sem indício idôneo, como autores de espancamentos. Principalmente, quando os indícios são no sentido de apontar, como causa de *notitia criminis*, o objetivo de prejudicar os servidores, tendo, como noticiantes, criminosos perigosos, que tiveram uma fuga, já em fase de execução, obstaculada.”

(Fls. 216/217).

O acórdão, todavia, como se viu, afastou esses fundamentos para manter a rejeição pelo reconhecimento de que os acusados agiram no cumprimento de um dever, “utilizando os meios necessários (ação e reação) para impedir o motim e a evasão de presos...”

(fls. 268/269).

Posta a questão nesses termos, vê-se que o acórdão não nega idoneidade às provas coligidas, antes as considera para proclamar a causa de justificação do art. 23 do Código Penal, 1ª parte.

Ocorre que essa matéria — o estrito cumprimento de dever legal — não foi alegada nos autos, pois a versão alternativa àquela que consta da denúncia é a de negativa da autoria. Assim, teremos:

a) ou se aceita a versão da negativa da autoria, como fez o Juízo de primeira instância e, nesse caso, não há como falar-se em cumprimento de dever que supõe a certeza quanto à autoria do fato;

b) ou se aceita a versão da denúncia e, nesse caso, não age em estrito cumprimento de dever legal quem espanca presos sob custódia para simplesmente identificar a quem pertence uma serra a ser utilizada em eventual fuga.

Assim, a tese do acórdão não poderia ser acolhida de ofício, no momento em que o foi, para rejeição da denúncia, visto como, havendo nos autos duas versões sobre a prova colhida (uma, a da denúncia, de que houve espancamento de presos; outra, a da defesa, de que os presos se autoflagelaram para prejudicar os policiais), cumpria ao Juiz e ao Tribunal ensinar às partes a produção de provas para a decisão de mérito, absolutória ou condenatória.

Antecipando essa decisão de mérito, como se fez, para o momento do recebimento da denúncia, negou vigência o acórdão ao art. 43 e seus incisos, do CPP, pelos quais se verifica não ser esse, salvo casos excepcionalíssimos, o momento adequado para a sentença de mérito (a absolvição pelo reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude é sentença de mérito) e, além disso, estabeleceu divergência com os julgados trazidos à colação, por impedir que o Ministério Público produza, na instrução, a prova do crime e de sua autoria, pela qual protestou na peça inicial de acusação.

Ante o exposto, conheço do recurso, por ambos os fundamentos, e dou-lhe provimento para receber a denúncia e determinar que se prossiga na ação penal, como de direito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.770 — RJ — (Reg. nº 90.3482-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Hélio Vigio Gomes, Carlos de Oliveira e José da Costa Martins. Advogado: Dr. Ubyratan Guimarães Cavalcanti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso, para cassar o v. acórdão recorrido e receber a denúncia (Em 04-06-90 — 5ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Flaquer Scartezini e Costa Lima votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.804 — SP
(Registro nº 90.3597-0)

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

Recorrente: *Ministério Público de Estado de São Paulo*

Recorrido: *Roberto Alves da Silva*

Advogado: *Dr. Gilson Vicentin Vilela*

EMENTA: *Processual Penal. Reformatio in melius. Admissibilidade em doutrina.*

O recurso de apelação do Ministério Público devolve ao Tribunal o exame de mérito e da prova. Nessas circunstâncias, se o Tribunal verifica que houve erro na condenação ou na dosimetria da pena, não está impedido de corrigi-lo, em favor do réu, ante o que dispõe o art. 617 do CPP, que somente veda a *reformatio in pejus*, não a *reformatio in melius*.

Argumentos de lógica formal não devem ser utilizados, na Justiça Criminal, para homologar erros ou excessos. E não é razoável remeter-se, na hipótese, o interessado para uma revisão criminal de desfecho provavelmente tardio, após cumprida a pena, com prejuízos para o indivíduo e para o Estado: àquele pela perda da liberdade, a este pela obrigação de reparar a dano (art. 630 do CPP).

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

ACÓRDÃO

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

Decide a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, 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, 18 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O despacho de admissibilidade do recurso, do Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Dr. Manoel José Abrantes Veiga de Carvalho, assim expõe a espécie:

“Luiz Carlos de Queiroz e Roberto Alves da Silva foram condenados, pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Barretos, a Cz\$ 4,00 de multa, por infringência ao art. 155, § 4º, n. IV, do Código Penal, aplicado o privilégio do § 2º do referido artigo.

Inconformado, apelou o representante do Ministério Público, tendo a E. Quinta Câmara desta Corte, por votação unânime, julgado extinta a punibilidade do réu Luiz Carlos de Queiroz e, por maioria de votos, acolhido o recurso de Roberto Alves da Silva para absolvê-lo.

Com apoio no art. 119, n. III, letra *d*, da Constituição Federal, recorre extraordinariamente a douta Procuradoria-Geral de Justiça. Alega, em síntese, que o ven. acórdão atacado ao aplicar o princípio da *reformatio in melius* em recurso exclusivo da acusação e ao decretar a prescrição da pretensão punitiva por reconhecer a menoridade do co-réu Luiz Carlos de Queiroz, sem prova documental idônea divergiu de julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Não foi apresentada a impugnação.

No que se refere à decretação da prescrição da pretensão punitiva, os julgados não servem para confronto. O réu foi condenado apenas à pena de multa e o prazo prescricional, desconsiderada a menoridade do acusado, é de 2 anos, lapso temporal que decorreu entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença.

Quanto à aplicação do princípio da *reformatio in melius*, é manifesto o dissídio jurisprudencial, eis que, para os arestos transcritos, é inadmissível sua aplicação em recurso exclusivo da acusação, enquanto que o ven. acórdão atacado espousa tese divergente.

Pelo exposto, defiro o processamento do recurso extraordinário.”

(Fls. 138/139).

O apelo extremo, por versar matéria infraconstitucional, foi transformado em recurso especial (fl. 156).

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento parcial do recurso, para o fim de restabelecer a pena de multa imposta pela decisão de 1º grau ao réu Roberto Alves da Silva e manter a extinção da punibilidade em prol de Luiz Carlos de Queiroz (fls. 161/164).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Inconformado com sentença que condenou dois acusados de furto qualificado a pena exclusiva de multa, apelou o Ministério Público objetivando a aplicação da pena de reclusão, sob fundamento de não ser admitido na espécie o furto privilegiado.

O Tribunal, porém, após exame da prova, aplicando o princípio da *reformatio in melius*, absolveu um dos acusados e julgou extinta a punibilidade do outro, considerada a pena da sentença.

Não há dúvida que o dissídio ficou bem demonstrado com julgados do Supremo Tribunal Federal (RE 103.865, 108.668, 41.820), pelo que conheço do recurso.

Todavia, passando ao exame de mérito, peço vênias para divergir da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal.

O art. 617 do CPP, específico para o julgamento da apelação, proíbe seja agravada a pena em recurso do réu, mas não veda solução oposita em recurso do Ministério Público. Vale dizer: veda a *reformatio in pejus*, não a *reformatio in melius*.

Nem poderia ser diferente, já que, forçado a examinar a prova pelo recurso da acusação, se o Tribunal conclui pela inocência do réu ou pelo erro da aplicação da pena, não teria sentido calar-se à respeito, contribuindo conscientemente para o erro judiciário, que poderá ser corrigido na revisão criminal, quando a pena já poderá ter sido cumprida.

Segundo Espínola Filho,

“De fato, repugna que o tribunal, verificando estar o acusado sujeito a uma pena injusta, se sirva do argumento de lógica, em homenagem exclusiva à técnica e ao formalismo, para deixar perdurem tão funestas conseqüências da injustiça.”

(Código de Processo Penal Brasileiro — Anotado — vol. VI — 3ª ed., pág. 277).

Tourinho Filho faz uma expressiva resenha a respeito da doutrina processual sobre o tema, *in verbis*:

“E se for condenado o réu e houver apenas apelação do Ministério Público? Nada impede que o juízo *ad quem*, na hipótese de entender que a pena imposta já era exagerada, venha a diminuí-la. O que se proíbe, entre nós, é a *reformatio in pejus* e não a *reformatio in melius*.

André Vitu, após discorrer sobre a impossibilidade de o órgão *ad quem* agravar a pena, quando a apelação for interposta apenas pelo réu, professa: “*Quant au Ministère Public, représentant de la société, il échappe à la règle de l’interdiction qu’on vient d’indiquer. Son appel a toujours un effet absolu, permettant à la juridiction d’appel de maintenir, d’adoucir ou d’aggraver les peines déjà prononcée*” (Cf. Procédure Pénale, pág. 397). No mesmo sentido G. Brière De L’Isle e P. Cogniart: “... *Aussi, quelles que soient les réquisitions du Ministère Public, la Court peu, sur son appel, confirmer le jugement, le réformer dans le sens de l’indulgence comme dans celui de la sévérité...*” (Cf. Procédure Pénale, Ed. Armand Collin, 1972, vol. II, pág. 270).

Vannini, ante a alegação de que, havendo exclusivo recurso do Ministério Público, não pode o juízo *ad quem* minorar a situação do réu, afirma: “*Ciò è inesatto, perchè contrasta con le possibilità previste dall’art. 152 e perchè, mentre è espressamente fissato il divieto della “riforma in peggio”, non è espressamente fissato il divieto della “riforma in meglio”*” (Cf. Manuale, Ed. Giuffrè, 1948, pág. 252).

No mesmo sentido, as lições de Frederico Marques (Cf. Elementos, vol. IV/277), Magalhães Noronha (Cf. Curso de Direito Processual Penal, pág. 355, ed. 1976), Sady Gusmão (Cf. Código de Processo Penal, 1942, pág. 196) e outros.

Carnelutti, analisando os limites da eficácia devolutiva, professa: “Se a impugnação é proposta pelo Ministério Público, não existem limites ao poder do juízo *ad quem*...” (Cf. Lecciones sobre el proceso penal, trad. de Santiago Sentis Melendo, vol. IV/257).

Por outro lado, se o Tribunal pode conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º do CPP, por que razão

estaria impossibilitado de, ante uma apelação exclusiva da acusação, abrandar mais ainda a situação do réu?

Já registramos a lição do mestre Romeu Pires de Campos Barros e, com a devida vênia, permitimo-nos acrescentar: o que se deduz do nosso sistema processual-penal, inclusive dos textos constitucionais, é a consagração, em termos que não admitem controvérsia, do princípio do favor rei. Além daquelas normas já indicadas, vejamos, ainda, as contidas no art. 580 do CPP e, por derradeiro, analise-se, a súmula nº 160, em que se proscreeve, em recurso da acusação, o conhecimento de nulidade, contra o réu, a menos que alegada.

Por essas razões, pouco importa provenha, ou não, o recurso de apelo, do Ministério Público ou do particular. É sempre lícito ao juízo *ad quem* agravar a situação do réu ou mitigá-la, suavizá-la. O que não se permite, o que é defeso, repita-se, é a *reformatio in pejus* e não a *reformatio in melius*.”

(*In* Processo Penal, vol. 4 — 5ª ed., págs. 314/315).

No caso dos autos, a menoridade de um dos réus está registrada em folha de antecedentes fornecida pela Polícia (fl. 65) e pela carteira de identidade de que se extraíram os dados de fl. 70. Por outro lado, os objetos furtados estavam em situação de abandono, conforme proclamou o acórdão da prova.

Impor, nesta altura, uma condenação agravada, por furto qualificado, apenas para satisfazer uma exigência de natureza formalística, adjetiva, não substancial, parece-me um exagero que, *data venia*, não aprovo.

Em conclusão, conheço do recurso mas lhe nego provimento.

É o voto.

VOTO

(VENCIDO — PARCIALMENTE)

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Presidente): Senhores Ministros, conheço do recurso, em vista da indiscutível demonstração do dissídio interpretativo.

Portanto, examino a causa, nos limites do procedimento recursal derradeiro.

No que pese ao prelecionamento doutrinário do voto do Sr. Ministro Relator — campo, aliás, do pleno domínio e especialidade de S. Exa. — tenho para mim que a velha hermenêutica do Pretório Excelso, sobre tão discutido tema do velho Código de Processo Penal, d.m.v., aconselha meditar-se mais

cautelosamente quanto a desprezar-se o sedimentado posicionamento contrário à *reformatio in mellius* no recurso da acusação.

Com efeito, trata-se de jurisprudência tranqüilizada e resistente aos tantos e quantos ciclos de seu debate, reabertos em face dos esporádicos julgados locais; pautou-se em razões de evidente altitude, como a da sistemática recursal legalmente adotada entre nós, a qual, partindo do princípio contraditório do processo acusatório, concretizou-se pela regra de devolução limitada, contida segundo a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*: radicou-se, repitase, ao longo dos anos de vigência do velho Código, debatido o assunto em face das mesmas objeções doutrinárias agora aduzidas pelo Sr. Ministro Relator, e também à luz do mesmo exercício de direito comparado ou da visualização das exceções abertas pelo próprio Código aos limites nele traçados para a pretensão recursal.

Pois bem, sem novidade alguma do tratamento legislativo da disponibilidade recursal, penso que, *de lege ferenda*, é de aplaudir-se o fervor doutrinário defensivo da reforma para melhor no recurso exclusivo da acusação, autorizada pelo *favor libertatis* que teoricamente informa o processo penal; mas, *de lege lata*, enquanto não adotada a regra expressa sugerida pelo último dos anteprojetos de Código de Processo Penal; (1981), peço vênias para permanecer em aplausos à jurisprudência-maior, desde que a matéria continua regida por normas positivas que impedem tal amplitude da devolução apelatória, como repetidas vezes reafirmado, a exemplo da colação, dentre outros, do teor dos arts. 574 e 599 do CPP.

Em suma, comprometendo-me a melhor exame da espécie — não, evidentemente, para pretender refutar o judicioso voto do Sr. Ministro Assis Toledo, mas para, num melhor ensejo e com maior precisão, recordar à Eg. Turma a fundamentação da analisada jurisprudência do STF — permaneço convencido da irretorquibilidade do posicionamento contrário à *reformatio in mellius* não pleiteada no recurso do Ministério Público.

Para o caso dos autos, significa dizer que, no pertinente à absolvição de um dos ora recorridos, entendo que o v. acórdão se houve em demasia do efeito devolutivo da apelação do Ministério Público, merecendo a reforma reclamada na via especial.

Já no concernente ao segundo réu, houve-se acertado o v. acórdão, posto que, confirmada a pena imposta em primeiro grau, consequência lógica era mesmo a decretação *ex officio* da extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, por indubiosa a menoridade do apelado.

E aqui, entre parênteses, volto ao tema da *reformatio in mellius*, exemplificando o temido risco da sua pretendida adoção absoluta; ao que ouvi do relatório, parece-me incoerência do acórdão ao pôr-se em absolver um dos

apelados — pois que, reexaminada a prova, conclui que a *res furtiva* convolou-se em *res derelictae* — mas pondo-se pela mera declaração da prescrição em relação ao outro, co-autores ambos do mesmo crime irrogado! Houve nisso a tão ansiada correção de injustiças?

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, só em relação ao recorrido Roberto Alves da Silva.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Sr. Presidente, agora, V. Exa. precisa apreciar o pedido do Ministério Público, porque o Juiz de Primeiro Grau condenou por furto mínimo e o Ministério Público apelou pedindo que se desse o furto qualificado.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Aliás, restabeleço a sentença em sua plenitude, posto que me convenço do acerto das condenações impostas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, o art. 617 do Código Penal, referido pelo Eminentíssimo Ministro Relator, é bem claro:

“Art. 617 — O Tribunal, Câmara ou Turma, atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Não há proibição. O Tribunal conhecendo do recurso, não pode piorar a situação do réu.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, que eu respeito, sempre me preocuparam, por que o Tribunal, conhecendo de recurso do Ministério Público, que é defensor da sociedade, estaria proibido de examinar a prova e verificar que a sentença incorreu em erro? Ao contrário, tem o dever de examiná-la. Logo, pode decidir em favor do réu e não contra ele.

O EXMO. SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): V. Exa. me permite em adição a essa sustentação sua? O recurso de apelação do Ministério Público obriga o Tribunal a examinar a prova. Como é que ele julga o recurso de apelação sem exame de prova? É obrigado a examinar a prova por força do recurso.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (cont.): Exato. Se o Tribunal examina e se convence de que a sentença está errada, não vejo na lei nada que o impeça de melhorar a situação do réu.

De modo que, pedindo vênias a V. Exa., empresto minha adesão ao voto do Sr. Ministro Assis Toledo.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.804 — SP — (Reg. nº 90.3597-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Assis Toledo. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Roberto Alves da Silva. Advogado: Dr. Gilson Vicentin Vilela.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, negou-lhe provimento. (Em 18-06-90 — 5ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas e Costa Lima. Votou parcialmente vencido o Sr. Ministro José Dantas. Ausente o Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.810 — RJ

(Registro nº 90.3603-8)

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

Recorrente: *Paulo César Aloé*

Recorrido: *Maria Aparecida Avólio Dib*

Litis.: *Carlos Alberto Carvalhal*

Advogados: *Drs. Amílcar Paranhos da Silva Velloso e outros, Kalim Dib e outro, Sérgio Sahione Fadel.*

EMENTA: Processual Civil. Ação Recisória. Inadmissibilidade. Sentença Homologatória de Separação Consensual.

Não cabe ação rescisória de sentença homologatória de separação consensual, face à inexistência de lide.

A declaração de nulidade de aditivo à inicial, não assinado pelo casal, mas, apenas, pelo advogado, deve ser perseguida em ação ordinária (art. 486 do CPC).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na

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

Custas como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de extraordinário, com argüição de relevância, convertido em especial, fundado hoje nas alíneas *a* e *c* do inciso III, do art. 105 da Constituição da República, interposto por Paulo Cesar Aloé de decisão do Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a julgar inadmissível ação rescisória de sentença homologatória de separação consensual.

Aponta o recorrente como violados os arts. 485, incisos III, V, VIII e IX, 486 e 1.030, II, do CPC, assim como os arts. 1.326, 1.295, § 1º e 1.313 do Código Civil e mais os arts. 3º, § § 1º e 2º, 4º e 34 da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26-12-1977).

O recurso foi em parte recebido e processada a argüição de relevância.

Com as razões do recorrente, subiram os autos.

A Subprocuradoria-Geral da República, nesta instância máxima, em parecer firmado pela Dra. Maria da Glória Ferreira Tamer, opina pelo conhecimento e provimento do recurso especial.

Eis a questão a ser apreciada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Consiste a questão federal na propositura de ação rescisória de sentença homologatória de separação consensual, na qual o acordo firmado pelos cônjuges e pelo advogado foi alterado por outro advogado, sem confirmação do casal, no concernente à partilha futura do único bem do casal que, segundo convencionado, ficaria com o varão, desde logo.

O E. Tribunal do Rio de Janeiro, através do 2º Grupo de Câmaras Cíveis, por maioria, julgou inadmissível a rescisória contra sentença meramente homologatória, aplicando o art. 486 do Código de Processo Civil. Vencidos ficaram os eminentes Desembargadores Maria Stella Rodrigues e Rebello de Mendonça. Do voto discrepante da primeira, registro o seguinte fundamento: "Cabimento da rescisória, por não se cuidar de sentença meramente homolo-

gatória, mas de natureza constitutiva, que não prescinde da intervenção do Judiciário” (fl. 191).

A tese é a mesma do voto também divergente do douto Des. N. Doreste Baptista, manifestado no julgamento da apelação, pela Câmara de que fazia parte, e do qual transcrevo, por parecer-me importante para o estudo da matéria, a longa conclusão:

“Em síntese:

1. a regra é a de que não cabe ação rescisória de sentença que não seja mérito. No entanto, no próprio art. 485, VIII, o Código excepciona ao permiti-la contra sentença homologatória de desistência;

2. a regra é também a de que as sentenças meramente homologatórias não são impugnáveis pela rescisória. O ato jurídico homologado deve ser desconstituído nos termos da lei civil e no Juízo de primeiro grau. No entanto, quando se pretende “invalidar confissão, desistência ou transação”, a sentença que as tenha homologado — ao contrário do que dispõe o art. 486 — é rescindível, nos termos do art. 485, VIII, cumulando-se os pedidos de invalidação do ato-base (transação, confissão, desistência) com o de rescisão da sentença homologatória;

3. não se insere entre as sentenças meramente homologatórias aquelas que não são apenas integrativas de forma, como a que homologa a separação consensual. A índole do ato jurídico, que o casamento exprime, exige intervenção judicial para a sua desconstituição fazendo-se esta pela via litigiosa ou pela amigável. A sentença homologatória da separação, portanto, não é daquelas que podem ser rescindidas, “como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei” (art. 486), inclusive porque, para tanto não é competente o juízo da mesma hierarquia.

Numa última palavra: a sentença homologatória da separação consensual não se limita a acolher a vontade das partes. Vai bem mais fundo. Nesse ato judicial — que, ao contrário, provê sobre direitos indisponíveis (também chamados de ordem pública), assim entendidos os que se referem à dissolução do casamento — nesse ato judicial de homologação está ínsita, mas singularmente preponderante, sentença de caráter constitutivo, sem cuja carga de constitutividade — é fácil perceber — não se desfaria o matrimônio. Só esse fato bastaria para afastar, *data venia*, de modo absoluto, o trato da matéria entre “os atos judiciais

que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória”, na letra do art. 486.

A conseqüência incontornável da decisão da doughta maioria é a de remeter o autor à ação anulatória de ato jurídico (como tal entendidos o acordo e a sentença que, ao cancelá-lo, dissolveu o casamento), ação a ser proposta noutro Juízo de Família, senão mesmo no Cível. Teremos, então — disso não há fugir — um juiz de primeira instância “rescindindo” sentença doutro juiz de igual hierarquia. A decisão que venha proferir — acolhendo, ou não, o pedido será passível, *data maxima venia*, doutra rescisória, porque proferida, indubiosamente, por juiz absolutamente incompetente (art. 485, II, CPC). “(fls. 153/155).

Confesso que, como Desembargador, já me manifestei no mesmo sentido, com o entendimento de que a sentença era constitutiva, ou seja, capaz de alterar o estado das pessoas antes casadas.

Parece-me, hoje, não ser esta a melhor interpretação que se possa oferecer aos arts. 485 e 486 do estatuto processual civil.

Com efeito, a ação rescisória tem por objeto, claro e definido na lei, a desconstituição e o re julgamento, se for o caso, da “sentença de mérito” transitada em julgado, nas hipóteses previstas nos incisos I a IX, do art. 485.

Rescindível, na sistemática do Código vigente é apenas a “sentença de mérito”, e é também por isso, em homenagem ao sistema, que modifco meu ponto de vista para ficar com a maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras, ainda desuniforme sobre a matéria, como se constata. Coqueijo Costa lembra que Pontes de Miranda faz distinção entre as sentenças homologatórias “integrativas da forma” e “integrativas de fundo”, para admitir que nas últimas tem lugar a ação rescisória. (“Ação Rescisória”, 4ª edição, São Paulo, LTr, 1986, p. 83). Pontes, aliás, em opinião isolada e não acolhida pelos tribunais, entende cabível a ação rescisória de carta de arrematação.

Está explícito, todavia, na lei de regência que só a “sentença de mérito”, isto é, aquele ato pertinente à *res in iudicium de ducta*, ou que soluciona a lide, é passível de ser atacado pela ação rescisória. A propósito, consulte-se José Carlos Barbosa Moreira (“Comentários ao Código de Processo Civil”, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 133), e, ainda, Sérgio Rizzi (“Ação Rescisória”, São Paulo, RT, 1979, p. 8), Pinto Ferreira (“Teoria e Prática dos Recursos e da Ação Rescisória no Processo Civil”, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 264), Sálvio de Figueiredo (“Ação Rescisória: Apontamentos”, Boletim ADCOAS — Legislativo, nº 25, de 10-09-88), e Thereza Alvim (“Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação Rescisória”, *in* RP 39/7).

No caso, a sentença proferida que se pretende rescindir é homologatória, proferida em procedimento especial de jurisdição voluntária, ou seja, em separação consensual, e, portanto, não é sentença de mérito.

Alega-se que houve um aditamento à petição inicial, não assinado pelas partes, mas, apenas, pelo advogado, dispondo sobre bem de propriedade do casal de modo diverso ao acordado. É certo, mas não é através da rescisória que se deve buscar a declaração de nulidade do aditamento, e sim da ação ordinária de nulidade do ato, na conformidade do que reza o art. 486 do CPC.

Não há, em consequência, ofensa à lei federal na decisão recorrida.

Também inexistente, ao meu sentir, o alegado dissídio.

O julgado comparado do Colendo Supremo Tribunal Federal apreciou questão relativa a partilha em inventário, onde simplesmente declarou na ementa: “quando há incidentes e controvérsias judiciais no processo de inventário cabe, então, a ação rescisória (art. 485 do CPC)” (fl. 222). Não é o caso.

Diante do exposto, não conheço do recurso.

VOTO (VISTA)

O EXMO. SR. MINISTRO GUEIROS LEITE: Votou o nobre Ministro Relator mantendo o acórdão recorrido, porque “não cabe ação rescisória de sentença homologatória de separação consensual, face à inexistência da lide”.

Visava-se, na rescisória, a tornar sem efeito acordo alterado pelo advogado sem a confirmação do casal e concernente à partilha futura do único bem.

Votando vencido no Tribunal de origem, o Des. Doreste Baptista sustentou que o art. 485, VIII, do CPC, excepcionou essa regra, para admitir a rescisória também quando se pretenda invalidar confissão, desistência ou transação, cumulando-se os pedidos de invalidação do ato-base com o de rescisão da sentença homologatória.

O nobre relator admite, é certo, que a doutrina e a jurisprudência não são uniformes sobre a matéria, mas está na lei que só a sentença de mérito pode ser rescindida. E sentença de mérito é aquela que pertine com a *res in judicium deducta* ou que soluciona a lide. Daí não ser possível reputar de mérito as sentenças homologatórias em procedimentos especiais de jurisdição voluntária, como a separação consensual.

Adiro a esse ponto de vista, aliás tanto mais porque não se está negando às partes, em tais casos, o direito à ação. Pelo contrário, a colocação é favorável à pretensão dos que pretendem rescindir esses atos judiciais, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil (CPC, art. 486). A ação rescisória é

de cabimento restrito, pois vale mais para o sistema a segurança dos julgados do que propriamente o ideal de Justiça.

As decisões mais avisadas são no sentido de que não há incompatibilidade entre os arts. 485, VIII, e 486, que tratam de hipóteses distintas. Isso porque a ação de nulidade é cabível se o autor não se insurge contra a sentença mas contra o que foi objeto da manifestação da vontade das partes, alegando os defeitos que a possam inquinar de nulidade (STF, 2ª T., RE nº 100.466-5-SP).

Não conheço do recurso.

Voto com o relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.810 — RJ. (Reg. nº 90.3603-8). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Paulo César Aloé. Recorrido: Maria Aparecida Avólio Dib. Litisconsorte: Carlos Alberto Carvalhal. Advogados: Amílcar Paranhos da Silva Velloso e Outros e Kalim Dib e outros e Sahione Fadel.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Em 21.08.90 — 3ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 2.999 — SC (Registro nº 90.0004236-4)

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

Recorrentes: *Haraldo Germer e outros*

Recorrida: *Sinal S/A — Sociedade Nacional de Crédito, Financiamento e Investimentos*

Advogados: *Drs. Nardim Darcy Lemke e outros e Ingo Scharf.*

EMENTA: Nota promissória. Protesto. Execução. Lei Uniforme. Multa contratual e Honorários advocatícios.

I — Desnecessário é o protesto por falta de pagamento da nota promissória, para o exercício do direito de ação do credor contra o seu subscritor e respectivo avalista.

Com a inserção da Lei Uniforme Relativas às Letras de Câmbio e Notas Promissórias no direito brasileiro, pouco restou vigente da Lei Cambial de 1908.

II — São acumuláveis a multa contratual e os honorários advocatícios.

III — Súmulas n^{os} 616 e 286 do Supremo Tribunal Federal.

IV — Recurso especial não conhecido. Unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a 4^a 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, 05 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de embargos à execução de nota promissória fundada em contrato de financiamento, que foram julgados improcedentes pela sentença de 1^a instância.

A segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou a decisão de primeiro grau em aresto assim ementado:

“Execução. Embargos de devedor. Nota promissória. Inconsistência da alegação de cerceamento de defesa. Desnecessidade de ser o título levado a protesto. Cabível é a cumulação de honorários com multa contratual.” (fl. 44)

O recorrente interpôs recurso especial alegando violação dos arts. 34, 35 e 44 da Lei Uniforme e arts. 20, 21 e 27 do Decreto n^o 2.044, de 31-12-08, Decreto n^o 22.626/33, art. 8^o, além de dissídio jurisprudencial (fls. 62 a 67).

Pelo despacho de fls. 72 a 73 foi o recurso admitido.

Decorreu *in albis* o prazo das razões e contra-razões, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O v. acórdão, ao entender desnecessário o protesto do título para que se promova a execução, não violou os dispositivos previstos nos arts. 34, 35 e 44 da Lei Uniforme e art. 27, do Decreto nº 2.044 de 1908.

Relembre-se, a propósito, a lição de Carlos Maximiliano:

“O avalista do aceitante da letra, ou do eminente da nota promissória, é equiparado ao avalizado. A responsabilidade deste não cessa pelo simples fato de se não protestar o título; portanto, o mesmo se dá com a daquele.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 148, 7ª ed. Freitas Bastos, Rio — S. Paulo, 1961).

De igual diapasão o ensinamento de José Maria Whitaker:

“Não há, portanto, necessidade de protesto para o exercício da ação cambial direta, nem contra o aceitante, nem tampouco contra o respectivo avalista, que lhe é equiparado para todos os efeitos...” (Letra de Câmbio, p. 213, 2ª ed., São Paulo, 1932).

De mais a mais, o art. 43 da Lei Uniforme não estabelece a obrigatoriedade do protesto para o exercício do direito de ação contra o sacado no caso de falta de pagamento no dia do vencimento do título.

Outrossim, com a inserção no nosso direito interno da Lei Uniforme Relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, pouco restou vigente da Lei Cambial de 1908, não tendo os seus artigos 20 e 21 sido abrangidos pelas reservas que o Brasil formulou.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, incide a Súmula 291 do Supremo Tribunal Federal.

Melhor sorte não socorre o recorrente no tocante a inacumulabilidade dos honorários com a multa contratual.

Firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser admissível tal cumulação, com referência a contratos celebrados na vigência do atual CPC, vez que seu art. 20 e parágrafos revogaram tacitamente o art. 8º, do Decreto nº 22.262, de 07-04-33. (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RE 83.306, RTJ 90/931, RE 90.937, RTJ 90/724, RE 93.281 e RE nº 93.659).

Tais precedentes deram origem à Súmula 616 do Supremo Tribunal Federal que assim reza:

“É permitida a cumulação da multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente.”

No presente caso, cuida-se de contrato de financiamento de outubro de 1984, portanto, já em vigor o novo CPC.

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

O dissídio jurisprudencial trazido à colação acha-se superado, com base no princípio contido na Súmula 286 do Supremo Tribunal Federal.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.999 — SC — (Reg. nº 90.0004236-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recorridos: Haraldo Germer e Outros. Recorrida: Sinal S/A — Sociedade Nacional de Crédito, Financiamento e Investimentos. Advogados: Drs. Nardim Darcy Lemke e outros e Ingo Scharf.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma: 05-06-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.173 — PR

(Registro nº 90.4671-8)

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

Recorrente: *Belga Indústrias Químicas Ltda*

Recorrido: *Banco do Estado do Rio Grande do Sul*

Interessado: *Nobre — Comércio de Sucatas Ltda*

Advogados: *Drs. Walter Toffoli e outro, Simplício Antunes Acosta e outro, Geraldo da Costa Borba*

EMENTA: *Concordata. Correção monetária. Concordata anterior à Lei nº 7.274/84.*

Para a incidência da correção monetária nos créditos habilitados em concordata, não importa o fato de a obrigação ter sido contraída antes da Lei nº 7.274/84.

As leis tidas como de ordem pública são aplicáveis aos atos e fatos que encontra, sem ofensa ao ato jurídico perfeito.

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, 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, 28 de agosto de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Cuida-se de recurso especial com esteio nas alíneas primeira e última do inciso III, do art. 105 da CF, por força de conversão do extraordinário com argüição de relevância, então interposto, neste apelo excepcional.

Sustenta a recorrente a violação do art. 6º, § 1º da Lei da Introdução ao Código Civil, além da ocorrência de dissídio jurisprudencial, eis que não estão os créditos habilitados na sua concordata sujeitos à correção monetária porque as obrigações que lhes deram causa são anteriores à Lei nº 7.274, de 10-12-84. Segundo seu entendimento, a atualização corresponderia a uma aplicação da lei nova a fatos pretéritos.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Observou o Ministério Público Federal, em sua promoção:

“9. ... Com efeito, a admissão do recurso extraordinário, na Corte Suprema, em face do êxito da argüição de relevância, limitou a irresignação à própria exigência da correção monetária em concordata, ou falência. Nada mais. E isto, na verdade, não é

objeto de controvérsia no presente processado, de vez que a interessada se conforma com a atualização. Quer discutir, tão-somente, o termo inicial da correção.

10. Ainda que o sucesso da argüição da relevância permitisse o exame do ponto impugnado, ou seja, o termo *a quo* da atualização, melhor sorte não lhe caberia *data venia*. Realmente, quando a r. decisão malsinada determinou a incidência da correção já se achava vigorando a nova redação do art. 175, § 3º, da Lei de Falências, que lhe deu a Lei nº 7.274/84, de aplicação imediata, de nada valendo a invocação da LICC, art. 6º, § 1º, no caso, pois desimportava a circunstância de a obrigação que deu causa ao crédito do habilitante, na concordata, ser anterior ao aludido diploma legal, não se verificando a hipótese de infração ao resguardo do ato jurídico perfeito, ou até do direito adquirido, no particular” (fl. 150).

Realmente, a acolhida da argüição limitou-se ao tema da correção monetária em concordata. Acontece que, antes da Lei nº 7.274/84, apesar de alguma controvérsia sempre se teve como aplicável a lei geral relativa à atualização dos débitos ajuizados (Lei nº 6.899, de 8-4-81). Assim expressei-me no início do voto proferido no REsp nº 613-MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro e rel. desig. para o acórdão Min. Athos Carneiro:

“Sempre tive como legítima a aplicação da lei que determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial (Lei nº 6.899, de 08-04-81) aos créditos habilitados em concordata, com certos temperamentos (v.g., a incidência sobre títulos de créditos não sujeitos a correção monetária cujo vencimento é antecipado por força da concordata, caso em que a correção somente deveria ser aplicada após o vencimento normal).

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

E na mesma linha concluí meu voto:

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

Entender-se de modo contrário é estimular o negócio das concordatas, com injustificável prejuízo para os credores, e em

detrimento dos empresários corajosos e honestos que expõem seus patrimônios e suas empresas nas renegociações de suas dívidas com os bancos.

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

Diante do exposto, vê-se que da aplicação da Lei nº 7.274, de 10-12-84, no tempo, lei de ordem pública que é bem assim do ordenamento anterior e posterior àquele da mesma natureza, não resulta qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito.

Concluindo, como não determinada a alegada divergência, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.173 — PR — (Reg. nº 90.4671-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Belga Indústrias Químicas Ltda. Recorrido: Banco do Estado do Rio Grande do Sul. Interessado: Nobre — Comércio de Sucatas Ltda. Advogados: Drs. Walter Toffoli e outro, Simplicio Antunes Acosta e outro, Geraldo da Costa Borba.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 28-08-90 — 3ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 3.534 — GO

(Registro nº 90.5421-4)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Daniela Carvalho Murad*

Recorrido: *Universidade Federal de Goiás*

Advogados: *Drs. Arthur Edmundo de Souza Rios e outros e*

Dr. José Carlos Miranda Nery e outros

EMENTA: Administrativo. Ensino superior. Estudante. Aprovação em concurso vestibular para graduação em Engenharia Civil. Não apresentação, no ato da efetivação da matrícula, do certificado de conclusão do segundo grau. Indeferimento. Mandado de segurança. Concessão. Apelação. Cassação da segurança. Recurso especial.

Apresentando, no prazo da liminar, o certificado de conclusão do segundo grau e concedida a segurança tornando definitiva a matrícula da impetrante, ora recorrente, sendo certo que no momento deve estar cursando o sexto semestre, tem-se por descabida a pretensão de modificar essa situação, já consolidada, que, se concretizada, consubstanciaria a esta altura, verdadeira iniquidade.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Assim resumi a espécie quando do julgamento da medida cautelar requerida nestes autos, concedida pela Egrégia Turma para emprestar efeito suspensivo ao presente recurso:

“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.”

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Aprovada e classificada em exame vestibular para o curso de Engenharia Civil da Universidade Federal de Goiás, a recorrente somente fora matriculada por força de medida liminar concedida no mandado de segurança que impetrou no Juízo Federal.

No prazo de noventa dias, assinado pelo despacho concessivo da medida liminar, apresentou a impetrante-recorrente o reclamado certificado de conclusão do curso colegial, pelo que a segurança foi concedida nos termos da sentença de fls. 85/87, assim fundamentada, *verbis*:

“Assim, embora em momento diverso, preencheu a Impetrante a exigência legal consistente na prova de escolaridade de grau médio, com a apresentação do certificado de haver concluído o ciclo colegial, pelo que, em decorrência, reputa-se válida a matrícula ao curso de graduação já iniciado na Universidade Federal de Goiás.

Cancelar-lhe a matrícula, a essa altura, consubstanciará verdadeira iniquidade.

“EMENTA: Ensino superior. Matrícula.

Concedida liminar em Mandado de Segurança, para assegurar matrícula em curso superior, de candidato aprovado em concurso vestibular, sem haver concluído o curso de segundo grau, confirma-se a sentença que a tornou definitiva, se no prazo de sua vigência o aluno comprovou a escolaridade exigida.”

(Remessa *ex officio* nº 98.831 — RJ. 3ª Turma. Unânime. Ministro Carlos Madeira. DJ, 17-05-1984).

“Administrativo — Ensino superior — Matrícula. Atraso na formalização. Recusa.

EMENTA: Comprovado que o atraso na formalização da matrícula não causou prejuízo a terceiros ou ao estabelecimento, sendo, ainda, certo que o aluno já concluiu quase dois semestres, por força de decisão judicial, descabe modificar a situação.

Sentença confirmada” (REO 99.193 — DF. Relator Ministro William Patterson. 2ª Turma. Unânime. DJ, 25-08-83).

Ora, consoante a jurisprudência consolidada a respeito, de que são exemplos os vários precedentes trazidos pela recorrente na peça recursal de fls. 118/129, tem-se por divergente o acórdão recorrido.

Para que prevaleça tal jurisprudência, firme no entendimento de que o fato consolidado não deve sofrer mutação em prejuízo da parte, quando terceiros não são atingidos pela decisão, dou provimento ao recurso.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: A impetrante foi convocada pela Universidade Federal de Goiás, em 14 de março de 1988, para comparecer no dia 18 de março seguinte, ao Departamento de Assuntos Acadêmicos (Divisão de Administração e Matrícula).

De acordo com o que consta da inicial, a sua matrícula foi negada, por não haver concluído o segundo grau.

Com efeito, de acordo com o documento de fl. 11, fornecido pelo Colégio Santa Paula, em 09 de março a impetrante só concluiria o referido curso em 90 dias, isto é, em 09 de junho, vale dizer, dois meses e 21 dias após a data aprazada para a matrícula.

Não obstante essa circunstância, a liminar foi deferida, oportunidade em que lhe foi concedido o prazo de 90 dias para apresentação do comprovante de conclusão do curso.

Entretanto, somente a 28 de junho foi trazido para os autos o certificado exigido, que está datado de 27 de junho.

A sentença, apesar disso, foi-lhe favorável, havendo, todavia, sido casada pelo egrégio TRF, onde o eminente Relator, Dr. José Alves de Lima, assim fundamentou o seu voto: (lê fls. 110/111).

Recorreu a impetrante a esta Corte, alegando violação à norma do art. 22 c/c art. 14, § 3º, letra *a*, da Lei nº 5.692/71, e divergência com jurisprudência indicada do extinto TFR.

O recurso, admitido na origem, foi devidamente processado.

Na assentada do último dia 31 de outubro, após o voto do eminente Relator, Ministro Américo Luz, pedi vista dos autos para o fim de afastar

algumas dúvidas que me assaltaram, diante das palavras pronunciadas da tribuna pelo eminente advogado da impetrante.

Hoje, atingido esse objetivo, reponho os autos em mesa, para que o julgamento tenha curso, com o meu voto, que é o seguinte: de acordo com o disposto no art. 22, § único, da Lei nº 5.692/71, “mediante aprovação dos respectivos Conselhos de Educação, os sistemas de ensino poderão admitir que, no regime de matrícula por disciplina, o aluno possa concluir, em dois anos, no mínimo, e cinco, no máximo, os estudos correspondentes a três séries da escola de segundo grau”.

No caso dos autos, entretanto, não consta que o Conselho de Educação goiano haja autorizado a medida indicada no dispositivo legal em referência, para o Colégio Santa Paula, onde cursou a recorrente o segundo grau.

Mas, ainda que assim fosse, a questão posta nos autos não é de haver ela cursado o segundo grau em dois anos, ou três, mas, sim, de não haver completado o curso antes da matrícula na universidade.

Por outro lado, o § 3º, letra *a*, do art. 14, da mencionada lei, também invocado pela recorrente, trata de mínimo de frequência mínima às aulas, tema inteiramente alheio aos autos.

Diga-se, por fim, que embora haja julgados — trazidos à colação pela recorrente — que abonam a tese do fato consumado, versam eles situações diversas, onde a matrícula foi feita na dependência de cumprimento de meras formalidades ou da superação de entraves burocráticos, o que não se configura nos presentes autos, onde a matrícula, como se viu, foi efetuada mediante esdrúxula medida liminar concessória de prazo para conclusão dos estudos, donde resultou haver a impetrante, por todo um semestre, cursado, concomitantemente, o segundo grau e a faculdade, o que não é permitido em lei.

Na verdade, ao rejeitar a matrícula da impetrante, não se ateu a instituição de ensino a mera exigência burocrática, como a exibição de certificado — como assegurou o seu douto patrono da tribuna — havendo agido, ao revés, com observância às normas de ensino, que impedem o início de curso superior sem a conclusão prévia do curso fundamental.

Nestes termos, não há que se falar em afronta aos dispositivos legais invocados, nem tampouco em divergência jurisprudencial.

Meu voto, pois, é no sentido de conhecer do recurso pela letra *c*, para, todavia, negar-lhe provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, a universidade brasileira está sujeita a alguns requisitos chamados pressu-

postos. Como regra fundamental é a conclusão do curso precedente. Por exceção, será possível, uma vez que se atendam determinadas exigências para contemplar os denominados superdotados.

No caso dos autos, expôs o eminente Ministro Ilmar Galvão, e recordo-me da sustentação oral do advogado da tribuna, a Recorrente deseja, como ponto fundamental, valer-se do chamado fato consumado. Entendo que este instituto jurídico não pode ser analisado e interpretado apenas do ponto-de-vista sentimental de pieguismo, ou seja, como forma oblíqua de contornar as exigências da lei. Fato consumado que poderia gerar a pretensão deduzida pela Impetrante, ora Recorrente, seria quando houvesse algum engano não detectado em tempo oportuno, alheio à vontade do interessado, por isso, não ensejaria efeito retrooperante de modo a prejudicá-la.

No caso dos autos, estava ciente de que não havia concluído o curso. Tanto assim, a medida liminar foi concedida, outorgando prazo de noventa dias para ela apresentar a conclusão do mesmo, tempo bastante para encerrar o segundo ciclo.

Em face dessas considerações, *data venia* do eminente Ministro Relator, entendo não estar caracterizado o direito líquido e certo. Além do mais, há de se ponderar, também, o argumento do eminente Procurador ao fazer uso da palavra. Ao contemplar esse caso concreto estar-se-á ferindo o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Antecipar o ingresso na faculdade, independentemente de frequentar o curso, se para generalidade dos estudantes é imposta essa exigência, há afronta, inclusive, à Constituição brasileira.

Respeitosamente, acompanho o eminente Ministro Ilmar Galvão.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sr. Presidente, este é o caso da estudante de engenharia, inscrita e aprovada no exame vestibular realizado em março de 1988, na Universidade de Goiás.

Como não era, ainda, portadora de certificado de conclusão de 2º grau, fora impedida de fazer a matrícula.

Impetrou o presente mandado de segurança e obteve liminar para se matricular, devendo em 90 dias apresentar o documento.

Pelo Juiz Federal a segurança foi concedida, mas denegada no Tribunal Regional.

Ao recurso especial o Relator dava provimento, os Ministros Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro negavam, originando o pedido de vista.

Não há dúvida, no nosso modo de ver, de que a tese abraçada pelo acórdão impugnado apresentava-se de forma correta, quando assevera não ter direito à matrícula na Universidade o candidato aprovado no concurso vestibular que, na data estipulada, não houver concluído o 2º Grau. Entretanto, não se pode esquecer a situação peculiar destes autos. A impetrante submeteu-se ao vestibular no início do ano de 1988. Encontrava-se amparada por duas decisões judiciais e, em virtude disso, passou a cursar e vem cursando engenharia na Universidade de Goiás. As duas decisões são: a liminar, no recebimento do mandado de segurança e, depois, uma cautelar que foi concedida por esta Turma contra o voto do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro. Essa cautelar conferiu efeito suspensivo, embora, excepcionalmente, a um recurso especial manifestado, à época, no primeiro semestre deste ano de 1990, se não me engano. Ela apresentou, depois, o documento exigido. Iniciou o curso há três anos e já vai para o quarto ano do curso de engenharia. Não me pareceu, depois do estudo dos autos, que fazê-la voltar, agora, enfrentando um novo vestibular e renovando a metade do curso, representaria a melhor solução.

Ponderável parcela da jurisprudência lhe ampara a pretensão de prosseguir no curso superior já iniciado em 1988.

Ainda no Diário da Justiça de 12 de novembro corrente, quando já estava estudado essa matéria, deparei-me com uma decisão, do mesmo Tribunal Regional, que diz o seguinte:

“Remessa *ex officio* nº 90.0103686-4. Esta Corte, a exemplo do extinto Tribunal Federal de Recursos, tem entendido que as situações de fato consolidadas ao abrigo de liminar ou de sentença concessiva de segurança não devem ser revertidas, quando superado, no curso da lide e sem prejuízo a terceiros, o obstáculo que motivou o ingresso em juízo.”

Essa situação me parece bem semelhante à em discussão nestes autos.

Do antigo Tribunal Federal de Recursos, retratando, também, situação bem próxima, a seguinte decisão:

“Dado o tempo decorrido desde a concessão de medida liminar, a volta da impetrante à situação anterior à matrícula trar-lhe-ia mais prejuízo do que o benefício que, eventualmente, pudesse advir à ordem pública pela afirmação da norma que impede o ingresso, em curso superior, do estudante que ainda não haja concluído o segundo grau” (JTFR, Vol 69, pág. 304; Vol. 60, pág. 235).

Aqui, nestes autos, encontramos diversas decisões, duas delas trazidas pela própria sentença, que me parecem pertinentes. Apenas para lembrar, do Ministro Carlos Madeira:

“EMENTA: Ensino superior. Matrícula.

Concedida liminar em Mandado de Segurança, para assegurar matrícula em curso superior, de candidato aprovado em concurso vestibular, sem haver concluído o curso de segundo grau, confirma-se a sentença que a tornou definitiva, se no prazo de sua vigência o aluno comprovou a escolaridade exigida.”

E outra do Ministro William Patterson:

“Administrativo. Ensino Superior. Matrícula. Atraso na formalização. Recusa.

EMENTA: Comprovado que o atraso na formalização da matrícula não causou prejuízo a terceiros ou ao estabelecimento, sendo, ainda, certo que o aluno já concluiu quase dois semestres, por força de decisão judicial, descabe modificar a situação.

Sentença confirmada.”

E há mais uma a que se faz referência nos autos, também do antigo Tribunal Federal de Recursos, relatada pelo Ministro Carlos Thibau:

“Administrativo. Ensino superior. Matrícula. Conclusão do segundo grau.

Matrícula, em curso superior, de aprovado em concurso vestibular que, no momento apropriado, não conseguiu comprovar haver concluído o segundo grau. Art. 17, alínea *a*, da Lei nº 5.540/68, é textual ao proibir tal pretensão. No momento, o impetrante, sob liminar concedida em primeira instância, obteve matrícula e, posteriormente, apresentou o comprovante de conclusão do segundo grau.

Remessa oficial improvida.”

E, finalmente, no Supremo Tribunal Federal, manifestação que já utilizei, em outro julgado, embora no Tribunal de Justiça Estadual, do Sr. Ministro Francisco Rezek:

“Mandado de segurança. Liminar. Situações consolidadas.

Merecem respeito as situações estabilizadas pelo tempo, a partir do deferimento de liminar em mandado de segurança. Precedentes do STF” (RE nº 108.010 — PB).

Então, Sr. Presidente, considerando configurada, neste caso, a divergência, peço vênha para acompanhar V. Exa., dando provimento ao recurso.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sr. Presidente, divergia do eminente Ministro Ilmar Galvão como do não menos eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, porque considerei que foi concedida à impetrante, no mandado de segurança, uma liminar, para que ela pudesse matricular-se no curso de engenharia.

Posteriormente, vem o recurso especial, e a esse recurso a Turma deu efeito suspensivo, para que a estudante continuasse cursando a engenharia. Como hoje ela já está passando para a quarta fase do curso de engenharia, já atingindo, portanto, a metade do curso, considerei que a matéria estava consolidada e que seria muito sacrifício para a estudante voltar a se submeter ao vestibular e, mais uma vez, iniciar o curso superior, renovando a metade do curso de engenharia, que ela já frequentou.

Esses os esclarecimentos que gostaria de prestar, em síntese, diante da presença, para desempate, do eminente Ministro Pedro Acioli.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.534 — GO — (Reg. nº 90.5421-4) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz. Recorrente: Daniela Carvalho Murad. Recorrido: Universidade Federal de Goiás. Advogados: Drs. Arthur Edmundo de Souza Rios e outros e José Carlos Miranda Nery e outros.

Sustentação oral: Dr. Arthur Edmundo de Souza Rios, pela recorrente; Dr. Antonio B. S. de Souza, pela recorrida.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Aguardam os Exmos. Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro e Hélio Mosimann (2ª Turma — 31-10-90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann (2ª Turma — 14-11-90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann dando provimento ao recurso, estabeleceu-se empate no julgamento, devendo, por conseguinte, ser renovado em sessão ulterior (2ª Turma — 19-11-90).

Renovado o julgamento, após o voto do Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli, convocado para compor *quorum*, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Ilmar Galvão e Vicente Cernicchiaro (2ª Turma — 21-11-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Ilmar Galvão, Vicente Cernicchiaro, Hélio Mosimann e Pedro Acioli.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.561 — RS

(Registro nº 90.5451-6)

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

Recorrente: *Atlântica Seguros S/A*

Recorridos: *Saete Teresinha Panato e outros*

Advogados: *Drs. Geraldo Nogueira da Gama e outros, José Eduardo Boeira e outros*

EMENTA: Seguro habitacional. Falecimento do mutuário. Existência de outro imóvel financiado pelo SFH.

A circunstância de haver o mutuário adquirido dois imóveis na mesma localidade através do SFH (art. 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64) não interfere nas obrigações da empresa seguradora, que continua responsável pela cobertura securitária contratada.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: O voto condutor do Acórdão recorrido, da lavra do ilustre Desembargador Luiz Fernando Koch, guarda o seguinte teor:

“Atlântica Seguros S/A, nova denominação de Farroupilha Companhia de Seguros, ajuizou a presente ação de repetição de indébito contra os sucessores de Rodolfo Panato. Alegou que este, em 14-4-82, adquiriu um imóvel em Gravataí, obtendo financiamento junto ao Sul Brasileiro, Crédito Imobiliário S/A, cuja financiadora foi a Phenix de Porto Alegre. E, em 10-8-82, com financiamento obtido junto a Habitasul, Crédito Imobiliário S/A, e segurado pela ora autora, adquiriu um segundo imóvel em Gravataí, omitindo o fato de ser mutuário de outra instituição financeira. Aduziu à Lei nº 4.380/64 que veda a aquisição de dois ou mais imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação, na mesma localidade. Afirmou, também, que as declarações dos candidatos a imóveis são importantes e de inteira responsabilidade do candidato. Com o falecimento do mutuário, em 10-06-84, a família obteve a quitação do primeiro imóvel. Desconhecendo esse fato, a autora tratou de pagar a indenização, quitando o segundo imóvel. Pediu a devolução da indenização, no valor de Cz\$ 14.893,30, equivalente a 1.118,3837 UPCs.

A viúva e os filhos, herdeiros de Rodolfo Panato, contestaram separadamente argüindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva e, no mérito, sustentaram, em síntese, que o mutuário sempre honrou com os contratos de financiamento, vez que pagava suas prestações. Negaram a má-fé. Alegaram que a seguradora intervém no negócio do financiamento para a aquisição de imóvel como suporte pelos riscos previsíveis, não aproveitando das restrições próprias e pessoais estipuladas pelo agente financeiro, como é o caso da alegada proibição de possuir mais de um imóvel na mesma localidade.

A autora replicou. Intimadas, as partes não desejaram produzir outras provas.

Em julgamento antecipado, a Dra. Pretora, rejeitada a preliminar, julgou improcedente a ação, condenando a autora nas custas e honorários advocatícios que fixou em 5 MVRs.

Apela a autora, reeditando os termos apresentados, acrescentando que resultou claro que o mutuário não estava adquirindo

os imóveis para fins residenciais, tanto que adquiriu duas unidades diferentes no Município de Gravataí. Argumenta, também, que a boa-fé deve nortear os contratos, principalmente os de seguro. Aduz ao art. 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64. Invoca jurisprudência e pede o provimento do apelo, com a procedência da ação.

Os apelados contra-arrazoaram, pugnando pela manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O apelo não merece ser provido.

Consta da ficha sócio-econômica dos compradores, parte integrante do contrato, a seguinte declaração: “Declaramos estar cientes de que a condição de já ser proprietário, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário de imóvel residencial no mesmo município de unidade habitacional objeto do financiamento pretendido, implica na obrigatoriedade de alienar o imóvel anterior, no prazo de 180 dias, contados da data da concessão do mútuo a que se refere o presente documento” (fl. 30). A cláusula vem de encontro ao disposto pelo art. 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64. De relevar, no entanto, que, quer a lei, quer o contrato, cominam de nulidade ao desatendimento da obrigação de alienar o imóvel anterior em 180 dias. Por isso, no caso dos autos, ainda que não vendido o outro imóvel, também adquirido pelo SFH, permanece válido o seguro habitacional, vinculado ao contrato de compra e venda principal. Aliás, o seguro só poderia ser declarado nulo, como se pretende com a presente ação de repetição de indébito, se nulo fosse declarado o contrato principal, ao qual se aliam, também, empréstimo de dinheiro (mútuo) e pacto adjeto de hipoteca.

De revelar que os candidatos à aquisição de imóvel pelo SFH submetem-se à apresentação de um grande número de documentos. Daí se conclui que se houvesse interesse manifesto em flagrar situações irregulares, como a apontada nos autos, simplesmente seria de exigir uma certidão do Registro de Imóveis, atinente ao imóvel objeto da transação. Aliás, o § 1º do art. 9º da citada Lei nº 4.380/64 proíbe a aquisição de imóvel pelo SFH por quem já tiver imóvel residencial na mesma localidade. Já o contrato, que é padronizado, atenua a regra legal, impondo o compromisso de alienação do imóvel anterior. Decorre daí que, em

realidade, há um convite à concretização de situações irregulares, que são ensejadas pelos procedimentos adotados. Ademais, aos agentes financeiros, conhecedores do sistema e contratantes das seguradoras, é que incumbiria a fiscalização e o controle dessa situação. Mas, se parece que há rigor quanto à comprovação da idoneidade econômico-financeira dos candidatos, o mesmo não se pode dizer em relação ao requisito de não possuírem outro imóvel. A tudo se acrescenta que estes contratos são tipicamente de adesão e, como consabido, em ocorrendo dúvidas, estas são sempre interpretadas em favor dos aderentes.

De acentuar, ainda, que o interesse na invalidação do contrato seria o SFH e não da seguradora, que recebeu os prêmios do seguro ajustados.

A jurisprudência desta Corte, com algumas manifestações em contrário (Revista de Jurisprudência do TJRS 119/389 e 123/392), tem, ao que tudo indica, se inclinado pelo entendimento adotado pela sentença. Assim, tem-se acórdão da 2ª Câmara Cível, assim ementado: “Seguro Habitacional. Proibição de aquisição de dois imóveis financiados, na mesma localidade, pelo mesmo mutuário, disposição legal, que diz com aplicação SFH aquisição e financiamento do imóvel e, não, com o seguro (§ 1º do art. 9º da Lei nº 4.380/64). Derrogação parcial de dita preceituação pela criação de expediente que possibilita a venda do anterior imóvel, em prazo de cento e oitenta dias, sem qualquer sanção para caso de eventual descumprimento. Seguro habitacional obrigatório efetivado pela escolha da própria vendedora credora, sem prova de qualquer ciência ou exigência de requisitos pela seguradora frente ao segurado e sem entrega a este de cópia da apólice única para o SFH, a fim de que o segurado, nos cinco anos de vigência e pagamento do seguro, tomasse conhecimento e se capacitasse de qualquer irregularidade de sua parte, frente ao seguro compulsório celebrado. Provimento denegado.” (Revista de Jurisprudência do TJRS 123/308, rel. Des. Manoel Celeste dos Santos). Da 4ª Câmara, menciona-se o seguinte pronunciamento, também referido nos autos: “Seguro Habitacional. Sistema Financeiro da Habitação. Mais de um imóvel adquirido na mesma localidade. Inteligência da Lei nº 4.380/64. A proibição de se adquirir na mesma localidade mais de um imóvel financiado pelo SFH dirige-se à proteção deste mesmo no que concerne aos objetivos sociais pelo sistema colimados. Aos agentes financeiros e ao próprio SFH cabe controlar o cumprimento da regra contida no art. 9º da Lei nº 4.380/64. Não podem as seguradoras dela se

valer, para sobrevivendo a defunção do financiado, pretender exonerar-se da indenização que quita os débitos pendentes em mais de um imóvel assim adquirido, vez que o prejuízo que sofrem decorre da própria área ínsita no seguro e já coberta pelos pagamentos dos respectivos prêmios. Para a seguradora, em termos de risco, é como se o seguro abrangesse um só imóvel, cujo valor seria correspondente à soma dos dois por ela segurados, e cujos prêmios foram pagos na mesma proporção. Não há aí, portanto, agravamento desse risco.” (Revista de Jurisprudência do TJRS 126/360, rel. Dr. Jauro Duarte Gehlen). Ainda da 4ª Câmara, tem-se acórdão mais antigo, da lavra do Des. Bonorino Buttelli, o qual, em certa passagem, diz: “De salientar, ainda, que a Lei nº 4.380, ao dispor que não poderão adquirir imóveis, objeto de aplicação pelo Sistema Financeiro de Habitação, as pessoas que já forem proprietários de imóvel residencial na mesma localidade (art. 9º, § 1º), diz com o próprio financiamento. Desde que concedido, ainda mesmo por liberalidade, independentemente da venda do imóvel já de sua propriedade, como adquirente de habitação formulada pelo SFH, o financiado contrata seguro de vida de renda temporária, nas condições fixadas pelo BNH, integrando, obrigatoriamente, o contrato de financiamento. A expressão ‘integrará o contrato de financiamento’ não significa que não serão cobertos os riscos discriminados nas condições da apólice, se concedido o financiamento com desobediência das aplicações do SFH. Tal hipótese não está entre os ‘riscos excluídos’. Só aquilo que interferisse quanto ao risco, agravando-o, é que poderia liberar a seguradora do contrato. A questão de ter ou não ter o mutuário outro imóvel diz respeito ao agente financeiro, que deve obedecer ao critério de prioridade social nas aplicações do Sistema Financeiro de Habitação. A seguradora contratou responder pelos riscos de morte ou invalidez. As conseqüências de haver o financiado descumprido a exigida venda do imóvel de que já era proprietário apenas interessam ao agente financeiro ou ao próprio BNH, e não à seguradora. Pelos riscos cobertos, desde que em vigor o contrato de seguro, quando da morte do segurado, responde a seguradora.” (Revista de Jurisprudência do TJRS 79/423.)

Assim, com o falecimento do financiado e segurado, impugna-se, como o foi, o pagamento do seguro habitacional, consistente na quitação do saldo devedor da compra e venda. Válido o seguro, como demonstrado, descabe a pretendida restituição.

Pelo exposto, nego provimento à apelação.” (fls. 203/208).

Acompanharam o pronunciamento do Relator os Desembargadores Adalberto Libório Barros e Adroaldo Furtado Fabrício.

Inconformada, a seguradora manifestou recurso especial com arrimo no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando contrariedade aos arts. 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64, e 1.460 do Código Civil. Afirmou que o julgado recorrido possibilitou fosse desrespeitada a disposição legal, privilegiando pessoas proprietárias de imóveis na mesma localidade. Apontou, afinal, como divergentes dois arestos oriundos da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, um do Tribunal Federal de Recursos e outro do Tribunal de Justiça do Ceará.

Admitindo o apelo raro pela alínea *a* do permissivo constitucional, os autos subiram a esta Corte com as razões da recorrida Salete Teresinha Panato.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Esta 4ª Turma teve oportunidade de apreciar espécie similar à presente, mas com peculiaridades próprias em consequência das quais resultou o desfecho singular daquele precedente. Refiro-me ao Recurso Especial nº 2.618 — RS, de que foi Relator o eminente Ministro Athos Carneiro, cuja ementa passo a transcrever:

“Sistema Financeiro da Habitação. Seguro. Morte do devedor. Existência de outro imóvel financiado pelo SFH.

A vedação prevista pelo artigo 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64 não se aplica quando o outro imóvel já financiado pelo antigo BNH destina-se a uso residencial esporádico e está situado em outra localidade, como tal considerada a vila distante mais de 20 (vinte) quilômetros da cidade-sede do município, e não integrada na área urbana central.

Não conhecimento do recurso especial interposto pela seguradora e pelo IRB.”

Naquele julgamento, o insigne Relator reportou-se à jurisprudência dominante na E. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e, especificamente, a um julgado de que fora ele mesmo o Relator (Revista de Jurisprudência do TJRS 119/389), com a seguinte ementa:

“Compra de imóvel residencial, pelo sistema financeiro da habitação. Lei nº 4.380/64, art. 9º, § 1º.

As pessoas que já forem proprietárias ou promitentes compradoras de imóvel residencial na mesma localidade não poderão

adquirir imóveis financiados pelo BNH. No caso de aquisição de mais de um imóvel, com financiamento pelo BNH, a cobertura do seguro pelo evento morte somente atinge o primeiro contrato firmado.”

S. Exa. assentou seu entendimento na preceituação do art. 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64, e, sobretudo, nas disposições das cláusulas contratuais estipuladas pelas partes naquele feito.

A orientação pretoriana, contudo, a propósito da inteligência do citado art. 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64, no que pertine ao seguro habitacional, não é pacífica. No aludido precedente desta Turma, o Ministro Athos Carneiro, lembrando a existência do dissídio interpretativo, mencionou a título de exemplificação o Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator o hoje Ministro Hélio Mosimann, *in verbis*:

“Aceitando a companhia seguradora a proposta, e passando a receber regularmente os prêmios, desde que não demonstrada má-fé por parte do segurado, completou-se o contrato de seguro, que se considera perfeito. Assumiu, assim a seguradora o vínculo contratual, tornando-se devedora da indenização pelo sinistro do risco de morte do financiado” (Ap. Cív. nº 17.390, 2ª Câmara Civil. (vol. 54, pág. 258).

Melhor analisado o texto legal que dá ensejo à presente controvérsia, penso que o mesmo (art. 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64) não interfere nas obrigações da seguradora, que, a despeito de haver o mutuário adquirido dois imóveis na mesma localidade através do Sistema Financeiro da Habitação, continua responsável pela cobertura securitária que contratou.

Reza, com efeito, o mencionado inciso legal:

§ 1º. As pessoas que já forem proprietárias, promitentes compradoras ou cessionárias de imóvel residencial na mesma localidade ... (VETADO) ... não poderão adquirir imóveis objeto de aplicação pelo sistema financeiro da habitação.”

Como se nota, é defeso ao mutuário comprar na mesma localidade dois imóveis através do SFH. Todavia, a lei não impõe uma sanção qualquer para a hipótese de inobservância do citado preceito. Resulta disso que incumbe ao agente financeiro exercer a fiscalização sobre as condições ostentadas pelo interessado na aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação. Esse múnus, como se sabe notoriamente, não é posto em prática pelas instituições financeiras, de sorte que, às mais das vezes, perduram as situações irregulares, sem que o contrato principal (o de empréstimo e de compra e venda) sofra qualquer censura. Então, como na hipótese *sub judice*, persistindo a validade

do contrato de financiamento e de compra e venda, não faz sentido reputar-se ineficaz o contrato de seguro, que, por sinal, se aperfeiçoou às inteiras com o recebimento do prêmio pela seguradora. Assim, a infringência do estatuído no art. 9º, § 1º, da referida Lei nº 4.380/64, é para ela — seguradora — irrelevante. A circunstância não a favorece, como decidiram as instâncias ordinárias.

Essa, por sinal, a jurisprudência da 4ª Câmara do mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, podendo ser ressaltado um dos arestos invocados pelo julgado ora recorrido, que se acha inserto na Revista de Jurisprudência do TJRS vol. 79, pág. 422, Rel. Des. Bonorino Buttelli:

“De salientar, ainda, que a Lei nº 4.380, ao dispor que não poderão adquirir imóveis, objeto de aplicação pelo Sistema Financeiro de Habitação, as pessoas que já forem proprietários de imóvel residencial na mesma localidade (art. 9º, § 1º), diz com o próprio financiamento. Desde que concedido, ainda mesmo por liberalidade, independentemente da venda do imóvel já de sua propriedade, como adquirente de habitação formulada pelo SFH, o financiado contrata seguro de vida de renda temporária, nas condições fixadas pelo BNH, integrando, obrigatoriamente, o contrato de financiamento (art. 14). A expressão ‘integrará o contrato de financiamento’ não significa que não serão cobertos os riscos discriminados nas condições da apólice, se concedido o financiamento com desobediência das aplicações do SFH. Tal hipótese não está entre os ‘riscos excluídos’. Só aquilo que ‘interferisse’ quanto ao risco, agravando-o, é que poderia liberar a seguradora do contrato.” (pág. 228).

Nesses termos, reformulando a premissa posta quando do exame do Recurso Especial nº 20618-RS, penso que incorreu, *in casu*, afronta à norma do art. 9º, § 1º, em relação à empresa seguradora, uma vez que continuou ela responsável pela cobertura securitária inobstante a irregularidade havida. Tanto mais que, como salientado, permaneceu recebendo o prêmio do seguro sem nenhum reclamo. Vale acentuar ainda que o pagamento do seguro correspondente ao primeiro imóvel adquirido pelo mutuário foi solvido por outra seguradora, de tal modo que não se pode falar, na espécie, em duplicidade de indenização.

De outro lado, o *decisum* recorrido não cuidou da particularização dos riscos formalizados no contrato de seguro, com vistas ao disposto no art. 1.460 do Código Civil. O tema, conforme se pode verificar, não foi objeto de questionamento, sendo daí de aplicar-se à hipótese *sub judice* os princípios enunciados nas Súmulas 282 e 356 do STF.

Por derradeiro, o conflito pretoriano não se configura no caso vertente. Dois dos julgados trazidos à colação pela recorrente provêm do mesmo Tribunal (TJRS). O aresto originário do Tribunal Federal de Recursos, além de não haver sido indicada a fonte oficial ou autorizada, trata de matéria não versada no Acórdão hostilizado. E o paradigma do Tribunal cearense adstringe-se ao exame do tema sob o enfoque de cláusulas contratuais, o que, consoante dito acima, não foi objeto de perquirição pelo julgado recorrido.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o meu voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentíssimos Colegas, cuida-se de um daqueles casos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, em que, em acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação 586.029.688, julgado em 26-08-86, proferi voto, como relator, entendendo que:

“As pessoas que já forem proprietárias ou promitentes compradoras de imóvel residencial na mesma localidade não poderão adquirir imóveis financiados pelo BNH. No caso de aquisição de mais de um imóvel, com financiamento pelo BNH, a cobertura do seguro pelo evento morte somente atinge o primeiro contrato firmado.”

O eminente Ministro Barros Monteiro, em seu voto, sublinhou que a orientação pretoriana, a propósito da inteligência do citado art. 9º, § 1º, da lei nº 4.380/64, no que pertine ao seguro-habitacional, não é pacífica. Lembrou também aresto do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, relator o hoje Ministro Hélio Mosimann, em que se considera que a seguradora, em aceitando a proposta e recebendo os prêmios regularmente, torna-se sempre devedora de indenização pelo sinistro do risco de morte do financiado.

O ilustre relator, Min. Barros Monteiro, tem como ponto culminante de seu voto as seguintes considerações:

“Como se nota, é defeso ao mutuário comprar na mesma localidade dois imóveis através do SFH. Todavia, a lei não impõe uma sanção qualquer para a hipótese de inobservância do citado preceito. Resulta disso que incumbe ao agente financeiro exercer a fiscalização sobre as condições ostentadas pelo interessado na aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro da Habitação. Esse múnus, como se sabe notoriamente, não é posto em prática pelas instituições financeiras, de sorte que, às mais das vezes, perduram as situações irregulares, sem que o contrato principal (o de em-

préstimo e de compra e venda) sofra qualquer censura. Então, como na hipótese *sub judice*, persistindo a validade do contrato de financiamento e de compra e venda, não faz sentido reputar-se ineficaz o contrato de seguro, que, por sinal, se aperfeiçoou às inteiras com o percebimento do prêmio pela seguradora. Assim, a infringência do estatuído no art. 9º, § 1º, da referida Lei nº 4.380/64, é para ela — seguradora — irrelevante. A circunstância não a favorece, como decidiram as instâncias ordinárias.”

E traz à colação acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do qual foi relator o saudoso Desembargador Bonorino Buttelli, aresto este cuja parte mais relevante vem transcrita em seu pronunciamento.

Os eminentes Colegas conhecem minha orientação, manifestada no REsp nº 2618, no qual, pela circunstância de que o outro imóvel financiado não se situava na mesma localidade, ou seja, no mesmo núcleo urbano, neguei ganho da causa à Atlântica Seguros S/A, manifestando, todavia, a opinião de que, não fora essa circunstância, a seguradora não responderia relativamente ao segundo imóvel, adquirido em desobediência aos preceitos legais.

Apesar disto, confesso aos eminentes Colegas que restei convencido pelos argumentos manifestados pelo eminente relator e por aqueles constantes do acórdão de que foi Relator o saudoso Desembargador Bonorino Buttelli. Aproveito, assim, a oportunidade para reformular meu pensamento, passando, a comungar do posicionamento do eminente Relator, máxime pelo argumento básico de que, não tendo sido anulado o segundo contrato de compra e venda, não teria sentido ou fundamento maior o negar eficácia ao pacto de seguro ao mesmo vinculado e dele decorrente.

Por este motivo, alterando, como disse, a minha orientação, acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, acompanho o Relator pelos fundamentos expostos e pelo que V. Exa. acrescentou de fundamentos nesta decisão.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3561 — RS — (Reg. nº90.0005451-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Atlântica Seguros S/A. Recorridos: Salete Teresinha Panato e outros. Advogados: Drs. Geraldo Nogueira da Gama e outros e José Eduardo Boeira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (Em 02-10-90, 4ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo, votaram com o relator. Ausente, por motivo justificado o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.835 — PR
(Registro nº 90.0006201-2)

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

Recorrente: *Manaiba Agro-Indl. Ltda*

Recorrido: *Jurandir Zubatch e outro*

Advogados: *Dra. Marly de Cassia M. F. Regiani, Dr. Marques Hudson Cores*

EMENTA: Processo Civil. Uniformização de jurisprudência. Suscitação. Faculdade do juiz. Direito cambial. Nota promissória. Data e lugar da emissão em branco. Ineficácia cambial do título. Recurso conhecido pelo dissídio, mas desprovido.

A suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e do prestígio que se deve dar a esse louvável e belo instituto.

A promissória, que não conta com data de emissão até o momento do ajuizamento da ação, não se mostra hábil como título cambial exequível.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Consta da parte expositiva da decisão de fls. 70/71, que admitiu na origem o recurso:

“Trata-se de recurso especial interposto contra a decisão da Egrégia 2ª Câmara Cível deste Tribunal que, reformando a v. sentença, acolheu os Embargos à Execução de Título Extrajudicial opostos por Jurandir Zubatch e outro. O acórdão foi assim ementado:

“Embargos à execução. Nota promissória. Data e lugar da emissão em branco. Ineficácia do título à falta de pressupostos essenciais. Artigos 75 e 76 da Lei Uniforme. Recurso provido.

A teor dos artigos 75 e 76 da Lei Uniforme, a indicação de data e local da emissão, são requisitos de validade e suas ausências tornam ineficaz a cambialidade do título.”

Inconformada, Manaiba Agro-Industrial Ltda. interpõe o presente recurso com base no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal, onde alega que a Câmara Julgadora, ao reconhecer que a posição neste próprio Tribunal não é pacífica no que diz respeito aos requisitos formais da nota promissória, violou o art. 476 do Código de Processo Civil, ao não suscitar o incidente de uniformização de jurisprudência. Sustenta, ainda, o dissídio jurisprudencial (RT 582/102; RT 577/248; Acórdão nº 24.747 do TAPR).”

Processou-se o apelo, não tendo o recorrido apresentado suas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Conheço do recurso pelo dissídio, a propósito de ambos os fundamentos, a saber, em relação à suscitação da uniformização de jurisprudência e à validade ou não do título cambial desprovido de data e lugar de emissão.

Quanto ao primeiro deles, sem embargo do paradigma paulista trazido a confronto (A. Rescisória 251.720, TJSP, RT 505/105) e de conhecidas posições doutrinárias que avalizam a tese da recorrente, não abrigo sua pretensão.

É certo que o próprio Buzaid, autor intelectual do vigente Código de Processo Civil e principal responsável pela introdução do instituto no direito brasileiro, se manifestou mais de uma vez no sentido da obrigatoriedade do juiz suscitar o incidente quando ocorrentes os seus pressupostos (cfr. “Anais do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada”, Belo Horizonte, 1983; Revista de Ajuris 34/89). Recordando outras manifestações do ilustre processualista, observou, porém, Sydney Sanches que a “*mens legis* nem sempre preserva a *mens legislatoris*”, aduzindo que, estando na lei o verbo “competir” e, em vernáculo, tendo este também o sentido de “caber, tocar o direito de”, “por esse caminho se poderá sustentar que se trata de faculdade e não de dever do juiz”, mesmo porque sem sanção eventual descumprimento da norma, declinando o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal razões compreensíveis que, na prática, desestimulam muitas vezes o magistrado em tomar a iniciativa (“Uniformização da Jurisprudência”, RT 1975, cap. VI).

Com efeito, tivéssemos um outro sistema judiciário, sobretudo sem o volume brutal de serviço a cargo de um número inexpressivo de julgadores, poder-se-ia acolher a tese da obrigatoriedade. Não, contudo, em nossa realidade, sendo de recordar-se que a própria lei ainda faculta às partes provocar a suscitação. Daí a razão pela qual não vingou no foro a tese da obrigatoriedade, sem nos esquecermos da circunstância de que o elogiável instituto da uniformização de jurisprudência deve servir de meio de aprimorar a entrega da prestação jurisdicional e nunca de entrave a essa, com expedientes de cunho protelatório, em ofensa ao princípio da celeridade.

Quanto ao segundo fundamento, não obstante também reconhecer o dissenso na matéria, igualmente desprovejo o recurso.

A propósito, em acórdão unânime, em 14.8.pp., decidiu esta 4ª Turma, no REsp 2342 — PR, em acórdão assim ementado (DJ de 10-9-90):

“Execução. Nota promissória. Não preenchimento da data da emissão. Artigos 75, item 6, e 76, da Lei Uniforme.

A nota promissória sem data de emissão, nos termos da Lei Uniforme, arts. 75, item 6, e 76, não se caracteriza como título executivo, ainda que se possa admitir o preenchimento do claro pelo portador; mas há de fazê-lo até o ajuizamento da ação.

Caso contrário, ocorre carência da ação de execução, à falta de título executivo regular.

Recurso especial conhecido pela alínea c, mas desprovido.”

Do voto condutor daquele aresto, do Ministro Athos Carneiro, colhe-se:

“Não vislumbro contrariedade à lei federal, eis que o Decreto nº 2.044/1908, e pois seu artigo 54, § 1º, foi revogado pelas posteriores disposições da Lei Uniforme.

Assim o magistério de Fran Martins:

“À semelhança da letra de câmbio, a nota promissória deve trazer, obrigatoriamente, segundo a Lei Uniforme, a indicação da data em que é passada, sob pena de não ter efeito como promissória o título que não a contiver, já que a lei de Genebra, ao contrário do que acontecia com a brasileira (Lei nº 2.044, artigo 54, § 1º), não deu ao portador mandato presumido para, à falta de data, inseri-la no título” (“Títulos de Crédito”, Forense, 1989, pág. 385).

No mesmo sentido Wilson Campos Batalha:

“O art. 1º da Lei Uniforme exige a indicação da data da emissão e a época do pagamento. A omissão da época do pagamento indica tratar-se de cambial à vista. A omissão da data de emissão era, no direito anterior, considerada irrelevante, salvo hipóteses de má-fé (p. ex., as promissórias, sem data à época em que se impunha o registro dentro de certo prazo, contado da data de emissão). Em regra, a cambial não seria prejudicada pela omissão, falsidade ou mesmo inverossimilhança de data (Whitaker, p. 65). Face à Lei Uniforme, entretanto, diverso é o entendimento: é requisito essencial para a validade do título a indicação da data em que a letra, ou a nota promissória são emitidas” (“Títulos de Crédito”, Forense, 1989, pág. 167/168).

O posicionamento doutrinário encontra respaldo amplo no Excelso Pretório.

Assim o aresto da colenda 1ª Turma, julg. em 22-4-86, Relator o eminente Ministro Sydney Sanches, RE 104.458-6 — GO, sob a ementa que se segue (DJU, 20-6-86):

“Nota promissória sem data de emissão. Ineficácia como título executivo enquanto não preenchida nesse ponto. Art. 75, nº 6, da Lei Uniforme. Carência da ação de execução declarada no acórdão recorrido. Recurso extraordinário, pela letra *d*, conhecido mas improvido.”

Vale citar, outrossim, o acórdão no RE 100.828 — SP, 1ª Turma, julg. em 25-9-84, Relator o eminente Ministro Néri da Silveira (RTJ, 121/189):

“Execução. Nota promissória. Data de emissão. Sua ausência importa em descaracterização do título. Portador do título pode preencher o claro, mas há de fazê-lo, até o ajuizamento da ação; de contrário, ocorre carência da execução, por falta de título executivo regular. Lei Uniforme, arts. 10, 76 e 77. Ineficácia do título. Autonomia do aval: matéria não prequestionada no acórdão. Súmulas nºs 282 e 356. Negativa de vigência dos arts. 10 e 76, da Lei Uniforme, não caracterizada. Dissídio pretoriano que não se comprovou. Recurso extraordinário não conhecido.”

Da colenda 2ª Turma, v.g., o aresto no RE 86.796 — CE, julg. em 19-4-77, relator o eminente Ministro Moreira Alves, *in* RTJ 82/601.”

No mesmo sentido, dentre outros, confirmam-se ainda:

1. “Execução. Nota promissória. Data de emissão. Sua ausência importa em descaracterização do título. Portador do título pode preencher o claro, mas há de fazê-lo, até o ajuizamento da ação; de contrário, ocorre carência da execução, por falta de título executivo regular. Lei Uniforme, arts. 10, 76 e 77. Ineficácia do título” (RE 100.828, Relator Min. Sydney Sanches, DJU de 23.8.85);

2. “Nota promissória sem data de emissão. Ineficácia como título executivo, enquanto não preenchida nesse ponto. Art. 75, nº 6, da Lei Uniforme. Carência da ação de execução declarada no acórdão recorrido” (RE 104.458, Relator Min. Néri da Silveira, DJU de 20-6-86).

Em suma, e em conclusão, conheço do recurso pelo dissídio, mas o desprovejo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Também estou de pleno acordo. Poderia inclusive acrescentar, no pertinente à uniformização de jurisprudência, que há acórdão desta Turma, de que fui Relator, onde se firmou posição no sentido de que a oportunidade, no incidente de uniformização, fica ao prudente critério dos julgadores, e portanto não decorre *ipso facto* da divergência. Este acórdão foi proferido no Recurso Especial nº 1.865 — RJ, do qual a ementa é a seguinte:

“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 arguição 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 nº 6.649/79.

Recurso especial não conhecido.”

Deste modo, acompanho o eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.835 — PR — (Reg. nº 90.0006201-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: Manaiba Agro-Indl/Ltda. Recorridos: Jurandir Zubatch e outro. Advogados: Dra. Marly de Cássia M.F. Regiani e Dr. Marques Hudson Cores.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento (4ª Turma — 02-10-90).

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

Ausente, por motivo justificado, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 4034 — SP (Registro nº 90.6706-5)

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

Relator para acórdão: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Gabriel Dias Baeta e cônjuge*

Recorrido: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Moisés Akselrad e outros; Ana Teresa C. Gouffon e outro*

EMENTA: Execução Fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada dissolvida regularmente. Acolhida a preliminar de prescrição do direito de ação da fazenda. Impossibilidade e nulidade da penhora em bens dos sócios, que jamais exerceram a gerência da empresa.

Consolidado o débito fiscal em 1978, os embargantes somente foram citados em 1986, mais de 05 (cinco) anos decorridos. A interrupção da prescrição não atinge os sócios ora recorrentes.

Por serem de ordem pública os institutos da prescrição e da decadência, é viável a apreciação do tema no âmbito do recurso especial. Precedentes nos RESPs. nºs 4.033, 4.034, 4.487 e 4.448.

Inaplicável, *in casu*, o verbete da Súmula nº 78 do extinto TFR.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, renovado o julgamento, com a participação do Sr. Ministro José de Jesus, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Hélio Mosimann, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 07 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator para acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Recurso Especial interposto por Gabriel Dias Baeta e cônjuge nos autos da execução fiscal em que contende com a Fazenda do Estado de São Paulo.

Os Recorrentes, com base no disposto no art. 105, III da Constituição da República, arguem contrariedade de lei federal e divergência jurisprudencial.

Os Recorrentes, quanto à alínea *a* sustentam contrariedade do art. 135, III do CTN e da Lei nº 3.708/79, art. 10.

Relativamente à alínea *c*, sustenta divergência com decisões do Supremo Tribunal Federal.

A sentença acolheu a preliminar de prescrição, presente nos embargos, extinguindo o processo de execução com julgamento do mérito. (fls. 106/108).

O v. acórdão decidiu afastar a prescrição, dando provimento ao recurso. Entendeu que “os sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, quando chamados para responder pelo débito tributário, na forma prevista no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, não se beneficiam de prazo prescricional autônomo e distinto daquele relacionado à empresa” (fls. 128/129).

O r. despacho do ilustre substituto do 4º Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial com fundamento nas alíneas *a* e *c*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Sr. Presidente, a sentença monocrática tem o seguinte dispositivo:

“Isto posto e, por tudo o mais que dos autos consta, *acolho* a preliminar de prescrição, deduzida nos embargos à execução, opostos por Frangabi Indústria e Comércio Ltda contra a Fazenda do Estado de São Paulo, com o julgamento do mérito, declarando insubsistente a penhora, extinguindo o processo de execução.”

Na apelação cível, o Egrégio Tribunal, dissentindo do entendimento, diz:

“Do exposto, incorporado o relatório constante dos autos, dão provimento aos recursos, por maioria, para afastar a prescrição reconhecida pela r. sentença e determinar o retorno do feito à origem, para decisão quanto aos demais pontos da lide, vencido o Terceiro Juiz que os improvia.”

Nos embargos infringentes, que seguiram a essa decisão, a matéria foi mantida.

O Superior Tribunal de Justiça não constitui uma Terceira Entrância. As suas decisões, portanto, não têm a natureza jurídica de apelação; limitam-se, exclusivamente, nos limites do art. 105, na hipótese de recurso especial, a examinar a legalidade da decisão recorrida, em face de lei federal em harmonia com a jurisprudência, além da coerência de lei local com a lei federal. Em sendo assim, algumas das matérias deduzidas na sustentação oral, que por sua vez o foram na petição do recurso especial, refogem, parece-nos, *data venia*, ao âmbito do recurso especial, limitado que deve ser à matéria da prescrição, se teria ocorrido ou não; ao contrário, o recorrente, inclusive, colaciona jurisprudência que não é relativa à hipótese, mas à legitimidade passiva *ad causam*,

matéria não apreciada; portanto, repita-se, exclusivamente, enfrentado o tema da prescrição.

A execução foi ajuizada no dia 02 de maio de 1979; a inscrição da dívida é do dia 21 de dezembro de 1978; a citação, porém sem penhora, dada a declaração de inexistência de bens encontrados, do dia 08 de outubro de 1982; a seguir, em face da diligência do meirinho, requerimento da Fazenda para citação e penhora dos bens particulares dos sócios co-responsáveis, segundo alega, no dia 19 de novembro de 1984. Após, seguiu-se a penhora de uma linha telefônica, de que são titulares os sócios, no dia 08 de maio de 1986. O confronto dessas datas, *data venia*, conforta a decisão recorrida. Há jurisprudência já assente, inclusive nesta Casa, de que a eventual demora na citação, uma vez que decorra não de negligência imputada à parte, mas às dificuldades naturais do serviço forense, não podem ser debitadas ao interessado. Não ocorreria a decadência ou mesmo a prescrição.

Em razão disso, confrontando, repita-se, os dados cronológicos mencionados, está correta a decisão, pelo que não conheço do recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na assentada desta Eg. Turma de 22 de agosto do corrente ano, após o voto do eminente relator Ministro Vicente Cernicchiaro não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelo não menos eminente Ministro Hélio Mosimann, pedi vista dos autos, trazendo-os, agora, com o meu voto.

A decisão singular assim resumiu a controvérsia:

“Frangabi Indústria e Comércio Ltda. ofereceu os presentes embargos à execução contra a Fazenda do Estado de São Paulo, alegando em resumo preliminarmente que, indevida a cobrança do débito fiscal, apurado por auto de infração e imposição de multa, recaindo a penhora sobre os bens particulares de ex-sócio de firma com atividade já encerrada, pela revisão de lançamento por erro de fato e de direito, alcançando o crédito tributário pela prescrição, além de ser nula a inscrição por exigir acréscimo julgado inconstitucional. No mérito, as operações de fabricação de seus produtos, sujeitos à incidência do IPI, estavam isentas do ICM, ante o que é improcedente a execução fiscal, condenando-se a embargada em todos os consectários legais, consoante a inicial e documentos juntados a fls. 32/90.

Impugnação da embargada, aduzindo em suma que, as preliminares argüidas pela embargante de isenção, pelo não enqua-

dramento como produto sobre o qual incide o IPI é infundado, por ser a matéria de reserva de lei. A prescrição, com entendimento de que o caso seria de decadência, como extintivo ao direito de constituição e cobrança do crédito tributário são inócuentes ao caso deste processo, não se atribuindo a culpa do retardamento da citação à lide a Fazenda Pública e, a inclusão de acréscimo de 20% não induz a nulidade da certidão que deve ser substituído pela verba honorária, com base em reiterada jurisprudência, pleiteando a improcedência dos embargos com todas as cominações legais.

Requisitado o procedimento administrativo, em apenso.”

A sentença acolheu a preliminar de prescrição e decretou a extinção do processo nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Apelando, a Fazenda do Estado obteve a reforma da decisão, cujo acórdão da Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tomado por maioria, contém a seguinte fundamentação (fls. 127/128):

“A sociedade por quotas de responsabilidade limitada, da qual os embargantes eram sócios, foi autuada e multada pelo Fisco estadual, pelo não recolhimento do ICM sobre operações que realizara.

O auto de infração e imposição de multa, então lavrado, data de 27 de agosto de 1975 e a prescrição do crédito tributário, que consubstancia, teve curso a partir de 3 de outubro de 1978, data esta em que, mediante publicação inserta no órgão da imprensa oficial e carta que lhe foi encaminhada, a empresa em questão recebeu notícia da solução dada aos recursos administrativos que havia interposto (fl. 77 do apenso).

Embora desnecessário, lembre-se que o prazo prescricional não corre, enquanto o crédito tributário está em fase de discussão no âmbito administrativo (“RJTJESP” — 109/173).

Ora, de 3 de outubro de 1978 até 8 de outubro de 1982, data esta em que a devedora foi citada (fl. 13 v.), não se verificou o decurso do quinquênio prescricional.

É irrelevante que os sócios da executada, ora embargantes, tenham sido citados para os termos da ação de execução em causa em 8 de maio de 1986 (fl. 22 v.), data esta em que o lapso prescricional sem dúvida já teria escoado.

E isto porque, como já decidiu a Egrégia Câmara, em V. Acórdão da lavra do ilustre Desembargador Milton Cocco

(Apelação Cível nº 120.738-2), os sócios de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, quando chamados para responder pelo débito tributário, na forma prevista no artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional, não se beneficiam de prazo prescricional autônomo e distinto daquele relacionado à empresa.”

Com estes fundamentos, vencido o eminente Des. Manoel Alves que entendia consumada a prescrição, foi determinado o retorno do feito à origem, para decisão quanto aos demais pontos da lide.

Opostos os infringentes, por igual *quorum* aquele colegiado os rejeitou, em aresto assim fundamentado (fls. 151/152):

“O v. acórdão embargado cita como precedente desta Câmara o julgamento proferido na Apelação nº 120.738-2 (fl. 128).

Este relator designado participou do aludido julgamento como terceiro juiz, tendo declarado voto vencedor, onde fez consignar:

“Comentando o art. 135, do Código Tributário Nacional, escreveu Aliomar Balleiro: ‘o caso, diferentemente do anterior, não é apenas de solidariedade, mas de responsabilidade por substituição. As pessoas indicadas no art. 135, passam a ser os responsáveis ao invés de contribuinte’ (Direito Tributário Brasileiro, 8ª ed., 1976, pág. 448)”, para, em seguida, acrescentar:

“Assim se a responsabilidade prevista no art. 135, III, Código Tributário Nacional, é subsidiária especial ou por substituição (‘passam a ser os responsáveis ao invés de contribuinte’), a interrupção da prescrição contra o contribuinte opera também contra o responsável subsidiário ou por substituição.

Nessa linha de raciocínio, é de ser prestigiada a orientação do acórdão embargado, que, afastando a prescrição, determina “o retorno do feito à origem, para a decisão quanto aos demais pontos da lide” (fl. 128).

Rejeitados os declaratórios (fl. 167) interpuseram os embargantes recurso especial, apoiados nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, onde alegam negativa de vigência aos artigos 100, III e § único, 135, *caput* e inciso III, 146, 149, 150, § 4º e 174 do Código Tributário Nacional; 10 da Lei nº 3.708/19, 219 e 264, § único do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Admitido pelo despacho de fls. 237/238, o recurso, não contra-arrazoado pela recorrida, subiu a esta Corte.

S. Exa. o Sr. Ministro Relator proferiu o douto voto que ora leio: lê.

O MM. Juiz Osmar Bocci assim fundamentou a decisão de primeiro grau (fls. 107/108):

“...assiste razão à embargante na preliminar levantada de prescrição do direito de ação da embargada, visto que embora discutível a ocorrência da decadência, porém, a extinção do direito de cobrança do crédito tributário consumou-se, pois que, restrito por decisão no processo administrativo ao débito fiscal apurado do exercício de 1973, a citação pessoal feita ao devedor (à fl. 16-verso) somente ocorreu em 08 de outubro de 1982, portanto há mais de um lustro, à data da autuação em 27 de agosto de 1975 pela fiscalização (à fl. 3).

Com efeito, não aproveita à embargada a alegação de que a paralisação e ausência de citação da embargante neste processo não possam ser atribuídas à culpa da exequente, mas, à falha no mecanismo do funcionamento da Justiça, em verdade, o retardamento foi devido ao seu pedido para a suspensão do processo, aguardando-se provocação no arquivo (à fl. 13).

Todavia, ainda que se alegue que isso é permitido por lei, a despeito de contrariar o princípio geral de que não pode haver obrigações patrimoniais imprescritíveis e o art. 174, do CTN, na realidade o lapso prescritivo do direito à ação da Fazenda Pública já transcorreu entre a data da constituição do débito, consistente na diferença apurada no Auto de infração e imposição de multa (AIIM), como isentas as operações tributadas no exercício fiscal de 1973 (à fl. 3-verso), e, a efetivação da citação do ex-sócio da embargante (à fls.), uma vez que esta é que tem o condão de interromper a prescrição, nos termos do art. 219, do CPC.

Assim, diante do pronunciamento da prescrição ao direito de ação para a cobrança do débito pela Fazenda Pública, ante ao decurso de prazo superior a um lustro, impõe-se a extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.”

No julgamento da apelação interposta pela fazenda do Estado destaco o teor do voto vencido, da lavra do Desembargador Manoel Alves (fl. 129):

“Entendo consumada a prescrição no presente caso.

A pessoa jurídica da sociedade não se confunde com a física de seus sócios.

Assim, consolidado o débito fiscal em 1978, o embargante só foi citado em 1986, mais de cinco anos depois.

A interrupção do prazo, a meu ver, não atinge a pessoa do sócio.

Por tais motivos, divergi da douta Maioria, reiterando o meu entendimento constante da Apelação nº 120.738-2.”

Ante as bem lançadas razões aduzidas às fls. 170/200 do processado, fortalecidas pelos venerandos acórdãos do Colendo Supremo Tribunal Federal colacionados pelos recorrentes, o recurso especial foi admitido às fls. 237/239, *in verbis*:

“Discute-se sobre a ocorrência, ou não da prescrição, em hipótese em que a sociedade devedora fora citada antes do decurso do quinquênio prescricional, enquanto os sócios, responsáveis por substituição, só foram citados após o transcurso do prazo prescricional.

O tema foi devidamente prequestionado.

O Pretório Excelso já decidiu que: “Quando a interposição do recurso extraordinário ventila relevantes teses de direito, sobre as quais ainda não há jurisprudência predominante do STF, recomenda-se tolerância na admissão, para melhor exame da matéria” (AG. I. 34.028-MG, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 38/574).

Idêntico critério já foi adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao ensejo do julgamento do AI nº 204-PR, Rel. Min. Costa Leite, DJU de 5-10-89, p. 15.479).

E, apesar de fundamentado o aresto impugnado, acolhe-se como relevante o ponto de vista dos recorrentes sobre o tema, a merecer o deferimento do recurso, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça se manifeste a respeito.

Assim, e sem pretender adiantar juízo quanto ao acerto ou desacerto do acórdão recorrido, reconheço que o tema encontra-se bem posto na petição de interposição, convindo que os autos subam ao novo Tribunal Superior.

Defiro o seguimento do recurso especial (Súmula 292).”

O eminente Ministro Vicente Cernicchiaro ao concluir o seu pronunciamento assim o fez:

“Em razão disso, confrontando, repita-se, os dados cronológicos mencionados, está correta a decisão, pelo que não conheço do recurso.”

Peço respeitosa vênua a S. Exa. para divergir do seu entendimento, a partir da afirmação de ser o recurso especial incabível na espécie. Entendo que os institutos da prescrição e da decadência visam à preservação da ordem pública,

daí que envolvendo a causa a ocorrência de qualquer um deles, o *thema decidendum*, ainda que necessário ao juiz analisar os elementos fáticos para chegar à conclusão de estar ou não prescrito ou decadente o direito de ação, a relação jurídica torna-se suscetível de apreciação e julgamento no âmbito recursal extraordinário.

Esta Turma julgou recursos especiais na sessão de 10 de outubro último, nos quais o exame da prescrição foi minuciosamente desenvolvido. Trata-se dos RESPs nºs 4.033-RS, 4.034, 4.487 e 4.488, estes de São Paulo, todos relatados pelo ínclito Ministro Ilmar Galvão.

Nesta espécie, o recurso especial foi interposto com fundamento no artigo 105, inc. III, *a* e *c* da vigente Constituição Federal. À leitura das intervenções dos ora recorrentes nas várias fases processuais em primeira e segunda instâncias e, finalmente, nas razões do recurso especial *sub examine*, eles sempre alegaram — e a meu ver com inteira razão — negativa de vigência ao artigo 135 — *caput* e inciso III do Código Tributário Nacional, tanto quanto ao artigo 10º da Lei nº 3.708, de 10-01-1979.

A argumentação desenvolvida pelos recorrentes tem respaldo nas decisões do Pretório Excelso, *verbi gratia* nas ementas que encimam os julgados em que se arrimam eles, dentre os quais assumem especial relevo os de fls. 201, 206, 210, 211, 213, 219, 222, 224, 226, 227, 230 e 232, todos no mesmo sentido. Expressivo o julgado no Recurso Extraordinário nº 107.323-3-RJ, de que foi relator o preclaro Ministro Néri da Silveira, 1ª Turma do STJ (DJ de 28-08-1987). Eis o que diz a ementa:

“Execução Fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que não mais existe. Citação e penhora de bens dos sócios. Somente cabe, se já integralizado o capital social, contra o sócio-gerente, que tenha agido com excesso de mandato ou violação do contrato ou da lei. CTN, art. 135, I e II. Não afirmou o acórdão recorrido tratar-se de sócio-gerente da devedora. Inviável, em recurso extraordinário, discutir esse ponto. Súmulas 279, 282 e 356. Recurso extraordinário não conhecido.”

Não vejo como se possa aplicar ao caso presente o verbete da Súmula nº 78 do extinto TFR, segundo a qual a demora na citação, por dificuldades do serviço forense, não acarreta a prescrição, pois na verdade o que se concretiza na espécie é que a execução foi ajuizada em 02 de maio de 1975 contra a firma “Frangabi Ind. e Com. Ltda”. (fl. 02 dos autos). Somente em 19 de novembro de 1984, portanto decorridos mais de 5 (cinco) anos, a Fazenda do Estado requereu a citação e penhora de bens particulares dos sócios, ato esse que somente se efetivou em 22-04-86. Não há nenhum sinal nos autos de que a demora na citação possa ser imputada aos mencionados sócios ou que tenha havido qualquer dificuldade atribuível ao mecanismo judiciário.

A peça que se constitui nos embargos à execução traz, sem qualquer contradição do exequente, estas alegações que transcrevo (fls. 33/34):

“Conforme se vê do teor do verso da Certidão da dívida ativa e se confirma pela própria cópia do auto de infração nº 00144 Série D, de 27-08-1975 (doc. anexo nº 2) a autuação decorreu do fato de ter a firma executada promovido a saída, no período de janeiro de 1973 até dezembro de 1973, de máquinas industriais assadeiras de carnes e frangos, considerando essas operações isentas do tributo estadual, enquanto a Fazenda, que à época dos fatos geradores as entendia efetivamente isentas, anos após passou a considerá-las tributadas.

A firma executada, Frangabi Indústria e Comércio Ltda., da qual os embargantes eram sócios quotistas, tratava-se de uma sociedade de capital, sob o regime de quotas, com responsabilidade limitada, e que teve suas atividades regular e legitimamente encerradas em 31 de dezembro de 1973, mediante formal distrato e imediata e regular comunicação às repartições fazendárias estaduais, como consta da Declaração Cadastral (DECA) de nº 00700 (doc. anexo nº 3), situação aliás expressamente reconhecida e indicada na própria certidão da dívida ativa, bem como no C.G.C. (MF) (doc. anexo nº 4/6).

Quando do encerramento em 31-12-1973, normal, regular e declarado, todos os livros e documentos fiscais da executada foram entregues à repartição fiscal da Fazenda do Estado, que os examinou, antes de aceitar o pedido de encerramento, e após reconhecer e acatar a regularidade da situação e o encerramento, concedeu a respectiva baixa e cancelamento da inscrição, bem como após o termo de encerramento desses livros e documentos, com a conseqüente homologação fiscal dos lançamentos respectivos, isso em 13-2-1974.

Importante neste passo a fixação das diversas datas, porque a firma extinguiu-se regularmente em 31-12-1973, teve homologados os lançamentos nos livros fiscais em 13-2-1974, com a regular baixa de inscrição, e o auto de infração foi lavrado em 27-8-1975 e retificado em 10-6-76, já estando a firma, de há muito, extinta, de forma regular e reconhecida pela Fazenda, tendo a dívida sido inscrita em 28-12-1978. A petição inicial, datada de 30-3-79 só foi despachada em 2-05-79, o aditamento da inicial para citação dos ex-sócios-embargantes, é datado de 31-10-84, porém só foi levado a despacho em 1-10-85, tendo a

citação das pessoas físicas sido efetivada em 30-4-1986 e a penhora realizada em 8-05-1986.”

Ainda que se admitisse inócua a prescrição, a cobrança executiva não poderia ser feita aos embargantes, que não exerceram a gerência da sociedade, cujos nomes sequer constam da certidão de dívida (cfr. ementas às fls. 38/39.)

Por todas essas circunstâncias estou convencido de que merece conhecimento o recurso pelas alíneas *a* e *c* do inciso III do artigo 105 da vigente Constituição Federal. Daí que, mais uma vez pedindo vênias aos eminentes Ministro Relator e Hélio Mosimann, que o acompanhou, meu voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, com a devida vênias do eminente Ministro Relator e do eminente Ministro Hélio Mosimann, entendo que houve prescrição, porque a dívida foi definitivamente constituída em 1978 e os sócios só foram citados em 1984, quando já decorrido o quinquênio do art. 174. É claro que a empresa foi citada em 1982. Se, na verdade, se tratasse de devedores solidários, a citação de um dos devedores interromperia a prescrição em relação aos outros. Mas o art. 135 fala em responsabilidade pessoal e não em solidária. Os sócios são responsáveis por aqueles créditos correspondentes a obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei. São pessoalmente responsáveis por esses casos. Parece-me que a citação foi com o propósito de submeter os ditos sócios à execução, a título de terem eles agidos com excesso de poderes ou infração à lei.

A Fazenda, aliás, nem sequer alegou que houve excesso de poderes por parte dos sócios, ou que houvessem eles infringido a lei. Entretanto, a responsabilidade desses sócios, se houvesse, seria pessoal mesmo. A citação da empresa não teve o efeito, absolutamente, de interromper a prescrição em relação a eles que foram citados quando fluído o quinquênio prescricional.

Acompanho o voto de V. Exa. Min. Américo Luz.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, o voto do Eminente Ministro Relator, Vicente Cernicchiaro, é de todo respeitável. S. Exa. fez uma análise concisa, como é de seu costume, e concluiu dizendo que há jurisprudência assente nesta Corte, no sentido de que a eventual demora na citação que decorra, não da negligência da parte, mas às dificuldades

naturais dos serviços forenses, não pode ser debitada ao credor, não concorrendo a decadência, nem mesmo a prescrição. Esse é a meu sentir o alcance do voto do eminente Ministro Relator no que foi acompanhado pelo não menos douto Ministro Hélio Mosimann. Em conclusão. A demora no cumprimento dos atos processuais se deveu, única e exclusivamente, ao acúmulo de serviço na Justiça, o que se afasta, de pronto, a matéria prescricional.

Sr. Presidente, V. Exa. pediu vista e examinou, com profundidade a matéria constante dos autos. Recebi cópia de ambos os votos e os examinei. À folha 10 do seu voto, V. Exa. diz: (lê)

“A firma executada, Frangabi Indústria e Comércio Ltda., da qual os embargantes eram sócios quotistas, tratava-se de uma sociedade de capital, sob o regime de quotas, com responsabilidade limitada, e que teve suas atividades regular e legitimamente encerradas em 31 de dezembro de 1973, mediante formal distrato e imediata e regular comunicação às repartições fazendárias estaduais, como consta na Declaração Cadastral (DECA) de nº 00700 (doc. anexo nº 3), situação aliás expressamente reconhecida e indicada na própria certidão da dívida ativa, bem como no C.G.C. (MF) (doc. anexo nº 4/6).

Quando do encerramento em 31-12-1973, normal, regular e declarado, todos os livros e documentos fiscais da executada foram entregues à repartição fiscal da Fazenda do Estado, que os examinou, antes de aceitar o pedido de encerramento, e após reconhecer e acatar a regularidade da situação e o encerramento, concedeu a respectiva baixa e cancelamento da inscrição, bem como após o termo de encerramento desses livros e documentos, com a conseqüente homologação fiscal dos lançamentos respectivos, isso em 13-2-1974.

Importante neste passo a fixação das diversas datas, porque a firma extinguiu-se regularmente em 31-12-1973, teve homologados os lançamentos nos livros fiscais em 13-2-1974, com a regular baixa de inscrição, e o auto de infração foi lavrado em 27-8-1975 e retificado em 10-6-76, já estando a firma, de há muito, extinta, de forma regular e reconhecida pela Fazenda, tendo a dívida sido inscrita em 28-12-1978. A petição inicial, datada de 30-3-79 só foi despachada em 2-05-79, o aditamento da inicial para citação dos ex-sócios-embargantes, é datado de 31-10-84, porém só foi levado a despacho em 1-10-85, tendo a citação das pessoas físicas sido efetivada em 30-4-1986 e a penhora realizada em 8-05-1986.”

Fiz essa leitura, para situar-me num plano.

Antes da Lei nº 6.830 de 1980, as execuções fiscais eram regidas pelo Código de Processo Civil, conforme dispõe seu art. 585, inciso VI. Em razão do disposto no art. 598 do mesmo Código, a citação era disciplinada pelas normas constantes do art. 219 e seus parágrafos. Ordenada a citação, incumbia à parte nos dez dias seguintes promovê-la. Não sendo o devedor citado, deveria o credor pedir prorrogação do prazo até o máximo de 90 dias, para que esta se efetivasse por uma das modalidades constantes do art. 221. Só assim, poderia valer-se da suspensão prevista no art. 791, III, do Código, porque somente após a citação válida, poder-se-á buscar bens à constrição, se não for o débito liquidado no prazo da Lei.

Na hipótese de não se completar a citação, a prescrição não será interrompida (art. 219, § 4º).

Ora, se a Firma se extinguiu regularmente em 1973, cujo ato foi levado a registro; a fiscalização examinou os livros e encerrou a escrita do ponto de vista fiscal, já não tinha mais legitimidade para levantar débitos posteriores, nem poderia acionar uma firma inexistente do ponto de vista legal. Mas, ainda admitindo, de acordo com os dados levantados por V. Exa., na hipótese de estar viva a firma quando se fez o levantamento do débito, na execução, dever-se-ia seguir a sistemática do Código de Processo, o que não ocorreu.

Houve um aditamento a inicial para citação dos sócios já na vigência da Lei nº 6.830, que entrou em vigor no dia 22-12-80, apanhou, a partir de então, o processo na fase em que se encontrava. Poder-se-ia dizer que qualquer pronunciamento do juiz, até usando o art. 40, § 3º, da Lei, poderia dar um efeito suspensivo, se não houvesse a prescrição. Mas quando se fez esse pedido, em 31 de outubro de 1984, o débito já estava prescrito, porque o levantamento se deu em 1986 e só pediram o aditamento em 1984. Quando discutimos essa matéria no extinto Tribunal Federal de Recursos, de que com base no art. 135 do CTN só poderiam ser citados como responsáveis diretos pela firma aqueles que tivessem exercido a gerência. Verifico, pelos votos de V. Exa. e do Sr. Ministro Ilmar Galvão, que não há prova nos autos de que essas pessoas citadas exerceram a gerência da firma.

Com a devida vênia aos Srs. Ministros Relator e Hélio Mosimann, parece-me que não se observou o devido processo legal e a execução foi atingida pela prescrição. Assim sendo, acompanho o voto-vista de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4034 — SP — (Reg. nº 90.6706-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Relator para acórdão: Sr. Ministro Américo

Luz. Recorrente: Gabriel Dias Baeta e cônjuge. Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Drs. Moisés Akselrad e outros; Ana Teresa C. Gouffon e outro.

Sustentou, oralmente, o Dr. Moisés Akselrad, pelos recorrentes.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Aguarda o Sr. Ministro Ilmar Galvão” (2ª Turma — 22-08-90).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Américo Luz conhecendo e dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Ilmar Galvão, verificou-se a insuficiência de quorum, o que enseja a suspensão do julgamento para prosseguir em sessão ulterior, independentemente de nova pauta” (2ª Turma — 24-10-90).

“Renovado o julgamento, com a participação do Sr. Ministro José de Jesus, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Hélio Mosimann, conheceu do recurso e lhe deu provimento” (2ª Turma — 07-11-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Américo Luz, Ilmar Galvão e José de Jesus.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 4042 — SP
(Registro nº90.0006737-5)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Oswaldo Paiva Galante ou Oswaldo Paiva Galante ou Oswaldo Galante ou Marcos da Silva Júnior*

Advogado: *Dr. Wandyr Lozio*

EMENTA: Penal. Continuidade delitiva. Crimes da mesma espécie.

Estupro e atentado violento ao pudor são crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie, não se estabelecendo entre eles, pois, o nexa da continuidade. 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, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar o r. 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, 13 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE: O parecer do Ministério Público Federal, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Roberto Casali, assim sumariou e apreciou a espécie:

“Trata-se de recurso especial da Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, impugnando com base no art. 105, inc. III, letra c, da Constituição Federal, a decisão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que, reformando parcialmente a sentença condenatória do Juiz da 5ª Vara Criminal da Comarca de Santo André (f. 123-8), não reconheceu concurso material no estupro e atentado violento ao pudor (f. 160-2).

A decisão recorrida — demonstra a recorrente — discrepa da jurisprudência do Supremo Tribunal, a teor dos acórdãos indicados na petição recursal de f. 165-70.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal (Rv. Cr. 4.762-SP, RR EECr. 108.125-2-SP, 111.083-0-PR, 114.325-8-SP e HC 66.575-6-RJ), trazidos à colação pela recorrente, demonstram a saciedade que a orientação firme do Excelso Pretório é no sentido de que não se configura continuidade delitiva a prática contra a mesma vítima de estupro e atentado violento ao pudor, porque são crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie.

Em face do exposto parece-nos se deva conhecer e dar provimento ao recurso para, reformando a decisão recorrida, restabelecer a sentença de origem.”

É o relatório, Sr. Presidente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LEITE (Relator): o. r. aresto recorrido admitiu a continuidade delitiva por entender que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor são da mesma espécie, dissentindo, assim, dos julgados trazidos a confronto pelo recorrente, que, de resto, estampam a firme orientação do colendo Supremo Tribunal Federal a propósito do tema, posta no sentido de que se tratam de crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie.

Irreprochável, a meu sentir, a orientação da Suprema Corte. “Crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal, isto é, aqueles que possuem os mesmos elementos descritivos, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas”, como asseverou o eminente Ministro Carlos Madeira, no voto condutor do acórdão no RE 108-125-2-SP, com amplo respaldo na doutrina.

Do quanto exposto, Sr. Presidente, conheço do recurso e lhe dou provimento, para cassar o r. acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau. É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4042-SP. (Reg. nº 90.0006737-5). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Leite. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Osvaldo Paiva Galante ou Osvaldo Paiva Galante ou Osvaldo Galante ou Marcos da Silva Junior. Advogado: Dr. Wandyr Lozio.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para cassar a decisão recorrida e, em consequência, restabelecer a decisão de primeiro grau, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (6ª Turma — 13-11-90)

Votaram os Exmos. Srs. Ministros Dias Trindade, William Patterson, José Cândido e Carlos Thibau. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 4138 — PR

(Registro nº 90.6997-1)

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

Recorrente: *Jonas Freitas da Silva*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Advogado: *Dr. Joel Freitas da Silva*

EMENTA: Recurso especial. Pedido de adequação da pena base, imposta sob o regime do artigo 42, do Código revogado, sob alegação de que, a nova lei penal havendo adotado a teoria finalista, segundo a qual o *dolo* faz parte da ação humana e não do juízo da culpabilidade, isso porque não podendo ser considerada agora, repercute por seu efeito mais benéfico, em favor do recorrente, retroativamente. Pede também que, em razão do art. 2º, do Código Penal, sejam-lhe, creditadas as vantagens das circunstâncias “conduta social” e “comportamento da vítima” com redução ao mínimo da pena *in abstracto*.

2 — Não há negar a vocação finalista na nova Parte Geral do Código. Mas isso não importa em deixar-se de proceder o exame do dolo para a fixação da pena base. A exposição de motivos é explícita: “Preferiu o Projeto a expressão “culpabilidade” em lugar de intensidade do dolo ou grau de culpa, visto que é graduável a censura. Desta forma, a graduação do dolo não pode ser extirpada do artigo 59, do Código Penal. É a lição da melhor doutrina.

No direito comparado vale a orientação do Código Moderno da ex-República Federal da Alemanha.

As novas circunstâncias do art. 59 estão presentes na justificação da sentença, salvo exame mais profundo da prova, incompatível com a natureza do apelo.

Recurso que não se conhece desde que não houve negativa de vigência ou contrariedade à lei federal.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do 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, em 20 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Otales Inglês da Silva, pai de Jonas Freitas da Silva, condenado pelo Tribunal do Júri de Pitanga, Estado do Paraná, a 15 anos de reclusão, em sentença de 25-4-1979, como incurso no artigo 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal, estando o filho foragido da prisão da Cadeia Pública daquela cidade, onde cumpria a pena, desde 07-04-1983, requereu, neste processo, adequação da pena, tendo em vista a nova redação do artigo 59 do Código Penal, que deixou de incluir o dolo como elemento da culpabilidade, instituindo, ao mesmo tempo, novas atenuantes, entre elas, a da confissão espontânea da autoria (artigo 65, III, *d*), o que importará na redução da pena para 12 anos.

O pedido foi denegado, em decisão de 2 de julho de 1988, acolhendo parecer do representante do Ministério Público (fl. 177). Agravou o pai do sentenciado com as razões de fls. 179-190, repisando na argumentação, mas trazendo em seu procl acórdão da lavra do Ministro Cordeiro Guerra, ensinando não se poder mais falar em gradação do dolo, “que agora está localizado no tipo penal” (fl. 183).

O ilustre Procurador da Justiça deu razão, em parte, ao agravante, no que tange à confissão espontânea, contemplada como atenuante na nova legislação (fls. 211-215), ponto de vista prestigiado pela Egrégia Primeira Câmara Criminal, que reduziu a pena, de 1 ano, fixando-a, em definitivo, assim, em 14 anos de reclusão (fls. 242-243, acórdão de 8-2-90).

O presente recurso especial foi intentado sob o fundamento de negativa de vigência de lei federal, no caso, os artigos 2º e 59, do Código Penal (fls. 245-243).

Admitido pelo despacho de fls. 260-261, recebeu da douta Subprocuradoria-Geral da República parecer contrário.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O ilustrado órgão do Ministério Público Federal, em seu Parecer, argúi, preliminarmente, a ilegitimidade do postulante para representar seu filho, no presente pedido de adequação da pena de 15 anos de reclusão que lhe foi imposta pelo crime definido no art. 121, § 2º inc. IV, do Código Penal. O requerimento deixou de ser feito pelo condenado, porque há vários anos se encontra foragido (desde 07-04-83) da Cadeia Pública de Pitanga — SP, onde cumpria pena.

Fora de dúvida, que se essa representação pudesse ser cobrada na forma da lei processual civil, estaria com a razão o Ministério Público Federal. Mas, no caso dos autos, o patrocínio do condenado está sendo exercido com apoio no art. 195, da lei de Execução Penal, que faculta o início do procedimento judicial, “de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o representante, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.”

Vê-se, pois, que o postulante é parte legítima para representar em juízo, o seu filho, no presente feito.

Com estes fundamentos, rejeito a preliminar, e passo ao exame do mérito.

O recurso especial tem apoio na alínea *a*, inc. III, art. 105 da Constituição Federal, sob alegação de que houve negativa, na decisão do Tribunal *a quo*, de vigência do parágrafo único do art. 2º e do art. 59, ambos do Código Penal.

Atendido em parte no julgamento da apelação, volta o recorrente a insistir no benefício de suposta vantagem que lhe teria sido deferida pela Lei nº 7.209, de 11-7-84, que emprestou novo tratamento às chamadas circunstâncias judiciais, eliminando a “intensidade do dolo”, inscrita no art. 42, da reformada parte geral, do Estatuto repressivo.

Entende o pleiteante que o Código atual, tratando da espécie, fez incluir, entre as circunstâncias do art. 59, a expressão “culpabilidade”, por que “acolheu a teoria finalista da ação, consoante a qual o elemento intencional-dolo-faz parte da ação humana e não do juízo de culpabilidade. Com isso, não há falar em gradação do dolo que agora está localizado no tipo penal, sob pena do *bis in idem*. Por conseguinte, suprimida aquela agravante, há que ser revista a pena aplicada ao filho do postulante.” (fl. 6).

Merece reparo o argumento da exordial, nas suas pretensões. Não há negar a vocação finalista da nova redação do dispositivo que trata da fixação da pena, no art. 59, do Código Penal. A própria Exposição de Motivos é clara, ao afirmar:

“50 —... Preferiu o Projeto a expressão ‘culpabilidade’ em lugar de ‘intensidade do dolo ou grau de culpa’, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena.”

Ainda que se aceite, como ensina a teoria finalista, que o dolo faz parte da ação humana, que está localizado no tipo, e não no juízo de culpabilidade (Welzel), ainda assim ele não fica excluído do exame para a fixação da pena base.

Evidente que se a sanção ao crime deve ser aplicada entre os extremos da pena *in abstracto*, o dolo não pode ser extraído do art. 59, competindo ao

Juiz, a análise da sua maior ou menor intensidade. No particular, a própria Exposição de Motivos é explícita, ao dizer: “Preferiu o projeto a expressão culpabilidade”...” visto que é graduável a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. “Então, pergunta-se, que é a censura, senão a reprovabilidade da conduta da ação ilícita típica? E a imputabilidade não é um dos elementos da culpabilidade? E nela não se exige que o indivíduo proceda de acordo com as suas condições psíquicas, exatamente de onde se extraem a periculosidade e a maior ou menor intensidade do dolo? Se as respostas são afirmativas, na visão finalista do tipo penal, nele se incluem, desenganadamente, o dolo e a negligência. É a melhor doutrina. Daí ser simplesmente artificiosa a fundamentação do recorrente, baseada, tão-só, em errada compreensão doutrinária, desde que não se trata de nova lei, com capacidade de produzir os efeitos contidos no art. 2º, Código Penal.

Aníbal Bruno, um dos nossos melhores juristas, diz, com rigoroso acerto, ao examinar o conceito de ação para os finalistas:

“É desde logo ação que se relaciona com a antijuridicidade e a tipicidade e contém em si uma porção da culpabilidade sob forma de dolo, não consciência do ilícito, mas consciência e vontade do acontecer punível. Não é, portanto, a ação simplesmente, mas desde já a ação jurídico-penalmente relevante, isto é, o próprio fato punível na sua quase inteira configuração conceitual” (D.P. — For. 67, 1º v., p. 306).

Antes, estudando a estrutura da ação, segundo WELZEL, deixara dito:

“Aí não é o simples, querer alguma coisa, que basta com conteúdo da vontade no conceito clássico; é a vontade carregada do fim precisamente visado, conscientemente dirigida ao resultado ilícito. A finalidade confunde-se com a dolosidade.” (ob. cit., p. 304).

Por sua vez, o Prof. Francisco de Assis Toledo, Coordenador da Comissão de reforma do Código Penal, e seu Presidente, na fase de sua colaboração, atual ilustre Ministro desta Corte, ao estudar a concepção da culpabilidade na doutrina finalista, na teoria de WELZEL, definiu o dolo do tipo como integrado pela intencionalidade (finalidade da ação, elemento volitivo) e pela previsão do resultado (elemento intelectual) (Princípios Básicos do Direito Penal, Saraiva, 86, p. 217). Longe, portanto, da pretensão do recorrente, a considerar que a “gradação do dolo”, atualmente, implica no *bis in idem*.

Na doutrina estrangeira, não é outro o entendimento de Reinhart Maurach, da Universidade de Munique, ao cuidar do conceito final da ação, quando assevera:

“La finalidad se manifiesta, con la mayor fuerza, en el hecho doloso como tipo fundamental de lo criminal. En él, voluntad de acción y dolo son absolutamente idénticos: “el dolo descubierto por la teoría de la acción final, como factor configurador de la acción, constituye un elemento esencial del concepto de injusto” (Tratado de Derecho Penal — tradução espanhola — Ed. Ariel, S.A., Barcelona, vol. I, p. 207).

A verdade é que o dolo integrando a conduta típica, não poderia deixar de ser sopesado na aplicação da pena.

Na parte da legislação, no direito comparado, exemplo é o do moderníssimo Código Penal da ex-República Federal da Alemanha, quando ao aludir ao cálculo da pena, no seu artigo 46, absolutamente afinado com a teoria da ação finalista, diz expressamente, que:

“ (1) — A culpabilidade do autor é o fundamento do cálculo da pena...”

(2) — Para o cálculo da pena, o tribunal toma em consideração as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis ao autor..., tomando em consideração, entre outros:

— o estado de espírito que denota o ato delituoso e a vontade que ele traduz; (ed. francesa — Collection des Codes penaux européens — Tomo V).

Por tudo isso, é possível concluir que o juiz do processo, ao atribuir ao filho do postulante, condenado por crime qualificado, a pena base dezesseis (16) anos, fê-lo levado pela sua ação dolosa extremamente agressiva, não se limitando só a esses aspectos, mas aos outros constantes do antigo art. 42, quando aludiu à “personalidade um tanto anormal”, do agente, sem motivo aparente, sem justificativa para o seu ato, e as gravíssimas conseqüências do delito.”

Na peça vestibular, além do problema da culpabilidade, o recorrente aborda ainda duas circunstâncias do art. 59, do Código Penal, havidas por ele como decorrentes de lei posterior, mais benigna, por isso que aplicáveis ao seu pedido, por força do art. 2º, do mesmo código repressivo.

A inicial diz, claramente:

“15. Ao mesmo tempo em que a nova lei penal anulou a precitada agravante, instituiu duas novas atenuantes (*caput* do art.59) — “conduta social do réu” e “comportamento da vítima” — as quais terão também de ser aplicadas para reduzir a pena, haja vista que o presente caso se subsume perfeitamente a estas atenuantes.”

Novo engano por parte do recorrente.

O Código Penal nessa passagem fez uso, tão-só, de expressões mais ajustadas ao tema, já amplamente tratado pelo artigo 42, sob cujo regime foi arbitrada a pena ao condenado, por sentença lavrada no dia 25-04-79, e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado, ao negar provimento ao recurso dos réus, em 19-7-79 (fl. 165).

Não precisa ir muito longe para contrariar a pretensão do postulante. A conduta social do réu tanto pode ser favorável ou contrária a ele, basta conferir cada hipótese em julgamento. Ao demais, não se trata de novidade, desde que é uma circunstância que envolve a vida do acusado antes do delito, sob aspectos de relacionamento familiar e social. As outras hipóteses eram sempre conferidas pelo julgador, quando examinava os antecedentes e a personalidade do réu. No caso dos autos, é difícil proceder-se a esse exame, não só porque dele não deve ter cuidado a defesa, ao tempo do crime, como é proibido, em Recurso Especial, o exame mais profundo da prova dos autos.

Quanto à outra circunstância judicial invocada, a do comportamento da vítima, o que se apura, de logo, pela denúncia, é que ela recebeu dois tiros, e “que estava desarmada e sem nenhuma chance de defesa” (fl. 41).

Na sentença condenatória, de fl. 135, o juiz afirma que o crime foi praticado de “modo frio”, ... “sem motivo aparente, ou seja, sem que o motivo justificasse o seu ato.” Vê-se que o comportamento da vítima sempre foi considerado entre os motivos do crime, no regime da lei anterior.

Fora disso, é impossível, sem exame meticoloso da prova, apurar o que ficou dito na sentença.

Por todas essas razões, não conheço do recurso, desde que não houve a negativa de vigência ou contrariedade à lei federal.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4138 — PR — (Reg. nº 90.6997-1) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recorrente: Jonas Freitas da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Advogado: Dr. Joel Freitas da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Sexta Turma 20-11-90).

Os Exmos. Srs. Ministros Costa Leite e William Patterson votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator.

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

RECURSO ESPECIAL Nº 4.146 — SP

(Registro nº 9070244)

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

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

Recorrente: *Maria Cireira Pons*

Recorrido: *Carlos Augusto Mendes Brinco*

Advogados: *Drs. Nicolau Chacur/José Manssur e outro*

EMENTA: Civil. Locação. Renovatória. Soma de prazos.

A instância ordinária decidiu, em face da prova, que no período de seis meses, em que, perdurando a locação, as partes promoviam entendimentos para a renovação do contrato, admite-se a soma aos períodos dos contratos a termo daquele, para embasar a ação renovatória fundada na “lei de luvas”.

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

Custas, como de lei.

Brasília, em 27 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator para acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Carlos Augusto Mendes Brinco ajuizou, contra Maria Cireira Pons, ação renovatória de contrato de locação comercial, com base no Decreto nº 24.150/34, celebrado para vigor, inicialmente, pelo prazo de 03 (três) anos, de 01-09-83 a 31-08-86, sendo firmado, após seis meses do seu termo, novo contrato, com duração de 18 meses, de 01-03-87 a 31-08-88. Assevera estar amparado pela “Lei de Luvas”, porquanto atua, de forma ininterrupta, no mesmo ramo de atividade, há mais de 3 (três) anos, e está em dia com todas as obrigações contratuais.

A contestação de fls. 14/19 entende ser o autor carecedor de ação, por não preenchidos os requisitos das alíneas *a* e *b*, do art. 2º, do Decreto nº 24.150/34: contrato por tempo indeterminado e prazo mínimo de 5 (cinco) anos.

Rejeitando o saneador a preliminar, fl. 27 adveio agravo de instrumento.

A Sétima Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, à unanimidade, negou provimento ao recurso, admitindo que “o interstício de 6 meses entre os dois contratos é explicado pelo agravado como período em que o agravante apresentou inúmeras propostas, objetivando a renovação, que acabou por consumir-se e há prova documental nesse sentido (fl. 31 *in verbis*),” fl. 53.

Daí a interposição de recurso especial, com base no artigo 105, III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal; ofensa ao art. 2º, letras *a* e *b* do Decreto nº 24.150/34 e dissídio jurisprudencial.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO (Relator): Duas as questões a serem examinadas e apontadas como óbice à renovação do contrato. Verificou-se um interregno de seis meses entre os dois contratos escritos e, para completar-se o prazo de cinco anos, levou-se em conta período de contrato verbal.

Relativamente à *accessio temporis*, já decidi esta Turma, ao apreciar o Recurso Especial 1.378, ser esta possível quando não se verifique significativa interrupção na seqüência dos contratos. No caso em exame, o interregno foi de seis meses. O acórdão, entretanto, considerou que o lapso de tempo destinou-se às tratativas entre as partes, tendentes à conclusão da nova avença, hipótese ressalvada naquele julgado. A matéria é de fato, não podendo ser revista.

No que diz, entretanto, com a circunstância de ter sido computado período de contrato verbal, por prazo indeterminado, para que se completasse o quinquênio, considero ter razão a recorrente. O dissídio, quanto ao ponto, está suficientemente demonstrado, como se verifica de fl. 58. E merece prevalecer o entendimento consagrado nos paradigmas. A soma de prazos é construção jurisprudencial. Entendo que seria levá-la longe demais admitir-se possam ser considerados contratos por prazo indeterminado, em manifesto desacordo com o disposto no artigo 2º, letra *a* do Decreto nº 24.150.

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Sr. Presidente, entendo que, no caso, a Câmara do Tribunal de origem, deu desate à causa com base na prova que examinou, em caráter soberano, ao decidir que, entre os dois contratos por prazo certo, medeou locação verbal, enquanto se processavam as tratativas para acertamento do último. Deste modo, não vejo óbice para não se somarem os três anos do primeiro contrato aos dezoito meses do segundo e mais os seis meses da locação verbal, destinado aos entendimentos para a renovação daquele primeiro contrato a termo.

Peço, portanto, vênia ao Sr. Ministro Relator, para discordar, de modo a conhecer do recurso, pelo dissídio, mas lhe negar provimento.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Sr. Presidente, tenho a impressão, não posso afirmar com certeza, que esse recurso especial, mencionado no voto do Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, provavelmente foi de minha relatoria, porque me lembro de um julgado em que admitia a *accessio temporis* por prazo bastante reduzido.

No caso que julguei, o tempo medeou em torno de 30 ou 40 dias. Aqui estamos falando em 06 meses, e os Pretórios têm sido expressos em admitir a *accessio temporis* quando há contratos escritos, abrindo uma excessão à construção jurisprudencial, pelo menos no caso em que já julgamos, quando se tem um período razoavelmente pequeno, para tratativas de novo contrato.

Com a devida vênia do Eminentíssimo Ministro Dias Trindade, penso que esse prazo de 06 meses é um prazo muito longo para tratativas, ou melhor, ele é aquele prazo que o legislador estabeleceu para que se propusesse e se encerrassem a ação renovatória, que, por acúmulo dos Tribunais, não pôde acontecer.

De sorte que peço mil vênias ao Eminentíssimo Ministro Dias Trindade, porque já tenho voto proferido com decisão da Turma nesse sentido, para não admitir os 06 meses como aquele do entendimento jurisprudencial que dá como permissível a *accessio temporis* o prazo reduzido que permeia entre a lavratura dos contratos escritos da primeira e da locação renovada.

Acompanho o nobre Ministro Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, a primeira vez que votei nesta Turma a respeito do assunto, fiquei vencido. Hoje tenho a ilustre companhia do Eminentíssimo Ministro Dias Trindade.

Na verdade, penso que a melhor orientação acerca da questão seria a do comentarista maior da lei, do Sr. Ministro Buzaid, a entender que não devem

ser somados os prazos contratuais inferiores a cinco anos; ou o contrato é de cinco anos a ensejar a renovatória, ou não se concede essa faculdade.

Mas a jurisprudência dos Tribunais admitiu a soma dos prazos, e desse somatório não vejo motivo para excluir o contrato não escrito, pois de locação se trata, como salientou o Eminentíssimo Ministro Dias Trindade. Daí por que, permanecendo fiel àquele ponto de vista e pedindo mil vênias aos Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter, acompanho o Sr. Ministro Dias Trindade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Comprovado o dissídio, também conheço do recurso especial, mas, pedindo licença aos Srs. Ministros Eduardo Ribeiro (Relator) e Waldemar Zveiter, acompanho o voto do Sr. Ministro Dias Trindade.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.146 — SP — (Reg. nº 9070244) — Relator Originário: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Relator para acórdão: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recorrente: Maria Cireira Pons. Recorrido: Carlos Augusto Mendes Brinco. Advogados: Drs. Nicolau Chacur e José Manssur e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, e, por maioria, negou-lhe provimento; vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator e Waldemar Zveiter. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade (Em 27-11-90 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 4187 — MG

(Registro nº 90.0007095-3)

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

Recorrente: *Bradesco Leasing S/A Arrendamento Mercantil*

Recorrido: *Diniz Vital*

Advogados: *Drs. Ronaldo Almeida de Carvalho e outros e Caio Lúcio Melo Ferreira Pinto e outro*

EMENTA: Arrendamento mercantil (“*leasing*”). Danos causados por preposto da arrendatária. Inocorrência de responsabilidade objetiva. Recurso conhecido e provido.

A arrendante, no contrato de “*leasing*”, não responde objetivamente pelos danos causados pela arrendatária, diretamente ou por seu preposto.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Insurge-se a recorrente, fundada em vulneração de normas da Lei nº 6.099/74, que versa sobre arrendamento mercantil (*leasing*), e em dissídio jurisprudencial, contra o entendimento, acolhido na r. sentença e prestigiado no v. acórdão, segundo o qual a empresa arrendante seria responsável, à semelhança das locadoras, quando culpado pelo acidente automobilístico o preposto da ré.

Admitido o recurso na origem, foi ele regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Tenho por configurado o dissídio, sem embargo da inautenticação dos arestos de São Paulo e Santa Catarina que se vêem por cópia às fls. 101 a 119, haja vista o confronto feito entre o v. acórdão recorrido e o paradigma do Supremo Tribunal Federal (RE 114.938-RS, RTJ 125/894), cuja ementa foi assim lançada:

“Arrendamento mercantil (*leasing*).

Responsabilidade da arrendadora. A arrendadora não é responsável pelos danos causados pelo arrendatário. Não se confundem o contrato de arrendamento mercantil (Lei 6.099/74) e a locação, não se aplicando àquele a Súmula 492 do STF.

Recurso extraordinário conhecido e provido”

Do voto do seu eminente Relator, Ministro Oscar Correa, extraio o trecho que se segue, no qual S. Exa. se refere, dentre outros julgados, a um acórdão do mesmo Tribunal de onde se originou o presente recurso, *verbis*:

“4. Parece-nos, contudo, que a negativa de vigência do art. 1º, parágrafo único, se configura, com a identificação da hipótese, como descrita nos limites de sua abrangência.

A definição, desde logo, pressupõe pessoas jurídicas, o que exclui a ação do recorrido, pessoa física, sem necessidade de outros exames mais acurados, se falta esse pressuposto inicial.

5. Mas o recurso merece conhecido, indiscutivelmente, pela alínea *d*, quando o recorrente cita decisões de outros Tribunais que recusam a responsabilidade do arrendador na figura do arrendamento mercantil, v.g. I Tribunal de Alçada-RJ — RT 602/227; Tribunal de Alçada—MG — RT 574/216; Tribunal de Alçada-SP — RT 606/133.

No acórdão do Tribunal de Alçada-MG, Relator o ilustre Juiz Sálvio de Figueiredo, rejeita-se a aplicação da Súmula 492 à espécie, examinando a distinção “nítida” entre a figura do *leasing* e do contrato de locação.

E isso mesmo explicitou o acórdão do Tribunal de Alçada-SP no aresto invocado.

6. Em mais de uma oportunidade pudemos referir-nos à caracterização jurídica do *leasing*, analisando-a, por exemplo, no RE 106.047 (Rel. o eminente Ministro Rafael Mayer), figurando nosso voto-vencido no que se refere à incidência do ISS, com base no item 52 da Lista de Serviços, na RTJ 116/816-822, buscando evidenciar a distinção entre a locação de imóveis e o arrendamento mercantil.

Não o reproduziremos aqui. De qualquer modo, não se podem equiparar as duas hipóteses, para fins de responsabilidade, como, aliás, tem decidido forte corrente nos Tribunais no País, de que exemplo os acórdãos citados à fl. 108 e juntos, em cópia, às fls. 116/122 e acima indicados.

7. Não se configura, desta forma, apenas a negativa de vigência do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.099/74; como se comprova o dissídio jurisprudencial entre o acórdão e os paradigmas.

Nesse dissídio, a boa doutrina, *data venia*, parece-nos a destes. Pelo que conheço do recurso e dou-lhe provimento para, recusando a responsabilidade da recorrente, restaurar a sentença de 1º grau, que julgou o autor recorrido carecedor de ação e declarou extinto o processo; com as cominações que lhe impôs”.

Na apelação 401.315, do eg. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, dois outros julgados, por mim relatados no eg. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na mesma direção, foram catalogados (fl. 105), circunstância que trago à consideração para justificar o posicionamento que já vinha há muito tendo na matéria.

A propósito, na apelação nº 22034 (RT 574/216), assim votei:

“Sem embargo dos pontos de contato entre a figura do *leasing* e o contrato de locação, nítidas, e bem nítidas, são as diferenciações entre elas (a respeito, cf. estudos publicados *in* RT 552/21, RF 269/79 e 274/11 e, sobretudo, *in* RF 250/7-109 e 396-454), que aqui nos dispensamos de reproduzir, por ser matéria de doutrina, e não de julgamento.

Bastaria trazer à colação o conceito de *leasing* para que realçada tivéssemos a distinção com a locação. E nesse sentido merece transcrição a definição de Arnold Wald (RT 415/9): “O *leasing*, também denominado na França *crédit bail*, e na Inglaterra *hire-purchase*, é um contrato pelo qual uma empresa, desejando utilizar determinado equipamento ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo certo, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato”.

Trata-se, na realidade, aduz o festejado jurista, de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, oferecendo ao usuário maior leque de opções.

Ademais, como registrou Celso Benjó (RF 274/15), a Lei 6.099/74, que introduziu o *leasing* em nossa legislação, sequer legislativamente disciplinou o *reting* no País, limitando-se a regular o chamado “*leasing* financeiro”.

Destarte, não se aplica à espécie a Súmula 492 do STF, segundo a qual: “A empresa locadora de veículo responde civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado”.

Em julgamento que guarda afinidade com este de que se cuida, ementou este Tribunal, na Ap 19.812, relatada pelo eminente Juiz Rubem Miranda, que “nada altera tratar-se de veículo gravado com a cláusula da alienação fiduciária, que não impede a transação ou a transferência da posse” (DJE 4-5-82).

A exemplo do que se verifica com o *leasing*, também na alienação fiduciária a propriedade não se transfere de imediato ao possuidor direto.

Por outro lado, e como cediço, não é o domínio que enseja a responsabilidade civil, e sim a posse do veículo, mesmo porque, em termos de ato ilícito, o que tem relevo é a conduta do agente (CC, art. 159). Daí sequer se pode cogitar de responsabilidade solidária da empresa *lessor*, arrendante.”

Nesta Turma, no REsp 55-RJ, na condição de Relator, também assim me pronunciei, como se vê da ementa

“O arrendante no contrato de *leasing* mercantil não se confunde com a empresa locadora de veículos, afastando a incidência da Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal”.

Em suma, conheço do recurso por ambas as alíneas, provendo o recurso para excluir da relação processual, por ilegitimidade passiva, a recorrente, invertendo, na parte que lhe toca, a verba advocatícia.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.187 — MG — (Reg. nº 90.0007095-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: Bradesco Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Diniz Vital. Advogados: Drs. Ronaldo Almeida de Carvalho e outros e Caio Lúcio Melo Ferreira Pinto e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 23-10-90).

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

Ausente, ocasionalmente, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 4.215 — SP

(Registro nº 90.071828)

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

Recorrentes: *Augusto Gonçalo Pereira Nobre e outro*

Recorridos: *Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba, Verdel Empreendimentos Imobiliários Ltda., Marina de Oliveira Leopoldo e Silva e outro*

Advogados: *Dra. Maris Claide Separovic Mordini e outros, Dr. Jaciel Cedro Cavalcante e outros, Dr. Aristides Jacob Álvares e outros, Dra. Nilza Marlene de Vasconcelos Lomba e outros*

EMENTA: Embargos de terceiro. Despacho que, em ação de desapropriação, ante desistência manifestada pelo poder público, após haver transferido a posse do imóvel a terceiro, que nele edificara benfeitorias diversas, determinou a expedição de contramandado de imissão de posse em favor dos expropriados.

Hipótese em que o aludido mandado não pode ser cumprido antes de indenizado o possuidor de boa-fé pelas citadas benfeitorias. Acórdão que, decidindo em sentido contrário, deixou de aplicar as normas do art. 499, em combinação com o art. 516, do Código Civil.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e 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, 10 de outubro de 1990 (data do julgamento).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Augusto Gonçalo Pereira Nobre e Antônio Nobre de Oliveira interpuseram recurso especial, fundado no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra o v. acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, confirmatório de sentença

pela qual foram julgados improcedentes embargos de terceiro por eles manifestados objetivando forrarem-se aos efeitos de contramandado de imissão de posse expedido em ação expropriatória movida pelo Município de Itaquaquecetuba contra Flávio Leopoldo e Silva e sucessores de Nestor de Barros.

Sustentaram que o malsinado mandado foi expedido em razão de desistência da expropriatória, manifestada pela Municipalidade, após haver compromissado o imóvel expropriado a Aparecida Oliveira Garcia que, de sua vez, cedeu os seus direitos aos recorrentes, que nele edificaram um prédio industrial, onde se acham instalados desde 1977.

Aduziram que, da forma descrita, exercem posse mansa e pacífica sobre o referido imóvel, conforme foi reconhecido pela mesma sentença, ao julgar, simultaneamente, ação possessória movida contra os recorrentes por um dos sucessores dos expropriados, razão pela qual a expedição do mandado em questão configurou ato de esbulho da referida posse, justificando os embargos que, assim, não poderiam ter sido rejeitados, como foram, sem afronta aos arts. 499 e 516 do Código Civil e ao art. 1.046 do CPC.

Sustentaram, mais, haver alegado, em grau de embargos infringentes, que a Municipalidade, por meio de ato superveniente, revalidou a desapropriação, fato esse que, todavia, deixou de ser considerado no julgamento pela E. Corte de origem, com violação da regra do art. 462, combinado com os arts. 517 e 303, I, todos do CPC.

Alegaram, ainda, que a sentença homologatória da desistência da expropriatória não poderia ter o efeito de desfazer o compromisso de compra e venda outorgado pela Municipalidade e que foi cedido aos recorrentes, havendo o v. acórdão impugnado, ao decidir em sentido contrário, negado vigência ao art. 468 do CPC, além de ter entrado em divergência com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o Poder Público não pode anular ou revogar, unilateralmente, compromisso de venda e compra de imóvel pactuado com particular, mediante prévia concorrência pública, senão mediante ação direta de rescisão de contrato, com prévia restituição do preço e indenização das benfeitorias.

Por fim, argüiram negativa de vigência do art. 70, I e III, do CPC, por haver o v. acórdão reconhecido ser incabível, no caso, a denúncia da lide à Municipalidade.

O recurso, deferido na origem, foi devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): Conforme se viu, os embargos foram opostos à decisão proferida na ação expropriatória,

pela qual, em razão de desistência manifestada pela Municipalidade expropriante e devidamente homologada, foi determinada a expedição, em favor do expropriado, de contramandado de imissão de posse.

Antes que tal medida fosse cumprida, opuseram-lhe os ora recorrentes embargos de terceiro, ao fundamento de que a Prefeitura Municipal, antes de desistir da expropriatória, transferiu-lhes a posse do imóvel, mediante compromisso seguido de cessão, autorizou a construção de prédio industrial no local, cujo "habite-se" já tenha sido deferido quando ocorreu o mencionado incidente.

Pediram fosse conjurada a ameaça que o aludido contramandado de imissão de posse representa para o seu direito.

Concomitantemente, responderam os embargantes, ora recorrentes, a ação de reintegração de posse que lhes moveu sucessora da expropriada, beneficiária do indigitado mandado de contra-imissão.

Ambos os feitos, que correram apensados, por uma só sentença, foram julgados improcedentes: a possessória, à ausência do alegado esbulho; e os embargos, por tratar-se de posse sem suporte em direito real.

A sentença foi mantida pelo v. acórdão recorrido, que está assim fundamentado:

"A despeito dos percalços que aos apelantes foram ocasionados pela desistência da desapropriatória, que poderão, é claro, ser compostos pelas vias adequadas, seus embargos de terceiros não tinham condições de vingar.

Não dispunham os apelantes senão da posse direta do imóvel com promessa de ulterior transferência da indireta, o que se daria com a transferência do domínio. Este não pode ser transferido, por ato voluntário da expropriante, que, ao desistir da desapropriatória, deixou de honrar o compromisso que mantinha com a cedente.

Seja como for, há um fato consumado, pois, por essa razão, não pode ocorrer a tradição do domínio (que a expropriante apenas iria ter depois de pago o preço da indenização correspondente). A outro título, mesmo porque outro título não existe, não podem os apelantes ser mantidos na posse, como pretendem nos presentes embargos de terceiro. O único título de que dispunham (meramente de direito pessoal ou obrigacional), ou seja, a cessão de direitos do compromisso de compra e venda), tornou-se inoperante, como se viu, por culpa da Prefeitura de Itaquaquecetuba, que desistiu da desapropriatória, sem antes ou concomitantemente resolver o compromisso que mantinha com a cedente. De

qualquer forma, esse inadimplemento não gera senão o dever de indenizar os danos e os prejuízos em geral, por esse ato causado.”

Acontece, porém, que não está em jogo, nestes autos, o domínio do imóvel, mas tão-somente a sua posse, não se fazendo mister, para pretendida proteção, a tradição do domínio.

É inconteste que os embargantes são possuidores de boa-fé, havendo ocupado o imóvel a justo título, conforme foi reconhecido pela r. sentença monocrática. Não é menos certo que sobre ele edificaram acessões e benfeitorias úteis, em relação às quais têm direito a indenização.

O que pretendem, na verdade, é ser mantidos em sua posse, até serem indenizados, como lhes assegura o art. 499 combinado com o art. 516, do Código Civil, já que frustrados na expectativa de virem a adquirir o domínio.

O malsinado despacho de expedição de contramandado de imissão de posse, que outro efeito não tem senão restaurar a posse direta dos expropriados, sem ressalva do direito de retenção que cabe a eventuais possuidores com benfeitorias, é fora de dúvida que constitui ato de turbção àquela expectativa, a justificar a medida pretendida.

A dificuldade que poderia se antepor a essa proteção residiria no fato de não haver o expropriado, em favor de quem foi o referido mandado, participado da relação processual.

Aconteceu, entretanto, como se viu, que os embargos foram processados e julgados, em conjunto, com ação possessória movida por sucessor do expropriado contra os embargantes, na qual houve protesto expresso pelo direito de retenção, acrescentando a circunstância de haver o dito sucessor oferecido contestação aos embargos, circunstâncias essas que afastam o apontado óbice.

Tenho, portanto, que o v. acórdão embargado, ao rejeitar os embargos, negou vigência às prefaladas normas do Código Civil.

Com o meu voto, pois, dá-se provimento ao recurso, para o fim de acolher os embargos, na forma acima exposta.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.215-SP — (Reg. nº 90.071828) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Recorrentes: Augusto Gonçalo Pereira Nobre e outro. Recorridos: Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba, Verdel Empreendimentos Imobiliários Ltda, Marina de Oliveira Leopoldo e Silva e outro. Advogados: Dra. Maris Claide Separovic Mordini e outros, Dr. Jaciel Cedro Cavalcante e outros, Dr. Aristides Jacob Álvares e outros e Dra. Nilza Marlene de Vasconcelos Lomba e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento (Em 10-10-90 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Hélio Mosimann e Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.292 — SP

(Registro nº 90.0007358-8)

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

Recorrentes: *Sônia Maria Fiúza e outro*

Recorridos: *Mário Burger e outros*

Advogados: *Drs. Maria Ângela O. de Castilho Martins e outros e José Aparecido Cunha Barbosa e outros*

EMENTA: Direito Civil. Novação. Inocorrência. Pagamento originariamente previsto em duas parcelas. Cheque pré-datado. Recurso não conhecido.

I — Para a configuração da novação a doutrina reclama:

a) existência jurídica de uma obrigação (*obligatio novanda*); b) constituição de nova obrigação (*aliquid novi*); c) *animus novandi*.

II — Não se dá renovação quando o negócio, diversamente do consignado, realizando-se de outro modo, por conveniência das partes, previu originariamente o pagamento em duas parcelas a segunda das quais mediante cheque pré-datado.

III — O recurso especial não se mostra hábil ao exame de cláusula contratual e ao reexame da prova, em face da conclusão da instância ordinária de que o pagamento se fez *pro solvendo*.

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, 13 de novembro de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Cuida-se de resolução de contrato cumulada com perdas e danos, aforada pelos sucessores do alienante, ora recorridos, ao fundamento de exceção de contrato não cumprido, tendo em mira que o preço, consubstanciado em duas parcelas, não foi adimplido, em face da devolução do último cheque, sem fundos.

O pedido foi julgado procedente, com a condenação dos adquirentes na indenização correspondente à perda, para os recorridos, da primeira parcela paga.

Apelaram os vencidos alegando que, mesmo tendo sido pago o preço em duas parcelas, mediante entrega de cheque pré-datado, houve quitação integral do preço, nos termos da cláusula segunda da avença, pelo que não poderia haver descumprimento de contrato, pois a dívida já estaria quitada, tendo em mira que, pelas circunstâncias do negócio, os cheques foram dados *pro soluto*, caracterizando verdadeira novação, cumprindo aos autores-recorridos apenas executarem as cambiais. Insistiram, ainda, na indenização por benfeitorias.

A eg. Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo com suporte no reconhecimento de que o título fora emitido *pro solvendo*, e que a devolução do cheque sem a necessária provisão de fundos importou em inadimplemento do contrato por parte dos compradores-recorrentes.

Ademais, estes já teriam postulado, sem sucesso, uma consignatória em pagamento, na qual se reconheceu justa a recusa dos alienantes em receber o valor ofertado.

Irresignados, os réus-compradores interpuseram recurso especial, alegando vulneração do art. 999, I, do Código Civil, além de dissenso interpretativo com arestos inseridos em RT 499/157 e RJTJESP 68/59.

O recurso foi admitido pelo dissídio.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Recorre-se na espécie de decisão que reconheceu o recebimento de parcela do

preço, mediante cheque pré-datado, como pagamento *pro solvendo*, afastando a novação sustentada pelos recorrentes.

Inicialmente, tenho por não configurado o dissenso interpretativo, haja vista que o aresto contido em RJTJESP (vol. 69/59) é oriundo do mesmo Tribunal, não se prestando, portanto, ao fim colimado. De igual modo, afigura-se inidôneo o outro julgado colacionado (RT 499/157), por referir-se a hipótese diversa, já que, naquele paradigma, se reconheceu a ocorrência de entrega de cambiais *pro soluto*, circunstância distinta da vertida nos autos, em que se aponta a entrega *pro solvendo*.

Outrossim, como deflui da tentativa de comprovar a divergência jurisprudencial, o *thema decidendum* versa sobre a verificação da ocorrência de um pagamento que, segundo o decisório, teria ocorrido *pro solvendo* e, nos termos da impugnação recursal, teria sido *pro soluto*.

Claro está que a verificação dessa circunstância fática passaria, necessariamente, pelo reexame do quadro probatório da causa, hipótese inviável na via do recurso especial, conforme proclamado no verbete nº 7 da jurisprudência sumulada desta Corte.

Ainda que ultrapassado fosse o obstáculo jurisprudencial, se do recurso conhecesse, diversa não seria a conclusão da v. decisão recorrida, por não vislumbrar a ocorrência da alegada novação.

A uma, porque o negócio não apresenta as características básicas daquele instituto jurídico, conceituado por *Orlando Gomes* como sendo “a extinção de uma obrigação pela formação de outra, destinada a substituí-la”, para cuja existência e configuração concorrem três elementos:

- “a) existência jurídica de uma obrigação — *obligatio novanda*;
- b) constituição de nova obrigação — *aliquid novi*;
- c) *animus novandi* (“Obrigações”, Forense, 5ª ed., nº 105 e 106, pág. 166/167).

Segundo afirmam os próprios recorrentes, embora constasse do título que o pagamento foi efetuado em espécie, em verdade foi feito através da dação de cheque pré-datado. Essa a real intenção das partes, *ab initio*. Falta, assim, o primeiro requisito da novação, qual seja a *obligatio novanda*.

Por outro lado, não havia obrigação a ser substituída, porque a obrigação já nasceu sob esse figurino: o pagamento em duas parcelas. Daí decorre que o segundo elemento (*aliquid novi*) também inexistiu, porquanto a configuração da obrigação de pagar em parcelas era originária, não consistindo em nova obrigação.

Como conseqüência necessária, o *animus novandi*, pelo que acaba de ser referido, não ocorreu, haja vista que a verdadeira intenção das partes não foi constituir uma outra obrigação, em substituição e para extinguir uma existente. O negócio já foi celebrado dentro das balizas apontadas pelos próprios recorrentes, ou seja, embora o contrato consignasse um modo, o negócio se realizou de outro. Não houve intenção de inovar; ao contrário, houve vontade direta na celebração do negócio daquela forma (pagamento parcelado), por conveniência das partes.

A duas, porque, mesmo admitindo tenha sido a obrigação constituída com pagamento à vista e, no instante imediatamente seguinte, tenha se transmudado em pagamento parcelado, ainda assim não haveria novação, porquanto a causa principal (compra e venda do imóvel objeto do contrato) não sofreu substancial alteração. Nesse sentido, a lição de José Soriano de Souza Neto, em vetusta e festejada obra especializada (“Da Novação”, Saraiva, 2ª edição, 1937, nº 45, pág. 138), que, com apoio doutrinário na melhor escola civilista (Pothier, Demolombe, Salvat, Molitor e Laurent, dentre outros), afirma:

“Há modificações que, não constituindo mudanças do objeto ou da natureza da obrigação e, conseqüentemente, não lhe atingindo a substância, não importam novação. Como, por exemplo: a) aumento ou diminuição da quantia devida; b) oposição ou supressão de garantias reais e pessoais: hipoteca, penhor, fiança, etc; c) oposição, prorrogação, diminuição ou supressão de um termo; etc....”

Dessa forma, a nova modalidade de pagamento, ao invés de extinguir a obrigação, imprime-lhe um reforço, a teor do art. 1.000 do Código Civil.

Carvalho Santos, em escólios ao artigo referido, sublinha, *verbis*:

“A obrigação confirma, simplesmente, a primeira. Vale dizer: confirma apenas a obrigação anterior, sem nová-la. É o que sucede, por exemplo, nos casos de reforma do título, da prorrogação do prazo para o pagamento, da exigência de novas garantias, etc” (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. XIII, 11ª edição, Freitas Bastos, pág. 179)

Impende ainda considerar que não se apresenta crível que, tendo assinado um contrato no qual declara haver recebido em espécie, e havendo efetivamente recebido em cheque, com vencimento posterior, o credor tenha aceitado tais títulos como pagamento, ou seja, *pro soluto*. Não é costumeiro nas alienações de bens imóveis o alienante abrir mão da garantia real representada pelo objeto do contrato, trocando-o por título de crédito, de incerta “liquidez”. Como cediço, nesse tipo de negócio aguarda-se a compensação dos cheques inclusive para outorga de escritura, razão pela qual o recebimento dos títulos é via de regra *pro solvendo*, isto é, para pagamento.

Assim sendo, não procede a argumentação dos recorrentes, que, com arrimo em literal interpretação da cláusula contratual concernente ao preço, pretendem daí tirar uma ilação contrária aos usos e costumes, bem como às circunstâncias de celebração do negócio.

Como se vê, para agasalhar a pretensão dos recorrentes, mister se faz analisar a cláusula segunda do contrato, para inferir o modo pelo qual os títulos foram recebidos, sendo certo que o reexame de cláusula contratual encontra obstáculo no verbete nº 5 da jurisprudência sumulada desta Corte, que já consagrou entendimento no sentido de que recurso não o comporta.

Em suma e em conclusão, não conheço do recurso.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, ressaltando a referência que S. Exa. fez ao meu eminente Professor Soriano Neto, da Faculdade de Direito do Recife, acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.292 — SP — (Reg. nº 90.0007358-8). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Recorrente: Sônia Maria Fiuza e outro. Recorrido: Mário Burger e outros. Advogados: Drs. Maria Ângela O. de Castilho Martins e outros e José Aparecido Cunha Barbosa e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 13-11-90).

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

Ausente, por motivo justificado, o Exmo. Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.429 — PR

(Registro nº 90.0007636-6)

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

Recorrente: *Miyazaki S/A — Coml-Agrícola*

Recorrido: *Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Manoel Caetano Ferreira Filho, Renato Barrozo Arruda Gonçalves e outros*

EMENTA: Tributário. ICM. Exportação de café. Abatimento da quota de contribuição recolhida ao Instituto Brasileiro do Café.

Não há como considerar-se que o § 8º, do art. 2º, do Dec.-lei 406/68, ao estabelecer que a base de cálculo na saída de mercadorias para o exterior seria o valor líquido faturado, estivesse considerando tal valor diverso daquele alcançado pela mercadoria, deduzidos os ônus previstos em relação à mesma, e, portanto, a quota de contribuição para o IBC. Quanto à referência contida na referida norma legal a frete, seguro e despesas de embarque, tem a finalidade de não fazer a base de cálculo do imposto menor que o valor líquido da mercadoria, não interferindo, porém, na conceituação de tal valor. Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de outubro de 1990 (data do julgamento)

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Empresa sediada no Estado do Paraná, dedicada à exportação de café, requereu mandado de segurança contra a cobrança, pelo Delegado da Receita Estadual, de Imposto sobre Circulação de Mercadorias em relação ao produto exportado para o exterior, sobre o preço do produto, sem permitir o abatimento da quota de contribuição recolhida sobre cada saca, ao Instituto Brasileiro do Café.

Argumentou que, de acordo com o art. 8º, § 2º, do Decreto-lei nº 406/68 a base de cálculo do referido imposto era o valor líquido, valor que era alcançado com a dedução aludida.

A segurança foi deferida pela sentença de primeiro grau mas veio a ser dado provimento a apelação do Estado do Paraná, ao fundamento de que, de acordo com a disposição do Decreto-lei nº 406/68, invocada pela impetrante, somente era passível de exclusão da base de cálculo do ICM, na saída de

mercadorias para o exterior, o frete pago a terceiro, seguro e despesas decorrentes do serviço de embarque.

De tal decisão a impetrante interpôs recurso especial alegando negativa de vigência ao art. 2º, § 8º, do Decreto-lei nº 406/68, e ao art. 92 do CTN e divergência com julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo do qual transcreveu parte dos votos proferidos na oportunidade. Trouxe ao mesmo tempo o inteiro teor do julgamento.

O recurso foi admitido pelo último fundamento, e regularmente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):
Reza o art. 2º, parágrafo 8º, do Decreto-lei nº 406/68:

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

.....
§ 8º — Na saída de mercadorias para o exterior ou para os estabelecimentos a que se refere o § 5º do artigo 1º, a base de cálculo será o valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro ou despesas decorrentes do serviço de embarque por via aérea ou marítima.”

No julgamento trazido a confronto o Relator, como destacou o recorrente de agora em trecho transcrito do voto do mesmo, afirmou que:

“O conceito material (em oposição ao meramente formal, acrescentamos) de “valor líquido faturado” melhor se identifica com a própria realidade da operação, visto que o valor da quota de contribuição é exigida diretamente do exportador, sem possibilidade de repasse para o adquirente da mercadoria exportada, por isso que não integrando o valor faturado ao importador. Nota-se, além do já exposto, a preocupação do legislador complementar, buscando evitar a ampliação da base de cálculo de ICM, ao expressamente determinar que no “valor líquido faturado” não se incluíam os valores de frete auferido por terceiro, seguro ou despesas decorrentes do serviço de embarque por via aérea ou marítima. A relação dessas despesas revela-se nitidamente exemplificativa, mas nunca taxativa, como pretende a Fazenda apelante. Nesse sentido, adotando a mesma conclusão da r. sentença recorrida, vem decidindo esta Câmara (Apelação Cível n. 134.181.2, Santos, Relator Desembargador Laerte Nordi, j. 15-9-88)”.

Parece-me realmente não ser possível considerar-se que a disposição lida do Decreto-lei nº 406/68, ao estabelecer que a base de cálculo na saída de mercadorias para o exterior seria o valor líquido faturado, estivesse considerando tal valor diverso daquele alcançado pela mercadoria deduzidos os ônus previstos em relação à mesma, e, portanto, a quota de contribuição para o IBC.

A referência contida na norma legal a frete, seguro e despesas de embarque, tem a finalidade de não fazer a base de cálculo do imposto menor que o valor líquido da mercadoria, não interferindo porém na conceituação de tal valor.

Dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.429 — PR — (Reg. nº 90.0007636-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Recorrente: Miyazaki S/A — Coml-Agrícola. Recorrido: Estado do Paraná. Advogados: Drs. Manoel Caetano Ferreira Filho, Renato Barrozo A. Gonçalves e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (Em 10-10-90 — 1ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 4.432 — RJ

(Registro nº 90.76390)

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

Recorrente: *Suely Antunes Simão*

Recorrido: *Município do Rio de Janeiro*

Advogados: *Drs. Milton Rodrigues, Marcus Araújo Andrea e outros*

EMENTA: Administrativo. Funcionário Municipal. Acesso à Categoria Funcional de Controlador da Arrecadação. Lei nº 6.546/78. Provisionamento. Equiparação ao diplomado para todos os efeitos.

Equiparação legal, para todos os efeitos, conferida pelo provisionamento do inciso IV, artigo 1º, da Lei Federal nº 6.546/78, satisfaz o requisito básico exigido, fazendo reconhecer o direito ao enquadramento no cargo da categoria funcional de Controlador da Arrecadação Municipal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Suely Antunes Simão, servidora do Município do Rio de Janeiro, impetrou mandado de segurança, pleiteando o seu enquadramento funcional, a fim de passar de Agente da Fazenda para Controlador da Arrecadação Municipal, Classe A do Grupo Fazendário da respectiva Secretaria.

Dizendo ostentar a condição de provisionada como Arquivista, devidamente registrada junto à Delegacia Regional do Trabalho, e ser a profissão de arquivista considerada como de escolaridade de nível superior, requereu o acesso à categoria funcional de Controlador da Arrecadação Municipal, autorizada pela Lei nº 722/85, por preencher os requisitos básicos exigidos, inclusive o interstício legal.

Teve seu pedido indeferido pela Comissão de Classificação de Cargos, que não viu, ou simplesmente ignorou, segundo alega, os documentos, entre eles a certidão fornecida pela Divisão de Emprego e Salário, pela qual está atestado que, na conformidade da Lei Federal nº 6.546, de 5 de julho de 1978, estava registrada como Arquivista e amparada pela referida lei, por contar mais de cinco anos, nos campos profissionais de arquivologia.

Ante o indeferimento e tendo como satisfeitos os três requisitos básicos para a pretensão — lotada na Secretaria Municipal da Fazenda, ocupava o cargo de Agente da Administração e por transposição passara ao de Agente da Fazenda e provisionou-se como Arquivista, nos termos da Lei nº 6.546/78 e Decreto nº 82.590/78, que lhe outorgaram todos os direitos e prerrogativas de portadora de curso superior — impetrou o mandado.

A sentença concedeu a segurança, subindo os autos para reexame e também com recurso voluntário do Município.

O Tribunal de Justiça do Estado deu provimento à irresignação. Assim se resume o decisório:

“Mandado de segurança.

Reforme-se sentença que o concedeu por inexistir direito, muito menos, líquido e certo da impetrante a quem falta requisito essencial para o pretendido enquadramento no cargo de Controladora da Arrecadação Municipal.” (fl. 128).

No seu recurso especial, baseado apenas na letra *a* do permissivo constitucional, a impetrante alega que, embora não portadora do diploma de curso superior, por força da Lei Federal nº 6.546, de 04-07-78, art. 1º, inciso IV, está autorizada ao exercício dessa profissão de arquivista, sendo que tal ressalva a equipara aos diplomados para todos os efeitos. Assim, teria escolaridade para galgar a posição de Controladora e Arrecadadora Municipal (fls. 132/136), consoante requerido.

Admitido o recurso às fls. 147/149, evidentemente pela letra *a* ao art. 105, III, da Constituição Federal.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral de República é pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 157/164).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Inicialmente, não há a menor dúvida de que a matéria foi prequestionada, como bem asseverou a 3ª Vice-Presidente do Tribunal de origem:

“A questão do prequestionamento, *data venia*, encontra-se superada, haja vista ter o acórdão adotado como parte integrante o douto parecer do M.P. de f. 122/125, onde se examina o provisionamento para a profissão de arquivista à luz do Decreto Municipal nº 2.120/79, que trata, em seu art. 6º, da mesma matéria da Lei Federal nº 6.546/78, tida por afrontada, pelo que se tem como afastado aquele óbice, em especial, ante à elasticidade que vem dando a nova Corte a esse requisito.” (fl. 148)

No mais, o deslinde da controvérsia se resume na valia, ou não, do provisionamento legal dado pelo inciso IV, do art. 1º, da Lei Federal nº 6.546/78, que regulamentou a profissão de Arquivista. Discute-se sua validade para o efeito de reposicionamento da impetrante na categoria funcional de

Controladora de Arrecadação Municipal, Classe A, para a qual é exigido diploma de curso superior, além do interstício temporal.

Comprovado, pela exibição de documento (fl. 20), que a impetrante tinha a capacitação profissional nos termos da legislação federal, que a colocava na condição de portadora de diploma de curso superior, a nova exigência feita pela legislação municipal — registro do diploma — afrontou direito da servidora, assegurado pelo art. 1º, IV, da prefalada lei federal (nº 6.546/78).

A decisão monocrática fez uma análise minuciosa da legislação pertinente, desde a esfera do Município, destacando-se:

“O *thema decidendum* mandamental é simples e, assim, a sua solução deve resumir-se no seguinte, malgrado o relevo das razões de fato e de direito expendidas.

A Impetrante apresentou à Comissão de Classificação de Cargos da Secretaria Municipal de Administração, a certidão nº 1.352, fornecida pela Divisão de Emprego e Salário da Delegacia Regional do Trabalho, comprovando, em conformidade com a Lei nº 6.546, de 4 de julho de 1978, que estava registrada naquela Divisão, na qualidade de Arquivista (fl. 20).

É que, a partir da vigência do Decreto nº 82.590, de 15-11-78, que regulamentou a Lei Federal nº 6.546, de 1978, que dispôs sobre as profissões de Arquivista e de Técnico de Arquivo, aqueles que preenchessem os requisitos insertos no inc. IV, do art. 1º, daquele Regulamento, passaram a condição de escolaridade de nível superior.

E, assim, *ex vi legis*, a Impetrante, embora não possuísse o diploma de nível superior, galgou aquele *status* jurídico, por preencher os requisitos contidos no inc. IV, do art. 1º, do Decreto nº 82.590, de 1978 (fls. 28/29).

Depois disso, a Lei Municipal nº 95, de 14 de março de 1979, dispondo sobre o Plano de Classificação de Cargos e o Plano de Vencimentos do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, dispôs, em seu art. 4º, *in verbis*:

“Art. 4º — A Secretaria de Administração providenciará a publicação dos atos relativos ao processo classificatório, fixará critérios seletivos para a aplicação do Plano de Classificação de Cargos, administrando os programas de treinamento que tiverem de ser realizados.”

O Decreto Municipal nº 2.120, de 11 de abril de 1979, dispondo sobre a transposição de cargos do pessoal do Município,

e tendo em vista o disposto no art. 4º, da Lei nº 95, de 14 de março de 1979, dentre os critérios ali contidos, fixou no art. 6º, que:

“Art. 6º — Os funcionários de *nível superior*, poderão comprovar esta condição, através de provisionamento legal, anterior à vigência deste decreto” (O grifo é do Juiz).

Conforme salientou a Impetrante, em sua petição vestibular, na escala hierárquica das disposições legais, como no caso em análise, há Lei Municipal, devidamente regulamentada por Decreto, *que integra o regime jurídico dos funcionários municipais*.

Emerge dessa diretriz administrativa disciplina, quando cuida dos critérios de aplicação do instituto da transposição em novos cargos do sistema classificatório, quanto ao grau de escolaridade em nível superior, que se observe o *provisionamento legal*.

Portanto, a Deliberação A/CCC nº 48, de 31 de maio de 1988, em seu § 2º, do art. 3º, que, aliás, diverge de uma Deliberação anterior, contrapõe-se ao comando legislativo vigente, hierarquicamente superior e, deste modo, tem conteúdo absolutamente ilegal, além de discriminante em face de seu tratamento desigual, ao não aceitar, no procedimento de aplicação do instituto da ascensão funcional, o título de provisionamento.

A nova orientação contemplada na Deliberação A/CCC nº 48, de 31 maio de 1988, infringindo comando lídimo anterior, afastando-se de comportamento pretérito já aplicado pela Administração, sem dúvida fere direitos subjetivos da Impetrante.

E como a Impetrante, em conformidade com o que dispõe a Lei nº 722, de 12 de julho de 1985, preenche os três requisitos básicos, exigidos para o seu reposicionamento na categoria funcional de Controlador de Arrecadação Municipal Classe “A”, a partir do momento em que venceu o interstício legal, tem direito a alcançar os seus objetivos, aqui colimados através deste *mandamus*.” (fls. 94/96)

Ressalte-se que o Decreto Municipal nº 2.120, de 11-04-79, no seu art. 6º, equiparou o provisionamento legal à posse de diploma. Nenhuma norma de hierarquia inferior, como as Deliberações mencionadas, poderia dispor em contrário, sob pena de ilegalidade.

Nem se diga que se adentrou simplesmente no exame de norma local, pois, na realidade, afrontada foi a lei federal (nº 6.546/78) que concede o provisionamento. A administração local é que não quis cumprir, malgrado a presença de

disposição local explicitadora. É que, ainda inexistisse norma local, perfeito seria o direito da impetrante em se valer do provisionamento legal para ter por cumprido o requisito da escolaridade. Trata-se de equiparação feita *ex vi legis*, sem vez para interpretações restritivas.

Dou, pois, provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Ao que pude depreender do relatório e do voto do eminente Relator, a Lei Municipal afronta a Lei Federal que regulamenta o exercício da profissão de arquivista, ao rejeitar o provisionamento do profissional, obtido mediante o cumprimento das exigências nela previstas. Na verdade, a Lei Municipal, além de afrontar a Lei Federal, afronta a Constituição Federal, porque passa a disciplinar matéria que é reservada à Lei Federal.

Não tenho dúvida nenhuma em acompanhar o voto do eminente Relator.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, trata-se de caso em que se debate o direito de funcionária ser transposta ou ter ascensão ao cargo de arquivista.

Examinando os autos, cheguei à mesma conclusão do eminente Ministro Relator. Com efeito, a Prefeitura do Rio de Janeiro está negando efeito jurídico à declaração de provisionamento como arquivista, e a Lei nº 6.546/78 estabelecia que poderia obter tal título quem, nos cinco anos ininterruptos anterior à lei ou nos dez anos, intercaladamente, houvesse prova de exercer a respectiva atividade. Instruindo a inicial, há a declaração de fl. 20, em que a Delegacia Regional do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro, Divisão de Emprego e Salário, certifica estar a servidora registrada como arquivista. Assim, há de se pressupor haver satisfeito os requisitos legais.

Em conseqüência, o dispositivo municipal não pode contrastar com a norma federal que regula as profissões. Em razão do que acompanho o Eminente Relator nas suas doughtas considerações.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.432 — RJ — (Reg. nº 90.76390) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recorrente: Suely Antunes Simão. Recorrido: Mu-

nicípio do Rio de Janeiro. Advogados: Drs. Milton Rodrigues e Marcus Araújo Andrea e outros.

Decisão: Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, pediu vista o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (Em 31-10-90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (Em 07-11-90 — 2ª Turma).

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

O Exmo. Sr. Ministro Américo Luz não participou do julgamento tendo em vista não ter estado presente à sessão do dia 31-10-90.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 4.444 — SP

(Registro nº 90.00076560)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Nestlé — Industrial e Comercial Ltda.*

Advogados: *Drs. Nino Oliveira Toldo e outro e Álvaro Caira e outro*

EMENTA: Tributário. Isenção de ICM na operação de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus. Legitimidade, todavia da exigência de anulação do crédito fiscal relativo a anterior operação de circulação do mesmo produto.

Ausência de incompatibilidade dessa anulação com o princípio da não-cumulatividade do tributo, sendo certo que o estorno em tela visa a impedir que a isenção, à última operação, se estenda às anteriores, sem previsão legal para tanto.

Instituto consagrado na lei complementar (DL nº 406/68, art. 3º, § 3º), que acabou de ser erigido à categoria de cânon constitucional, pelo constituinte de 1988 (art. 155, § 2º, II, b).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro ILMAR GALVÃO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, fundado no art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra v. acórdão do e. Tribunal de Justiça local, confirmatório de sentença que exonerou Nestlé Industrial e Comercial Ltda. do dever de estornar créditos de ICM nas operações de saída, para a Zona Franca de Manaus, de produtos recebidos de suas filiais em outros Estados.

Sustentou haver o v. acórdão laborado em equívoco, a afastar a regra do art. 3º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, por suposta inaplicabilidade ao caso em tela, além de haver-se afastado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem entendido, reiteradamente, ser devido o estorno do ICM, nos termos da aludida norma, quando não atendidos os requisitos ali previstos.

Deferido na origem, foi o recurso devidamente processado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O v. acórdão sob apreciação está assim fundamentado:

“O estabelecimento que a autora mantém no Estado de São Paulo recebe mercadorias industrializadas em estabelecimentos que possui em outros Estados da Federação e, em seguida, remete-os para a Zona Franca de Manaus. Por ocasião das entradas das mercadorias no estabelecimento que mantém neste Estado, a autora se credita do valor do ICM que foi recolhido pelos estabelecimentos industrializadores, no Estado de origem. Nessa circunstância, não há dúvida de que deixando a autora de promover o estorno do tributo assim apropriado, quando das saídas das mercadorias para a Zona Franca de Manaus, que, como se sabe,

gozam de imunidade tributária, o Estado de São Paulo acaba arcando com os ônus do incentivo fiscal da transação.

Ocorre que essa situação, talvez injusta, é incontornável, pena de infringência das regras constitucionais e legais incidentes, assecuratórias do princípio da não-cumulatividade.

Com efeito, era irrecusável o direito do estabelecimento local da autora de creditar-se do valor do ICM recolhido em outro Estado da Federação (Constituição da República de 1969, artigo 23, inciso II e Decreto-lei nº 406/68, artigo 3º e § 1º). Outrossim, o estorno do crédito assim apropriado implicaria a frustração do favor fiscal, na medida em que os ônus respectivos passariam a integrar o custo do produto, onerando, dessarte, o consumidor final.”

Os óbices vislumbrados pelo v. acórdão, todavia, inexistem.

Com efeito, o princípio da não-cumulatividade não é incompatível com o estorno de crédito, sendo essa operação, ao revés, pertinente ao próprio sistema do ICM, hoje ICMS, conforme percuciente observação do eminente Min. Xavier de Albuquerque (RE 74.741-RS, RTJ 75/761).

É o que se depreende da leitura do art. 3º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, onde está dito a todas as letras:

“Art. 3º...

§ 3º. Não se exigirá o estorno do imposto relativo às mercadorias entradas para utilização, como matéria--prima ou material secundário, na fabricação e embalagem dos produtos de que tratam o § 3º, inciso I, e o § 4º, inciso III, do artigo 1º.”

Adite-se que as remissões constantes do texto transcrito referem-se à isenção sobre saída de produtos industrializados destinados ao exterior, bem como ao mercado interno, resultantes de financiamentos feitos por organismos ou entidades internacionais.

Conclui-se, pois, que a exigência de estorno, longe de contrariar o mencionado princípio, constitui regra, excepcionada apenas nos casos acima previstos, de forma expressa.

Aliás, essa orientação foi também adotada no Supremo Tribunal, como mostram os seguintes acórdãos:

“RE 74.741-RS — Rel. Min. Xavier de Albuquerque (STF).

ICM. Imunidade tributária na exportação de produtos industrializados para o exterior. Legitimidade, todavia, da exigência de estorno de crédito fiscal indevidamente lançado pelo exportador, relativamente às operações anteriores de circulação do mesmo produto” (RTJ 75/741).

“RE 95.601-GO — Rel. MIn. Néri da Silveira (STF).

ICM. Carne congelada. Estorno de créditos relativos a matéria-prima de origem animal ou vegetal. Decreto-lei nº 406/1968, art. 3º, § 3º, parte final. A operação de compra de bovino no produtor está sujeita à tributação do ICM. A exportação do produto industrializado é imune. A não exigência do estorno é uma vantagem a mais, em favor do contribuinte industrial exportador. Legitimidade da exigência de estorno de crédito fiscal do ICM relativo a matérias-primas e materiais de embalagem empregados na preparação do produto destinado à exportação. Hipótese em que não se aplica o § 1º do art. 3º, do Decreto-lei nº 406/68.”

Conclui-se, sem maior esforço, que a isenção do ICM refere-se tão-somente à operação contemplada pelo benefício, não compreendendo as operações ocorridas anteriormente.

No caso da Zona Franca, a isenção, prevista no art. 4º, do Decreto-lei nº 288/67, diz com “as operações que destinam mercadorias à Zona Franca de Manaus”, e tão-somente a estas, não contemplando as outras operações que a tiverem antecedido.

Nada impede, portanto, que a lei estadual erija obstáculo a extensão dessa ordem, não prevista na lei complementar federal, estabelecendo a obrigatoriedade do estorno do crédito lançado pelo exportador, quando da aquisição da mercadoria objeto da operação isenta.

Tal providência, no presente caso, tanto mais se justifica quando se nota que, no caso em tela, a operação anterior se deu em outro Estado, onde foi tributada, tornando-se insuscetível de ser alcançada pela isenção, a não ser que venha o Estado adquirente a arcar com o ônus dela decorrente, como pretende a recorrida, o que redundaria em situação das mais injustas.

O argumento, segundo o qual o consumidor final seria onerado, também não colhe, já que, como se viu, o benefício fiscal que lhe foi concedido restringe-se à operação que destinou a mercadoria à Zona Franca, não abrangendo as anteriores, sob pena de ter-se de exigir do vendedor, no caso, a prova de que a venda foi feita com exclusão do imposto pago pelas operações anteriores, o que, como se sabe, não ocorre.

Por fim, tenha-se presente que a Constituição de 1988, conquanto não incidente sobre o presente caso, dispôs expressamente, no art. 155, § 2º, II, *b*, que a isenção do ICM, salvo determinação legal em contrário, “acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”, o que corrobora a tese acima defendida, de que o estorno não é incompatível com o princípio da não-cumulatividade, não sendo, pois, coisas que *hurlent de se trouver ensemble*.

Decidindo em sentido contrário, é de considerar-se, pois, que o v. acórdão impugnado entrou em testilha com a norma que resulta, a *contrario sensu*, do art. 3º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, consagradora do princípio da anulação do crédito fiscal relativo a operações que precedem aquela contemplada pela isenção.

Meu voto, por isso, é no sentido do provimento do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.444 — SP — (Reg. nº 90.00076560) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrida: Nestlé-Industrial e Comercial Ltda. Advogados: Drs. Nino Oliveira Toldo e outro e Álvaro Caira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso (Em 15-10-90 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Hélio Mosimann e Américo Luz.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.522 — SP (Registro nº 90.0007858-0)

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

Recorrente: *Antônio Martins Lourenço*

Recorrido: *BMC — Banco Mercantil de Crédito S/A*

Interessada: *Vera Helena de Mello Franco Martins*

Advogados: *Drs. Jayme Vita Roso e outros, Drs. Cyro Penna Cesar Dias e outro*

EMENTA: Aval. Documento à parte.

Válido o aval em folha anexa ao título que se entende como seu prolongamento. Não, entretanto, em documento à parte, uma vez que o Brasil não se valeu da reserva consignada no artigo 4º do Anexo II da Convenção de Genebra.

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

Brasília, 10 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Antônio Martins Lourenço embargou execução que lhe é movida por BMC — Banco Mercantil de Crédito S.A., fundada em duplicatas, emitidas por Gama Artefatos de Cerâmica Indústria e Comércio Ltda, endossadas ao exequente. Alegou-se inadmissível a execução na qualidade de avalista, pois nos títulos não consta sua assinatura como tal.

Os embargos foram julgados procedentes, condenando-se o embargado apenas nas custas processuais.

Apelou o embargante, pedindo a reforma parcial da sentença, para que se incluísse condenação em honorários.

Recorreu adesivamente o embargado.

A Egrégia 5ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, por maioria, negou provimento a ambos os recursos.

Com amparo em voto vencido, apresentou o exequente embargos infringentes que foram acolhidos, dando-se provimento ao recurso adesivo, julgados improcedentes os embargos, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Embargaram de declaração as partes. Foram rejeitados os embargos do executado e recebidos os do exequente, prevalecendo na íntegra o voto vencido.

No recurso extraordinário, com base no art. 119, III, *a* e *d* da Constituição de 1967, alegou o embargante que violados os arts. 56 da Lei nº 4.215/63, art. 14 do Decreto nº 2.044 de 31-12-80, arts. 30 e 32 da Convenção de Genebra; arts. 124 e 127 do Código Comercial e arts. 82, 130 e 145 do Código Civil. Afirmou ainda, dissídio jurisprudencial. Convolado o recurso em especial, foram os autos remetidos a este Tribunal.

O Ministério Público, oficiando perante esta Corte, opinou no sentido de que o recurso não merecia provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão relativa a pretensa violação do artigo 56 da Lei nº 4.215/62, como observou o Ministério Público, não pode ser examinada posto que, dizendo com a representação judicial da parte, dependia, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, vigente à época, de arguição de relevância, não apresentada.

Considero, entretanto, que o acórdão realmente violou a Lei Uniforme, especificamente a primeira alínea de seu artigo 31.

O recorrente não lançou sua firma no título que embasa a execução. Fê-lo, entretanto, em documento separado, onde se fazia proposta de desconto dos títulos. Como nesse documento constava seu nome como de avalista, entendeu o julgador recorrido que a hipótese subsumia-se à previsão legal, que admite seja o aval escrito em folha anexa.

Com a devida vênia, não tem razão. A folha anexa, a que se refere o texto, corresponde ao alongamento do título, já admitido no direito anterior. Não havendo mais espaço para novas assinaturas, acrescenta-se uma folha para aumentá-lo. Não se confunde com o aval lançado em documento separado. Isso resulta claríssimo do que se contém no artigo 4º do Anexo II da Convenção de Genebra onde se lê:

“Por derrogação da alínea primeira do art. 31 da Lei Uniforme, qualquer das Altas Partes contratantes tem a faculdade de admitir a possibilidade de ser dado um aval no seu território por ato separado em que se indique o lugar onde foi feito.”

Da reserva acima não se valeu o Brasil, cujo direito tradicionalmente não permite o aval na forma acima.

Com a devida vênia do Ministério Público, a hipótese não corresponde, também, aos precedentes citados. Naqueles, cogitava-se de contrato em que o avalista assumia expressamente a posição de devedor solidário. Não é o caso em julgamento.

Conheço do recurso por violação do artigo 31 da Lei Uniforme, e dou-lhe provimento para julgar procedente os embargos. Custas e honorários pelo embargado, arbitrados estes em dez por cento sobre o valor da execução devidamente corrigido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.522 — SP — (Reg. nº 90.0007858-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recorrente: Antônio Martins Lourenço. Recorrido: BMC — Banco Mercantil de Crédito S/A. Interessada: Vera Helena de Mello Franco Martins. Advogados: Drs: Jayme Vita Roso e outros e Cyro Penna Cesar Dias e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento — (Em 10-12-90 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.640 — SP

(Registro nº 90.0008086-0)

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

Recorrente: *Ernani Mori Contipelli — Espólio*

Recorridos: *Maury de Oliveira Queiroz e Ernani de Paula Queiroz*

Advogados: *Drs. José Eduardo Loureiro e outros e Walter Maria Laudísio e outros e Paulo Gonçalves Costa*

EMENTA: Reconhecimento de paternidade. Menor. Impugnação.

O termo inicial, fixado no art. 362 do Código Civil, refere-se à impugnação ao reconhecimento, facultada ao menor, após tornar-se capaz, e que depende apenas de manifestação de sua vontade em recusar a perfilhação. O ajuizamento de ação, objetivando demonstrar a falsidade do ato, não se condiciona a que o reconhecido tenha atingido a maioridade ou sido emancipado.

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.

Brasília, 04 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Cuidam os autos de ação ordinária, ajuizada por Ernani Paula Queiroz, menor impúbere, objetivando anulação de seu registro de nascimento, por falsidade ideológica quanto à filiação paterna.

No Juízo de primeiro grau, foi declarada a carência de ação e, nos termos do art. 267, VI, do CPC, julgado extinto o processo. Entendeu o MM. Juiz que o autor só poderia exercitar o direito de ação após a maioridade e nos termos do art. 362 *in fine* do Código Civil.

Em decisão unânime, a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação para que se prosseguisse no feito, com exame do mérito.

O espólio de Ernani Mori Contipelli apresentou recurso extraordinário, com base no art. 119, III, *a* da anterior Carta Constitucional, alegando negativa de vigência aos arts. 362 e 178, § 9º, VI do Código Civil.

O Ministério Público opinou fosse provido o recurso.

Convolado o extraordinário em especial, foram os autos remetidos à esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Controverte-se quanto à exata interpretação do art. 362 do Código Civil, em sua segunda parte. Afirma-se, de um lado, que estabeleceu apenas prazo de decadência. Findo os quatro anos, após a maioridade, não pode mais ser impugnada a filiação por aquele que foi reconhecido. Não significaria que, só após atingida aquela idade, ou emancipado o menor pudesse proceder à impugnação. O contrário é sustentado pela outra parte, entendendo que a lei previu um momento a partir do qual poder-se-ia fazer a impugnação.

A questão está a requerer colocação diversa, feita, aliás, no despacho que inadmitiu o recurso extraordinário. Trata-se de saber qual o conteúdo da impugnação a que se refere a norma em exame.

Filiou-se o Código às legislações que não fazem do reconhecimento voluntário da paternidade ato simplesmente unilateral. Deixou explícito que

dependia do consentimento do que se pretende reconhecer, se for maior. Quanto ao menor, óbvio que não se poderia exigir sua concordância, pessoalmente feita, contemporânea ao ato. Admitiu, entretanto, que, atingida a maioridade, ou emancipado, manifestasse seu dissenso, apto a desconstituí-lo. Este, a meu sentir, o ponto relevante. Tornando-se capaz, aquele que foi reconhecido poderá, no prazo fixado em lei, impugnar o reconhecimento, simplesmente por não estar de acordo com ele, sem necessidade de demonstrar sua falsidade. Faculta-se-lhe manifestação da vontade que não podia validamente externar quando se deu o reconhecimento.

A propósito assinalou Clóvis que, para a impugnação, por parte de quem foi reconhecido quando menor, “não é necessária senão a sua própria vontade contrária ao reconhecimento. A pessoa perfilhada não quer a posição de filho natural do perfilhante, e assim o declara” (Código Civil Comentado — Francisco Alves — 6ª ed. — vol. II — pág. 234). Caio Mário, tratando da impugnação em exame, é também explícito:

“Não se trata de procedimento com o objetivo de provar a inexistência da relação biológica, ou de demonstrar defeito no ato de perfilhação. Basta a sua manifestação volitiva, contrária. É uma posição simétrica: pela mesma razão que o maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, assim também o perfilhado menor deixará de o ser, uma vez caracterizada a sua vontade contrária, quando puder manifestá-la.” (Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos — Forense — 1977 — pág. 78)

Assim interpretado o texto, a dificuldade desaparece. Apenas a impugnação dependente de simples manifestação de vontade do que foi reconhecido é que se sujeita a ter-se tornado capaz. A eventual falsidade do ato não terá que forçosamente subsistir até aquele momento. Poderá o representante legal do menor demonstrá-la, e obter judicialmente a anulação do registro.

Entendo não ter ocorrido violação da lei, razão por que não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.640 — SP — (Reg. nº 90.0008086-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recorrente: Ernani Mori Contipelli — Espólio. Recorridos: Maury de Oliveira Queiroz e Ernani de Paula Queiroz. Advogados: Drs. José Eduardo Loureiro e outros e Walter Maria Laudísio e outros e Paulo Gonçalves Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma — 04-12-90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.290 — SP
(Registro nº 9096006)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *João Lopes Rodrigues*

Advogado: *Dr. Orlando Calvielli*

EMENTA: Penal. Processual. Menoridade. Prova documental. Divergência jurisprudencial.

Não se considera, para efeitos penais, a alegação de menoridade do acusado, sem que acompanhada de prova documental.

ACÓRDÃO

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

Decide a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e determinar que seja julgada a 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, 23 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorreu o Ministério Público de São Paulo, com fundamento no art. 105 III, c da Constituição Federal, da decisão da 3ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que decretou a extinção da punibilidade pela prescrição, contando

prazo pela metade, por considerar o réu, ora recorrido, João Lopes Rodrigues, menor, sem exame de prova documental.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal onde o Ministério Público opina pelo provimento do mesmo.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Em hipótese em tudo idêntica à do presente recurso esta Turma assim decidiu:

“.....

2. Somente se admite a menoridade, para efeitos penais, quando documentalmente comprovada, não apenas por haver sido indicada por ocasião do interrogatório, pelo réu máxime se a circunstância não foi argüida pela defesa em qualquer oportunidade, sequer devolvida na apelação.” (REsp 2.750 — RJ — Rel. Min. Dias Trindade).

Adotando as razões que estão no voto condutor, que leio, na parte que interessa e do qual faço juntar reprodução xerográfica, voto no sentido de conhecer do recurso, ante a evidente divergência jurisprudencial, dando-lhe provimento, para cassar o acórdão, de sorte a que seja julgada a apelação do Ministério Público, tida como prejudicada.

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 tranqüila 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 Progressa 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 ReCr 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 5.290 — SP — (Reg. nº 9096006) — Relator: O Exmo. Sr. Min. Dias Trindade. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: João Lopes Rodrigues. Advogado: Dr. Orlando Calvielli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido e determinar que seja julgada a apelação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Em 23-10-90 — 6ª Turma).

Os Exmos. Srs. Ministros William Patterson, José Cândido, Carlos Thi-
bau e Costa Leite votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr.
Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.668 — SP
(Registro nº 90.0008682-5)

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

Recorrentes: *Paulo José de Azevedo Bonavides e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogadas: *Dras. Zélia F. de Souza de Figueiredo Lyra e Lilian Rodri-
gues Gonçalves.*

**EMENTA: Processual Civil. Prescrição. Funcionário.
Gratificação.**

O pedido de aplicação de critério correto para a fixação
do *quantum* de adicionais, difere da vindicação da própria
gratificação.

A incidência da prescrição há de levar em conta a pos-
tulação que, na espécie, só ocorre nas prestações vencidas.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 31 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA
VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Paulo José de Azevedo
Bonavides e outros interpuseram Recurso Extraordinário, fundado na Consti-

tuição anterior, art. 119, inciso III, letras *a* e *d*, com argüição de relevância de questão federal, face ao acórdão prolatado na Apelação Cível da Comarca de São Paulo.

Esclarecem que ajuizaram ação contra a Fazenda, visando ao pagamento das diferenças dos recálculos dos adicionais por tempo de serviço e do Regime Especial de Trabalho Policial com incidência sobre a sexta-parte.

O pedido foi julgado procedente e o recurso interposto provido, para reconhecer “a ocorrência da prescrição do direito dos autores pelo fato de terem deixado decorrer prazo superior a cinco anos à lesão de seu apontado direito ao mencionado recálculo”.

Entendem que o v. acórdão negou vigência ao Decreto-lei nº 20.910/32, bem como deu interpretação divergente da que lhe tem dado o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Indeferido o processamento do recurso, foi provido agravo de instrumento interposto pelos recorrentes e determinada sua autuação como Recurso Especial.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. A questão é bem conhecida do Colendo Supremo Tribunal Federal, que, na decisão plenária, no RE nº 110.419, sessão de 08-03-89, firmou o entendimento de que, quando se trata de redução do cálculo da gratificação, a prescrição não atinge o fundo do direito e só alcança as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Por ocasião deste julgamento, o eminente Ministro Relator, Moreira Alves, em seu voto apreciou, detidamente, a jurisprudência de nossa Corte Maior, sobre a hipótese. Deu ele o exato sentido da Súmula nº 443 da Excelsa Corte. Para ele, o que referida súmula afirma é que: “a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei ocorre, quando tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta”. Ora, no caso em exame, não houve qualquer requerimento administrativo e a administração não negou a pretensão dos autores. Mas, para o eminente Ministro Moreira Alves a Súmula 443 é incorreta e não está de acordo com os acórdãos em que se apóia. Segundo ele, ... dos seis acórdãos em que se apóia a súmula em causa, cinco deles dizem respeito à prescrição na Justiça do Trabalho e um à prescrição contra a Fazenda Pública. Deles todos, os dois últimos se referem inequivocamente à hipótese de prescrição do denominado fundo do direito: o RE nº 46.814, em que, para

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

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

Para ele o que dizem estes acórdãos é que “negado o próprio direito, a prescrição não se limita a prestações anteriores, mas alcança a própria pretensão àquele”. Na espécie se pretende a diferença de vencimento. Acentua ele que, nestes acórdãos, “quando se tratou de pedido de pagamento de diferença de salário (e, nesse caso, o mérito do pedido é sempre saber se o requerente tem, ou não direito a essa diferença em virtude de desvio temporário de funções, de benefício coletivo ou de dissídio coletivo), sempre decidiram, por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parcelas vencidas. Só se deu pela prescrição do fundo de direito, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma, ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado. Se mensalista, ou não, ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira”. Citou ele o precedente no RE 93.875 sobre a prescrição referente à pretensão sobre critério de cálculo do *quantum* de gratificação incontroversa da 2ª Turma, com a seguinte ementa:

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

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, uma vez que, em última análise o acórdão recorrido entendeu que, no caso, o direito à vantagem, que decorre de relação jurídica incontroversa e sobre o qual não houve decisão administrativa contrária a requerimento dos interessados, renasce mensalmente, razão por que a prescrição diz respeito, apenas, às parcelas mensais. Interpretação que, no mínimo, é razoável (Súmula 400).

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

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

“Fundo do direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadra-

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

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

Se — como está expresso nesse dispositivo legal — a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente um *quantum*) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento tudo o que a esse *quantum*, que é a prestação, está indissoluvelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) só rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, reconhece, portanto, a existência incontroversa do fundo do direito, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.

Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário — se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A Partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.

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

Este entendimento foi reiterado na recente decisão proferida no dia 17 de março de 1989, no RE nº 114.597-8, Relator eminente Ministro Octávio

Gallotti, publicado no DJ de 14-04-89, que trata de ação proposta por oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, visando retificação de cálculo da gratificação de nível universitário, e tem a seguinte ementa:

“Prescrição de vantagem funcional.

Dissídio superado, ante o decidido pelo Tribunal Pleno, no RE nº 110.419 (sessão de 08-03-89), onde ficou assentado que quando o ato administrativo impugnado apenas reduz o cálculo da gratificação (sem aboli-la) não concerne, então, ao fundo do direito, mas à sua consequência. Por isso, a prescrição só atinge as parcelas.

Recurso de que não se conhece, de acordo com a Súmula 356.”

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Presidente):
Data venia do eminente Sr. Ministro Relator, fico vencido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.668 — SP — (Reg. nº 90.0008682-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recorrentes: Paulo José de Azevedo Bonavides e outros. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Dras. Zélia F. de Souza de Figueiredo Lyra e Lilian Rodrigues Gonçalves.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg, deu provimento ao recurso (1ª Turma — 31-10-90).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 5.784 — SP
(Registro nº 90.0010875-6)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Geraldo Neves Martins*

Advogado: *Dr. Enid Pucci Falgetano*

EMENTA: Penal. Contravenção do “jogo do bicho”.

Condenação. Flagrado na posse de farto material destinado a apostas, não há absolver-se o “cambista” por insuficiência de prova, pela falta de identificação do “apostador” e do “banqueiro”.

Precedentes da Turma.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Condenado a seis meses de prisão simples e dez dias multa, com suspensão por dois anos, penas do art. 58, § 1º, *a* do DL nº 6.259/44, o ora recorrido foi absolvido na via apelatória, a fundamento de que a contravenção do chamado “jogo do bicho” hoje se abriga sob a presunção popular da descriminalização, tal a pleora de jogos explorados pelo próprio poder público; donde persistir tal presunção se não se identificam o apostador e o banqueiro, sem o que cabe absolver-se o cambista por falta de prova, na consonância do art. 386, VI, do CPP — fls. 94/95.

Dai o recurso do Ministério Público, pela letra *a*, porque contrariado o próprio art. 58, § 1º, letra *a*, de cuja infração se trata, e pela letra *c*, porque dissentiu-se dos padrões colacionados, afirmativos de que, evidenciadas a posse e a guarda do material contravencional, cabe a condenação do cambista, ainda que não surpreendido a fazer o jogo (RT 514/384, 543/421 e 600/399) — fl. 98.

Processado o recurso especial, nesta instância o parecer do Subprocurador-Geral Ribeiro de Bonis é pelo seu provimento, com estas asseverações:

“5. A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu recurso, porfia por demonstrar que o v. acórdão nega vigência ao art. 58 do Decreto-lei nº 6.249/44, “que não subordina a configuração da

prática contravencional à perfeita identificação do banqueiro, cambista e apostador” — (sic).

6. Isso porque o v. acórdão recorrido, considerando “a oficialização da pletera de jogos, alguns explorados pelo poder público” (sic), admitiu a presunção de que os papéis encontrados com alguém se destinam aos jogos consentidos e “para que tal presunção deixe de existir, é indispensável que a autoridade policial indique quem apostou e qual o banqueiro que recebeu a aposta” como nele se diz literalmente.

7. Em outras palavras, criada a presunção exaspera-se o ônus da prova.

8. A técnica inova em relação a precedentes do Tribunal paulista que, com o mesmo efeito prático, buscaram-no de modo frontal, abrigados na tese da descriminalização pelo costume.

Fizeram-se expostos ao controle do recurso especial que lhes cassou a decisão.

9. Não menos vulnerável é o v. acórdão ao recurso especial, uma vez que aborda a qualificação jurídica da prova para a específica questão de fato, — exceção à inadequação de recurso especial para reexame de prova.

10. Com efeito a materialidade do ilícito está comprovada *quantum satis* pela prova pericial de fls. 37, 38, e esse meio de prova é adequado à espécie delituosa, independente dos elementos exigidos pelo acórdão, com fundamento na presunção que cria.” — fls. 114/115.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Srs. Ministros, a espécie, de tão repetida, dispensa-se a mais demorado exame.

De fato, quer quanto à valorada presunção de descriminalização da prática contravencional do “jogo do bicho”, quer sob o aspecto da desvalia da prova se não se completa a tríplice identidade do jogador, do cambista e do banqueiro, esta própria Turma registra precedentes lançados mesmo sobre casos igualmente provenientes do Eg. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. De repulsa a ambas as teses aludidas é a posição da Turma, conforme exemplificam estas elucidativas ementas, da lavra do Sr. Ministro Assis Toledo, *verbis*:

“Penal. Contravenção do “jogo do bicho”. Acórdão absolutório fundado na perda de eficácia da norma contravençional (“a conduta embora punível deixa de sê-lo socialmente”). Decisão que nega vigência ao art. 58, § 1º, *b*, do Decreto-lei nº 6.259/44.

Reconhece-se, em doutrina, que o costume, sempre que beneficie o cidadão, é fonte do Direito Penal. Não obstante, para nascimento do direito consuetudinário são exigíveis certos requisitos essenciais (reconhecimento geral e vontade geral de que a norma costumeira atue como direito vigente), não identificáveis com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades.

A circunstância de o próprio Estado explorar jogos de azar não altera esse entendimento porque, no caso em exame, o que se pune é uma certa modalidade de jogo: a clandestina, proibida e não fiscalizada.

Conhecimento do recurso especial do Ministério Público e seu provimento para restabelecer-se a sentença condenatória de primeiro grau, decretando-se, porém, a extinção da punibilidade pela prescrição.” — REsp nº 2.202, *in* DJ de 02-4-90.

“Penal. Contravenção do jogo do bicho.

A impossibilidade de identificação do “banqueiro” não impede a punição da prática contravençional pelo intermediador em poder do qual é apreendido farto material destinado a apostas.

Recurso especial conhecido pela letra *a* e provido para restabelecer-se a sentença condenatória, decretando-se, porém, a prescrição.” — REsp nº 2.774, em 8-8-90.

Mudando o que for de mudar, é o caso, pois, de conhecer-se do recurso, para provê-lo.

Anoto, por fim, não haver causa extintiva da punibilidade por prescrição, porquanto se trata de denúncia recebida a 20-3-89 (fl. 26) e de sentença de 22 de maio do mesmo ano (fl. 57).

Pelo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença condenatória.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.784 — SP — (Reg. nº 90.0010875-6) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Geraldo Neves Martins. Advogado: Dr. Enid Pucci Falgetano.

Decisão: A Turma, por unanimidade, decidiu conhecer do recurso, e lhe dar provimento, para restabelecer a sentença condenatória (Em 14-11-90 — 5ª Turma).

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 5.852 — SP

(Registro nº 90.0011058-0)

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

Recorrente: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Recorrido: *Divaldo Pereira Passos*

Advogados: *Drs. Solon José Ramos e outro, Marigildo de Camargo Braga e outros*

EMENTA: Acidente do trabalho. Indenização. Benefícios.

Trabalhador aposentado por tempo de serviço pode receber auxílio suplementar resultante de acordo homologado, cuja sentença transitou em julgado.

O INPS não pode alegar violação ao artigo 9º da Lei nº 6.367/76, após ter proposto o acordo, que recebeu homologação definitiva.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O INPS interpõe Recurso Especial apoiado na Constituição, 105, III, *a e c* e Lei nº 8.038/90, apontando como violados o artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 6.367/76, e artigo 22, § 2º, do Decreto nº 79.037/76, e divergência com a Súmula 11 do Segundo Tribunal de Alçada, e com o RE nº 113.870, — DJU de 22-04-88, RE 115.727-5 — SP, DJM 06-05-88, RE 116.090-0 — SP, DJU 03-06-88.

O Recurso foi contra-arrazoado às fls. 155/157, e admitido em despacho de fls. 162/163.

Trata-se de Ação de Indenização por Acidente do Trabalho proposta por Divaldo Pereira Passos contra o Instituto Nacional de Previdência Social, almejando os benefícios da Lei nº 6.367/76, juros de mora, correção monetária e demais despesas.

O INPS oferece “proposta de liquidação amigável”. O Autor contrapõe, e o INPS não se opõe. Na mesma linha o Dr. Curador.

O acordo é homologado por sentença de fl. 48 v.

O INPS lança impugnação à folha de dados “por estar incorreto o salário de contribuição”.

“Os dados do processo transpostos para a planilha de fl. 55 para ter eficácia jurídica.”

Decisão de fls. 67/67 v. julga “o credor carecedor de pedido de liquidação de sentença” e este apresentou apelação de fls. 73/78 e o INPS apresentou contra-razões de fls. 80/84.

O v. acórdão de fls. 100/101 deu provimento ao recurso.

O INPS traz aos autos informações que “o autor vem recebendo aposentadoria por tempo de serviço e não deu conta disso nos autos”, havendo impedimento da Lei nº 6.367/76, artigo 9º, parágrafo único.

Decisão de fls. 118/120 rejeitou a impugnação procedente a liquidação.

O INPS interpõe apelação.

O Recorrido contra-arrazoou.

O v. acórdão de fls. 148/149 negou provimento ao recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Divaldo Pereira Passos, aposentado por tempo de serviço no dia 17-5-83 (doc. de fls. 9 e 125), ajuizou contra o Instituto Nacional de Previdência Social —

INPS — esta ação de indenização por acidente do trabalho no dia 19-6-84, pedindo os benefícios da Lei nº 6367/76 e os acréscimos legais. Com a sua inicial, juntou o autor a prova de que já se encontrava aposentado, desde 17-5-83 (docs. de fls. 12/13), mais de um ano antes do ajuizamento da ação. Constou da própria perícia que o autor já estava aposentado por tempo de serviço desde 1983. O assistente-técnico do INPS concordou com o laudo. Teve o Instituto vista da perícia. Após a perícia, e antes de realizada a audiência, fez o INPS ao autor proposta de acordo para pôr fim à demanda, concordando em pagar a Divaldo Pereira Passos o auxílio-suplementar de 20%, além de arcar com as penas da sucumbência. Tendo havido concordância do autor, foi o acordo homologado (Sentença de fl. 48v). Apresentados os dados para o cálculo, deles discordou o autor, mas a impugnação foi rejeitada e mantida a liquidação. Apelou o autor e foi dado provimento à apelação.

No dia 02 de junho de 1987 pediu o INPS não fosse liberado o depósito em favor do autor porque este vem recebendo aposentadoria por tempo de serviço e, segundo o Instituto, “não deu conta disso nos autos”, mas já havia sido levantado o depósito.

Como vemos, não está com a verdade o INPS, quando afirma que o autor não deu conta nos autos, de já estar aposentado por tempo de serviço. Se é o próprio Instituto-réu que paga ao autor a aposentadoria, sabia ele muito bem que vinha pagando ao autor, desde maio de 1983, a aposentadoria por tempo de serviço. Mas o autor, logo com a inicial, juntou a prova de que já vinha recebendo sua aposentadoria, do réu, desde maio de 1983 (docs. de folhas 12/13) e este fato constou da perícia (Laudo fls. 36/37), com a qual concordou o assistente do INPS. O próprio Instituto teve vista da perícia, e só depois de ter tido conhecimento desta formulou a proposta de conciliação.

Ora, se o INPS, mesmo sabendo que o autor já estava aposentado por tempo de serviço, há mais de dois anos, propôs pagar-lhe o auxílio suplementar, e se o acordo foi devidamente homologado, e esta sentença transitou em julgado, não pode mais o Instituto, em fase de liquidação, discutir de novo a lide (art. 610 do CPC). Só através de ação rescisória, tal sentença poderia ser atacada.

Se o INPS, depois de pagar ao autor a aposentadoria por tempo de serviço por mais de dois anos, propôs pagar-lhe o auxílio suplementar e, como se trata de ação de caráter patrimonial, podia o Instituto fazer tal acordo que se tornou definitivo.

Com inteira razão o venerando acórdão hostilizado ao acentuar que:

“Sem embargo disso, após dois anos do pagamento contínuo desse benefício, a autarquia ofereceu proposta de acordo

para pagar também o auxílio suplementar de 20%, a partir do dia seguinte ao da alta médica.

Com efeito, a lide acidentária tem caráter patrimonial albergando direito disponível do Estado.

Ante tal princípio, nada impedia que a autarquia, abdicando do direito subjetivo pessoal ante a incidência de norma retora, resolvesse pagar ao operário novo benefício, despendo-se da faculdade legal existente. Calham aqui as bem lançadas palavras do culto Procurador de Justiça quando pontifica que “o auxílio suplementar cessa automaticamente quando a aposentadoria lhe for *superveniente*, como, aliás, consta da Súmula nº 11 dessa Egrégia Corte, e não quando ela, sendo anterior, não for levada em conta, como ocorreu no caso, em que a autarquia formulou proposta de acordo bem depois de colocado em manutenção o benefício máximo”.

Com base em tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.”

O INPS não pode alegar violação ao artigo 9º, parágrafo único, da Lei nº 6.367/76, e artigo 22, § 2º, do Decreto nº 79.037/76, porque partiu dele a proposta de acordo para pagar ao autor o benefício do auxílio suplementar, depois de dois anos que já vinha pagando-lhe a aposentadoria. Sabia o Instituto muito bem da existência destes dispositivos legais, e mesmo assim concordou em pagar o auxílio suplementar a aposentado, e não fica bem para ele dizer que não tinha conhecimento da aposentadoria de Divaldo Pereira Passos porque isto demonstra o pouco cuidado no exame das ações contra ele movidas e nas propostas de acordo.

Não se caracterizou a divergência, porque em nenhum dos precedentes apontados a hipótese foi a mesma. E em nenhum deles houve acordo proposto pelo INPS de pagar o auxílio suplementar à aposentado por tempo de serviço e ocorreu a homologação por sentença transitada em julgado, em processo onde o Instituto teve ciência, de sobra, da aposentadoria.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.852 — SP — (Reg. nº 90.0011058-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recorrente: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Recorrido: Divaldo Pereira Passos. Advogados: Drs. Solon José Ramos e outro, Marigildo de Camargo Braga e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não se conheceu do recurso (1ª Turma: 19-11-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Armando Rollemberg e José de Jesus Filho.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 5.862 — SP

(Registro nº 90.0011074-2)

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

Recorrente: *Universidade de São Paulo*

Recorrido: *Reginaceli Pessoa de Freitas*

Advogados: *Drs. Maria Tereza Dutra Carrijo e outros; Eliana Maria Coelho e outros, e José Alberto Couto Maciel.*

EMENTA: Universidade. Lei de diretrizes e bases da educação nacional. Transferência de servidor público.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é de caráter nacional. Não se confunde com lei federal. Vincula a União, os Estados, os Municípios e todos os estabelecimentos de ensino. Autonomia das universidades não significa independência. Todas vinculam-se ao sistema único. Este é compulsório. Respeitado, cada entidade dispõe como melhor lhe aprouver, como ocorre, exemplificativamente, com o *curriculum* mínimo e o *curriculum* pleno. A transferência de alunos integra o sistema porque relacionado com a continuidade do curso, aspecto que interessa à própria educação. A lei se preocupou também com a dinâmica do ensino. A Universidade, em si mesma, é vazia: só faz sentido com o corpo docente (entre os quais os pesquisadores) e o corpo discente. A transferência de servidor público é constitucional. Além disso, a lei é auto-aplicável quando disciplina a transferência entre estabelecimentos nacionais. A regulamentação é necessária na hipótese de transferência de estudante de escola estrangeira para congênere do Brasil.

ACÓRDÃO

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

Decide a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, 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, 14 de novembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Recurso Especial interposto pela Universidade de São Paulo nos autos do mandado de segurança, em que contende com Reginaceli Pessoa de Freitas.

A Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição da República, argui contrariedade de lei federal e divergência jurisprudencial.

A Recorrente alega violação da Lei nº 5.540/68, no que concerne à autonomia universitária. Cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A matéria é relativa a transferência de aluna do curso de odontologia da Faculdade de Volta Redonda para a Universidade de São Paulo, por força da transferência compulsória de seu pai, Oficial das Forças Armadas.

A sentença denegou a segurança por entender que a negativa de transferência está amparada em atos válidos.

O v. acórdão deu provimento à apelação, reformando a sentença de 1º grau.

Despacho de admissão.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator): Sr. Presidente, por se tratar de matéria idêntica, reedito as considerações expedidas no REsp 695 — SP, de que fui Relator:

“O despacho de fl. 290, do eminente Ministro Carlos Madeira, remeteu os autos ao Superior Tribunal de Justiça para “apreciação de matéria infraconstitucional restrita à alínea *a* do inc. III do art. 105 da Constituição vigente”.

Eis a íntegra do referido despacho:

“O presente recurso extraordinário funda-se nas alíneas *a*, *b* e *c* do inc. III do art. 119 da E/C nº 1/69, e alega que a decisão recorrida ofendeu preceitos constitucionais e legais, declarou a inconstitucionalidade de lei federal, bem como a validade de ato local contestado em face de lei federal. Embora admitido, na origem, sem restrições, subiu a esta Corte com arguição de relevância, que ora se julga prejudicada.

De acordo com a orientação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no RE 117.809-4, rel. Min. Sepúlveda Pertence, limitar-se-á o recurso especial, em que se converte, parte do extraordinário, à apreciação da matéria infraconstitucional restrita à alínea *a* do inc. III do art. 105 da Constituição vigente. As demais questões, por serem constitucionais, estão no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, *a*, *b* e *c* da Constituição).

Assim sendo, com base no precedente, determino a remessa dos autos para o Superior Tribunal de Justiça, que, posteriormente ao julgamento do recurso especial, os devolverá a esta Corte.”

O caso em julgamento é um, dentre tantos outros, em que se mostra cinzenta a linha divisória do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial.

Neste Tribunal é impertinente enfrentar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.037, de 5 de outubro de 1982, como proclamou o v. acórdão recorrido. Cabe-lhe, porém, apreciar, *incidenter tantum*, a constitucionalidade de qualquer norma. Logicamente, também incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei. Em conseqüência, lícito será não conhecer ou negar provimento ao recurso, caso reconheça que a pretensão do Recorrente afronta a Constituição da República. É certo, porém, a última palavra restará ao Supremo Tribunal Federal, a cujo órgão está reservada a competência para análise específica.

No Superior Tribunal de Justiça, a inconstitucionalidade, repita-se, pode ser proclamada incidentalmente. No Supremo Tribunal Federal, a matéria é tratada como o mérito do recurso.

Nesses limites, conheço do recurso para o fim específico de analisar o ato concreto diante da Lei nº 7.037/82, ou seja, a transferência de dependente de militar de universidade federal para a Universidade de São Paulo.

Não diviso e, por isso, não proclamo incidentalmente a inconstitucionalidade do diploma legal, como registra o v. acórdão do Tribunal de origem. Em conseqüência, dou pela constitucionalidade da Lei nº 7.037/82, cuja análise específica, escreva-se mais uma vez, incumbe ao Supremo Tribunal Federal. Essa distinção evidencia a separação do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial, revelando que os respectivos julgamentos não se confundem, nem

se configura o *bis in idem*. Insisto. Não aprecio a constitucionalidade. Tenho-a como tal. Se entendesse ao contrário, proclamaria a inconstitucionalidade incidental.

A Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 — Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional — organicamente registra as linhas mestras do ensino brasileiro, desde a educação pré-primária até o nível universitário.

Válida, nesta passagem, a distinção entre lei nacional e lei federal. A primeira ultrapassa os interesses da União Federal. A segunda é restrita às relações jurídicas em que essa pessoa jurídica integra como parte. O Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União é lei federal. O Estatuto da Magistratura é lei nacional. Uma das conseqüências é a lei nacional unicular também os Estados e os Municípios, embora se reconheça a autonomia daqueles e estes legislem no seu peculiar interesse.

Não se confundem, por isso, porque não se identificam as relações entre a lei federal e a lei estadual, e as relações entre a lei nacional e a lei estadual. Aliás, aqui, forma-se também relação entre lei nacional e lei federal.

A Lei nº 4.024/61 estatui no art. 11:

“A União, os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, com observância da presente lei.”

A Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968 — Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior — por sua vez, comanda no art. 3º:

“As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos.”

Autonomia significa autocomando, gestão livre, da maneira como melhor convier à universidade. Todavia, nos limites da lei básica, cujas diretrizes e bases não a tornam independente de modo a afastar-se do estatuto-padrão.

A Constituição da República de 1988 registra essa norma no art. 207, conferindo-lhe a dignidade da Lei Maior:

“As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

A lei de diretrizes e bases não se restringiu a emitir os princípios da educação nacional, o que constitui as linhas mestras a serem desenvolvidas, ou, em outras palavras, o amplo espectro que o tema enseja. Sem censura, porque também lhe é próprio, constituindo o aspecto procedimental ou dinâmico, dentre outros, disciplina a assistência social escolar, os recursos para a educação e a transferência de alunos. A continuidade do ensino está direta-

mente vinculada à sua eficiência. O instituto, por isso, não é estranho à própria educação. A universidade, em si mesma, é vazia: só faz sentido com o corpo docente (entre os quais os pesquisadores) e o corpo discente. Não se pode separar a matéria do espírito.

A Lei nº 4.024/61 determinava no art. 100:

“Será permitida a transferência de alunos de um para outro estabelecimento de ensino, inclusive de escola de país estrangeiro, feitas as necessárias adaptações de acordo com o que dispuserem; em relação ao ensino médio, os diversos sistemas de ensino, e em relação ao ensino superior, os conselhos universitários, ou o Conselho Federal de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimento de ensino superior federal ou particular, ou ainda, os Conselhos Universitários ou o Conselho Estadual de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimentos de ensino estaduais.”

Essa norma não impunha a restrição que a Impetrada lhe empresta, qual seja de a Universidade de São Paulo ser corpo incomunicável, estranho, no particular, ao sistema de educação nacional. Ao contrário, como as federais, qualquer que seja a natureza jurídica, as estaduais, as municipais e as particulares compõem um todo e como vasos comunicantes colaboram na dinâmica da educação.

O transcrito no art. 100 era auto-aplicável, no tocante à transferência entre estabelecimentos nacionais. Enfrento o pormenor porque alegado nas informações, instruídas com parecer de festejado jurista, que dependeria de regulamentação.

Cumprido, no art. 100 distinguir duas espécies de transferência; uma de estabelecimento nacional para outro também nacional; outra de “escola de país estrangeiro” para estabelecimento nacional. Somente quanto à segunda hipótese impunham-se “as necessárias adaptações de acordo com o que dispuserem”: a) em relação ao ensino médio, os diversos sistemas de ensino; b) em relação ao ensino superior, os conselhos universitários; c) o Conselho Federal de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimento de ensino superior federal ou particular; d) os Conselhos Universitários ou o Conselho Estadual de Educação, quando se tratar de universidade ou de estabelecimentos de ensino estaduais.

A distinção é facilmente explicada. O ensino no Brasil, por força das diretrizes e bases comuns, obedece os mesmos princípios. Não há choque entre o ensino federal, estadual, municipal ou particular. O *currículum* mínimo é o mesmo para todo o País. As diferenças, particulares, jamais poderão contrariá-lo. Ao contrário, sempre se adaptam a ele. Não há, pois, diferença substan-

cial entre o Curso de Direito, Física ou Letras, entre o ministrado na Universidade Federal do Acre, na Fundação Universidade de Brasília, nas Faculdades Metropolitanas Unidas ou na Universidade de São Paulo.

O mesmo raciocínio, porém, não é válido quando aluno de universidade de outro país vem prosseguir o curso no Brasil. Não se está mais diante de sistema único. Ao contrário, de pluralidade de sistemas. É lógico que haja adaptações para ajustar-se à harmonia. Nesse caso, cumpre, antes de tudo, promover uniformidade. Para isso, e só para isso, o art. 100 repartia atribuições entre os colegiados.

A interpretação mantém-se a mesma com a redação que a Lei nº 7.037, de 5 de outubro de 1982, conferiu ao transcrito art. 100. A modificação foi apenas literal quanto ao *caput*. A modificação é restrita aos §§ 1º e 2º. Transcrevo, na íntegra, o dispositivo atual:

“Art. 100 — A transferência de alunos, de uma para outra instituição de qualquer nível de ensino, inclusive de país estrangeiro, será permitida de conformidade com os critérios que forem estabelecidos:

a) pelo Conselho Federal de Educação, quando se tratar de instituição vinculada ao sistema federal de ensino;

b) pelos Conselhos Estaduais de Educação, quando se tratar de instituições estaduais e municipais;

c) pelo colegiado máximo, de natureza acadêmica, em cada instituição, quando inexístirem normas emanadas dos órgãos previstos nas alíneas anteriores.

§ 1º — Será concedida transferência, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga;

I — para instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, quando se tratar de servidor público federal, ou membro das Forças Armadas, inclusive seus dependentes, quando requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício que acarrete mudança de residência para o município onde se situe a instituição recebedora ou para localidade próxima desta, observadas as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Educação;

II — para instituições vinculadas ao sistema estadual, quando se tratar de servidor público estadual e seus dependentes, se requerida na condição prevista no inciso anterior, respeitadas as normas expedidas pelos Conselhos Estaduais de Educação.

§ 2º — As matérias competentes dos currículos mínimos de qualquer curso superior, estudadas com aproveitamento em instituição autorizada, serão automaticamente reconhecidas pela instituição que receber o aluno, devendo este, entretanto, cursar as matérias ou disciplinas obrigatórias constantes do currículo pleno, de acordo com as normas fixadas pelo Conselho Federal de Educação.”

Assim, o teor do § 2º, transferência de aluno de escola brasileira para outra nacional, confere-lhe o direito ao reconhecimento das matérias estudadas e a obrigação de satisfazer o currículo pleno.

Também não vinga, *data venia*, que distinguindo “servidor público federal, ou membro das Forças Armadas, inclusive seus dependentes” de “servidor público estadual e seus dependentes”, a lei afrontou o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Repete-se Aristóteles e Rui Barbosa de que a isonomia é tratamento igual para os iguais e o tratamento desigual para os desiguais. Pensamento correto, mais enunciado político do que jurídico. Impreciso para enfrentar casos específicos. Perante o Direito, a explicação técnica é rigorosa em se tomando, como referência, a causa da relação jurídica, que, por sua vez, é o fato histórico que constitui o vínculo entre duas pessoas. Haverá igualdade se as causas forem as mesmas, desigualdade se as causas forem diversas.

Assim, sem censura, o bacharel em Direito pode exercer a advocacia, o que não é consentido ao médico. Não há discriminação, ofensa à igualdade. Ocorre o mesmo se imposta idade mínima para ingresso em universidade. Ainda aí estará respeitada a isonomia.

O raciocínio é válido para os incisos I e II do § 1º do art. 100 da Lei nº 4.024/61, conforme redação da Lei nº 7.037/82.

Servidor público federal não se confunde com servidor público estadual. São fatos históricos distintos, como ser bacharel em Direito é fato histórico distinto de ser médico.

De outro lado se a distinção da lei ofendesse a igualdade, a conclusão não seria retirar o direito do servidor público federal, mas ampliar o direito do servidor público estadual, estendendo-o aos limites do congêneres da União Federal.

Não se olvide o disposto no art. 8º, XVII, *a*, da Constituição da República de 1969, em cuja vigência se formou o processo. Estatui incumbir à União Federal legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional”. Por derradeiro, a decisão recorrida e as informações da digna autoridade coatora permaneceram no plano normativo. Nenhuma impugnação ao aspecto fático, como, aliás, discorrera a brilhante decisão monocrática. Evidente a ilegalidade da

Resolução nº 3.313, de 10 de dezembro de 1986, do Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo”.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.862 — SP — (Reg. nº 90.0011074-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Universidade de São Paulo. Recorrido: Reginaceli Pessoa de Freitas. Advogados: Drs. Maria Tereza Dutra Carrijo e outros e Eliana Maria Coelho e outros, e José Alberto Couto Maciel.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (2ª Turma — 14-11-90).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Hélio Mosimann, Américo Luz e Ilmar Galvão.

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