

**RECURSO ESPECIAL**

---

RECURSO ESPECIAL Nº 1.439 — SP  
(Registro nº 89.0011937-0)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Daniel Joaquim da Silva*

Advogados: *Drs. Eurico de Castro Parente e outros*

**EMENTA: Processo Penal. Júri. Nulidades.**

Admite-se a figura do homicídio privilegiado-qualificado, sendo fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias. Não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas, pelo que o motivo de relevante valor moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa.

O homicídio pode ser duplamente privilegiado. Conseqüentemente, a não submissão aos jurados do quesito relativo à prática do crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, tido como prejudicado, em face da resposta afirmativa dos jurados ao quesito atinente ao cometimento do crime por motivo de relevante valor moral, constitui causa de nulidade do julgamento.

Alegação de que a defesa não só não sofreu nenhum prejuízo como não argüiu a nulidade no mo-

**mento processual oportuno. Não satisfeita, no ponto, a exigência do questionamento.**

**Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer em parte do recurso pela alínea *c* e, no particular, lhe dar provimento para cassar o capítulo do acórdão que reconheceu a incompatibilidade entre homicídio privilegiado e o homicídio qualificado, subsistindo o outro fundamento que determinou a anulação do julgamento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso especial interposto pelo *parquet* estadual, com supedâneo nas alíneas *a* e *c*, do art. 105, da Constituição, contra acórdão da e. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que anulou julgamento procedido pelo Tribunal do Júri, sob duplo fundamento:

— não submissão aos jurados do quesito relativo à tese defensiva de que o crime foi praticado sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, tido como prejudicado, em face da resposta afirmativa dos jurados ao quesito concernente ao cometimento de crime por motivo de relevante valor moral; e

— incompatibilidade do homicídio qualificado com o homicídio privilegiado.

Alega o recorrente, em suma, que o v. acórdão recorrido dissentiu de julgados de outros Tribunais, em relação aos dois fundamentos, e

negou vigência, quanto ao primeiro fundamento, ao art. 563, do CPP, por isso que a defesa não sofreu nenhum prejuízo, e aos arts. 571, VIII e 572, do mesmo Código, eis que a nulidade não foi argüida no momento processual oportuno, restando, pois, sanada.

Devidamente processado e parcialmente admitido o recurso, subiram os autos, neles lançando parecer o Ministério Público Federal, pelo conhecimento e provimento.

É o relatório, Senhor Presidente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O recurso do Ministério Público ataca os dois fundamentos do v. acórdão recorrido conducentes à anulação do julgamento.

No que tange à afirmada incompatibilidade do homicídio qualificado com o homicídio privilegiado, manifestou-se a irresignação com especialidade na letra c, do permissivo constitucional. Perfeitamente demonstrado o dissídio jurisprudencial, com o recorrente trazendo a confronto, inclusive, julgados do colendo Supremo Tribunal, impende conhecer do recurso quanto a esse capítulo.

Na verdade, cuida-se de tema já apreciado por esta Turma, que se orientou exatamente no sentido dos acórdãos paradigmas, postos em admitir a figura do homicídio privilegiado-qualificado. Confirma-se, a propósito, o acórdão no REsp 3.082-PR, da relatoria designada do eminente Ministro Carlos Thibau.

É fundamental, no particular, a natureza das circunstâncias, como enfatizou o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, no voto-vogal que proferiu no mencionado precedente.

Com efeito, não há incompatibilidade entre circunstâncias subjetivas e objetivas. Vai daí que o motivo de relevante valor moral não constitui empecilho a que incida a qualificadora da surpresa.

Quanto ao outro capítulo, estou em que a não submissão aos jurados do quesito relativo à prática do crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, que o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri entendeu prejudicado, em face da resposta afirmativa dos jurados ao quesito atinente ao cometimento do crime por motivo de relevante valor moral, constitui causa de nulidade do julgamento.

Como escorreitamente consignado no voto condutor da decisão vergastada, “da mesma forma que um homicídio pode ser duplamente qualificado, pode, a um só tempo, ser privilegiado em razão do motivo (realidade jungida à essência do comportamento) e do dado circunstancial ligado à emoção violenta do agente, ao proceder logo em seguida à injusta provocação da vítima”.

Sustenta-se nas razões recursais que a defesa não só não sofreu nenhum prejuízo como não argüiu a nulidade no momento processual oportuno. Em vista disso, alega-se que o v. acórdão recorrido, ao pronunciar a nulidade, negou vigência aos arts. 563, 571, VIII, e 572, do CPP, além de dissentir de julgados de outros Tribunais.

No juízo de admissibilidade, na origem, entendeu-se não satisfeita a exigência do prequestionamento quanto a esses pontos, nestes termos:

“Examinando-se o primeiro recurso — da Procuradoria-Geral da Justiça —, sob o enfoque da alegada negativa de vigência dos dispositivos processuais penais relacionados a fls. 657, verifica-se que o acórdão deles não cuidou. Em nenhum trecho de sua fundamentação a decisão recorrida faz referência à ausência de prejuízo ao réu — que recebeu a pena mínima — e igualmente nada assinala sobre a falta de oportuno protesto da defesa na ata do julgamento do júri.

Caberia, pois, ao recorrente, valer-se de embargos declaratórios, para provocar o pronunciamento da douta Câmara a respeito do que agora se alega no recurso, desde que, é claro, assim entendesse a Turma Julgadora.

O certo é que sem o necessário prequestionamento, que há de ser explícito, como vem entendendo a Colenda Suprema Corte, as Súmulas 282 e 356 impedem o acesso ao novo Superior Tribunal de Justiça.”

Como já tive a oportunidade de acentuar, em trabalhos doutrinários e votos proferidos nesta Turma, o que importa, para efeito de prequestionamento, é que a questão emergja da decisão recorrida, ainda que implicitamente, configurando exagero do formalismo exigir-se a oposição de embargos declaratórios para tornar explícito o que de modo implícito está contido no *decisum*.

No caso vertente, porém, as questões a respeito do prejuízo e do momento processual da argüição de nulidade não emergem, obviamente, do acórdão recorrido, nada autorizando concluir que a nulidade seria pronunciada se tais questões tivessem sido examinadas. Como não fo-

ram ventiladas no acórdão, cumpria ao recorrente opor embargos declaratórios, para aperfeiçoar-se o prequestionamento.

Assim é que, Senhor Presidente, conheço em parte do recurso, pela alínea c, do permissivo constitucional, e, nessa parte, lhe dou provimento, para cassar o capítulo da decisão recorrida pertinente à afirmada incompatibilidade do homicídio qualificado com homicídio privilegiado, subsistindo o outro fundamento conducente à anulação do julgamento. É como voto.

### VOTO VOGAL

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Srs. Ministros, neste processo a que se referiu o eminente Relator, Ministro Costa Leite, e do qual foi Relator designado o Sr. Ministro Carlos Thibau, tive voto vencido, porque defendo a incompatibilidade entre o crime privilegiado e homicídio qualificado. Se os quesitos da defesa são os formulados antes e, na resposta, se reconhece o art. 121, § 1º, afastada está a hipótese de se fazer indagação sobre o crime qualificado. Não me impressiona a tese contrária adotada pelo Supremo.

Em consequência, mantenho o voto por mim proferido no REsp nº 3.082-PR, cuja cópia faço juntar aos autos, como razão de meu entendimento.

Divirjo do eminente Relator.

É o meu voto.

### ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 3.082 — PR

(Registro nº 90.4461-8)

### “RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: O recorrente, HARALDO HUTH, foi denunciado ao juiz da Vara Criminal de Curitiba, Estado do Paraná, em fevereiro de 1983, nos seguintes termos (fl. 304):

“Na data de 22 de dezembro de 1982, por volta de uma hora, Haraldo Huth (denunciado) e Eliane da Silva Quadros (vítima), que viviam amasiados há seis anos aproximadamente,

encontravam-se deitados, repousando, na cama de casal existente no quarto por eles alugado no apto. de nº 01, do prédio sito à rua Visconde de Guarapuava nº 2.542, nesta cidade.

Em dado momento, Haraldo empolgou uma faca (auto de apreensão de fls. 12) e, valendo-se da desatenção de sua companheira que repousava, surpreendeu-a com violento ataque, o que tornou impossível qualquer gesto de defesa, desferindo contra a mesma vários golpes, que lhe provocaram os ferimentos descritos no laudo de exame de necropsia de fls. 20-21. Estes ferimentos, por sua natureza e sede, foram a causa eficiente da morte de Eliane.

Após a consumação do fato acima descrito, o denunciado auto-golpeou-se com a mesma faca, tomando porém o cuidado de, após, lavar a arma branca.

O crime foi motivado pela ruína do relacionamento do casal, que vinha se desentendendo, inclusive com agressões seguidas de Haraldo contra sua companheira, já há algum tempo.

De ressaltar-se ainda que, a princípio, procurou Haraldo confundir as autoridades policiais, afirmando que o casal fora vítima de um crime de roubo, sendo ambos feridos pelos autores do 'assalto'.

Em assim agindo, incorreu o denunciado nas sações previstas pelo art. 121, parágrafo 2º, inciso IV, do Código Penal..."

Libelo acusatório à fl. 178.

Submetido ao Tribunal de Júri foi o réu condenado a oito anos de reclusão, conforme sentença a fls. 435-437, que passo a ler:

"Submetido a julgamento, os senhores jurados, após confirmarem a autoria e a materialidade do delito, entenderam que o réu não praticou os fatos em defesa própria. Reconheceram ainda que o homicídio é qualificado. Finalmente, reconheceram os senhores jurados que concorre em favor do réu circunstância atenuante."

A fixação da pena foi, assim, fundamentada:

"Atendendo aos antecedentes do réu, à sua personalidade, aos motivos e circunstâncias que nortearam a ação do mesmo, bem como as conseqüências e a intensidade do dolo, fixo a pena-base na mínima, ou seja, em doze (12) anos de reclusão.

Tendo os senhores jurados reconhecido que o réu praticou os fatos sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, nos termos do parágrafo 1º do artigo 121, diminuo a pena-base de um terço que computada, perfaz uma pena final de oito (8) anos de reclusão, que será cumprida em regime fechado na Penitenciária Central.”

Apelou o réu, oferecendo as razões de fls. 457-461, nas quais, embora afirmando o erro do Juiz na redação dos quesitos, ao formular o da defesa (o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima?) depois do quesito relativo à qualificadora — o qual resultaria prejudicado se colocado em seguida àquele, da defesa, reconhecido por unanimidade pelos jurados — preferiu pleitear no recurso não a anulação do júri, mas redução da pena, “dela escolmando-se o acréscimo decorrente da qualificadora incompatível com o privilégio defendido...”

Contra-razões do Ministério Público às fls. 446-449.

Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça às fls. 471-476.

A Eg. Primeira Turma do Tribunal de Justiça, por unanimidade, declarou, *ex officio*, a nulidade do julgamento, mandando submeter o apelante a novo júri, por considerar inegável “a contradição entre homicídio privilegiado (violenta emoção em seguida a injusta provocação da vítima) e a qualificadora do recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima — surpresa, dado que uma exclui a outra. Nulidade absoluta, bem por isso, passível de decretação, de ofício” (Ementa, fl. 483).

Manifestou-se a defesa sem interesse em qualquer recurso contra a decisão do Tribunal (fl. 488), que foi, no entanto, embargada, sem êxito, pela Procuradoria-Geral da Justiça (fls. 490-492 e 496-498).

Recurso especial, do mesmo ilustre Procurador de Justiça, Dr. Rui Pinto, às fls. 500-515, versando “sobre a possibilidade de ser admitido o denominado homicídio qualificado-privilegiado, quando, em particular, o Conselho de Sentença tenha reconhecido a qualificadora do “recurso que impossibilitou a defesa da vítima”, e fundamentado no inciso III, letras *a* e *c*, do art. 105, da Constituição. Teriam sido contrariados os arts. 121, parágrafos 1º e 2º, inciso IV, do Código Penal, e 564, inciso III, letra *k* e parágrafo único do Código de Processo Penal, explicitamente prequestionados nos embargos.

Quanto à divergência jurisprudencial, trouxe aos autos, o Ministério Público recorrente, acórdãos dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal, deste último,

relatado pelo eminente Ministro Aldir Passarinho e publicado no RTJ, vol. 110, pág. 623.

Admitido pelo despacho às fls. 528-529, em face da comprovada dissonância jurisprudencial, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Na hipótese em julgamento, o réu HARALDO HUTH foi condenado, pelo TRIBUNAL DO JÚRI DA COMARCA DE CURITIBA, a uma pena de 12 anos de reclusão, pela prática de homicídio qualificado.

Em grau de apelação, a PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ reformou a decisão do Conselho de Sentença e mandou o réu a novo julgamento.

Assim, o recorrido responde por crime definido no art. 121, parágrafo 2º, inc. IV, do Código Penal. Condenado a 12 anos de reclusão, teve, logo a seguir, a sua pena diminuída pelo privilégio do parágrafo primeiro do mesmo artigo, para oito (8) anos de reclusão. A ata, de fls. 455 e v., registra as teses do defensor do acusado na legítima defesa própria e no homicídio privilegiado.

Sendo certo que a Súmula 162, do STF, consagrou o entendimento de que é absolutamente nulo o julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem às qualificadoras, não há dúvida de que o tema cresce de importância, considerando que há tese em sentido contrário, na linha da decisão do júri, conduzida pelo juiz presidente, onde podem conviver, no mesmo caso, a forma privilegiada com uma qualificadora do homicídio.

A tese adotada pelo Tribunal *a quo* repele a possibilidade da coexistência, ao afirmar, explicitamente:

“Inquestionável que a decisão do Conselho de Sentença, encerra um despropósito: quem mata sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, não pode, logicamente, fazê-lo de surpresa ao revidar contra o autor da injusta provocação, precisamente por envolver circunstância que reclama a reação sem intervalo do agente e dado apoiado

na preparação da ação delituosa (surpresa, como forma de proceder hábil a impossibilitar ou dificultar a defesa da vítima). Bem por isso, a doutrina prevalente inclina-se pela incompatibilidade entre essa modalidade do homicídio privilegiado e qualificado pela surpresa.

Face a isso, temos que se trata de circunstâncias que não podem coexistir. Uma exclui a outra. Em assim sendo, restou contraditório o julgamento, impondo-se, em conseqüência, se anule o *veredictum* atacado. E, como da leitura da ata (fls. 455 e v.) constata-se que a Defesa suscitou como teses a excludente de ilicitude (legítima defesa própria) e o homicídio privilegiado, deveriam os quesitos da defesa preceder a indagação sobre a qualificadora. Caso os Senhores Jurados reconheçam a mino- rante, prejudicada restará a perquirição do quesito da majorante.

Demonstrada a visível contradição na própria ordem na elaboração dos quesitos, é inatendível o protesto de mitigação da reprimenda, pela forma como a pretende o Apelante" (fls. 486-7).

Adotando ponto de vista contrário, o Ministério Público sustenta que não se pode falar em nulidade de julgamento, desde que,

"Hodiernamente, a coexistência de circunstâncias objetivas com subjetivas, aquelas qualificadoras e estas minorantes, construindo a figura típica do homicídio qualificado-privilegiado, se nos afigura pacificado na doutrina (e na jurisprudência também, como será adiante demonstrado). Neste sentido, aliás, é a lição de mestres como H. C. FRAGOSO (*in* "Jur. Criminal", 2ª ed., ps. 278/280) e Damásio E. de Jesus (*in* "Direito Penal", vol. 2, p. 70). Este último, queremos crer que esclarece a polêmica, senão vejamos:

"O Conflito ocorre entre circunstâncias legais especiais. As circunstâncias legais contidas na figura típica do homicídio privilegiado são de natureza subjetiva. Na do homicídio qualificado, algumas são objetivas (parágrafo 2º, III e IV, salvo a crueldade), outras, subjetivas (nºs I, II e IV). De acordo com nossa posição, o privilégio não pode concorrer com as qualificadoras de natureza subjetiva. Não se compreende homicídio cometido por motivo fútil e, ao mesmo tempo, de relevante valor moral. Os motivos subjetivos determinantes são antagônicos. O privilégio, porém, pode coexistir com as qualificadoras objetivas. Admite-se homicídio eutanásico cometido mediante veneno. A circunstância

do relevante valor moral (subjetiva) não repele o elemento exasperador objetivo. O mesmo se diga do fato de alguém matar de emboscada e impelido por esse motivo” (fls. 507-8).

Em decorrência disso, interpôs recurso especial, com base nas letras *a* e *c*, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal. Alega contrariedade em relação aos artigos 121, parágrafos 1º e 2º, inciso IV do Código Penal, e 564, inciso III, letra *k* e parágrafo único do Código de Processo Penal. Fundamentando o dissídio jurisprudencial, arrola decisões contrárias ao acórdão recorrido, uma da egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação 19.389, Relator Desembargador NAURO COLLAÇO, e outra do Pretório Excelso (Tribunal Pleno), no HC 61.074-PR, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO.

A controvérsia tem provocado estudo detalhado das razões que motivam as duas posições. Os que defendem a figura típica do homicídio qualificado-privilegiado procedem com base no argumento de que isso é possível, desde que as circunstâncias que envolvem o delito não sejam da mesma natureza, sendo tolerável, somente essa unificação, quando na hipótese ocorre qualificadora **objetiva**, que pode concorrer com a circunstância de natureza **subjetiva** do homicídio privilegiado. É exatamente o caso dos autos, onde o inciso IV, parágrafo 2º, artigo 121, do Código Penal, figura como qualificadora objetiva.

Estamos diante de um dissídio real entre as duas normas. Se fosse ele apenas um conflito aparente, poderia ser vencido pelo princípio da especialidade. Prevaleceria a norma especial. A solução da *quaestio juris* tem que ser encontrada por outro caminho. O saudoso BASILEU GARCIA (Inst. de DP — Max Limonad Ed. Ltda. — Vol. I, T. II, ps. 583-4) enfrentou o problema, formulando uma hipótese em que conflitavam o artigo 121, parágrafo 2º, inc. III (asfixia), e artigo 121, parágrafo 1º, ambos do Código Penal. Reconheceu o eminente professor que “Os Tribunais têm decidido que prevalece a forma qualificada. Assim entendeu a 1ª Conferência de Desembargadores (Anais, pág. 258)” (p. 584), embora proclame que a orientação da lei penal é outra, com base na regra do artigo 49 do Código Penal (hoje, 67), considerando que “o estado emocional em que figura o homicídio privilegiado é eminentemente subjetivo” (p. 584).

Em tese que escrevi para Concurso de Professor assistente de Direito Penal, da Universidade Federal da Bahia, sob o título “Concurso Aparente de Normas Penais”, em 1975, na mesma linha de pensamento,

deixei dito, ao analisar o art. 5º do Projeto NELSON HUNGRIA, para o Código Penal de 1969, o seguinte:

“Não poderíamos exigir que a letra *a*, do art. 5º, em estudo, pretendesse resolver questões dessa ordem, sobretudo, quando colocada em termos gerais de aplicação da lei. Mas torna-se compreensível que a sua redação imponha a especialidade da norma, devendo-se atender a que, ao ferir-se ao tema da competência de leis específicas, há de triunfar a de maior preponderância. No caso em exame, a norma tutelar é a subjetiva (motivo de irrelevante valor moral). Veja-se o art. 49 do Cód. Penal.” (pág. 49).

A decisão da Suprema Corte trazida aos autos pelo recorrente, embora não seja exatamente igual ao caso em discussão, porque ali não houve formulação de quesito sobre o crime privilegiado, o que acontece, expressamente, nestes autos, pode-se utilizar do paradigma, para exame, tão-só, porque resultou do julgamento a formulação inicial sobre “disparos de surpresa nas costas da vítima”, com resposta afirmativa, para, em seguida, indagar-se sobre se havia “circunstâncias atenuantes a favor do réu?”, com expressa indagação sobre se “o fato foi cometido por motivo de relevante valor social ou moral?”, com resposta também afirmativa. O que levou o ilustre Relator do HC nº 61.074-RJ do STF, concluir, indeferindo a ordem:

“Ora, no caso, não vejo incompatibilidade de quesitos, pois não se incompatibiliza o aspecto objetivo, com relação à maneira como teria sido praticado o crime, com aqueles elementos de caráter subjetivo referentes às razões que teriam motivado o mesmo crime” (fl. 519).

A tese, adotada pelo egrégio Tribunal *a quo*, a rigor não conflita com o paradigma, como deixei acima esclarecido. Mas divergindo em parte, na sua realidade fática, as duas teses se atritam, merecendo, por isso, uma decisão desta Corte de Justiça. Não há dúvida quanto ao conflito com a decisão proferida na AC 19.389-SC (fls. 520-1).

Quando há quesito de negativa de autoria rejeitado, mas, logo seguido da causa de diminuição da pena figurada no parágrafo 1º, do art. 121, do Código Penal, e também quesitos pelas qualificativas do crime, agora formulados pelo Ministério Público, obviamente, por se tratar de pergunta que envolve aspecto subjetivo, e também por se tratar de pergunta que envolve aspecto subjetivo, e também por determinação da

Súmula 162, deve esse último quesito ser colocado em primeiro lugar. Há necessidade de se guardar a seqüência da quesitação. Se o Júri responde, positivamente, sobre a existência dessa causa privilegiada, desenganadamente estará firmada e reconhecida a tese da defesa, não se podendo mais indagar sobre a circunstância qualificadora, mesmo de natureza objetiva, entre as que integram o artigo 121, parágrafo 2º, da lei punitiva. Se ao contrário, inexistente a tese do privilégio, formulado pela defesa, e o Conselho reconhece a qualificadora, não há voltar a indagar do cometimento “impelido por motivo de relevante valor social ou moral”, senão quando aventado, mas agora com base no artigo 65, inc. III, letra *a*, como circunstância atenuante, com o seu efeito próprio, e nunca como causa de diminuição da pena (art. 121, parágrafo 1º) que é tese de comportamento de ré que caracteriza o homicídio a que responde.

Por força disso, é que no meu trabalho, já citado, deixei firmada a minha convicção de que esse tipo de divergência “é sempre resolvido pela soberania do júri. Ao entender que uma forma está presente, a outra não será mais motivo de indagação” (ob. cit., p. 48).

Cito, em favor do meu ponto de vista, a opinião do saudoso professor OLAVO OLIVEIRA, manifestada em seu livro “O DELITO DE MATAR”, Saraiva, 1962, p. 33, quando abordando o tema, afirma:

“O homicídio doloso qualificado admite a incidência grupal ou fracionada das atenuantes gerais do art. 48 do Código Penal, **menos a do cometimento do crime por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob a influência de violenta emoção por ato injusto da vítima**, cuja presença ocasiona a figura especial do homicídio privilegiado.” (art. 48, atual, 65).

Essa é uma decorrência lógica, de uma verdade irrefutável do Código, a impossibilidade de convivência de normas jurídicas em conflito. Não resolvido com as teorias conhecidas atualmente, e que deveriam constar da Parte Geral do Código Penal, como entendeu Nelson Hungria, há de resolver-se pela adoção da circunstância preponderante, no caso a de natureza subjetiva, como orienta o art. 67, da lei repressiva.

Há uma razão de ordem jurídica a justificar a exclusão do conflito pela ordem dos quesitos da defesa, sobre a hipótese do denominado homicídio qualificado-privilegiado (argüido no recurso), e acolhido pelo Supremo, no HC 61.074-RJ, com base em circunstâncias superpostas: qualificadora e privilegiada. É que a conceituação de circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva trafega em terreno escorregadio. Nem sem-

pre diante dos casos concretos será possível afirmar-se que uma circunstância agravante é **subjetiva** ou **objetiva**, por mais esforço que faça a doutrina para conceituá-las distintamente. A esse respeito, vale transcrever a lição de conceituado penalista argentino, DAVID BAIGÚN, em sua monografia "Naturaleza de las Circunstancias Agravantes", Ed. Pannedille, B. Aires, 1971, p. 23, ao afirmar:

"d) La denominación de subjetivas y objetivas resulta, por conseguinte, inadecuada. Existen aspectos objetivos y subjetivos de las agravantes, pero su naturaleza no puede ser definida de ese modo. Repetimos que es la relación, con sus características ya analizadas, la que se objetiva en la norma positiva. En términos geométricos, podríamos afirmar que no es posible efectuar un corte horizontal para separar los dos aspectos; sólo el corte vertical permite el examen correcto de su naturaleza".

No caso dos autos, reafirme-se, a decisão foi a seguinte: o réu foi condenado a 12 anos de reclusão pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, parágrafo 2º, inc. IV do CP). Em seguida, porque os jurados admitiram que ele agiu "sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima" (art. 21, parágrafo 1º do CP), o juiz reduziu a pena em um terço, restando 8 (oito) anos de reclusão como pena concreta e definitiva.

O Tribunal *a quo* rejeitou a tese da sentença e declarou, *ex officio*, a nulidade do julgamento, por incompatibilidade dos dois parágrafos, e mandou o apelante a novo júri.

Ora, se o réu incluiu no seu plano de defesa, como alega na apelação (fl. 457), o quesito do privilégio teria que ser formulado logo após o da legítima defesa (recusada), o que excluiria a qualificadora.

Com estes fundamentos, não vejo contrariedade aos arts. 121, parágrafos 1º e 2º, e inc. IV, do Código Penal, nem ao art. 564, inc. III, letra *k* e parágrafo único do CPP, como entendeu o inc. III, art. 105, da Constituição. Dele conheço, entretanto, pela letra *c* do permissivo constitucional, nego-lhe provimento, para manter a decisão do Tribunal *a quo*.

É o meu voto".

## VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Acompanho o eminente relator, *data venia*.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Sr. Presidente, ainda não tive o prazer de examinar, na 5ª Turma, a matéria, mas os argumentos do eminente Ministro COSTA LEITE convenceram-me do seu acerto. Contudo, em caso de minha relatoria, pretendo fazer um reexame do tema.

No momento, adito ao voto do Relator por não entender que haja essa incompatibilidade: trata-se de um dado objetivo e o outro de uma circunstância subjetiva.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.439 — SP — (89.0011937-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Daniel Joaquim da Silva. Advogados: Drs. Eurico de Castro Parente e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu em parte do recurso pela alínea c e, no particular, lhe deu provimento para cassar o capítulo do acórdão que reconheceu a incompatibilidade entre o homicídio privilegiado e o homicídio qualificado, subsistindo o outro fundamento que determinou a anulação do julgamento. Vencido em parte o Sr. Ministro José Cândido. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Costa Leite. (Sexta Turma — 27.08.91)

Votaram os Srs. Ministros Costa Lima e Carlos Thibau com o Relator. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Compareceu, para compor *quorum*, o Sr. Ministro Costa Lima. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



### RECURSO ESPECIAL Nº 1.781 — PE

(Registro nº 89.0012981-3)

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

Recorrente: *Simão Abraham Cohen*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Pernambuco*

**EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.**

— **Sobrevindo a prescrição pela pena em concreto, decreta-se a extinção da punibilidade, prejudicada a apreciação do mérito.**

— **Precedentes.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decretar a prescrição da pretensão punitiva, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de agosto de 1990 (data do julgamento).

Ministro COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Na condição de Diretor Superintendente da empresa Tintas Diamante Com. e Ind. S/A, sediada em Jaboatão, Pernambuco, Simão Abraham Cohen foi denunciado por apropriação indébita de Imposto de Renda retido na fonte, no período de 1974/79.

Sempre se defendeu dizendo que precisou do dinheiro para pagar empregados e prestadores de serviços, lembrando dificuldades financeiras da empresa. O juiz Petrúcio Ferreira da Silva, da 2ª Vara da Justiça Federal, absolveu o denunciado, em 14 de abril de 1987.

O Ministério Público Federal apelou para o então Tribunal Federal de Recursos, onde o Ministro Cid Flaquer Scartezzini, sendo o Relator, concluiu ementando assim:

**“PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. ESTADO DE NECESSIDADE INCOMPROVADA. CONDENAÇÃO.**

— Inexistindo qualquer prova de dificuldade financeira intransponível e diante de seguros elementos que conduzam à convicção de ter-se havido o acusado com *animus ressihi habendi*, impõe-se a sanção determinada no Art. 168 do Código Penal.

— Apelação provida.”

Em 17 de maio de 1989 o Ministro Presidente deste Superior Tribunal de Justiça remeteu ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região o Recurso Especial de Simão Abraham Cohen atacando o Acórdão da Eg. 3ª Turma do então TFR. O Juiz Presidente do TRF — 5ª Região admitiu o Recurso e os autos subiram a este Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento e pela decretação, *ex officio*, da extinção da punibilidade.

Relatei.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, em sua manifestação às fls. 221/222, o Ministério Público Federal, por seu representante nesta Egrégia Turma, o Subprocurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, suscita preliminar para que, de ofício, seja decretada a extinção da punibilidade do ora recorrente pela pena concretizada na sentença.

Argumenta que, no caso presente, “a atividade delituosa do recorrente cessou em agosto de 1979” e que “a partir daí, a interrupção da prescrição se deu em 21.01.87 (fls. 87), ou seja, 8 anos e 4 meses após o fato delituoso”.

“A pena, definitivamente imposta ao denunciado — prossegue — foi de 1 ano de reclusão e multa. A prescrição, no caso, observados os marcos interruptivos, verifica-se em 04 anos, com o Código Penal atualmente vigente acabaram-se as restrições a que fosse reconhecida a prescrição retroativa pelo período anterior ao recebimento da denúncia”.

Acolho a sugestão do Ministério Público Federal.

Assim, decreto de ofício a extinção da punibilidade pela pena concretizada na sentença, julgando prejudicado o recurso.

É o voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.781 — PE — (89.0012981-3) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Simão Abraham Cohen. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco.

Decisão: A Turma, por unanimidade, decretou a prescrição da pretensão punitiva (27 de junho de 1990).

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros Costa Lima, Costa Leite e Dias Trindade. Dado o impedimento dos Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini e Assis Toledo, compareceram a esta Egrégia Turma os Srs. Ministros Costa Leite e Dias Trindade, para compor *quorum*.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro COSTA LIMA.



## RECURSO ESPECIAL Nº 2.114 — SP

(Registro nº 9010217)

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

Relator p/Acordão: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Eunice César de Noronha e outros*

Advogados: *Drs. Pedro Estevam A. P. Serrano e outros e José Carlos de Castro Gopfert e outros*

### **EMENTA: ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. PARCELAS.**

**I — Prescrição quinquenal que atinge tão-somente as parcelas, não o fundo do direito. Precedentes.**

**II — Improvimento do recurso**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator p/Acórdão.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG: Eunice César de Noronha, professora aposentada, propôs ação contra o Estado de São Paulo para obter que fosse incluída em seus proventos “a média de valor atualizado de aulas extraordinárias percebidas nos últimos dez anos”.

Contestando a ação o réu argüiu preliminar de prescrição da ação, por datar de mais de cinco anos o pagamento sem a incorporação pretendida, e tal preliminar foi acolhida pela sentença de primeiro grau, assim fundamentada:

“De fato, o pedido implica alteração do ato da aposentadoria, que data de 25 de outubro de 1967, abrangido, portanto, pelo quinquênio legal. Trata-se de ato positivo da Administração, que deixou definidas as diversas parcelas, que integram os proventos dessa autora. Se do critério, que se adotou, não estivesse ela de acordo, deveria ter questionado, antes de se consumir o lapso prescricional, pois é assente na jurisprudência o entendimento de que “quando o direito às prestações periódicas depende da constituição ou modificação de um ato administrativo ou de uma situação funcional, a prescrição quinquenal atinge a própria ação constitutiva, desconstitutiva ou modificativa da relação jurídica”. Nesse sentido acórdãos publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência, vols. 84/851, 83/787, 75/236, conforme mencionado em voto do Desembargador Macedo Bittencourt, em acórdão da Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 11.456-1, da Comarca de São Paulo.”

A autora apelou e logrou êxito na Segunda Instância em julgamento no qual o relator assim se manifestou:

“Comporta acolhimento a impugnação recursal.

É que para o servidor, passado para a inatividade, é possível, a todo o tempo, reclamar a alteração dos critérios informativos do cálculo dos proventos de sua aposentadoria. E a prescrição, sem alcançar a própria pretensão de operar essa modificação, só pode atingir, desse modo, as prestações que ficaram para o passado, por mais de cinco anos a contar da citação, em retroação.

Essa, aliás, é uma consideração natural nas relações continuativas, onde as parcelas sucessivas se colocam em situação de independência, umas com as outras, de modo que tudo se passa como se houvesse a renovação da base obrigacional, a cada periódica prestação. Sem permitir cogitar, no caso, que, decorrido o prazo quinquenal desde o ato da aposentadoria, também ficasse afetada, pela prescrição, a pretensão de obter a revisão do cálculo dos proventos devidos na sucessividade da relação.”

O Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário arguindo a relevância da questão federal sob discussão, alegando negativa de vigência, pelo acórdão, no art. 1º do Decreto 20.910/32 e divergência com julgado do Supremo Tribunal Federal que assim indicou:

“Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito às prestações.

Do contrário, seria admitir o efeito se sem causa (RTJ 63/246, RE nº 73.958-GB).”

Citou depois trecho do voto proferido em outro julgamento pelo Ministro Cunha Peixoto, assim formulado:

“Ora, no caso *sub judice*, houve um ato da administração em que, na liquidação do tempo de serviço e na passagem para a inatividade dos recorridos, foi decidida a inexistência dos alegados direitos postulados no momento. A partir desse ato, dessa decisão administrativa, começou a fluir o prazo prescricional — e por cinco anos porque aqui já não se discute a relação jurídica do funcionário, mas o ato da administração que lhe negou tal direito”.

E finalmente:

“Prescrição quinquenal. Funcionário Público.

A prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, estabelecida pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32, alcança todo e qualquer direito e ação, seja qual for sua natureza, sem exceptuar os assegurados por lei ao servidor público. A prescrição apenas das prestações pressupõe que a Administração não tenha praticado ato de que decorra o não pagamento delas. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RTJ 108/1.976).”

Acolhida a arguição de relevância os autos subiram ao Supremo Tribunal Federal que os remeteu a esta Corte, porque transformado o recurso em especial.

É o relatório.

#### VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO ARMANDO ROLLEMBERG (Relator):  
Leio duas das ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal apontadas como divergentes:

“Prescrição quinquenal. Vantagem não incorporada (adicionais por tempo de serviço). Prescrição do direito. Decreto 20.910/32, art. 1º. Distinção entre a simples prescrição das prestações vincendas, regulada pelo art. 3º do Decreto 20.910, e a prescrição do fundo do direito, prevista no artigo 1º, que está em causa. Jurisprudência do STF substanciada em que a prescrição, pelo princípio da *actio nata*, atinge o próprio direito instituído quando não reclamado *opportuno tempore*. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

“Prescrição quinquenal. Funcionário Público. A prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, estabelecida pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32, alcança todo e qualquer direito e ação, seja qual for sua natureza, sem exceptuar os assegurados por lei ao servidor público. A prescrição apenas das prestações pressupõe que a Administração não tenha praticado ato de que decorra o não pagamento delas. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RTJ 108/1.976).”

É manifesta a divergência entre a decisão recorrida e aquelas apontadas a confronto e, por isso, conhecimento do recurso.

Conhecido, dou-lhe provimento, pois se a autora, uma vez aposentada, recebeu os seus proventos sem a incorporação de aulas extraordinárias que havia ministrado, cabia-lhe reclamar de tal situação desde então, com o que decorrido cinco anos operou-se a prescrição do direito e não das prestações, como estabelecido no art. 1º do Decreto-lei 20.910/32:

“Art. 1º — As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

Dou provimento ao recurso.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI: A matéria já foi objeto de apreciação por esta Colenda Turma, e a maioria está entendendo, como também entendo, que a prescrição só atinge as prestações e não o fundo de direito.

Desse modo, peço vênias a V. Exa. para dissentir e negar provimento ao recurso, juntando voto sobre a matéria que proferi no REsp 562-SP.

É como voto.

## ANEXO

### RECURSO ESPECIAL Nº 562 — SP

#### VOTO — MÉRITO

O SENHOR MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Quanto ao mérito do recurso diz o Ministério Público Federal às fls. 406/407:

“No mérito, a questão envolve direito a benefícios acrescidos à pensão percebida por viúvas de servidores públicos municipais.

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

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

“EMENTA: Funcionalismo. Vencimentos (restituição).

1 — .....

2 — Vencimentos e salários têm privilégio de verba destinada a alimentos (CPC, art. 649, IX) não devendo impor-se sua restituição.

3 — Precedentes do STF 80.913 — Pleno 13.02.70.

4 — RE — conhecido e provido — Publicado Aud. 18/10/78. Ementário STF 1.112-2.”

No voto, assim ressaltou o il. relator:

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

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

Do exposto, o parecer é pelo provimento do recurso especial a fim de que a e. Câmara se pronuncie sobre o *meritum causae*.

A decisão proferida pela 2ª Câmara Civil do TJSP — fls. 201 — está posta assim:

“Não ocorreu a prescrição dos direitos das autoras, jamais contestados formalmente. Em se tratando de prescrições periódicas, observa-se apenas a prescrição quinquenal e não a prescrição do próprio direito não recusado anteriormente.

Fundam-se as autoras nas seguintes leis para lastrearem os seus pedidos:

a) a Lei nº 8.090/74, que assegurou aos servidores municipais que hajam completado 25 anos de serviço ou que venham a completar 25 anos de serviço o recebimento da sexta parte dos vencimentos a partir de 1º de outubro de 1974;

b) A Lei nº 8.149/74, que estendeu tal benefício a funcionários que se aposentaram anteriormente à Lei nº 8.090/74;

c) A Lei nº 8.215/75 que estendeu o benefício da gratificação de produtividade fiscal a inativos;

d) A Lei nº 8.989/78, que instituiu quinquênios, estendendo-os a aposentados.

Líbero Ancona Lopes, instituidor da autora Alice Ancona Lopes não era aposentado à época da Lei nº 8.090/74, pois faleceu em 11 de janeiro de 1965, antes de sua vigência.

Os demais instituidores morreram antes das leis invocadas vigorarem.

Entretanto, tendo as leis citadas caráter geral estendendo as vantagens a todos os servidores que se inativaram, constituindo um verdadeiro aumento de ordem geral, beneficiariam servidores falecidos se vivos fossem, devendo, por conseguinte, beneficiar, no caso, as autoras, pensionistas de servidores falecidos, incorporando-se as suas pensões.

Atenta à lógica que deve nortear qualquer interpretação das leis, tratamento desigual a ser dado às beneficiárias de funcionários que tiveram o mesmo tempo de serviço, simplesmente porque alguns desses funcionários viveram mais que outros depois de aposentados.

O que determina o benefício é o tempo de serviço prestado pelo funcionário, devendo pois o benefício estender-se equanimemente a todos os seus pensionistas.

Ressalva-se que Alice Ancona Lopes pleiteia no presente processo apenas o relativo aos itens *b* e *c* da Inicial, conforme frisou a fls. 112.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar procedente a presente ação, invertidos os ônus da sucumbência, na forma da lei, solvendo-se na execução qualquer dúvida sobre o acima exposto.”

Agora é ver-se a decisão recorrida, que é a proferida nos embargos infringentes embasada nestes termos:

“A questão que está sendo enfocada nos presentes Embargos diz respeito à prescrição do direito de peticionar, reconhecida pelo douto voto vencido, e rejeitada pela douta maioria, que entendeu existir, unicamente, a prescrição de parcelas. Trata-se, no caso, de aplicação de leis de 1974, 1975 e 1978, a beneficiárias de servidores falecidos, antes mesmo de sua vigência.

Recentemente, julgando o RE 108.798-6-SP, o Colendo Supremo Tribunal Federal, por sua Colenda Segunda Turma, deu provimento ao recurso da Fazenda do Estado para julgar

prescrito o direito do funcionário pleitear benefícios, depois de decorridos cinco anos de sua instituição, visto que, com o primeiro pagamento, sem eles, teria ocorrido a denegação por parte da Administração, nascendo, daí, o direito à ação que, não exercitado, se perdeu. Seguiu, neste ponto, o decidido no RE 95.592-SP, encontrável em RTJ 108/1.176, no mesmo sentido.

Ora, com o surgimento das referidas leis, inegavelmente, a partir do mês seguinte à sua entrada em vigor, nasceu, para as Embargadas, o direito de pleitear o que entendessem de direito. Não o fazendo, senão após muitos anos, inegavelmente ocorreu a decadência, reconhecida pelo douto voto vencido, sendo de inteira procedência os presentes Embargos.

Assim, com a devida vênua da douta e esclarecida maioria anterior, recebem-se os Embargos, para reconhecer a prescrição, vencido o Eminentíssimo 3º Juiz, condenadas as Embargadas ao pagamento das custas do processo e honorários de advogado na base de 10% do valor da causa, corrigidos desta data.” (fls. 259/260).

Pois bem, faço questão de fazer destaque ao voto vencido às fls. 261/266 esta passagem:

“Interpretando-se os arts. 1º, 2º e 3º do Decreto nº 20.910, de 1932, que não consagram normas redundantes, inúteis nem contraditórias, senão efeitos jurídicos diversos, conseqüentes a previsão de diversos suportes fáticos *fattispecies*, infere-se que o princípio da natural imprescritibilidade dos direitos inerentes à relação empregatícia de caráter estatutário ou institucional, deve ser entendida no sentido de que, se a lei não fixa prazo para seu exercício ou tutela, pode o funcionário exigir-lhes, a qualquer tempo, o respeito ou observância, dado que à própria Administração incumbe aplicar a lei ao caso concreto. Se, porém, o titular do direito provoca, sem bom sucesso, a Administração, ou se esta toma a iniciativa de, noutra ato concreto de igual valor, expedir uma negação formal do suposto direito, da data deste pronunciamento espontâneo ou daquela resposta negativa à provocação entra a fluir o prazo quinquenal da prescrição do direito e dos seus efeitos patrimoniais.

A só prescritibilidade das prestações, objeto da previsão do art. 3º, pressupõe, em conseqüência, não tenha a Administração praticado, de maneira direta ou indireta, ato concreto, provocado ou espontâneo, que signifique decisão declaratória da exis-

tência do direito e de conseqüente recusa ao pagamento daquelas, como resposta negativa à questão da existência do direito invocado ou invocável pelo funcionário. Nesta hipótese, onde falta manifestação decisória e, portanto, ato de declaração formal da vontade administrativa, o lapso prescritivo conta-se do dia em que se faça exigível cada prestação.

A prescrição do direito originante verifica-se apenas quando, já decorrido o quinquênio, computável a partir do ato concreto, provocado ou espontâneo, deveria o funcionário, por tutelar o direito que se arroga, valer-se de ação tendente a anular a decisão administrativa que lhe haja negado a existência e o pagamento das prestações dele origináveis, de modo que, aí, alcança e sepulta o eventual direito acessório às prestações que decorreriam do acolhimento de ação oportuna.

Esta é, em suma, orientação que se filtra a cuidadoso exame e sistematização da jurisprudência do E. STF (cf. RE nº 98.405, *in* RTJ 114/226-272; RE nº 100.253, *in* RTJ 113/778-783; RE nº 101.082, *in* RTJ 112/391-394; RE nº 94.049, *in* RTJ 111/330-334; RE nº 98.946, *in* RTJ 111/1.200-1.202; RE nº 95.592, *in* RTJ 108/1.176-1.178; RE nº 97.547, *in* RTJ 107/340-343; RE nº 96.732, *in* RTJ 106/1.095-1.097; e sobretudo, o RE nº 92.879, *in* RTJ 100/1.276-1.279)."

Os recorrentes indicaram comprovadamente a divergência da decisão recorrida com a jurisprudência do próprio STF, e o fizeram com a transcrição de trechos que configuram o dissídio, mencionam as circunstâncias e de fato a decisão recorrida, também, diverge com o enunciado da Súmula 443 do STF, do seguinte teor:

"A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta."

Também, o memorial dos recorrentes apresenta outro paradigma de lavra do eminente Ministro José Néri da Silveira — RE 110.637-SP, *in* DJ 27.10.88 — divergente da decisão recorrida.

Concluo, há divergência da decisão recorrida com a jurisprudência predominante e com Súmula do STF.

Portanto, conheço do recurso na linha da Turma, de que o acolhimento da arguição fez superar a análise dos pressupostos do recurso, a que estariam afetos os recorrentes.

Como apresentei acima existem as divergências, por isso, dou provimento ao recurso, que guarda conformidade com o voto vista de preliminar e mérito do Ministro José de Jesus no REsp 39-SP, aliás fui Relator e fiquei vencido.

Conheço e dou provimento ao recurso.

É como voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, a minha dúvida reside na seguinte indagação: o servidor aposentado perde o vínculo com o Estado? Se estatutário, não; se celetista, sim, porque, neste caso, ele passaria a receber pensão ou aposentadoria pelo Instituto, perdendo, pois, o vínculo.

Na hipótese, em se tratando de professora estatutária, quer-me parecer que a mesma não perdeu o vínculo com o Estado, continua recebendo seus vencimentos dos cofres públicos do Estado. Nesta circunstância, a tese que venho acompanhando na Turma está presente.

Peço vênia, portanto, a V. Exa., para acompanhar o Ministro Pedro Acioli, entendendo que prescreve quinquenalmente, nos termos do art. 3º do Decreto 20.910/32, o seu direito, a partir da citação, como foi definida.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, como bem lembraram o Eminentíssimo Subprocurador-Geral e os Colegas da Turma, já temos vários precedentes a respeito. Citarei apenas dois dos quais fui Relator. Trata-se do Recurso Especial nº 26-SP e do Recurso Especial nº 1.221-SP. Nestes precedentes citei várias decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive o Recurso Extraordinário nº 110.419, do qual foi Relator o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves. E nesta decisão S. Ex<sup>a</sup> examinou todos os precedentes a que se referia a Súmula nº 443 e ainda outros posteriores a esta Súmula. Pelo exame de todos eles S. Ex<sup>a</sup> chegou à conclusão de que não havia aquela divergência e que a prescrição atinge apenas as prestações.

Assim, peço vênia a V. Ex<sup>a</sup> para acompanhar o Eminentíssimo Ministro Pedro Acioli, e farei juntar, posteriormente, cópia do voto que proferi no Recurso Especial nº 1.221-SP.

## ANEXO

### RECURSO ESPECIAL Nº 1.221 — SP (Registro nº 89.0011277-5)

#### VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente: — Pretendem os autores apenas o cálculo dos adicionais por tempo de serviço de forma “cumulativa” e a incidência dos adicionais quinquenais sobre a sexta parte, tendo como supedâneo o art. 92, inciso VIII, da Constituição Estadual. A discussão gira portanto sobre a forma de cálculo e do *quantum* a ser pago.

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 Eminentíssimo Ministro Relator, MOREIRA ALVES, em seu voto apreciou, detidamente a jurisprudência de nossa Corte maior, sobre a hipótese. Deu ele o exato sentido da Súmula nº 443 da Excelsa Corte. Para ele, o que referida súmula afirma é que: “a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei ocorre, quando tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta”. Ora, no caso em exame, não houve qualquer requerimento administrativo e a administração não negou a pretensão dos autores. Mas, para o Eminentíssimo Ministro MOREIRA ALVES a Súmula 443 é incorreta e não está de acordo com os acórdãos em que se apóia. Segundo ele, “... dos seis acórdãos em que se apóia a súmula em causa, cinco deles dizem respeito à prescrição na Justiça do Trabalho e um a prescrição contra a Fazenda Pública. Deles todos, os dois últimos se referem inequivocamente a hipóteses de prescrição do denominado **fundo do direito**: o RE 46.814, em que, para se saber se o salário deveria ser acrescido pelo pagamento dos dias de repouso, ter-se-ia de verificar se o empregado seria mensalista (caso em que não faria jus ao acréscimo) como sustentava o empregador, ou não, como pretendia o empregado e lhe proporcionaria o aumento salarial; e os ERE 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 20.508 — versava sobre empregado que exerceu inte-

rinamente uma outra função e nada reclamou contra o salário que lhe foi pago durante ano e meio; voltou, então, à sua função primitiva e só veio a reclamar sobre o *quantum* recebido durante a interinidade depois de decorridos dois anos; a minoria entendeu que o direito de pleitear a diferença salarial estava prescrito; já a maioria sustentou a tese de que “no caso de remuneração de serviço a prescrição ocorre à proporção que as prestações foram incorrendo no respectivo prazo”. O segundo — o ERE 56.342 — dizia respeito a reclamação sobre duas gratificações: uma de meio de ano (que havia sido suprimida em 1951, vários anos antes da propositura da ação) e outra natalina (que em 1951, teve seu percentual diminuído para 1/2 do salário ao passo que até então era de 2/3 e, só em 1957, extinta); a Justiça do Trabalho, deu pela prescrição da própria pretensão ao restabelecimento da primeira gratificação (por já estar extinta havia mais de dois anos antes da reclamação) e pela prescrição apenas das prestações vencidas antes dos dois anos anteriores à propositura da reclamação, no tocante à natalina (que, evidentemente, quanto à sua extinção estava dentro do prazo dos dois anos), estabelecendo que os empregados fariam jus a ela por ter sido ilegalmente extinta, e o percentual a ser pago seria o de 2/3 do salário e não o de 1/2, tudo isso com base no fundamento da **habitualidade**; esta Corte manteve a prescrição à própria pretensão do estabelecimento da primeira gratificação, sob o argumento de que “negado o próprio direito, há mais de dois anos, a prescrição não se limita a prestações anteriores”; e quanto à natalina não foi ela chamada a manifestar-se sobre a prescrição, mas quanto à habitualidade para o efeito do restabelecimento da gratificação, decidiu que a Justiça do Trabalho havia julgado acertadamente. O terceiro aresto — RE 36.735 — dizia respeito a benefício coletivo, e a prescrição se limitou às prestações vencidas, sob este fundamento: “Não dou pela prescrição, eis que não se trata de alteração contratual e sim de benefício coletivo, caso em que a prescrição abrange apenas as prestações anteriores a dois anos, quando do ajuizamento da reclamação”. Finalmente, o quarto acórdão — RE 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 de dissídio coletivo), sempre decidiram por se tratar de *quantum* devido, no sentido da prescrição apenas das parce-

las vencidas. Só se deu pela prescrição do **fundo de direito**, no tocante à extinção do direito à gratificação mesma. Ou à questão de saber qual a exata situação jurídica do empregado (se mensalista ou não), ou à controvérsia sobre a legalidade de transferência *ex officio* de carreira.

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

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

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

Inexistência, no caso, de negativa de vigência do art. 1º do Decreto 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 de direito** é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito a gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão ao fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32 que reza:

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

Se — como está expresso nesse dispositivo legal — a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente um *quantum* renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento tudo o que a esse *quantum*, que é a prestação, está indissolúvelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) só rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, reconhece, portanto, a existência incontroversa do **fundo do direito**, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.

Note-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer — e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário — se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.

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

Este entendimento foi reiterado na recente decisão proferida no dia 17 de março de 1989, no RE nº 114.597-8, Relator Eminentíssimo Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, publicado no DJ de 14.04.89, 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 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”.

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

O Recurso Extraordinário, interposto com fundamento nas letras *a* e *d*, do item III, do artigo 119 da Constituição Federal, e artigos 321 e seguintes do Regimento Interno do STF, só foi processado porque acolhida a arguição de relevância da questão federal. Deste despacho reconhecendo não versar o RE nenhuma das hipóteses previstas nos itens I a X do artigo 325 do RISTF, não houve recurso. Não pode, pois, o recurso ser admitido com base em nenhuma destas hipóteses. O fundamento nas letras *a* e *b*, do item III, do artigo 119 da Constituição Federal anterior, também não dá suporte ao recurso porque a decisão recorrida não contrariou nenhum dispositivo da Constituição Federal então em vigor ou negou vigência de tratado ou lei federal, como também não deu

à Lei Federal “interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”. A alegada divergência de interpretação do Decreto Federal 20.910/32, como vimos pela jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, não houve. A decisão recorrida não referiu, em momento algum, a referida norma.

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

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

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

E ainda que:

“ — O acolhimento da ARv em qualquer matéria, natureza de ação, valor da causa, relevância da questão federal, reconhecida com esse acolhimento, não tem o condão milagroso de fazer *res judicata*, não ocorrendo, assim, o trânsito em julgado, nem se torna precluso o exame, pelo Ministro Relator do STF, do preenchimento de todos os pressupostos de admissibilidade e viabilidade do RE. Se este não preencher qualquer um desses variados pressupostos, especialmente os já sumulados pelo STF, esse RE não poderá ser conhecido (RE nº 102.137-RJ, 1ª Turma, Relator: Ministro RAFAEL MAYER, RTJ 109/1.283).

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

Ministro RAFAEL MAYER, RTJ 114/863; RE nº 101.232-SP, 1ª Turma, Relator: Ministro RAFAEL MAYER, RTJ 110/388).

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

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

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

Nesse sentido é bem esclarecedor o RE nº 92.152: “A acolhida, pela Corte, da argüição de relevância, tem por efeito liberar o recurso extraordinário do entrave regimental, mas não dispensa, para efeito de conhecimento, da satisfação dos pressupostos exigíveis, inclusive o prequestionamento (Súmulas 282 e 356)” (RTJ, 100/775). No mesmo sentido, RTJ, 99/1.180.

Por outro lado, como diremos no Capítulo XV, a acolhida da argüição não obriga o conhecimento do recurso extraordinário, como a rejeição não prejudica o recurso, se a este não se aplicam os vetos regimentais que aquela visa afastar (RTJ, 100/1.266).

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

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

Este entendimento foi acolhido e consagrado no STF.

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

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

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

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

Por ocasião deste julgamento, salientou o Eminentíssimo Relator que:

“... na conformidade de pacífica jurisprudência da Corte, a acolhida da argüição de relevância não dispensa, para efeito de conhecimento do recurso extraordinário, o atendimento dos seus pressupostos” (págs. 866/867).

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

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

A mesma Primeira Turma, também por unanimidade e com o mesmo relator, no RE nº 102.137-RJ, RTJ 109/1.283, firmou o entendimento de que:

“A acolhida da argüição de relevância não afasta o exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, necessários ao seu conhecimento.”

O mesmo entendimento foi reiterado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários números 112.516-1, Segunda Turma, unânime, Relator Eminentíssimo Ministro Djaci Falcão, DJ de 05/06/87, 110.259-4, Segunda Turma, unânime, DJ de 31/10/86, Relator Eminentíssimo Ministro Aldir Passarinho, Embargos de Declaração no RE citado, nº 110.259-A, DJ de 27/02/87 e RE nº 110.759-4, Primeira Turma, unânime, DJ de 19/08/88, Relator Eminentíssimo Ministro Néri da Silveira. A ementa neste último julgamento foi a seguinte:

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

Como se vê, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes, o acolhimento da argüição de relevância da questão federal não

dispensa, para efeito de conhecimento do RE, a satisfação dos seus pressupostos de cabimento.

Conheço do Recurso e nego-lhe provimento.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.114 — SP — (9010217) — Relator originário: Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg. Relator p/acórdão: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorridos: Eunice César de Noronha e outros. Advogados: Drs. Pedro Estevam A. P. Serrano e outros e José Carlos de Castro Gopfert e outros.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg, negou provimento ao recurso (em 14.03.90 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Geraldo Sobral, José de Jesus e Garcia Vieira. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG. Sustentou oralmenté o Dr. Osvaldo F. Degrazia, Subprocurador-Geral da República.



### RECURSO ESPECIAL Nº 2.778 — DF

(Registro nº 900003500-7)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Banco Itaú S/A*

Recorrido: *CIPO — Com. Ind. Pedro Salomão Ltda.*

Advogados: *André Vidigal de Oliveira e outros e Maurício de Oliveira*

### EMENTA: COMERCIAL — AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO — CONTRATOS SUCESSIVOS — PRAZO DO CONTRATO RENOVANDO.

I — A prorrogação judicial, admitida a *accessio temporis*, deve ser concedida pelo mesmo prazo do contrato anterior, desde que não superior a cinco anos, respeitado o *princípio da autonomia da vontade das partes*, basilar no Direito privado.

**II — Consolidou-se na jurisprudência dos Tribunais o entendimento segundo o qual o prazo de renovação seria o prazo da avença anterior e não o período de cinco anos, previsto no Decreto nº 150/34, se inferior a este.**

**III — Recurso conhecido, a que se nega provimento.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade e preliminarmente, conhecer do recurso e, no mérito, 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, 28 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O eminente Desembargador José Manoel Coelho, Vice-Presidente do Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sumariou a controvérsia nestes termos (fls. 381):

“Banco Itaú S/A propôs ação renovatória de locação contra o ora recorrido alegando, em suma, que locou da suplicada a loja 93, localizada no pavimento térreo do Centro Comercial Gilberto Salomão — SHIS, Quadra 05, Bloco F, pelo período de 02.01.81 a 01.01.87, mediante aluguel inicial de Cr\$ 80.000,00 (oitenta mil cruzeiros).

O autor alegou, ainda, que por mais de três anos vem mantendo um estabelecimento bancário, estando quite com todas as obrigações contratuais.

A sentença de fls. 316/320 julgou procedente o pedido inicial, decisão esta, reformada em parte, pela Segunda Turma

Cível, que na sessão do dia 13 de setembro do corrente ano, à unanimidade de votos, decidiu prover parcialmente o Recurso de Apelação nos termos do voto do Relator, alterando o prazo da renovação de cinco para três anos, cujo acórdão, às fls. 344/350, ostenta a seguinte ementa, *verbis*:

**“AÇÃO RENOVATÓRIA. CONTRATOS SUCESSIVOS.  
PRAZO PARA A RENOVAÇÃO.**

Para a renovação da locação mercantil, admite-se a soma de prazos de contratos sucessivos, mas terá a duração temporal do ajuste a renovar, ainda que inferior a cinco anos. Precedentes.”

Irresignado, manifestou o autor o Recurso Especial de fls. 353/361, fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência ao art. 2º, letra *b*, do Decreto nº 24.150/34, bem como divergência com julgado de outro Tribunal que aponta”.

Acrescento que o recurso foi admitido, apenas pelos fundamentos da letra *a* (fls. 384).

Devidamente processados, subiram os autos a esta Egrégia Corte, vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

**VOTO**

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):  
O ponto que se controverte neste Especial é admitida a *accessio temporis* para o efeito de renovar-se o contrato de locação comercial, se esta se deve dar pelo prazo de cinco anos ou pelo prazo fixado no último contrato renovado.

Para lastrear sua inconformidade com a parte do Acórdão que admitiu a renovação, fixando o prazo de três anos, o mesmo estabelecido livremente pelas partes contratantes, alegando negativa de vigência do art. 2º, letra *b*, do Decreto 24.150, ofertou o recorrente aresto do Egrégio STF de fls. 364/371, pretendendo se hajam caracterizados os pressupostos de admissibilidade do recurso pelos incisos *a* e *c* do permissivo constitucional.

Do voto condutor, proferido pelo eminente Desembargador Luiz Cláudio de Almeida Abreu, colho o seguinte trecho, cuja formulação afina-se com meu entender sobre a matéria:

“Pacificou-se na jurisprudência o entendimento segundo o qual se somam os prazos de contratos a tempo certo para que

possa o locatário satisfazer a exigência mínima de cinco anos de locação a renovar. A construção pretoriana, à qual a doutrina geralmente não empresta adesão, há que ser entendida com certa reserva, para que, a pretexto de se beneficiar a parte pretensamente mais fraca — o locatário — não se afronte a liberdade de contratar.

Com efeito, violentado ficaria o princípio da autonomia da vontade — basilar no direito privado — se se impusesse ao locador um novo contrato por prazo superior àquele que as partes antes firmaram livremente. Não será justo, muito menos jurídico, obrigar o proprietário a uma locação de cinco anos, se o contrato anterior teve prazo de duração menor. Nessa hipótese, a rigor, sequer se poderia falar em prorrogação, senão em novo contrato, compulsoriamente imposto a uma das partes.

O intérprete há que ser extremamente cauteloso em casos dessa natureza, onde a jurisprudência amplia o horizonte da lei, de modo a não permitir violência ao direito individual.

Por outro lado, a instabilidade econômica do país, decorrente de um processo inflacionário incontrolável, recomenda cautela e prudência do Judiciário ao apreciar as relações mercantis. E as locações comerciais não fogem à regra. É oportuno repetir a observação de J. Nascimento Franco e Niske Gondo:

“Considerando os efeitos danosos da inflação sobre a estabilidade dos negócios em geral, tem-se unanimemente decidido que a renovação das locações regidas pelo Decreto nº 24.150 será sempre pelo prazo do contrato renovado, reduzindo-se a cinco anos se o contrato tiver mais duração”. (Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel — 2ª ed., pág. 272).

É nessa linha de raciocínio que o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu alguns casos de renovação por prazo inferior a cinco anos. Veja-se o seguinte acórdão:

“Locação comercial — Renovação por menos de cinco anos.

1 .....

2 .....

3 — A prorrogação judicial da locação para fundo de comércio deve ser concedida pelo mesmo prazo do contrato anterior, desde que não exceda de cinco anos” (RE nº 75.189 — RTJ 74/99).

No mesmo sentido o acórdão do RE 76.358 (RTJ 66/322), *in verbis*:

“Ação renovatória de locação. A prorrogação judicial deve ser concedida pelo mesmo prazo do contrato anterior, desde que não superior a cinco anos”.

Um outro julgado da Corte Suprema (RE 59.257, RTJ 43/538) sufraga idêntica tese. Nesse caso, travou-se interessante debate a respeito do tema, prevalecendo, afinal, por maioria, no Pleno, o entendimento de que o prazo da renovação seria o do contrato anterior de dois anos e meio, e não o do período de cinco anos previsto no Decreto 24.150. Nos votos, referem-se os eminentes Ministros a outros precedentes: RE 34.330, RE 15.209 e AI 29.280.

É verdade que essa orientação não é pacífica, mesmo no Supremo. Há decisões em contrário na Corte Maior (menciono o RE 69.655). Mas, a meu ver, a melhor solução jurídica será aquela que admite a prorrogação apenas pelo prazo do contrato a renovar”.

Esse entendimento, aliás, já pontificava na doutrina do Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, proferida no Acórdão do RE 15.209, resumido nesta Ementa: “A renovação deve ser dada em termos que satisfaçam, tanto quanto possível, a vontade das partes. Um dos meios mais indicados para operar essa vontade é o último contrato celebrado.”

Acórdão que mereceu do eminente Ministro Aguiar Dias, do extinto TFR, então Juiz do Distrito Federal, nos idos de 1950, o seguinte comentário:

“Exatamente como sustenta o eminente relator do acórdão supra, com algum orgulho o dizemos, sempre decidimos no sentido de que o critério a seguir devia ser o do último contrato, pouco importante que ficasse aquém ou além do prazo de cinco anos. Nunca tivemos a ventura de ver confirmada qualquer decisão nossa nesse sentido. Sempre tivemos pela frente o argumento de que a lei exige o prazo de cinco anos para reconhecer o direito à renovação, argumento que, *data venia*, não tem nenhuma pertinência, por se referir, exclusivamente, à primeira renovação, desde que, na segunda, já esse prazo estará superado. O argumento ainda mais se enfraquece quando se trata de contrato por prazo superior a cinco anos, nem valendo em contrário a alegação de que não convém, com as mutações vertiginosas do custo da vida, deixar tanto tempo o locador jungido ao contrato, em primeiro lugar, porque, pelo contrato anterior, mostrou ele que isso não o perturbava e, em segundo lugar,

porque a lei estabeleceu a ação de revisão, especialmente destinada a proporcionar ao locador (é claro que o locatário, no pé em que têm caminhado as coisas econômicas, não precisa da ação de revisão) o meio de fugir a essa lesão.

Em suma, tendo o locatário direito à renovação do contrato de locação comercial, esta pode ser decretada, sempre e sempre, desde que o locatário o pretenda, pelo prazo do contrato anterior". José de Aguiar Dias, Juiz no Distrito Federal. (Revista Forense — setembro, 1959, pág. 98).

Contudo se àquela época o douto Tradadista podia reclamar quanto a oposição do ponto de vista que sufragava a prevalência da vontade dos contratantes sobre a interpretação do dispositivo que exigia o prazo de cinco anos da avença a renovar, o tempo, e a partir daquele aresto comentado veio demonstrar, com as decisões em maioria, que certo era o seu entendimento.

Não vejo como, pois, possa prosperar o recurso, já que o acórdão recorrido, segundo entendo deu correta aplicação à lei e se conformou com a jurisprudência predominante, a qual, na renovação do contrato admitida o *accessio temporis*, tomou por prazo o do último contrato como vontade manifesta das partes contratantes.

Assim, configurada a divergência, conheço do recurso pela letra *c* mas nego-lhe provimento para confirmar, em sua integralidade, a decisão recorrida.

## VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Já sustentei o entendimento de que a renovação do contrato far-se-ia pelo prazo consignado no último. Convenci-me, entretanto, do desacerto da tese. Admitida a *accessio temporis*, é como se a soma dos prazos dos vários contratos resultasse em um só, correspondente a todos eles. Esse prazo global, que não poderá, entretanto, ultrapassar cinco anos, será o considerado para a renovação.

Adiciona-se um argumento de ordem prática. Se o último contrato tiver prazo, por exemplo, de um ano, as renovatórias haverão de ser anuais. Antes que se decida a primeira, já será necessário ajuizar a segunda ou mesmo terceira.

Conheço e dou provimento, *data venia*.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.778 — DF — (900003500-7). Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Banco Itaú S/A. Recda.: Cipo — Comércio Indústria Pedro Salomão Ltda. Advs.: André Vidigal de Oliveira e outros e Maurício de Oliveira.

Decisão: A Turma, por unanimidade e preliminarmente conheceu do recurso e, no mérito, por maioria, negou-lhe provimento, vencido o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro. (Julgado em 28.06.90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.



### RECURSO ESPECIAL Nº 3.266 — PR (Registro nº 90.0004879-6)

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

Recte.: *Lina Feiges Burkinsky e Cia. Ltda.*

Recdo.: *Banco Itaú S/A*

Advogados: *Drs. Ignez de Lourdes Borges Russ e outro e Gastão Fernando Paes de B. Júnior e outros*

#### **EMENTA: AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. DUPLICATA. ENDOSSO-CAUÇÃO.**

**I — É parte legítima para estar no pólo passivo da ação de anulação do título de crédito quem o tenha recebido através de endosso-caução.**

**II — Recurso especial a que se deu provimento.**

**III — Unânime.**

### ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

## RELATÓRIO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação objetivando anulação de duplicata.

A sentença de 1<sup>a</sup> instância julgou procedente em parte a ação, excluindo do feito por ilegitimidade de parte o Banco Itaú, pelos seguintes fundamentos:

“O Banco Itaú S/A, evidentemente, é parte ilegítima para constar no pólo passivo da presente ação, porque, na qualidade de mandatário da có-ré De Ville, de quem recebeu o título por endosso apenas para cobrança, não pode ser responsabilizado pelo negócio subjetivo existente entre as partes que realizaram o negócio. Conforme doutrina e jurisprudência citada pelo Banco, o endosso não transfere o título, razão pela qual a sua exclusão do processo se impõe.” (fl. 69 v.)

A Egrégia Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade, confirmou a decisão de primeiro grau, nos termos assim expostos:

“O ilustre Juiz *a quo* excluiu da relação processual o estabelecimento de crédito dito indicado, justo porque na qualidade de mandatário da co-ré de quem recebeu o título para cobrança, apontou-o em cartório de protesto, que por liminar judicial foi sustado. É claro que o Recorrido — Banco Itaú S/A — não pode ser responsabilizado pelo negócio subjacente entre as partes. É que, *in casu*, ocorreu mero endosso-mandato e, nesses casos, o endossatário é parte ilegítima para figurar na demanda entre as partes anteriormente contratantes.

A respeito, já decidiu a doutrina:

“Para terceiros, o titular do endosso-mandato e o endossante constituem a mesma pessoa. *O mandatário, por isso, não pode ser pessoalmente parte em Juízo, e, exigindo o título em nome e por conta de outrem responde pelas exceções oponíveis contra o seu mandante, mas não está em compensação sujeito às que contra ele próprio pudessem porventura prevalecer*”. (“Letras de Câmbio”, de José Maria Whitaker — Ed. RT-117).” (fl. 92)

A recorrente interpôs recurso especial alegando ofensa ao art. 19 do Decreto nº 57.663 (Lei Uniforme), além de dissídio jurisprudencial (fls. 95 a 99).

Pelo despacho de fls. 113 a 115, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 120 a 123 e contra-razões de fls. 125 a 135, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Trata-se de uma ação de anulação de título de crédito, precisamente uma duplicata. A ação foi movida contra DE VILLE COM. CONF. E REPR. LTDA., contra LUÍZA RIBEIRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO REPRESENTAÇÃO LTDA. e contra BANCO ITAÚ S/A. Emitente do Título, Luíza Ribeiro Indústria e Comércio Representação Ltda., o negociara com a De Ville, e desta o seu endosso ao Banco Itaú, que lhe promovera o protesto.

O Dr. Juiz de Direito, em sua sentença, julgou procedente em parte a ação para excluir do feito, por ilegitimidade de parte, o réu Banco Itaú S/A, e para declarar nulo o título emitido pela ré Luíza Ribeiro Indústria e Comércio Representação Limitada e endossado à ré De Ville, sustentando o protesto. Finalmente, condenou as rés ao pagamento das custas e honorários de advogado, que arbitrou em cinco mil cruzados. Dispôs mais a sentença:

“A autora deve pagar os honorários de sucumbência do Banco Itaú S/A, que arbitro em dois mil e quinhentos cruzados.”

Houve apelação, e o Egrégio Tribunal de Alçada do Paraná manteve a decisão de Primeiro Grau, como se vê de acórdão que porta a seguinte ementa:

“SUSTAÇÃO DE PROTESTO E ANULAÇÃO DE CAMBIAL — REVELIA — TÍTULO CAUCIONADO PARA GARANTIA DE CONTRATO DE MÚTUO — ILEGITIMIDADE DE PARTE — RECURSO IMPROVIDO.

Não é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de anulação de título de crédito, o terceiro que recebeu a cártula em garantia de contrato de mútuo.” (fl. 91)

No corpo do acórdão disseram os eminentes julgadores estaduais:

“A sentença em exame não merece censura, eis que bem apreciou a espécie e fez justiça às partes, pois a Apelante pretendendo anular a duplicata descrita na inicial, propôs a ação não só contra a favorecida e a endossatária do título, mas também contra o Banco Itaú S/A a quem fora caucionado o mesmo título, em garantia de contrato de mútuo.

O ilustre Juiz *a quo* excluiu da relação processual o estabelecimento de crédito indicado, justo porque na qualidade de mandatário da co-ré de quem recebeu o título para cobrança, apontou-o em cartório de protesto, que por liminar judicial foi sustado. É claro que o Recorrido — Banco Itaú S/A — não pode ser responsabilizado pelo negócio subjacente entre as partes. É que, *in casu*, ocorreu mero endosso-mandato e, nesses casos, o endossatário é parte ilegítima para figurar na demanda entre as partes anteriormente contratantes.” (fl. 92)

E repetiu a Corte Estadual os fundamentos doutrinários já acolhidos no Primeiro Grau, sobretudo a lição de Whitaker sobre o mandato, e então negou provimento ao recurso.

Não há dúvida de que o endosso-mandato não transfere a propriedade do título. O endossatário atua tão-somente como um representante de quem endossou o título. Não se confunde endosso-mandato com endosso-traslativo, mas também não se confunde com endosso-caução.

A hipótese dos autos — cuida eu — é de errônea qualificação do fato jurídico. E assinalo isso, para que não se pense que estou a examinar provas.

O Tribunal *a quo*, afirma na ementa do seu acórdão, assevera no corpo da sua decisão que o Banco Itaú recebeu o título como endosso-caução para depois construir a decisão sob a óptica de endosso-mandato.

A doutrina trazida no acórdão hostilizado a respeito do endosso-mandato tem a autoridade de José Maria Whitaker. Registro, contudo, a sua inadequação ao caso concreto. O Banco endossatário afirmou haver recebido o título em caução. O Tribunal *a quo* expressa no seu acórdão que houve o endosso-caução. Em conseqüência, não se adapta ao caso a lição de Whitaker sobre endosso-mandato, mas a sua ensinança sobre endosso-caução.

Permito-me repetir as observações lúcidas de Whitaker sobre endosso-caução:

“A caução declarada no título, constituída por ato à parte e com entrega de título não endossado ou feita sob a forma de mandato sujeita o endossatário às mesmas exceções cabíveis contra o seu endossante...” (Letra de Câmbio, p. 142/145, 2ª ed., 1932).

De sua vez, o eminente Cunha Peixoto registra em **Comentários à Lei de Duplicatas** — e de duplicata endossada e caucionada se cuida neste caso:

“A caução da duplicata pode ser feita ou no próprio título, ou por ato à parte, e mais o endosso, conferindo aparentemente um mandato, ou por endosso completo, em branco traslativo, da propriedade.

Qualquer que seja a fórmula adotada, a conclusão é sempre a mesma: para as partes tem inteiro valor a convenção, mas com relação a terceiro, só prevalece o que está expresso no título. Desta maneira, se do título consta a cláusula de penhor, o endossatário fica sujeito às mesmas exceções cabíveis contra o endossante, isto é, contra a pessoa que fez a caução... (p. 85, 2ª ed., Forense, 1971).

Casam-se, harmonizam-se, as posições doutrinárias de Whitaker e de Cunha Peixoto a respeito do endosso-caução.

Ora, houve uma má qualificação do fato jurídico. Trata-se, no caso concreto, de endosso-caução e não de endosso-mandato. Sendo de endosso-caução, o endossatário é parte legítima no pólo passivo da presente ação. No seu recurso especial, a parte argúi afronta ao art. 19 da Lei Uniforme e suscita o dissenso pretoriano. Tenta o recorrente demonstrar o dissídio jurisprudencial, trazendo um acórdão do mesmo Tribunal, o que, evidentemente, não lhe dá sucesso. Todavia, com êxito, traz à tona, também, acórdão de outro Tribunal, que porta a seguinte ementa:

“LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* — DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CAMBIAL — Propositura contra endossatário — Duplicata recebida com endosso-caução — Preliminar de ilegitimidade afastada. O portador de duplicata recebida com endosso-caução é parte legítima ativa ou passiva, conforme o caso, para litigar em função dos direitos e ações que dela resultarem.” (fl. 98)

Tenho como presente o conflito jurisprudencial. Conheço do recurso. Dou-lhe provimento, e o faço para, considerando o Banco Itaú S/A, o recorrido, como parte legítima no pólo passivo da ação que fora proposta pelo ora recorrente, inverter o ônus da sucumbência, tão-somente porque o mérito da causa já fora julgado em primeiro grau, quando o Juiz declarou nulo o título.

É o meu voto.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Coloco-me de acordo com o Ministro Relator, à medida em que acentua S. Exa. que, no caso concreto, teria havido má qualificação jurídica do fato, por não se tratar de endosso-mandato, como constou do venerando acórdão, mas sim de mandato-caução.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

## VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, coloco-me de acordo com o Eminentíssimo Relator no tocante à tese principal. Todavia, quanto à posição do Banco Itaú, penso que os autos deviam retornar à Primeira Instância, para que o Magistrado prolatasse uma decisão de mérito. Se ele é parte legítima, não está condenado.

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): (aparte) Na verdade, o voto do Ilustre Ministro-Relator leva o feitiço de um reexame de pressupostos, de saneador.

## ESCLARECIMENTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Realmente, no primeiro momento, fiz o raciocínio que agora V. Ex<sup>a</sup> expõe. Mas, há algo intransponível para esta solução: é que o Dr. Juiz de Direito, na sentença que foi mantida na sua inteireza pela Corte Estadual, assim decidiu:

“(...) julgo procedente em parte a ação, para excluir do feito por ilegitimidade de parte o réu BANCO ITAÚ S/A, e para declarar nulo o título emitido pela ré LUIZA RIBEIRO, endossado à ré De Ville” (fl. 70).

O mérito da ação seria a anulação do título. Esse mérito foi decidido. O Juiz atribuiu o ônus da sucumbência à emitente do título, a outra coobrigada, e excluiu o coobrigado-Banco Itaú, tão-somente do ônus da sucumbência. O mérito já foi julgado. Adotar-se a solução aventada seria uma *reformatio in pejus*, porque a parte já ganhou a causa. O título já foi anulado. Cassar a sentença para que outra fosse proferida, seria piorar a situação do autor. Por isso, como o mérito dizia com a anulação do título — e isso a sentença já decidiu, — a exclusão do Banco Itaú teve como efeito tão-somente atribuir parcialmente o ônus da sucumbência ao autor em relação ao Banco Itaú. E tanto isso é verdade que o Juiz

condenou os outros coobrigados ao pagamento de custas e honorários do advogado da autora.

Então, a única conseqüência possível seria esta. A outra aventada seria a *reformatio in pejus*, porque, para que o Juiz redecidisse a posição do Banco Itaú, teria que ser fracionada a sentença, o que seria inviável. Seria anular a sentença para que outra fosse proferida, prejudicando a parte recorrente.

Como é inevitável a *reformatio in pejus* e como o mérito da causa já está julgado, chego à conclusão de que o Banco Itaú, sendo endossatário com caução do título anulado, deve figurar no pólo passivo da causa e, sendo o autor vencedor, pois que o foi, eis que o título fora realmente anulado, então, apenas, inverte-se o ônus da sucumbência. Por isso que não cheguei à posição trazida por V. Exa.

### VOTO (CONCLUSÃO)

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, diante destes esclarecimentos prestados pelo Eminentíssimo Ministro-Relator, estou de acordo.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.266 — PR — (90.0004879-6) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Lina Feiges Burkinsky e Cia. Ltda. Recdo.: Banco Itaú S/A. Advs.: Drs. Ignez de Lourdes Borges Russ e outro e Gastão Fernando Paes de B. Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4<sup>a</sup> Turma: 14.08.90).

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



### RECURSO ESPECIAL Nº 3.344 — SC

(Registro nº 90.0005005-7)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar

Recte.: Cotra S/A Empresa Comercial Exportadora

Recda.: *Prekookeanska Plovidba Bar*

Advogados: *Drs. Luiz Leonardo Goulart e outros e Ricardo Afonso Baptista e outros*

**EMENTA: ADVOGADO. MANDATO. SUBSTABELECIMENTO.**

**I — Como inexistente não é de ser tido o substabelecimento de mandato, por um advogado a outro, que apenas não atenda formalmente a todos os requisitos do instrumento originário.**

**II — Recurso especial a que, por unanimidade, se deu provimento, para que, afastado o não conhecimento do apelo por defeito de representação, o Tribunal julgue a causa como entender de direito.**

**ACÓRDÃO**

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Em medida cautelar inominada a Egrégia 3ª Câmara Civil do Tribunal de Santa Catarina não conheceu da apelação por defeito do substabelecimento da procuração do advogado que interpôs o recurso.

Eis a sua ementa:

“Medida cautelar inominada. Fixação de honorários. Recurso de apelação. Não conhecimento.

Não se conhece da apelação subscrita por advogado que não detém poderes, em consonância com os dispositivos legais previstos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 1.289, do Código Civil.

As regras contidas para outorga do mandato são as mesmas, as quais se deve observar, para a perfeita validade do substabelecimento.

O substabelecimento imperfeito nenhum efeito confere aos atos praticados.” (fls. 365).

Do v. acórdão destaco os seguintes fundamentos:

“Em que pese a tempestividade do recurso, o mesmo não há de ser conhecido. É que o requerente, ao apelar, o fez através de outro advogado que não aqueles que foram seus mandatários no aforamento da Medida Cautelar Inominada. A procuração de fls. 59 foi outorgada aos Drs. Luiz Leonardo Goulart, Carlos Jourdan Eulálio Brasil, Antônio Teixeira Alexandre Neto, Otávio Augusto Brandão Gomes, Mônica Mello de Moraes e Ubiratan Pereira Guimarães, e a petição de recurso está assinada pelo Dr. Gilberto Fernandes Alves que, ressalte-se, anexo aos autos substabelecimento que não o qualifica precisamente para postular em Juízo, em nome e por interesse da apelante.

Dispõe o § 1º, do art. 1.289, do Código Civil, que: “O instrumento particular deve conter designação do Estado, da cidade ou circunscrição civil em que for passado, a data, o nome do outorgante, a individualização de quem seja outorgado e, bem assim, o objetivo da outorga, a natureza, a designação e extensão dos poderes conferidos.

Obviamente que as regras contidas para a outorga do mandato são as mesmas, as quais se deve observar, para perfeita validade do substabelecimento.

E, neste particular, para um melhor esclarecimento e visualização, vale transcrever em sua plenitude o pretense substabelecimento apresentado pelo advogado da apelante: SUBSTABELECIMENTO — Substabeleço, com reservas de iguais, os poderes que me foram conferidos pela procuração na pessoa do Dr. Gilberto Fernandes Alves, brasileiro, solteiro, advogado inscrito na OAB/RJ sob o nº 18.830, com escritório na Rua Buenos Aires, nº 23, 2º andar, nesta cidade, podendo o meu substabelecido praticar todo e qualquer ato necessário para o fiel cumprimento do mandato. Rio de Janeiro — Luiz Leonardo Goulart — Insc. OAB/RJ nº 18.501.

Daí destaca-se: não há data; não há objetivo da outorga do que substabelece, como também a natureza e a designação.

Ademais, se supostamente o substabelecimento tem ligação com a procuração de fls. 59, esta foi conferida com o fim específico de promover todas as medidas judiciais cabíveis e necessárias ao navio "Beograd", e aqui, o apelo tem tão-somente o objetivo de cancelar a condenação da Apelante ao pagamento da verba honorária, em nada tendo relação com o navio "Beograd".

Não estando perfeita a representação em Juízo, nenhum efeito gera as manifestações prestadas nos autos e, *in casu*, a apelação interposta não chega a se aperfeiçoar como ato jurídico processual por falta de capacidade postulacional e, por isso, conforme já referido, dela não se conhece.

*Ad argumentandum*, o fato do papel timbrado, usado na petição de apelação, constar o nome de um dos mandatários constante no instrumento de fls. 59 não é de molde a, por si só, autorizar a manifestação de apelação, revestindo de formalidade legal.

Em síntese: não se conhece de apelação subscrita por advogado que não detém poderes, em consonância com o dispositivo legal, previsto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 1.289, do Código Civil." (fls. 367 a 368).

O recorrente interpôs recurso especial alegando violação dos arts. 38 do CPC, 70, § 3º, da Lei 4.215/63, além de dissídio jurisprudencial (fls. 382 a 393).

Pelo despacho de fls. 403 a 405, foi o recurso indeferido, porém veio a ser processado em virtude do provimento do agravo de instrumento.

Com as razões de fls. 415 a 420, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A matéria objeto do presente recurso diz respeito a regularidade, ou não, de substabelecimento de procuração em que o Dr. Luiz Leonardo Goulart na fase de apelação substabeleceu os poderes ao Dr. Gilberto Ferreira Alves, que interpôs o referido recurso.

Registro, preliminarmente, que o substabelecete em sua procuração de fl. 59 tinha poderes *ad judicium* e especiais, inclusive para substabelecer o mandato que lhe fora outorgado pela empresa ora recorrente.

O substabelecimento em papel timbrado do escritório do substabelecete guarda o seguinte teor:

“Substabeleço, com reserva de iguais, os poderes que me foram conferidos pela procuração na pessoa do Dr. Gilberto Fernandes Alves, brasileiro, solteiro, advogado inscrito na OAB/RJ sob o número 18.830, com escritório na Rua Buenos Aires, nº 23, 2º andar, nesta cidade, podendo o meu substabelecido praticar todo e qualquer ato necessário para o fiel cumprimento do mandato.” (Fl. 331).

Entendo que o referido substabelecimento da forma que foi posto implica em mera irregularidade, mas não em sua nulidade, por não conter as mesmas características da procuração. Tal irregularidade poderia ser sanada determinando-se um prazo para que fosse sanado o defeito.

O art. 70, § 3º, do Estatuto dos Advogados, estabelece que a procuração com a cláusula *ad judicium* habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, e, o § 5º, dispõe que as cláusulas referidas no § 3º, dispensam a indicação do juízo, órgãos, repartições e pessoas perante as quais tenham de produzir efeitos.

Ora, se no art. 37 do Código de Processo Civil o advogado em face da urgência pode intervir no processo sem o instrumento do mandato, protestando para apresentá-lo em quinze dias, com maior razão não se poderá ter como inexistente um substabelecimento que não atenda formalmente a todos os requisitos constantes do mandato originário.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para que, afastada a preliminar de não conhecimento por defeito de representação, o Tribunal julgue a causa como entender de direito.

É o meu voto.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Estou de acordo com o Ministro-Relator quando conhece do recurso e lhe dá provimento, mas peço vênias a S. Ex<sup>a</sup> para acrescentar que, no caso concreto, a meu entendimento, o substabelecimento chega até a conter demasias, porque poderia ser mais sucinto.

Se o substabelecimento tem poderes *ad judicium* e de substabelecer, e confere esses poderes a outro advogado, seria o bastante. Como se sabe, o substabelecimento prescinde de maiores formalidades.

Com o Relator.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.344 — SC — (90.0005005-7) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Cotra S/A Empresa Comercial Exportadora. Recda.: Prekookeanska Plovidba Bar. Advs.: Drs. Luiz Leonardo Goulart e outros e Ricardo Afonso Baptista e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma: 29.06.90).

Os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro, votaram com o Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 3.715 — RS

(Registro nº 90058724)

Relator: *O Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrentes: *Roque Missioneiro Cavalcante e Marlene Maria Daudt*

Recorridos: *Os mesmos*

Advogados: *Drs. Ruy Carlos de Barros Monteiro e outro e Almiro do Couto e Silva e outros*

Sust. Oral: *Drs. Almiro do Couto e Silva (por Marlene Maria Daudt), Ruy Carlos de Barros Monteiro (por Roque Missioneiro Cavalcante) e Nelson Parucker (Subprocurador-Geral da República)*

**EMENTA: Sociedade de fato entre concubinos. Patrimônio. 1. Comprovado que a mulher contribuiu na formação desse patrimônio, impõe-se a sua divisão, na dissolução judicial da sociedade. 2. Não di-**

**verge da Súmula 380/STF nem ofende os arts. 1.368 e 1.369 do Cód. Civil, acórdão que, na partilha do patrimônio, atribuiu à autora 1/4 do conjunto de bens da sociedade. 3. Recursos especiais não conhecidos.**

## ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 07 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação declaratória, “visando” — palavras da inicial — “o reconhecimento de sociedade de fato e de sua dissolução, com a conseqüente partilha de bens comuns”. Ao propô-la, na comarca de Porto Alegre (RS), a autora alegou, em síntese, vida em comum durante vinte e dois anos, o nascimento de dois filhos, e a construção da sociedade “cujo embrião foram os bens havidos por Marlene da sucessão do pai Alfredo Correa Daudt”. Ao contestá-la, disse a sentença, fê-lo o réu longamente, alegando, em resumo, que Marlene “em nada contribuiu para a formação e o incremento do patrimônio do demandado”. Leio nas fls. 614/616 o resumo do pedido e da resposta (lê).

2. A sentença julgou procedente a ação para

“... declarar a existência e a dissolução da sociedade de fato entre a A., Marlene Maria Daudt, e o R., Roque Missioneiro Cavalcante, assegurando à primeira, conseqüentemente, a meação dos bens que integram o acervo da sociedade, adquiridos no decurso da existência dessa sociedade de fato, mediante partilha a ser efetivada oportunamente, transitada em julgado a sentença e após exatamente definidos os bens a serem partilhados, através de liquidação, se necessário.”

3. Apelaram e o acórdão proveu em parte a apelação do réu para  
“... declarar a existência e dissolução da sociedade de fato entre ele e Marlene Maria Daudt, assegurando a ela 1/4 (um quarto) do conjunto de bens da sociedade, havidos no decurso da existência desta. Custas por ambos, por metade, cada qual respondendo pelos honorários de seus patronos. Prejudicada a primeira apelação”.

Ficou o acórdão assim ementado:

“Concubinato. Sociedade de fato. Prova de que a autora contribuiu com parcela menor para a formação do patrimônio comum. Divisão proporcional a essa colaboração. Apelo do réu provido em parte, prejudicado o da demandante.”

4. O acórdão de fls. 728/731 rejeitou os embargos de declaração apresentados pelo réu.

5. Com base nas anteriores alíneas *a* e *d*, autora e réu interpuseram recursos extraordinários, inadmitidos por este despacho do Desembargador Oscar Gomes Nunes:

“Inconformadas, ambas as partes recorrem extraordinariamente, com fundamento no art. 119, inc. III, letras *a* e *d*, da CF. A autora alega violação aos arts. 1.368 e 1.369 do CC e divergência com a Súmula 380 do STF e argüi a relevância da questão federal suscitada. O réu alega violação aos arts. 1.363, 1.366 e 1.288, do CC, e dissídio com a Súmula 380 da Corte Suprema, argüindo também a relevância da questão federal.

Os recursos foram impugnados a fls. 758/764 e 765/769 dos autos.

Em parecer, opina o Dr. Procurador-Geral de Justiça pela inadmissão de ambos os recursos (fls. 771/773).

II. Em face do disposto no art. 325 do RISTF, os recursos só podem ser apreciados quanto à alegação de divergência com a Súmula nº 380 do STF.

Relativamente ao recurso da autora, alega a recorrente manifesto dissídio com aquela ementa da Súmula do STF, uma vez que o acórdão recorrido nega à concubina direito à meação dos bens que foram reunidos na sociedade de fato pelo esforço comum. Sustenta que muito embora a Súmula faça alusão à

partilha e não à meação, os acórdãos que a determinaram vinculam como consequência jurídica da existência da sociedade de fato entre concubinos o direito à meação em favor do sócio ou companheiro.

*Data venia*, assim não acontece.

No Agravo de Instrumento nº 108.313 (AgRg) — RJ, o STF decidiu, em ação que objetivava o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens, que a procedência da ação não implica, necessariamente, em atribuir à autora 50% dos bens. Reza a ementa do acórdão, publicado na RTJ 118/346-349:

‘Não discrepa da Súmula 380 acórdão que conclui: Concubina. Participação nos bens do amásio. Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens.

Confessada pelos herdeiros do amásio a existência da sociedade, deve-se julgar procedente a ação. A procedência, porém, não implica, necessariamente, em atribuir à autora 50% dos bens. Se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor, deve-se atribuir um percentual condizente com a contribuição.

Agravo regimental improvido.

Súmulas 279 e 291’.

Assim, não merece seguimento o recurso manifestado por Marlene Maria Daudt.

Quanto ao recurso do réu, alega-se que o v. acórdão recorrido, ao admitir a existência de uma contribuição da recorrida no início do patrimônio do recorrente, arrimou-se para tanto, exclusivamente, na prova testemunhal, colocando-se em manifesta divergência com a Súmula 380, que exige, para comprovação da sociedade de fato, exame minucioso de todas as provas trazidas para os autos.

Na espécie, não foi negada vigência à Súmula 380, pois o acórdão fixou a participação da concubina em 25%, com base nas circunstâncias de fato que especifica, não apenas na prova testemunhal, como alega o recorrente. E esta circunstância de fato, de acordo com a Súmula 279 do STF, não podem ser revistas.

III. Isto posto, nego seguimento aos recursos extraordinários.

Processe-se as arguições de relevância suscitadas pelos recorrentes.”

6. Convertidos, *ipso iure*, os recursos extraordinários em recursos especiais, prejudicadas, em consequência, as arguições de relevância, tal por despachos no Supremo Tribunal Federal, vim a receber, após distribuição, os agravos de instrumento, que provi para, com os autos principais em mãos, melhor examinar a causa.

7. Nesta Corte, subindo o processo com razões e contra-razões, pedi a audiência da Subprocuradoria-Geral da República, que opinou conforme esta ementa:

“Discussão sobre a quota parte na partilha de bens e sobre o montante encontrado pelo Tribunal de Justiça não possibilita o recurso especial.”

É o relatório.

## VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Conquanto tragam remissões aos arts. 1.368 e 1.369, de uma parte, e aos arts. 1.288, 1.363 e 1.366, de outra parte, ambos os recursos, no fundo, dizem respeito à interpretação da Súmula 380/STF: a autora, por entender com direito à meação, e não a 1/4 dos bens da sociedade; o réu, por considerar inexistente, na espécie, a sociedade de fato, pela ausência de “prova qualificada”.

2. Sobre a Súmula 380, editada, pelo Supremo Tribunal Federal, nos idos de 1964, recordei, no REsp-995, sessão de 17.10.89:

“Informada pelos arts. 1.363 (este, aqui, tido por afrontado) e 1.366 do Cód. Civil, e 673 do Cód. de Pr. Civil anterior, dispõe a Súmula 380/STF: ‘Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum’. No Supremo Tribunal Federal, prevaleceu, ao que creio, o entendimento de que, para a partilha de bens, não basta o simples concubinato, mas é necessário que aquele que pretende a divisão prove a sua contribuição para a formação do patrimônio. Entre vários julgados, conferir os insertos nas RTJ’s 75/936, 78/619, 79/229, 80/260 e 112/322. Naquele inscrito na RTJ-

75, pág. 938, afirmou o Sr. Ministro Moreira Alves: ‘... admite-se que essa colaboração possa decorrer do próprio labor doméstico, nos casos em que, graças à administração do lar pela mulher, se façam, ou se ampliem economias, graças às quais se forma o patrimônio comum’. Lá, no Supremo, ficou vencido o Sr. Ministro Leitão de Abreu, pois, para S. Ex<sup>ª</sup>, ‘provada a vida *more uxorio*, presume-se a sociedade de fato, cabendo a partilha do patrimônio adquirido durante o concubinato’, conforme, entre outros, os arestos publicados nas RTJs 89/181 (187/8) e 92/775 (779).”

3. Inconformou-se o réu com o reconhecimento, pelas instâncias ordinárias, da sociedade de fato: ao seu ver, inexistente, nos autos, prova para essa finalidade, sabendo-se que, para tanto, exige-se “prova qualificada”. Afirmou: “O direito do recorrente está no manifesto dissídio com a mencionada Súmula nº 380, pois que a prova enumerada do ingresso de bens ou dinheiro pela recorrida não se adequa à que é exigida para a demonstração da sociedade de fato. Seria indispensável — e não foi o caso — tratar-se de prova qualificada, ou seja, plena, robusta, efetiva e real do ingresso de bens ou dinheiro para a formação de patrimônio comum, como consta da jurisprudência do Tribunal Maior na interpretação da mencionada Súmula, e já referida pelo recorrente nos aludidos Embargos Declaratórios”. Fez referência a acórdãos publicados nas RTJs, dentre os quais, o da de nº 75, págs. 937 a 970, com essa citação: “Tudo isto, evidentemente, depende de prova, exigida com mais rigor para a comprovação da sociedade de fato...”. No memorial, veio, em citação, os ERE-109.091, *in* RTJ-127/1.205, onde, conhecidos e recebidos os embargos de divergência, o recurso extraordinário acabou por provido parcialmente, em acórdão que ficou assim ementado, no essencial: “5. Provisamento parcial para se excluïrem da partilha os bens adquiridos pelo varão, em período durante o qual não houve contribuição da concubina, mediante capital ou trabalho”.

4. Como se trata, de acordo com as palavras do verbete em questão, de ter-se por “comprovada a existência de sociedade de fato”, para, em decorrência, admitir-se a “partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, impõe-se, quando negada a existência da sociedade, daí a arguição de contravenção à Súmula, seja verificada, com maior rigor, a base fática da decisão recorrida. Neste aspecto, comungo dessas palavras do Sr. Ministro Célio Borja, *in* RTJ-127/1.036-7: “Tanto a Súmula 380, como o precedente efetivamente transcrito nas razões, e na interposição do recurso, antes aludidas, são expressos quanto à indispensabilidade da existência de uma relação causal entre o patrimônio, ou seu acréscimo, e o esforço comum”.

5. Portanto, disponho-me, no caso ora trazido ao nosso reexame, onde se acha negada a existência da sociedade de fato, a verificar a “relação causal” a que, em seu voto, referiu-se o Sr. Ministro Célio Borja.

6. Pois bem, quanto a tanto, o acórdão recorrido colocou em destaque duas passagens da sentença, ei-las:

“Quer dizer, a A., além de dedicar ao companheiro e ao cultivo da sua convivência pessoal e familiar os melhores anos de sua vida, as suas energias físicas e psíquicas, apostando tudo nessa vida em comum, com recíproca gratificação, conforme resultou evidenciado da prova testemunhal, administrando o lar e cuidando da criação e educação dos filhos como mãe extremosa e dedicada, conforme declarou o próprio R. em seu depoimento pessoal, também entregou-lhe tudo o que de valioso recebeu em sua vida em termos de patrimônio. Fosse muito ou fosse pouco, era tudo o que a A. recebeu, e de que podia dispor. Segundo múltiplos e convergentes depoimentos colhidos no feito a A., pouco afeita aos negócios, confiou ao companheiro os recursos que lhe couberam, os haveres que recebeu como legítima no inventário dos bens deixados por seu pai e que também não foram tão insignificantes.”

.....

“O que é certo é que a A. confiou ao companheiro os haveres recebidos, possivelmente convertidos já em moeda, para que este os administrasse ou para que aplicasse tais recursos no incremento dos seus negócios e atividades. Ainda que não fosse grande o vulto desses recursos, foi uma contribuição efetiva, de ordem econômica, havendo várias referências na prova oral no sentido de que esses recursos possibilitaram ao casal iniciar-se nos negócios ou ensejaram o seu incremento, inclusive estabelecendo-se com comércio de material escolar e/ou de escritório.

Não foi possível quantificar o montante de recursos que a A. injetou nos negócios e atividades do R. como contribuição de capital no âmbito dessa verdadeira sociedade de fato, baseada em comunhão de interesses. Nem definir precisamente os haveres recebidos pela A. em herança e sua expressão econômica. Sem embargo dessas lacunas e imprecisões da prova, o que foi apurado de forma incontestada é que Marlene recebeu haveres em herança e que alcançou ao companheiro recursos em bens ou

em numerário que possibilitaram iniciar, desenvolver ou incrementar atividades econômicas do R., assim que é inconteste a sua contribuição, e contribuição de cunho econômico no âmbito da sociedade de fato.”

Depois, acrescentou, entre outros, os seguintes tópicos:

“Inútil a tentativa do apelante em minimizar esse auxílio: a fls. 451/479 consta o formal de partilha passado em favor da viúva-meeira Ilza Túlia Ribeiro Daudt, por onde se vê que coube à A. a parte ideal de vários bens, inclusive de um terreno sito na Pedra Redonda, bairro Tristeza, de grandes dimensões e, portanto, muito valioso já na época em que se concluiu o inventário.”

.....  
“Assim, não é desarrazoado concluir que o hoje enorme patrimônio que está em nome dele iniciou com a participação financeira de ambos os concubinos...”

.....  
“Este, a meu ver, o ponto frágil da sentença. A prova dos autos não autoriza a divisão igualitária dos bens. Se de início houve aporte patrimonial por Marlene, quase tudo mais correu à conta de Roque...”

.....  
“Embora o impulso pecuniário inicial, embora os 23 anos de vida em comum, a construção do lar com o companheiro e os dois filhos, e a relativa tranqüilidade do vínculo concubinário (houve duas separações), tenho que a A., em termos de esforço no amealhar o hoje enorme acervo patrimonial, não faz jus à sua meação. Ainda que se considere como excelente investimento a aquisição de obras de arte e peças antigas, por parte de Marlene, é inegável que o numerário para tanto proveio de Roque e que elas constituem porção menor da fortuna acumulada. Apesar de reconhecer-se — apenas ficando na pinacoteca — o alto valor de ‘quadros de pinturas orginais: um Miguel Angelo, dois Debret, um Tiepolo, três Pedro Weingartner e outros quinze quadros valiosos’ (menção do próprio Roque a fls. 355 v.). Tenha a A. agido por puro deleite estético, ou por mera extravagância, como quer o R., o certo é que é um aspecto da questão que mais a favorece do que prejudica: deu a uma parcela do dinheiro recebido do companheiro destinação inteligente e qualificada. Verdade que muitas dessas peças já não integram

o patrimônio, com as partes acusando-se reciprocamente pelo seu desfazimento. Como é uma questão dependente de prova, permanece como positiva a sua aquisição por ela. Porém, tudo somado, fica-se ainda longe de equilibrar a partilha.”

Por último, o dos embargos de declaração:

“O acórdão não se ressentiu dessas falhas. Repetindo a sentença, fez constar que, ‘segundo múltiplos e convergentes depoimentos colhidos no feito, a A., pouco afeita aos negócios, confiou ao companheiro os recursos que lhe couberam, os haveres que recebeu como legítima no inventário dos bens deixados por seu pai e que também não foram tão insignificantes’ (fls. 711). E a prova disso está nos autos, com as declarações de Myriam Grehs Castilho (fls. 419 v.), Glênio Peres (fls. 140), Dionéia Rüdiger (fls. 424), Juliana Leiria Leal (fls. 422), Lígia Myriam Nunes (fls. 423), Waldemar Alencastro Guimarães (fls. 423 v.) e Alfredo Ribeiro Daudt. Formam um todo harmônico e convincente. Aliás, se Marlene guardou para si os bens da herança paterna, isso facilmente Roque poderia tê-lo demonstrado através de certidões imobiliárias. Quanto à ‘conjetura’ vista no julgado da Câmara, diz com, naquela época, a participação pecuniária, na sociedade, não de Marlene, mas do próprio embargante, então simples funcionário da Olivetti.

Por fim, também improcede a dita incongruência entre o aresto e o depoimento da embargada: o início do patrimônio comum coincidiu com o da sociedade de fato; teve acelerada expansão anos depois, quando Roque passou a atuar no setor da previdência privada; mesmo nesse período, Marlene, de modo inteligente e qualificado, também colaborou na formação do acervo, investindo na compra de obras de arte o numerário que recebia do companheiro. Inegável que foi um excelente emprego de capital, que beneficiou a ambos, haja vista o enorme valor que alcançam em leilões de arte do mundo inteiro os quadros de pintores famosos.”

7. Em resumo, admitiu-se a sociedade de fato, se é certo que pelos 23 anos de vida em comum (“administrando o lar, e cuidando da criação e educação dos filhos”), mas também pelo aporte inicial de capital (“o hoje enorme patrimônio que está em nome dele iniciou com a participação financeira de ambos os concubinos”), e pelo “excelente investimento” (“aquisição de obras de arte e peças antigas”).

Quanto aos 23 anos de vida em comum, a sentença reportou-se ao depoimento pessoal do próprio réu, bem como à prova testemunhal. Quanto ao capital inicial, o acórdão da apelação referiu-se ao formal de partilha, e o dos embargos de declaração declinou a prova por testemunhas. Sobre este ponto, não é bem certo, como pretende fazer crer o recorrente, que o acórdão tenha se valido, e somente, de duvidosa prova testemunhal. Houve, pelo visto, referência ao formal de partilha, com este acréscimo, após: “Aliás, e Marlene guardou para si os bens da herança paterna, isso facilmente Roque poderia tê-lo demonstrado através de certidões imobiliárias”. Depois, a prova testemunhal, ainda que se admita a crítica apresentada pelo recorrente, no sentido de ter-se assentado no “ouvir dizer” ou na “voz corrente”, não se lhe pode negar a convergência, consoante deixou escrito a sentença, *verbis*: “Segundo múltiplos e convergentes depoimentos colhidos no feito...”. E, olhem!, sobra, ainda, em favor da sociedade, a aquisição das obras de arte, aspecto não impugnado de modo adequado pelo recorrente.

De tudo a impressão que se tem — pelo menos, assim me pareceu — é a de que não se trata de julgamento que se tenha desviado dos fatos e circunstâncias dos autos. Sobre tanto, principalmente no plano dos fatos, há encadeamento de idéias, e perfeito, a começar pelo apontamento da vida em comum por um longo período.

8. Ante o exposto, vejo verificada, na espécie, a sociedade de fato, qual a verificou as instâncias ordinárias. Ir além do que fui, estaria, agora e aí sim, entrando no simples reexame da prova. Já decidimos, nesta 3ª Turma, até em prol da contribuição indireta, conforme essas ementas:

— “Sociedade de fato entre concubinos. Contribuição indireta para a formação do patrimônio do casal. Dissolução judicial da sociedade, com a partilha. Inexistência de dissídio com a Súmula 380/STF. Recurso especial não conhecido.” (REsp-483, Sr. Ministro Nilson Naves, como Relator designado).

— “Concubinato — Sociedade de fato — Partilha de bens. O concubinato, só por si, não gera direito a partilha. Necessário que exista patrimônio constituído pelo esforço comum. Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa contribuição para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante.

Entretanto, havendo o acórdão negado tivesse a autora colaborado, de qualquer forma, para o acréscimo patrimonial, não se pode reconhecer existente sociedade de fato.” (REsp-1.648, Sr. Ministro Eduardo Ribeiro).”

9. Quanto ao caso retratado na RTJ-127/1.025, é de se notar que, nele, o acórdão então recorrido, não obstante ter rejeitado a alegada contribuição na formação do patrimônio, acabou por acolher toda a pretensão da concubina. Veja-se essa passagem do voto do Sr. Ministro Célio Borja: “Com efeito, o v. acórdão recorrido excluiu todas as alegadas contribuições da mulher à formação do patrimônio da sociedade de fato que manteve com o recorrente, menos uma: o período em que serviu como estagiária no escritório de advocacia dele (fls. 981/982)”. Aqui, ao contrário, o acórdão atacado admitiu a participação, com base, repito, nos fatos e circunstâncias dos autos.

10. Tenho, assim, por inviável o recurso especial do réu, seja pela alínea *c*, seja, em consequência, pela alínea *a*.

11. Quanto ao recurso especial da autora, nele vem alegado o direito à metade dos bens, com invocação da Súmula 380/STF e dos arts. 1.368 e 1.369 do Cód. Civil: “É irrecusável, portanto, que o acórdão recorrido violou frontalmente as disposições contidas nos arts. 1.368 e 1.369 do Código Civil, ao determinar que a um dos sócios, numa sociedade universal, embora de fato, que determina um regime de comunhão de bens, um dos sócios não tivesse direito à meação, mas apenas a um quarto do patrimônio comum.”

12. Sobre não divergir da Súmula 380/STF julgado que, a par de admitir a sociedade de fato, dividiu os bens em proporções diferentes, tal me parece tranqüilo. Veja-se, a propósito, o despacho local. Por outro, também me parece que julgados desse porte — e é o caso presente — não ofendem os arts. 1.368 e 1.369, até porque o verbete em causa — e tudo gira em torno dele — não os tem por referência.

Acrescento, ainda, que, nesta Seção, temos apreciado e confirmado julgados de tribunais locais, que atribuíram à concubina, uma vez dissolvida a sociedade, participação menor do que os 50%; em geral, 1/3 ou 1/4. Para um exemplo atual, e desta Turma, lembro-me do REsp-4.599, cujo julgamento a pouco findou-se. Um outro da 4ª Turma, REsp-1.412: “Se a demandante pede participação meeira, e lhe são deferidos trinta por cento, ocorreu sucumbência recíproca,...”.

13. Concluindo, não conheço de ambos os recursos especiais.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, V. Ex<sup>a</sup> examinou de maneira ampla a ambos os recursos. Permito-me pequena

observação complementar, pertinente ao argumento deduzido da tribuna, fundado no art. 226, § 3º, da Constituição. Pudessem a norma ser invocada e, a meu ver, não o pode, para reger uma relação concubinária que já terminara quando editado o texto constitucional, ainda assim, nenhuma repercussão teria. O dispositivo, em primeiro lugar, reconheceu, apenas, o fato da existência de uma família, em função da união de um homem e uma mulher, e afirmou que o Estado deferir-lhe-ia proteção. Daí não se segue, de modo algum, que haja de equiparar-se, ainda que para efeitos patrimoniais, à proteção dispensada ao casamento, e que se lhe devesse aplicar o regime de bens resultante da lei, quando inexistir pacto antenupcial. O Estado deferirá proteção à relação concubinária mas não lhe assegura regime idêntico ao do casamento.

Acompanho V. Exª.

## VOTO

O EXMº SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, mantendo fidelidade aos julgamentos já proferidos na Turma, *data venia* dos nobres Advogados, acompanho V. Exa.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, V. Exª deixou bem claro, no seu minucioso voto, que nenhum dos dois recursos tem condições de ser conhecido. O do recorrente, por envolver a apreciação de questão de fato a depender do reexame das provas. Não se trata, *data venia*, do ponto de vista do ilustre Advogado, daquilo que impropriamente, segundo entendo e tenho manifestado, se denomina de valoração de prova. Na verdade, o acórdão recorrido examinou os fatos à luz das provas e só do reexame delas se poderia discordar daquele Tribunal.

Quanto ao recurso da recorrida, confesso que tenho a maior simpatia pela disposição constitucional invocada, mas conforme já salientado pelo Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, não vejo como aplicá-la no caso presente. O recurso não pode ser conhecido porque não há confronto com a Súmula 380 e nem a apontada contrariedade à Lei Federal.

Acompanho o voto do Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.715 — RS — (90058724) — Relator: O Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrentes: Roque Missioneiro Cavalcante e Marlene Maria Daudt. Recorridos: Os mesmos. Advogados: Drs. Ruy Carlos de Barros Monteiro e outro e Almiro do Couto e Silva e outros. Sust. Oral: Drs. Almiro do Couto e Silva (por Marlene Maria Daudt), Ruy Carlos de Barros Monteiro (por Roque Missioneiro Cavalcante) e Nelson Parucker (Subprocurador-Geral da República).

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu de ambos os recursos especiais (3<sup>a</sup> Turma — 07.05.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



## RECURSO ESPECIAL Nº 4.025 — SP

(Registro nº 900006645-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Gisberto Paulino de Paula*

Recorridos: *Narciso Vasques e cônjuge*

Advogados: *Anibal João e outros e Eduardo José Brito de Camargo*

### **EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — LEGITIMATIO AD CAUSAM — RETOMADA — CARÊNCIA DA AÇÃO DE DESPEJO.**

I — Defere-se legitimidade para propor ação de despejo ao cônjuge-varão, ainda que o contrato locatício tenha sido avençado pelo cônjuge-virago, eis que, como demonstrado, somente o proprietário e as pessoas a ele equiparadas podem retomar o prédio locado para residência de ascendentes ou descendentes, especialmente quando a esposa do locador lhe deferiu poderes para tal.

II — A Doutrina acolheu entendimento no sentido de que equiparam-se ao proprietário para efeito

**de ajuizamento da retomada, o condômino, pois que ele é co-proprietário, podendo, pois, exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão do prédio; o cônjuge-meeiro, bem como o herdeiro, antes da partilha e outros, tais o donatário, o usufrutuário, o enfiteuta, o fiduciário e o usuário.**

### **III — Recurso não conhecido.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 04 de setembro de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Gisberto Paulino de Paula intenta recurso especial (convertido do que remanesceu (fls. 175) do capítulo da questão relevante), fulcrado no art. 105, III, *a*, do permissivo constitucional, por entender que o acórdão de fls. 119/122 teria negado vigência ao art. 4º, § 1º, da Lei 6.649/79, na medida em que concluiu pela legitimidade *ad causam* do autor da ação de despejo.

Trata-se de reclamo ajuizado por Narciso Vasques (fls. 2), objetivando a retomada de imóvel de sua propriedade, para fins de residência de seu filho Paulo Roberto.

A insurgência do ora recorrente, então inquilino, prende-se a que falece legitimidade ao ora recorrido postular a ação, quando o locador é seu cônjuge-virago e este não lhe outorgou poderes para tal, por isso, no entender do recorrente, o referido dispositivo da Lei 6.649/79 teria sido violado pelo aresto de que se cogita.

No exame de admissibilidade, o despacho do eminente Presidente do Tribunal *a quo* foi deferindo o recurso porque, referentemente ao tema

do verbete 400 do STF, “divergentes são os pronunciamentos a respeito de sua aplicabilidade”.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O recorrente sustenta, no seu inconformismo, que deveria ter sido decretada a carência da ação de despejo ajuizada pelo cônjuge-varão, em razão de ter sido celebrado o contrato de locação pelo seu cônjuge-*virago*, por isso entende que o julgado, ora recorrido, não o fazendo, teria violado o artigo 52, inciso III, da Lei 6.649/79.

Todavia o aresto hostilizado apreciou corretamente a hipótese, demonstrando, com suplementos jurídicos que (fls. 121) “se somente o proprietário e as pessoas a ele equiparadas podem retomar o prédio locado para residência de ascendentes ou descendentes e, se no caso em tela, o autor tem essa qualidade e recebeu poderes da outra proprietária e locadora, *data venia*, não há como decretar a carência reclamada pelo apelante.”

Em apoio de tal entendimento, colhem-se os lineamentos expendidos pelo tratadista Nilton da Silva Combre (Teoria e Prática da Locação de Imóveis, Saraiva, 1987, página 221), assim registrados:

“Além do promitente-comprador e do promitente-cessionário, aos quais a lei expressamente concede o direito de retomar, equiparam-se ao proprietário para os mesmos efeitos: a) o condômino, pois que ele é co-proprietário, podendo, pois, exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão do prédio; b) o cônjuge-meeiro, bem como herdeiro, antes da partilha, pois entre todos se estabelece uma comunhão *pro indiviso* sobre todos os bens inventariados;”

E continua declinando outros, tais como o donatário, o usufrutuário, o enfiteuta, o fiduciário e finalmente o usuário.

Vê-se, pois, que na interpretação da norma, o critério adotado também pelo *decisum* foi exemplificativo, extensivo, analógico, e não uma exegese de cunho taxativo ou *numerus clausus*.

Por essas considerações e fundamentos não conheço do recurso pela letra *a* (art. 105, III) do permissivo constitucional.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.025 — SP — (900006645-0) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Gisberto Paulino de Paula. Recdos.: Narciso Vasques e cônjuge. Advs.: Anibal João e outros e Eduardo José Brito de Camargo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. (Julgado em 04.09.90 — 3ª Turma).

Participaram do julgamento os Senhores Ministros Cláudio Santos, Gueiros Leite, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.



### RECURSO ESPECIAL Nº 4.047 — CE (Registro.nº 90.0006743-0)

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

Recte.: *Comercial Importadora Relevo Ltda.*

Recda.: *Irmãos Damasceno S/A — Indústria e Comércio*

Advogados: *Drs. Pedro Maia e Antônio Sá Rocha e outro*

#### **EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO.**

**I — Em regra, não havendo o pressuposto do prequestionamento, é inadmissível o recurso especial.**

**II — Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.**

**III — Recurso não conhecido. Unânime.**

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taqui-

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

Brasília, 18 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro FONTES DE ALENCAR, Relator.

## RELATÓRIO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Cuidam os autos de ação ordinária de cobrança de multa prevista em contrato de locação para fins comerciais.

A sentença de fls. 87 a 88 julgou procedente a ação.

Esta decisão foi ratificada pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A ementa do acórdão possui a seguinte redação:

“Se as partes celebraram contrato com cláusula extremamente desvantajosa, porém livremente estipulada, impossível recorrer-se à autoridade judicial no sentido de ser obtida a suavização ou libertação, *pacta sunt servanda*.” (fl. 117)

A recorrente interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, alegando violação do art. 920 do Código Civil e do art. 9<sup>o</sup> do Decreto n<sup>o</sup> 22.626 (Lei de Usura).

Pelo despacho de fls. 127, foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 129 a 130 e contra-razões de fls. 132 a 136, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O autor da ação visa a cobrança da cláusula penal prevista no contrato de locação que estabelece multa de 12 meses de aluguel pela não entrega do imóvel na data aprezada.

Verifico que o recorrente somente por ocasião do recurso especial alegou ofensa aos arts. 990 do Código Civil e 9<sup>o</sup> do Decreto n<sup>o</sup> 22.626.

Tais dispositivos não foram objeto de prequestionamento do aresto recorrido que não debateu nem discutiu sobre os limites da cláusula penal.

Para que ocorra o prequestionamento, em princípio, faz-se necessário que o recorrente na petição de apelação suscite o tema, a fim de que este seja apreciado e decidido pelo órgão julgante. Daí, sim, se tal questão não for apreciada, cabe ao recorrente opor embargos declaratórios para suprir tal omissão.

No caso *sub judice*, outros foram os dispositivos aventados na petição de apelação: (art. 46 da Lei 6.649, art. 30 do Decreto nº 24.150 e arts. 1.195 e 1.196 do Código Civil).

Desta forma sequer poderiam ser opostos embargos declaratórios para ver prequestionados os arts. 990 do Código Civil e 9º do Decreto nº 22.626.

De mais a mais, vê-se claramente do aresto a falta de prequestionamento, consoante se infere dos seguintes fundamentos:

“Ora, cláusula penal é aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se compromete a dar alguma coisa em caso de inexecução. (Sílvio Rodrigues, *in Dir. Civil*, vol. II, pág. 81, 5ª ed., Saraiva, 1975).

É, pois, um pacto secundário e acessório, em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da prestação a que se obrigara, ou que apenas retardar (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Dir. Civil*, vol. IV, pág. 196, Saraiva, 10ª ed.).

A cláusula penal pode ser compensatória ou moratória.

No caso presente, temos uma cláusula penal moratória, “que se destina a desencorajar o não cumprimento de uma obrigação determinada e indenizar o retardamento culposo”. (Sílvio Rodrigues, obra citada, pág. 90).

Em se tratando de cláusula penal em contrato de locação comercial, não há razão que se sobreponha, lucidamente, ao *pacta sunt servanda*.” (fls. 118/119)

Demonstrado está, pois, que a matéria sobre os limites da cláusula penal não foi tratada no acórdão recorrido, incidindo, pois, a Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Não conheço do recurso, fazendo apenas ressalva no tocante à necessidade de embargos declaratórios, para firmar o requisito do prequestionamento.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.047 — CE — (90.0006743-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Comercial Importadora Relevô Ltda. Recda.: Irmãos Damasceno S/A — Indústria e Comércio. Advs.: Drs. Pedro Maia e Antônio Sá Rocha e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma: 18.12.90).

Os Srs. Ministros Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



### RECURSO ESPECIAL Nº 4.111 — SP (Registro nº 90.0006890-8)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Condomínio Shopping Center Iguatemi*

Recda.: *Maria Lygia Abreu de Souza Baratella*

Advogados: *Drs. Marcelo Scarcela Portela e outros e Armando Augusto da Cruz*

**EMENTA: DIREITO CIVIL. Furto de veículo automotor ocorrido em estacionamento de *shopping center*.**

**1. Inexistência de maltrato ao dispositivo de lei federal apontado.**

**2. Dissenso jurisprudencial incomprovado à mínima de similitude dos aspectos fáticos.**

**3. Recurso especial não conhecido.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma, 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, 24 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Condomínio Shopping Center Iguatemi interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, contra *v. acórdão* proferido pela colenda Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 195/199), que confirmou *r. sentença* (fls. 76/78) que, em autos de demanda de procedimento sumaríssimo, condenou o réu (ora recorrente) a indenizar o equivalente ao valor do veículo furtado no interior de seu estacionamento, enquanto a proprietária realizava compras; e, ao mesmo tempo, julgou procedente lide secundária, decorrente de litisdenuciação da BRADESCO SEGUROS S/A, para o fim de condenar a segurada ao reembolso do valor a ser dispendido pela seguradora-recorrente. Neste capítulo, a *r. sentença* não mereceu impugnação.

Como razões de inconformismo (fls. 202/214), alega o recorrente ter o *v. acórdão* recorrido negado vigência ao artigo 159 do Código Civil, à falta de comprovação de culpa, considerando ser o estacionamento franco de pagamento, inexistindo, portanto, contrato de depósito.

Invoca, igualmente, divergência jurisprudencial, apontando como paradigmas decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e Paraná.

Na origem, o recurso especial foi admitido (Fls. 286/287) e regularmente processado.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, em suas razões, o recorrente aponta, em primeiro lugar, contrariedade ao disposto no art. 159 do Código Civil pelo v. acórdão, mantida a condenação do Condomínio recorrente à indenização do prejuízo advindo do furto de veículo recolhido à guarda da respectiva garagem. Aludindo a subsídios doutrinários, nega a ocorrência de culpa “que pudesse justificar sua responsabilidade pelo prejuízo”, tanto mais quanto o estacionamento é gratuito, inexistindo, portanto, contrato de depósito.

2 — Relativamente ao dissídio jurisprudencial, o recurso confere primazia ao r. aresto do Supremo Tribunal Federal proferido no RE 114.671.1-RJ, em que a egrégia Segunda Turma, unânime, em 20.X.87, sendo Relator o eminente Ministro CARLOS MADEIRA, decidiu na conformidade desta ementa (fls. 265):

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Estacionamento de veículos. Furto. Não sendo cobrado dos proprietários de veículos o estacionamento no espaço destinado a esse fim, fora do prédio do supermercado, não há cuidar do dever de vigilância, em ordem a caracterizar a responsabilidade civil da firma proprietária do estacionamento, em caso de furto.

Recurso conhecido e provido”.

Deste v. acórdão, cujo inteiro teor veio para os autos entre apensos das razões, estas acentuam o tópico reproduzido a fls. 211, nestes termos:

“A tese do acórdão recorrido de que o estacionamento é pago indiretamente pelas compras feitas pelos clientes, não tem, *data venia*, substância para configurar a culpa do estabelecimento pelo furto do automóvel, em ordem a responsabilizá-lo pelo prejuízo sofrido pelo cliente. **É que não há, na espécie, vigilância presumida, desde que o que é oferecido aos clientes é apenas o espaço para que estacionem seus carros**”.

No mesmo sentido e com igual diligência é referido precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (cf. fls. 212 e 271/3).

3 — Ao fundamento principal dos arestos indicados como paradigmas (ou seja, a gratuidade do estacionamento, aliada à inexistência de obrigação de vigilância, que não se deve presumir, por não se configurar depósito), o recorrente contrapõe o argumento que lhe parece central, eleito pelo acórdão recorrido, *verbis* (fls. 210/211):

“Assim, o estacionamento que o **shopping** oferece a seus clientes, **gratuitamente**, é fundamental para o sucesso comercial das lojas que o compõem. A facilidade de estacionamento oferecida aos clientes é fator decisivo para que se alcance o grande volume de vendas que notoriamente ali se registra, diariamente.

Diante de todas essas circunstâncias, não se compreende, com a devida vênia, como se poderá deixar de reconhecer a responsabilidade civil afirmada na inicial.

Não há como reconhecer-se, como dito na contestação de fls. 55, que, sendo gratuito o estacionamento, inexistente o dever de reparar o dano. Não será o pagamento **direto** pelo estacionamento que irá definir a responsabilidade, mas o conjunto de circunstâncias em que ele se opera. Tampouco, como dito no parecer de fls. 109 (especialmente fls. 129 e seguintes), que a responsabilidade não existe porque o veículo permaneceu na posse do seu motorista, não tendo sido entregue ao réu. Ora, não é só a entrega da chave do carro, ou o fornecimento de **ticket** ao motorista, que configura o dever de zelar pela guarda do veículo.”

4 — A contrariedade do art. 159 do Código Civil não se configura.

É o que transparece do conjunto das razões em que se fundamenta a decisão aqui hostilizada, *verbis* (fls. 196/9):

“O Shopping Center Iguatemi, na Av. Faria Lima, nesta Capital, é um centro comercial bastante conhecido e muitíssimo freqüentado por pessoas de alto poder aquisitivo. O estacionamento de automóveis nas redondezas, como é notório, é muito difícil, quase impossível, dada as características daquele centro urbano, dos mais movimentados da capital paulista. Assim, o estacionamento que o **shopping** oferece a seus clientes, gratuitamente, é fundamental para o sucesso comercial das lojas que o compõe. Negar esse fato será negar a evidência. A facilidade de estacionamento oferecida aos clientes é fator decisivo para que se alcance o grande volume de vendas que notoriamente ali

se registra, diariamente. Qual a outra razão, de resto, que justificaria a existência do imenso pátio em área tão valorizada? Acrescente-se que, além desse pátio, o prédio possui estacionamento coberto em vários andares superiores aos pavimentos das lojas — evidentemente com o mesmo intuito de atrair clientes e proporcionar-lhes condições de freqüentar o centro; conforme o documento de fls. 36, o “edifício garagem” tem capacidade para 824 veículos e o parque de estacionamento, descoberto, capacidade para 841 veículos. Também consta dos autos que o local conta com forte aparato de segurança — outro fator que resulta, indiscutivelmente, em atrativo para a clientela; são guardas armados, viaturas circulando o estacionamento, guaritas e uso de *walk talk* para comunicação (cfr. inicial, fls. 3, dados não contestados pelo réu). Ainda mais — e muito importante: o demandado mantém contrato de seguro por danos causados a veículos de terceiros “sob sua guarda” (cfr. fls. 38), “bem como roubo ou furto total dos mesmos”. Tanto assim, como se viu, que a seguradora foi denunciada da lide e responsabilizada pelos prejuízos, nos limites da apólice. Diante de todas essas circunstâncias, não se compreende, com a devida vênia, como se poderá deixar de reconhecer a responsabilidade civil afirmada na inicial. Não há como reconhecer-se, como dito na contestação de fls. 55, que, sendo gratuito o estacionamento, inexistente o dever de reparar o dano. Não será o pagamento **direto** pelo estacionamento que irá definir a responsabilidade, mas o conjunto de circunstâncias em que ele se opera. Tampouco, como dito no parecer de fls. 109 (especialmente fls. 129 e seguintes), que a responsabilidade não existe porque o veículo permaneceu na posse do seu motorista, não tendo sido entregue ao réu. Ora, não é só a entrega da chave do carro, ou o fornecimento de **ticket** ao motorista, que configura o dever de zelar pela guarda do veículo. O conjunto de circunstâncias em que se dá o estacionamento — insista-se — é que há de definir o dever de indenizar.

Essa é a orientação que tem prevalecido na Câmara. E o referido parecer, ao mencionar a fls. 134 um julgamento nesse sentido em embargos infringentes (nº 74.446-1, *in* RJTJESP, 108/373), quis lhe diminuir a importância por não se poder deduzir, da leitura do aresto, “as condições concretas em que se opera o estacionamento de veículos no supermercado em causa”. Contudo, a leitura do acórdão proferido no recurso de apelação,

que antecedeu os referidos embargos, pode sanar eventuais dúvidas a propósito (cfr. cópia do acórdão proferido na apelação correspondente a fls. 184, onde se verificará que as circunstâncias são praticamente as mesmas, em relação ao caso presente).

Também na Apelação e nos Embargos Infringentes nº 82.636-1 (cópias dos acórdãos às fls. 173 e 155) a solução foi a mesma. Da mesma forma, na Apelação nº 93.077-1 (cópia do acórdão a fls. 187).

Impressiona, à primeira vista, referência a um antecedente do C. Supremo Tribunal Federal, citado nos autos (Recurso Extraordinário nº 114.671-1, do Rio de Janeiro, cópia do acórdão a fls. 159), em que se decidiu pela ausência de responsabilidade civil. Mas a hipótese é sem dúvida diversa, pois naquele caso, o réu não mantinha guardas no estacionamento; sem “vigilância presumida”, entendeu-se que aos clientes era apenas oferecido o espaço para estacionamento. Na espécie ora sob julgamento, viu-se que não só essa vigilância é oferecida, mas de forma ostensiva e sofisticada, a sugerir segurança e confiança ao cliente, assim lhe atraindo a presença.

Igualmente, os julgados mencionados nos autos e lidos na RJTJESP, 90/204 e 77/145, este último também *in* RT, 563/84, tratam de hipóteses diversas.

Pelos fundamentos da sentença, portanto, mais os acima relacionados e os constantes dos julgados acima referidos, para mantê-la negam provimento ao recurso.”

5 — Como se vê, reconhece-se a existência de obrigação correlata a contrato: não se afirma obrigação decorrente de ato ilícito extracontratual. Não se cuida, portanto, de culpa aquiliana e, assim, o art. 159 do Código Civil (aliás, jamais mencionado), não está em causa.

6 — Os precedentes trazidos como paradigmas, por sua vez, não se prestam à configuração do dissídio jurisprudencial, desde que exaltam aspectos (circunstâncias de fato) discrepantes daquelas que o acórdão recorrido minuciosamente reconhece e sobre as quais ergueu a decisão, ao acentuar que o local é inacessível aos clientes, senão em virtude do estacionamento, em edifício especificamente a isso destinado, com serviço de vigilância e segurança, oferecendo como contrapartida o proveito consistente na captação de excelente clientela...

De nada disso cuidavam os precedentes; ao contrário, referem-se a espaços abertos.

O aresto do Supremo Tribunal, em verdade, não foi adequadamente invocado, convindo atentar para seu inteiro teor, assim (fls. 268/269), *verbis*:

“A recorrente esclarece que não mantêm guardas no estacionamento, sendo o risco ali totalmente do proprietário do veículo. Não assume ela, portanto, a responsabilidade da guarda dos veículos. O fato de possuir local para estacionamento para veículos não induz a responsabilidade pela guarda.

A tese do acórdão recorrido de que o estacionamento é pago indiretamente pelas compras feitas pelos clientes, não tem, *data venia*, substância para configurar a culpa do estabelecimento pelo furto do automóvel, em ordem a responsabilizá-lo pelo prejuízo sofrido pelo cliente. É que não há, na espécie, vigilância presumida, desde que o que é oferecido aos clientes é apenas o espaço para que estacionem seus carros.

A decisão baseada em que houve omissão do dever de vigilância e guarda, na espécie, viola o art. 159 do Código Civil, na medida em que vislumbra omissão voluntária ou negligência por parte da recorrente, em fato pelo qual não é responsável e nem lhe cabe culpa.

O acórdão da lavra do Ministro Djaci Falcão, que se encontra na RTJ 55/68, não guarda exata semelhança com o caso presente. Trata-se ali de estacionamento em espaço cedido por um colégio a seus alunos, para que angariassem donativos para sua festa de Formatura. Aqui, trata-se de uma comodidade oferecida aos clientes de um supermercado, sem qualquer outra obrigação da firma, nem mesmo a de guarda dos veículos ali estacionados.

Conheço, assim, do recurso pela letra *a* e lhe dou provimento, para restabelecer a autoridade de sentença de primeiro grau.”

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.111 — SP — (90.0006890-8) — Rel.: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Condomínio Shopping Center Iguatemi. Recda.: Maria Lygia Abreu de Souza Baratella. Advogados: Drs. Marcelo Scarcela Portela e outros e Armando Augusto da Cruz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 24.09.91 — 4ª Turma)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Athos Carneiro, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.365 — RS  
(Registro nº 90.0007510-6)

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

Recorrente: *Cia. Adriática de Seguros Gerais*

Recorridos: *João Francisco de Freitas e outro*

Advogados: *Drs. Carlos Josias Menna de Oliveira e outro, Elza Marlene Lara Sabbi e outro*

**EMENTA: CIVIL — RESPONSABILIDADE CIVIL — ACIDENTE DE TRÂNSITO — PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL NÃO ELIDIDA.**

I — O Boletim de Ocorrência goza de presunção *juris tantum* de veracidade, prevalecendo até que se prove o contrário.

II — Dispõe o art. 364, do CPC, que o documento público faz prova não só de sua formação, mas, também, dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário, declarar que ocorreram em sua presença.

III — Esse fato, todavia, não implica em sua aceitação absoluta. Pode o réu, com meios hábeis, desfazê-la se ou quando contiver elementos inverídicos.

IV — Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gueiros Leite, por maioria, vencido o Sr. Ministro Cláudio Santos, 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: O eminente Presidente do colendo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Dr. Ivo Gabriel da Cunha, sumariou a controvérsia nos seguintes termos (fls. 62/64):

“COMPANHIA ADRIÁTICA DE SEGUROS GERAIS propôs ação de ressarcimento de danos oriundos de acidente de trânsito, na qualidade de sub-rogada contra JOÃO FRANCISCO DE FREITAS e IVAN DE FREITAS. Narrou o autor do veículo F-100, placas GZ-8066, de propriedade do segurado José Lázaro Segura, trafegava pela BR-116, por sua mão de direção e em velocidade regular, no dia do evento. Ao atingir o cruzamento daquela rodovia com as rodovias RS-240 e RS-118, provido de semáforos elétricos sinalizador do fluxo de tráfego, tendo sinal favorável, seguiu em sua marcha. Foi então abalroado pelo automóvel Chevette, placas BH-1409, de propriedade do primeiro réu e dirigido pelo segundo, que adentrou o cruzamento desobedecendo o sinal. Os danos, orçados da forma usual, foram pagos pela autora, que agora pleiteia o ressarcimento.

Contestaram os demandados alegando não ser responsáveis pelo acidente pois o carro fora vendido em data anterior e não era tripulado pelo réu Ivan. Pediram a denúncia da lide ao adquirente, que não identificaram.

Foi indeferida a denúncia da lide.

No prosseguimento da audiência, realizaram-se apenas debates orais.

Sobreveio sentença que julgou extinto o processo porque “não comprovou a autora dispor de qualquer relação jurídica com os demandados para os chamar a Juízo” (fl. 39), pronunciando a carência da ação.

Apelou a autora, argüindo cerceamento de defesa e inexistência de contestação, pleiteando ainda a reforma da decisão apelada.

Recebido, respondido e preparado o recurso, subiram os autos ao conhecimento deste Tribunal.”

Acrescento que a Câmara de Férias Cível do Colendo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, à unanimidade de votos, negou provimento à apelação (fls. 62/64).

Irresignada, interpôs a apelante Recurso Especial, com base no art. 105, inciso III, letra c, da Constituição, invocando julgados que sustentam o entendimento de que, nas lides decorrentes de acidente de trânsito, o Boletim de Ocorrência goza de presunção de verdade, prevalecendo até prova em contrário (fls. 72/76), admitido pelo nobre Presidente daquela corte (fls. 78/79).

Devidamente processado, subiram os autos a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Recurso Especial foi admitido pelo fundamento da alínea c, do art. 105, inciso III, da Constituição, e, assim, o examino.

É ler, no essencial, o que diz o Acórdão recorrido (fls. 64):

“Impõe-se confirmada a sentença apelada porque a prova da legitimação passiva *ad causam* dos réus era ônus da autora.

Não tem os autos prova documental da propriedade do automóvel Chevette, placas BH-1409, pois não veio ao processo o registro do mesmo no DETRAN.

A certidão da ocorrência policial de folhas 15/16 não tem data e não assegura a origem das informações nela lançadas. A ausência de judicialização dessa prova, pela dispensa dos depoimentos das testemunhas arroladas na inicial, deixou órfã de embasamento probatório a própria postulação de ressarcimento.

Por isso, sem prejuízo de eventual retorno da autora a Juízo, querendo, a Câmara confirma a sentença apelada por seus fundamentos”.

Como lido no relatório, traz o recorrente à colação julgados que defendem a tese de que, nas lides em que se discute acidente de trânsito, o Boletim de Ocorrência goza de presunção de veracidade, prevalecendo até que se prove o contrário.

Como fácil de depreender, a decisão recorrida divergiu do entendimento firmado na jurisprudência do Colendo Tribunal de Alçada do Paraná.

O cerne da questão está em saber se o Boletim de Ocorrência, emitido pela autoridade administrativa, tem o condão de comprovar ser o veículo abalroado de propriedade dos demandados.

É de cediço conhecimento presumir-se legítimo o documento público, admitida, obviamente, a prova em contrário. Tanto no Direito Administrativo — confira-se Hely Meirelles — Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., pág. 137 — quanto, no que interessa, na lei processual civil.

Assim é que dispõe o art. 364, da norma adjetiva, que o documento público faz prova não só de sua formação, mas, também, dos fatos que o escrevão, o tabelião ou o funcionário, declarar que ocorreram em sua presença.

Torna-se indubitoso, pois, que a certidão de ocorrência, lavrada pelos funcionários do DNER e vista, às fls. 16, ao contrário do que sustentado no Acórdão recorrido, goza da presunção *juris tantum*, de veracidade.

Esse fato, todavia, não implica em sua aceitação absoluta. Pode o réu, com meios hábeis, desfazê-la se ou quando contiver elementos inverídicos.

No caso versante, ofertado esse documento pelo autor, suficiente pela presunção referida, para colocar o réu no pólo passivo da ação, cumpria a este, nos precisos termos do inciso II, do art. 333, do Código de Processo Civil, provar sua ilegitimação passiva, pois que, invertera-se o ônus dessa prova.

E como assim não tenha entendido o Acórdão, atacou-o o Recurso Especial nesse ponto: “A presunção e a inversão do ônus da prova”, tal como já o fizera no recurso de apelação, fls. 49 e seguintes e 73/75, desinfluente a menção expressa ao dispositivo legal que tanto impõe.

Assim a prova documental, materializada no mencionado Boletim de Acidente, elaborado por autoridade especializada, com todas as informações e detalhes obtidos no local do sinistro, firma em princípio o con-

vencimento da propriedade do veículo objeto da demanda, que deve prosseguir.

Configurado o dissídio, conheço, pois, do recurso pela letra c, violados que foram os arts. 364 e 333, II, do CPC, e dou-lhe provimento para, reformando o Acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau, determinar o prosseguimento do feito, decidindo-se posteriormente como de direito.

## VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, penso que a questão envolve reexame de prova.

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: V. Exa. permite-me uma observação? Acho que, uma vez conhecido o recurso, e o Sr. Relator dele conhece em face do dissídio, o Tribunal tem liberdade para examinar a prova. O que impede, entre nós, a análise da prova, é o conhecimento. Ultrapassada a preliminar, torna-se possível o reexame, no ponto objeto do inconformismo.

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Agradeço as considerações feitas pelo Eminentíssimo Ministro Nilson Naves. Realmente, uma vez demonstrado o dissídio, temos que conhecer do recurso e a divergência está caracterizada, conforme o voto do Eminentíssimo Relator, conhecendo do recurso, entretanto, tenho para mim que somente outras provas poderiam gerar convicção de propriedade. Entendo que ao boletim, apesar de narrar uma ocorrência de trânsito, não pode ser atribuída uma presunção de veracidade dos fatos, inclusive tocante à propriedade dos veículos que se chocaram.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Tive um pouco de preocupação com esta matéria, mas acabei por me curvar ao entendimento. Presume-se legítimo o documento público que este é o início de prova que pode ser exigida pela parte contrária. Na falta de outro elemento a companhia ajuizou a ação com base nesse documento.

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Acho que o insucesso desta ação decorre da falta de insistência da autora em procurar provar os fatos por outros meios.

O SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Mas o Juiz não deixou, julgou extinto o processo. Apelou então o autor e o acórdão confirmou a sentença, pondo-se em conflito com a presunção de legitimidade do documento e em testilhas com o art. 364 do CPC.

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Que invocasse cerceamento de defesa, e provocasse um pronunciamento sobre essa questão e aí chegasse até nós com uma tese de direito a fim de que pudéssemos apreciá-la.

Diante das considerações por mim expostas, peço vênias ao Eminentíssimo Ministro-Relator para negar provimento ao recurso confirmando assim a decisão recorrida, à falta de uma melhor fundamentação do recurso especial.

#### VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO GUEIROS LEITE: A seguradora honrou a cobertura de colisão do veículo abalroado e, sub-rogada no valor pago, tentou cobrá-lo dos causadores do evento, que aponta como proprietário e condutor do veículo danificado, respectivamente.

O Dr. Juiz julgou extinto o processo, ao recusar a responsabilidade dos demandados pelo evento, à míngua de prova da propriedade do veículo.

Consta da Ficha de Ocorrência, às fls. 15/16, certificada pela Polícia Rodoviária Federal, que os demandados viajavam no veículo causador do dano.

Filio-me ao entendimento jurisprudencial de que a pessoa a quem foi confiado o veículo, mesmo não atuando como preposto, responde pelo dano, como aquele que confiou.

No caso dos autos apresenta-se inequívoca a solidariedade decorrente da vontade do réus. Entregando o veículo a outrem, parente, preposto ou estranho, aquele que confiou e se aponta como sendo o proprietário do veículo, assumiu o risco do uso indevido, situando-se, ambos, como sujeitos passivos da ação indenizatória.

Sem questionar a validade da prova da propriedade do veículo, feita pelo documento oficial de fls. 16, ou da condição de menor do condutor, eu acompanho o eminente relator, para reformar o acórdão recorrido e determinar o prosseguimento do feito.

É como voto, com a vênias devida ao Senhor Ministro CLÁUDIO SANTOS.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, com a vênias devida ao Sr. Ministro Cláudio Santos, também conheço do recurso especial e lhe dou provimento, nos termos do voto do Sr. Relator.

## EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 4.365 — RS — (90.0007510-6) — Rel.: Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Cia. Adriática de Seguros Gerais. Recdos.: João Francisco de Freitas e outro. Advs.: Carlos Josias Menna de Oliveira e outro e Elza Marlene Lara Sabbi e outro.

Decisão: “A Turma, por maioria, vencido o Sr. Min. Cláudio Santos, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento” (3ª Turma — 09.10.90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Não participou do julgamento (art. 162, § 2º, RISTJ) o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE.



### RECURSO ESPECIAL Nº 4.387 — SP (Registro nº 90.0007578-5)

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

Recorrentes: *Luiz Carlos Barreto ou Milton Barreto*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Erany Marques Moura e outros*

#### **EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA.**

— Ausente a unidade de desígnio, perpetrados que foram os roubos em lugares diversos contra vítimas diversas, sem aproveitamento das mesmas relações e chances até advindas do fato criminoso anterior, caracteriza-se mera reiteração criminosa, sem conotação de continuidade delitativa para justificar a unificação das penas.

— Recurso conhecido pela letra c do art. 105, III, da C.F./88, ao qual se nega provimento.

— Precedente do S.T.F.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 24 de outubro de 1990 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Pretendendo a unificação das penas impostas em três processos por crimes de roubo qualificado, ocorridos entre os dias 11.01.79 a 24.01.79, em face da alegada continuidade delitiva, viu o requerente, Luiz Carlos Barreto ou Milton Barreto, indeferida sua pretensão no juízo monocrático, decisão mantida pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo (fls. 144).

Interpostos embargos infringentes, deles não se conheceu (fls. 185).

No seu recurso extraordinário, convertido em especial no S.T.F. (fls. 267), alega negativa de vigência ao art. 71 do CP e 82 do CPP, por não haver sido reconhecida a continuidade, além de dissídio com decisões transcritas às fls. 201/202.

O recurso, denegado às fls. 235/237, subiu por força de provimento do agravo no S.T.F. (fls. 243).

O parecer da Subprocuradoria-Geral da República é pelo desproimento do recurso.

Relatei.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, estamos diante de uma típica reiteração criminosa, sem nenhuma conotação de continuidade delitiva. Os delitos — roubos — aconteceram em locais diversos, contra vítimas diversas e de forma variada. Não houve o necessário aproveitamento das circunstâncias e oportunidades, nem

mesmo de chances oriundas do fato criminoso anterior. Configura-se, a todo o poder de clareza, desígnios autônomos, não unificados.

Vale transcrever o que afirmou o S.T.F. a propósito:

“... a identidade do *modus operandi* do delinqüente não basta para justificar o reconhecimento da continuidade dos crimes praticados contra diversas pessoas, em circunstâncias diversas de tempo e lugar, embora próximos, se cada crime resultou de desígnio autônomo, de modo que os subseqüentes não podem ser havidos como continuação do primeiro (RTJ 79/344).”

Não houve ofensa ao art. 71 do CP, porque descaracterizado o crime continuado, e revolver tal apreciação implicaria em reexame da prova, vedada na via especial.

Quanto ao art. 82 do CPP, carece de prequestionamento e mesmo de menção a competência do MM. Juízo das Execuções para o feito.

À derradeira, o acórdão de fls. 202/203 presta-se à configuração do dissídio.

Conheço, pois, do recurso pela letra c do permissivo constitucional, para negar-lhe provimento.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.387 — SP — (90.0007578-5) — Relator: o Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Luiz Carlos Barreto (ou Milton Barreto). Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Advogados: Erany Marques Moura e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento (em 24 de outubro de 1990 — 5ª Turma).

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Flaquer Scartezzini, Costa Lima e Assis Toledo.

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



#### RECURSO ESPECIAL Nº 4.404 — SP (Registro nº 90.0007608-0)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Monsanto do Brasil S/A*

Advogados: *Drs. Áurea Trabulsi Cortazzo e Luiz Alberto Bettiol e outros*

**EMENTA: ICM — CRÉDITO — MATÉRIA-PRIMA.**

**Tratando-se de um tributo indireto, a presunção é a de que o impetrante incluiu no preço de seus produtos a importância por ela paga na entrada da matéria-prima, a título de ICM, e o transferiu ao adquirente — contribuinte de fato, não havendo que se falar em direito ao crédito.**

**Recurso provido.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira 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, 12 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo inconformada com acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo que, por maioria, confirmou sentença monocrática concedendo a segurança a fim de que a autoridade impetrada se abstenha de exigir estorno dos créditos de ICM dos produtos impressos no estabelecimento da impetrante destinados à fabricação de herbicidas (fls. 413/417).

Sustenta a recorrente divergência jurisprudencial com o RE 110.660-3-SP no qual entendeu-se que a “isenção tributária concedida ao produto final não se estende à sua matéria-prima” (fls. 419/429).

Oferecidas contra-razões (fls. 431/439) foi o recurso admitido (fls. 490), subindo os autos a este C. Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improviamento do recurso (fls. 499/500).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Alega a impetrante que os produtos conhecidos como ácido fosforoso, dietilamina e ácido imino diacético, foram por ela importados do exterior para a fabricação de “Roundup SAQC”, “Laço CE”, “Laço Técnico” e “Roundup Técnico BR”, mas não fez ela nenhuma prova de que referida matéria-prima foi, de fato, utilizada por ela, na fabricação dos citados produtos. Não tem nenhum valor probatório simples declaração unilateral, firmada por ela própria. Tendo em vista que por seus próprios estatutos sociais, seus objetivos são a compra e venda de produtos químicos, referida matéria-prima pode ter sido simplesmente vendida a terceiros. Este fato foi devidamente salientado pela Décima Oitava Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça do Est. de São Paulo, na AC 114.407-2 em que a impetrante era apelada, em caso idêntico (doc. de fls. 351), de cujo acórdão, destaco o seguinte trecho:

“Tendo em vista que, como deflui da singela leitura do art. 3º dos Estatutos Sociais da impetrante, um de seus objetivos é a compra e venda de “todos e quaisquer produtos químicos, para fins industriais ou agrícolas”, não se tem mesmo, condição de se saber, exatamente, qual o destino da matéria-prima adquirida por ela e objeto da presente ordem, pois tanto pode ter sido utilizada na fabricação do produto final “Roundup” como pode ter sido vendido, sem qualquer processo de industrialização”.

Somente perícia técnica, na escrita da recorrida poderia comprovar se ela, de fato, utilizou na fabricação de seus aludidos produtos, a matéria-prima importada em mandado de segurança a prova é pré-constituída.

A entrada da citada matéria-prima (ácido fosforoso, dietilamina e ácido imunodiacético) está sujeita ao ICM que foi pago pela impetrante, mas esta não podia creditar-se pela importância paga porque a saída de seus produtos (“Roundup SAQC”, “Laço CE”, “Laço Técnico” e “Roundup BR”) é isenta. Ora, se estes produtos gozam de isenção na saída, como poderia haver compensação? Compensação com que? Não se pode dar um cheque em branco, conferindo direito à impetrante de compensações futuras.

Como se trata de um tributo indireto, a presunção é a de que a impetrante incluiu no preço de seus produtos a importância por ela paga na entrada da matéria-prima, a título de ICM, e o transferiu ao adquirente, contribuinte de fato. Cabia à impetrante comprovar não ter feito tal transferência e ela não fez nenhuma prova neste sentido. Na realidade ela nem sequer fez tal alegação (art. 166, do CTN e Súmula 546 do STF).

Se a saída é isenta, não se pode falar em desrespeito ao princípio da não cumulatividade porque o ICM só foi pago na entrada e, ainda assim, transferido ao contribuinte de fato.

Com razão o voto vencido (fls. 415/417) ao acentuar que:

“O que a constituição estabelece é que do imposto devido em determinada operação de circulação de mercadorias se abata o que foi pago na anterior, para que nessa dada operação não se pague duas vezes o ICM sobre parte do preço, justamente sobre a parte em que foi paga na operação anterior. Mas se não é tributada nessa dada operação — saída do produto fabricado pela impetrante — desnecessária a compensação.

Com a utilização da matéria-prima tributada no mercado interno e no mercado externo no fabrico de produto da impetrante, encerrou-se o ciclo de circulação da matéria-prima que desapareceu dando lugar a um novo produto.

Se este na saída está isento do ICM não faz nascer o direito da impetrante se creditar do ICM pago na circulação anterior da matéria-prima que era tributada e por isso o tributo foi pago, pois se assim corresse haveria atribuição de isenção à operação tributada, anulando o recolhimento do ICM feito na operação anterior.

Por isso correta a disposição legal (art. 29, III, da Lei Estadual 440/74) que veda o crédito do imposto pago relativamente a mercadorias entradas ou adquiridas para integrar ou

para serem consumidas em processo de industrialização de produto cuja saída não seja tributada ou esteja isenta do imposto”.

Dou provimento ao recurso.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.404 — SP — (90.0007608-0) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Monsanto do Brasil S/A. Advs.: Drs. Áurea Trabulsi Cortazzo, Luiz Alberto Bettiol e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (1ª Turma: 12.06.91)

Participaram do julgamento os Exm<sup>as</sup> Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

Presidiu o julgamento o Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



### RECURSO ESPECIAL Nº 4.615 — RJ

(Registro nº 90.0008015-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Recorrente: *Aierto Antonio Lauria*

Recorrente: *Franca Aldo Lauria*

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

Advogados: *Henrique Fonseca de Araújo e outro*

Sustent. Oral: *Dr. Henrique Fonseca de Araújo (p/rectes.)*

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL — C.F., ART. 105, III, A E C — ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA — APLICAÇÃO DO ART. 383 DO C.P.P. — DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO PARA ESTELIONATO — DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.**

**— O crime de autoria coletiva não obriga, a denúncia, a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa.**

— **Simple corrigenda — *emendatio libelli* — feita pelo julgador, dando ao fato definição jurídica diversa ao constante na denúncia, não obriga manifestação da defesa.**

— **Divergência jurisprudencial não comprovada, à míngua de circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.**

— **Recurso não conhecido.**

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 08 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Tratou-se, inicialmente, de recurso extraordinário interposto por Alberto Antônio Lauria e Franca Aldo Lauria, contra decisão de Turma do ex-Tribunal Federal de Recursos, que deu parcial provimento à apelação interposta contra decisão condenatória da Juíza Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, para julgar improcedente a denúncia no tocante ao crime do art. 288 do CP (quadrilha ou bando), excluindo da condenação as penas aplicadas em decorrência do mesmo, resolvendo, ainda, conceder o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos.

O recurso baseou-se no art. 119, III, alíneas *a* e *d*, da Constituição de 1967, c/c o art. 325, III, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Naquela E. Suprema Corte, verificada a ausência de qualquer questão constitucional passível de ser ali apreciada, e já instalado este E. Superior Tribunal de Justiça, o recurso foi convertido, *ipso juri* (art. 105, III, *a* e *c*), em recurso especial, e para esta E. Corte, remetido.

Conforme razões de recurso, os recorrentes, pela alínea *a*, do permissivo constitucional, entendem violados os artigos 41, 383 e 384, do Código de Processo Penal, e art. 171 do Código Penal, sustentando que a denúncia é inepta e que a desclassificação operada pela sentença não se fez proceder das providências ditadas pelo art. 384 do Código de Processo Penal, além de que não se configurou o estelionato, razão pela qual entendem violado o art. 171 do Código Penal.

Quanto ao dissídio jurisprudencial, apenas argumentam que o v. acórdão diverge de aresto da Suprema Corte, publicado na RTJ 79/852.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 848, se reporta à sua manifestação de fls. 840/842 e 818/821, no sentido da inadmissão do recurso.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL — C.F., ART. 105, III, A E C — ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA — APLICAÇÃO DO ART. 383 DO C.P.P. — DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO PARA ESTELIONATO — DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

— O crime de autoria coletiva não obriga, a denúncia, a pormenorizar o envolvimento de cada réu, bastando a narrativa genérica do delito, sem que tolha, evidentemente, o exercício da defesa.

— Simples corrigenda — *emendatio libelli* — feita pelo julgador, dando ao fato definição jurídica diversa ao constante na denúncia, não obriga manifestação da defesa.

— Divergência jurisprudencial não comprovada, à míngua de circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

— Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, primeiramente no que pertine ao conhecimento do presente Recurso, impetrado, como visto, com fulcro nas letras *a* e *c* do item III do art. 105 da C.F./88, ou seja, negativa de vigência de lei federal e dissídio jurisprudencial.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 840/842, fazendo referência ao seu pronunciamento anterior, demonstra que o Excelso Pretório já decidiu que em se tratando de crime de autoria coletiva, a denúncia está dispensada de anotar o envolvimento de cada um dos réus, o que será feito durante a instrução criminal, bastando que narre genericamente o delito cometido, desde que, evidentemente, não tolha o exercício da defesa, tal como aconteceu no caso em debate.

Desta forma, passou a explicar juridicamente, e a refutar cada um dos pretendidos ferimentos a artigos do Código Penal e Código de Processo Penal, bem como no que se refere à jurisprudência da Excelsa Suprema Corte.

Por tais razões, me permito a transcrição de trecho do citado parecer, sem o que, incorreria, fatalmente, em repetição do que ali foi referenciado; pronunciamento que entendo judicial e extremamente bem fundamentado. Por isso, *data venia*, sua transcrição, *verbis*:

“... assim, não há dúvida quanto à regularidade formal da inicial acusatória, que embora sucinta bem explicita a acusação, e em nada dificulta o trabalho da defesa, não havendo em consequência a alegada violação do art. 41 do Código de Processo Penal.

O crime de estelionato está configurado, eis que os apelantes usaram de artifício e fraude para a obtenção de vantagem financeira indevida, em prejuízo do FGTS, estando tal ilícito descrito claramente na denúncia, pelo que não haveria necessidade de se adotar as providências previstas no art. 384 do CPP, tendo aplicação na hipótese apenas o art. 383 do diploma processual.

Pelo visto, não há falar em negativa de vigência do art. 384 do Código de Processo Penal, pela singela razão de que não poderia mesmo ser aplicado no caso dos autos.

A negativa de vigência só se configura quando a lei deva ser aplicada e a decisão censurada não o faz, situação bem diversa da configurada nos autos, que permite apenas a aplicação do art. 383 do CPP.

Quanto aos arts. 171 do Código Penal e 383 do Código de Processo Penal, foram corretamente aplicados, não se podendo falar, validamente, em negativa de vigência de tais dispositivos, que foram razoavelmente interpretados e aplicados.

Além do mais, a Súmula nº 400 do Supremo Tribunal Federal não deixa dúvidas de que a razoável interpretação da lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela *a* do permissivo constitucional.

Em relação à letra *d* torna-se mais evidente o não cabimento da súplica derradeira, vez que os recorrentes não cumpriram as exigências da Súmula nº 291 do Supremo Tribunal Federal, transcrevendo o trecho que configure a divergência e mencionando as circunstâncias de identidade ou semelhança dos casos confrontados.

Aliás quanto à última exigência da Súmula 291 os recorrentes nem tentaram mostrar a semelhança, forçados pela impossível tarefa de apontar identidade em casos bem diversos.

Registre-se, por fim, que a real pretensão dos recorrentes é provocar um amplo reexame da prova, vedado pelo que dispõe a Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal...”

Não obstante, segundo dispõe o art. 383 do C.P.P., o Juiz pode dar definição jurídica diversa ao fato descrito na denúncia, ainda que, em consequência, tenha que aplicar pena mais grave.

Nessa hipótese, incorre alteração da peça acusatória, mas simples corrigenda — *emendatio libelli* —, sem qualquer prejuízo ao réu, que se defende da imputação contida naquela e não da classificação feita ao crime.

É o que ocorreu, *in casu*.

Pelo exame perfunctório dos autos, verifico que, embora denunciados nos artigos 288 e 317 do C. Penal, o MM. Juiz, com apoio no art. 383 do C.P.P., deu ao fato definição jurídica diversa, condenando-os nas penas dos arts. 288 e 171.

Não se cuida, como pretendem os recorrentes, da hipótese aventada. O julgador, apenas, deu nova qualificação jurídica, sem que, para tanto, se possa exigir a cautela recomendada no art. 384 do C.P.P.

Com efeito, a descrição da peça acusatória envolve os crimes de quadrilha e de estelionato, estando presentes a fraude, que integra o meio ardiloso, o induzimento em erro através de falsos documentos, e a obtenção indevida de vantagem financeira em prejuízo alheio.

*Data venia* confundiu a ilustre defesa a *emendatio libelli* autorizada pelo disposto no art. 383 de nossa lei processual adjetiva, com a *mutatio libelli* tratada no artigo 384 do mesmo diploma legal e que obriga manifestação das partes.

Quanto à condenação dos réus, esta não foi fundada exclusivamente na prova do inquérito. Os crimes imputados restaram comprovados em todos os seus elementos constitutivos, inclusive quanto ao dolo, demonstrando que agiram em conjunto, com consciência e determinação, buscando o resultado ilícito.

Não procede a alegação de que não há estelionato porque as cotas sacadas pertenciam aos próprios titulares das contas, de vez que o FGTS, embora pertencendo ao trabalhador, vincula o saque à ocorrência de determinadas situações. Obtido ilicitamente, através de fraude comprovada, tipifica o crime previsto no art. 171 do Cód. Penal.

Sem dúvida, houve artifício, consistente na apresentação de documentação falsa com induzimento em erro do gestor do FGTS, no caso o BNH, com evidente prejuízo, pois as importâncias foram indevidamente sacadas.

Por outro lado, não há se falar em negativa de vigência aos artigos 384, parágrafo único, e 383 do C.P.P. e, ainda, 171 do Cód. Penal, uma vez que, o primeiro não poderia ser aplicado no caso presente, e os demais foram razoavelmente interpretados e aplicados, incidindo, na hipótese, a Súmula 400-STF.

Por derradeiro, em relação ao dissídio jurisprudencial, os recorrentes não transcreveram o trecho que entenderam configurada a divergência, nem mencionaram as circunstâncias de identidade ou semelhança dos casos confrontados.

Com estas considerações e adotando o parecer da ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, que não deixa dúvidas quanto ao não ferimento de disposições legais, muito menos de dissídio jurisprudencial, não conheço do recurso.

É o meu voto.

## VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: Pouco tenho a acrescentar ao voto do ilustre Ministro Relator, que acompanho.

Anoto apenas que, se a denúncia, como afirmado, era inepta, a matéria deveria ter sido argüida antes da sentença e não, agora, no recurso especial, segundo se extrai do disposto no artigo 569 do CPP. De outro modo, se por omissão a defesa concorreu para a referida nulidade, não lhe cabe, agora, argüí-la no recurso especial.

Diga-se, é verdade, que a denúncia é fruto de excesso de trabalho ou de preguiça. Quem a elaborou não se deu conta de sua importância, mas quem a deveria contestá-la ou mandar corrigi-la também se omitiu.

Contém, apesar disso, os elementos indispensáveis à defesa dos denunciados e nem era possível, então, descrever com pormenores a ação de cada acusado.

Alfim, a fraude para obter vantagem ilícita em prejuízo do órgão público federal está contida na denúncia, sendo de notar-se que a funcionária poderia também ser tida como corrupta.

Dito o que, acompanho o voto do ilustre Ministro Relator.

### VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, a denúncia, no ponto em que descreve o fato imputado aos acusados, está assim redigida: “Em março de 1979, através do Escritório CONTROL Contabilidade, Assessoria e Planejamento, à Rua Mayrink Veiga, 32, o réu, Ivan Abreu Lima, os acusados montaram uma máquina de manipulação indevida do FGTS, que assim funcionou: “Mediante falsa documentação, no sentido de que o trabalhador despedido passaria a trabalhar como autônomo, através de suborno à ré Solange Maia da Silva, funcionária do Serviço de Fiscalização do Setor Fundo de Garantia, a quadrilha obtinha liberação do FGTS de trabalhadores em casos incabíveis, como provam os documentos de folhas 06 a 14”. Nada mais disse o Dr. Promotor na peça vestibular da ação penal.

Pela descrição contida na denúncia, acima transcrita, não se extrai, em momento algum, a referência ao induzimento em erro do gestor do Fundo de Garantia e, tampouco, extrai-se a existência de fraude do estelionato, limitando-se o Promotor a atribuir ao acusado o crime de subornar a funcionária Solange Maia da Silva, do Serviço de Fiscalização do Setor Fundo de Garantia.

Ora, obter alguma vantagem indevida, através de suborno de funcionária, não significa induzimento a erro dessa mesma funcionária que se tem por envolvida igualmente no fato.

Dispõe o Código de Processo Penal, em seu art. 384, que “Se o Juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia...” deverá cumprir com

a formalidade estatuída na parte final desse preceito legal. Tal determinação, evidentemente, não foi observada nos autos. O Ministro-Relator chamou atenção para a prova da existência de fraude e de um crime de estelionato. Isso robustece a previsão legal do art. 384, uma vez que essa fraude, encontrada nos autos, não está descrita, implícita ou explicitamente, na peça vestibular da ação penal.

Por essas razões, parece-me que, realmente, foi malferido o preceito do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal, e também o art. 383, uma vez que o MM. Juiz não aplicou aquele, de aplicação obrigatória, e aplicou este, em uma hipótese de não incidência.

Assim sendo, *data maxima venia* do Ministro-Relator, conheço do recurso pela letra *a* do permissivo constitucional e dou-lhe provimento para, cassando o acórdão, anular a sentença condenatória de primeiro grau, a fim de que outra seja proferida com observância ao preceito do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal.

Acrescento que, embora a denúncia apresente uma singeleza espantosa no caso dos autos, não acolho o primeiro fundamento do recurso, qual seja, o de inépcia, por entender que nas circunstâncias especiais dos autos seria difícil ao Promotor descrever com precisão e nitidez a participação individual de cada acusado. Assim, anulada a sentença, essa alegação poderá ser reapreciada pelo Juiz de primeiro grau, em face dos elementos dos autos.

É o voto.

#### VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, voto de acordo com o Sr. Ministro-Relator, *data venia* do brilhante voto proferido pelo Sr. Ministro Assis Toledo.

É o voto.

#### VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Pela primeira impressão que tive do caso, em face da própria petição do recurso extraordinário hoje convertido em recurso especial, pareceu-me fora de propósito dizer-se que, na descrição do fato irrogado aos ora recorrentes, estivessem os elementos constitutivos do estelionato.

Todavia, a esta altura do julgamento, tal impressão me resta apenas em relação a um dos acusados: aquela funcionária pública, incurso talvez, também, em corrupção, além da co-autoria do estelionato. Restame esclarecido que o propósito e a ação de falsificar documentos, com vistas a forjar situação diversa da real para, pelo ardil, obter-se vantagem ilícita, estão bem descritas pela denúncia, de molde a autorizar a *emendatio libelli* tratada no art. 383 do CPP, tal qual aconteceu praticada pelo v. acórdão recorrido. Essa transmutação da classificação do crime não se perturba pelo fato da co-autoria estelionatária em que esteve aquela servidora pública, muito embora à mesma se possa acrescentar ou não a acusação de corrupção passiva.

Em suma, em relação aos ora recorrentes, não me resta dúvida da descrição exata de como fraudaram o recebimento de uma vantagem indevida, induzindo em erro o Serviço Público, por seu agente pagador, embora tenham escapado a seu agente fiscal que a eles se mancomunara.

Com estas ligeiras considerações, peço vênias ao Sr. Ministro Assis Toledo para acompanhar o Sr. Ministro-Relator, em não conhecendo do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.615 — RJ — (90.0008015-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Flaquer Scartezini. Recte.: Aierto Antônio Lauria. Recte.: Franca Aldo Lauria. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advs.: Henrique Fonseca de Araújo e outro. Sustentação Oral: Dr. Henrique Fonseca de Araújo (p/Rectes.).

Decisão: A Turma, por maioria, não conheceu do recurso (Quinta Turma, 08.05.91).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Costa Lima, Edson Vidigal e José Dantas. Votou vencido o Sr. Min. Assis Toledo. Presidiu o julgamento o Sr. Min. JOSÉ DANTAS.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 4.875 — RJ (Registro nº 90.86930)

Relator: *O Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *ASA — Associação dos Atores em Dublagem, Cinema, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa*

Recorrida: *TV Globo Ltda.*

Advogados: *Drs. Nauro Araújo Silva e outro, Cláudio Penna Lacombe e outros*

**EMENTA: CIVIL. DIREITO AUTORAL. OBRA COLETIVA. DIREITOS CONEXOS.**

**A declaração da existência de relação jurídica de uso, gozo e disposição de produção artística coletiva, pela empresa detentora do direito autoral (art. 15, Lei 5.988/73), não nega vigência ao art. 13 e seu Parágrafo Único da Lei 6.533/78, tanto mais quando ressalva os chamados direitos conexos, dos que participam da execução da referida obra artística.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Terceira 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, 08 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Por determinação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, vieram a esta Corte os autos do recurso especial interposto pela ASA — ASSOCIAÇÃO DOS ATORES EM DUBLAGEM, CINEMA, RÁDIO, TELEVISÃO, PROPAGANDA E IMPRENSA, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que negou provimento ao apelo da ora recor-

rente, em ação proposta pela TV GLOBO LTDA., na qual objetiva ver declarada que, na qualidade de empresa realizadora de obra coletiva, pudesse utilizar e fruir da obra artística que produz, conforme legislação vigente.

Sustenta a recorrente ter o acórdão negado vigência ao art. 13, Parágrafo Único, da Lei 6.533, de 25-05-78, arts. 33 e 34 do Decreto 82.385, de 05-10-78, Lei 4.944, de 06-04-66, Decreto 61.123, de 01-08-67, Convenção de Berna, 09-09-86, Convenção de Roma, de 26-10-61, e art. 153, parágrafo 25, da Constituição Federal.

É como relato.

### VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Na presente ação a TV GLOBO LTDA. pede declaração de situação jurídica decorrente do direito de propriedade autoral sobre produções artísticas coletivas, em face de dúvida sobre a vontade da lei, já levantada, em mais de uma oportunidade, pela ASA — ASSOCIAÇÃO DOS ATORES EM DUBLAGEM, CINEMA, RÁDIO, TELEVISÃO, PROPAGANDA E IMPRENSA.

Poderia ser dito — e o fez o juízo monocrático, ao indeferir, de plano, a pretensão declaratória — que o objetivo da ação seria o de ver declarado o que na lei está expresso, ou seja, o direito autoral da produtora de obra artística, de natureza coletiva, pela participação de outras pessoas na sua execução (art. 15 da Lei 5.988, de 14.12.73).

Contudo, embaraços estariam a ser opostos à compreensão do conteúdo desse direito autoral, a exigir declaração judicial, como decidiu o Tribunal, no acórdão que está nas fls. 139 e seguintes, referido no acórdão recorrido.

Assim, veio a ser declarado o direito autoral, com o devido respeito, por outro lado, aos direitos conexos dos intérpretes participantes da obra artística, situação que os contratos trazidos por cópias de fls. 213 a 360, demonstram que a autora vem observando, como se vê das cláusulas quarta e §§ 1<sup>o</sup> a 6<sup>o</sup>, e vigésima e parágrafos, de um dos vários contratos exibidos — visto nas fls. 344 e 351 — por exemplo: (lê as cláusulas).

A rigor, não havia o que declarar, tanto que o sentenciante se limitou a reconhecer o direito de propriedade da autora da obra coletiva — sua produtora, em convivência com o direito conexo dos que dela participam, como intérpretes. E, assim declarando, não negou vigência ao

art. 13 e seu Parágrafo Único da Lei 6.533, de 24.05.78, bastando a essa constatação a leitura das letras em que se acham expressas as regras assecuratórias dos direitos das partes:

O art. 15 da Lei 5.899/73 diz:

“Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva, e em seu nome utilizada a esta caberá sua autoria.”

E, convivendo com a regra acima, o art. 13 da Lei nº 6.533/78:

“Não é permitida a cessão ou promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços profissionais.

Parágrafo Único — Os direitos autorais e conexos dos profissionais serão devidos em decorrência de cada exibição”.

Assim, resultou claro da sentença, confirmada pelo acórdão recorrido que, em função da propriedade da produtora lhe são inerentes o uso, o gozo e a disposição da obra coletiva, preservados, no entanto, os direitos conexos das que participam da feitura da obra, nos termos da legislação em vigor.

Não há a distinção que a recorrente quer, ou seja, entre produtora e usuária da obra, porque o uso é inerente ao próprio direito autoral.

É de referir a perplexidade da ora recorrente, ao interpor apelação da sentença, ao verificar que a pretensão declaratória fora acolhida, não obstante a ressalva do atendimento à lei em vigor, quanto aos direitos conexos dos participantes da obra coletiva, perplexidade que não é menor do que a demonstrada pela ora recorrida, ao responder à mesma apelação.

É que ambas as partes sustentam a existência de seus direitos sem interferir nos da adversa. Assim, a autora pugna pela declaração do seu direito de usar, fruir e dispor da obra, como detentora do direito autoral sobre a mesma, mas sem negar o dos associados da ré; enquanto que esta, sustenta esses direitos conexos dos participantes, sem negar o direito autoral da produtora, tudo a demonstrar que inexistiria a lide, não fora a dúvida reconhecida pelo Tribunal que determinou o prosseguimento da ação, ao reformar aquela decisão que indeferira, liminarmente a inicial.

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

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.875 — RJ — (90.86930) — Rel.: O Exmº Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: ASA — Associação dos Atores em Dublagem, Cine-

ma, Rádio, Televisão, Propaganda e Imprensa. Recda.: TV Globo Ltda. Advs.: Drs. Nauro Araújo Silva e outros, Cláudio Penna Lacombe e outros. Sustentou oralmente o Dr. Fernando Neves da Silva, pela recorrida (com pedido de juntada de procuração).

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (Em 08-04-91 — Terceira Turma).

Impedido o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro NILSON NAVES.



## RECURSO ESPECIAL Nº 5.194 — MG

(Registro nº 90.0009406-2)

Relator: *O Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Banco Real S/A*

Recorridos: *Federal Fertilizantes Defensivos e Rações Ltda. e outros*

Advogados: *Drs. Jair Tavares da Silva e outros e Claudiovir Del-fino e outro*

**EMENTA: EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E NOTA PROMISSÓRIA. ILIQUIDEZ. CARÊNCIA DECRETA.**

**Não basta, para evidenciar o montante do débito executado, a exibição tardia de extratos unilaterais de conta corrente, que, ademais, nada esclarecem a respeito da dívida.**

**Recurso especial não conhecido.**

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 28 de maio de 1991 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Cuida-se de execução aparelhada pelo “Banco Real S.A.” contra “Federal Fertilizantes Defensivos e Rações Ltda.”, Carlos Augusto Albuquerque Pacheco e Nelson de Souza Pacheco, relativa a uma nota promissória no montante de Cz\$ 225.000,00, emitida pela primeira e avalizada pelos dois outros, cártula esta vinculada a contrato de abertura de crédito. Nos embargos opostos, os executados alegaram que o valor devido é aquele objeto do contrato, ou seja, Cz\$ 180.000,00. Argüiram a iliquidez do débito, mesmo porque a exequente não mencionou a existência de pagamentos parciais. Acentuaram, outrossim, que não há a figura do aval em contrato de abertura de crédito.

O MM. Juiz de Direito julgou procedentes, em parte, os embargos, para determinar que o valor original de Cz\$ 180.000,00, “no período de 22/abril/1987 a 21/maio/1987, seja acrescido de juros à taxa de 39,29 a.ano, e que o valor assim apurado, até a data de efetiva liquidação, seja acrescido de juros de 6% ao mês, mais correção monetária. A multa de 10% é devida, se liquidada a obrigação pelo devedor principal, excluídos os avalistas da obrigatoriedade de seu pagamento, face ao princípio já definido, de que não existe aval de contratos” (fls. 47). Estes os fundamentos da sentença:

“A embargante, Federal Fertilizantes Def. Rações Ltda., conforme contrato de abertura de crédito de fls. 7, processo de execução, tomou um empréstimo no valor original de Cz\$ 180.000,00, com vencimento previsto para 21/maio/1987, e juros à taxa de 39,29 a.ano, emitindo em garantia da operação de crédito uma nota promissória no valor de Cz\$ 225.000,00.

Procede pois em parte as alegações dos embargantes, porquanto o valor da obrigação na data de 21/maio/1987 seria o correspondente ao principal de Cz\$ 180.000,00, acrescido da taxa de juros de 39,29 ao ano, e não o valor de Cz\$ 225.000,00.

Tal fato porém não torna nula a execução, devendo tão-somente o débito ser acertado, observando-se o acima disposto.

No que se refere à posição dos avalista, por inexistir AVAL DE CONTRATOS, não respondem eles pelos acessórios pactuados no contrato de abertura de crédito, e que se restringem à multa contratual, vez que os demais acessórios são devidos por força de lei.

Vencida a obrigação, sendo inacumulável a taxa de juros de 39,29 ao ano, com correção monetária, deverá a obrigação ser acrescida simplesmente da taxa de juros de 6% ao mês, mais correção monetária" (fls. 47).

Da decisão apelaram apenas os embargantes, insistindo no acolhimento de suas alegações.

A Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais deu provimento ao apelo para julgar procedentes os embargos, decretando a carência da execução: em relação à primeira embargante, por não revestir-se o título de literalidade; quanto aos demais embargantes, por não serem avalistas de contrato.

Eis a motivação do Acórdão:

"O apelado, Banco Real S/A, executou os apelantes, a primeira como emitente e os demais como avalistas de um contrato de abertura de crédito (fls. 7), com garantia de uma Nota Promissória, aquele no valor de Cz\$ 180.000,00, e esta no valor de Cz\$ 225.000,00.

Embargada a execução, o MM. Juiz deu parcial procedência aos embargos, excluindo a Nota Promissória por entender que ela não contém valor líquido e certo, determinando que se prossiga na execução do contrato com seus acessórios.

Daí o apelo dos executados, sendo que o Banco credor aceitou a r. decisão em seus termos, pois que não aviou qualquer recurso, pelo que há de se entender que, em relação ao apelado fez coisa julgada, especialmente no tocante à exclusão da Nota Promissória como título executivo.

Firmado esse ponto, passa-se a examinar a questão prejudicial do recurso dos embargantes, e que diz respeito à **iliquidez do contrato e carência de ação contra os avalistas**, questões sustentadas já nos embargos.

O título executivo passou a ser apenas o Contrato de Abertura de Crédito de fls. 7 da Execução, que já contém no seu subtítulo 'Encargos no Final', ali estabelecendo-se que se trata

de um crédito lançado em conta corrente, onde, também, são lançados os encargos devidos (cláusula I).

Ao impugnar os embargos, o apelado procurou fazer uma demonstração de contas com extratos por ele mesmo feitos.

Disso se conclui que não se trata efetivamente de uma dívida líquida, posto que para a abertura de um crédito de Cz\$ 180.000,00 por período inferior a 30 dias (22/04/87 a 21/05/87) o apelado pretende demonstrar seu crédito com extratos bancários de junho de 1987 a janeiro de 1988 (fls. 35/41).

O procedimento é impróprio, pois a Ação de Execução exige literalidade do título executivo, não servindo como processo de conhecimento, e o título deve revestir-se de tal liquidez e certeza que prescindia de qualquer demonstração de contas.

Tal não é o caso dos autos em que o título, objeto da execução (Contrato de Abertura de Crédito por prazo inferior a 30 dias), está sujeito à apuração de haveres, inclusive compreendendo período superior ao prazo contratado. Não é assim um título que se reveste dos requisitos de liquidez e certeza.

Além disso ficou claro na r. sentença que não há aval em contratos que não são títulos cambiais e de crédito. E, se não há aval no contrato executado, logicamente aqueles embargantes, que estão sendo executados como tal, não respondem passivamente pelo título" (fls. 78/80).

Os embargos declaratórios foram recebidos, em parte, tão-só para esclarecer que o dispositivo em que se arrimou o julgado foi o art. 586 do CPC.

Inconformado, o "Banco Real S.A." manifestou recurso especial com supedâneo nas alíneas *a* e *c* do autorizativo constitucional. Tocante à iliquidez do quirógrafo, apontou negativa de vigência dos arts. 566, I, 568, I, 585, II, e 586, do CPC; quanto à responsabilidade dos avalistas, 85, 86, 896 e 1.533, do Código Civil. Invocou, ainda, divergência jurisprudencial com arestos do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, reportando-se a final a um precedente desta Corte (REsp nº 2.405, Relator Ministro Eduardo Ribeiro).

Admitido o apelo extremo, subiram os autos.

É o relatório.

## VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A decisão de 1<sup>o</sup> grau não chegou a excluir da execução a nota promissória vin-

culada ao contrato de abertura de crédito, tanto que admitiu a responsabilidade dos avalistas pelas obrigações de natureza cambiária.

De qualquer forma que seja, resai no caso a iliquidez do débito executado, não bastasse a já flagrante disparidade entre o principal do contrato (Cz\$ 180.000,00) e o principal constante da cártula (Cz\$ 225.000,00). O que sobreleva, no entanto, é que, para evidenciar o montante da dívida em questão, o embargado exibiu com a sua impugnação os extratos de fls. 28/41, correspondentes ao período março/87 a janeiro/88. Trata-se, aí, de um demonstrativo produzido unilateralmente, no qual, aliás, se registram os depósitos de alguns cheques no espaço temporal em que vigorou o contrato de empréstimo firmado pelas partes (cfr. fls. 32 a 34 dos autos). De sorte que daí resulta a iliquidez do débito e a conseqüente carência da execução, bem reconhecida pelo Acórdão ora hostilizado.

Os extratos de conta corrente anexados tardiamente aos autos somente servem para patentear a supramencionada iliquidez da dívida, uma vez que das peças exibidas a fls. 28/41 não é possível extrair-se o *quantum* principal devido pela mutuária. Quando do julgamento do REsp nº 6.949-CE, de relatoria do eminente Ministro Athos Carneiro, esta Quarta Turma considerou como necessária a demonstração pelo credor do procedimento adotado para chegar à importância devida, a ser feita através de demonstrativo adequado, o que, como dito, não ocorreu na espécie presente.

Desconhece-se, de fato, qual seja a importância devida pela mutuária no que concerne ao principal, ainda porque a inicial da execução não o esclarece escorreitamente, nem tampouco a impugnação aos embargos.

Tal fundamento constitui o bastante para acarretar a carência da execução, seja com relação à devedora principal, seja quanto aos seus avalistas.

Merece ser destacado aqui que os avalistas na nota promissória subscreveram nessa mesma qualidade o contrato de abertura de crédito, sem que neste último se consignasse a obrigação solidária de ambos, hipótese em que não poderiam, de qualquer forma, responder pelos encargos pactuais (cfr. REsp nº 4.700-MG, Rel. Min. Fontes de Alencar).

Anoto, por derradeiro, que o conflito pretoriano não é suscetível de caracterizar-se, por dessemelhantes os suportes fáticos que qualificam o caso em tela e os dos paradigmas trazidos à colação.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.194 — MG — (90.0009406-2) — Relator: O Exmº Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Banco Real S/A. Recorridos: Federal Fertilizantes Defensivos e Rações Ltda. e outros. Advogados: Drs. Jair Tavares da Silva e outros e Claudiovir Delfino e outro.

Decisão: A Quarta Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 28 de maio de 1991).

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



## RECURSO ESPECIAL Nº 5.410 — SP

(Registro nº 90.99838)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Usina da Barra S/A — Açúcar e Álcool*

Advogados: *Drs. Hermógenes Troyano e outro, José Etuley Barbosa Gonçalves e outros*

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA A TRATADO OU LEI FEDERAL. CONVÊNIO. DISTINÇÃO. ARTIGO 105, INCISO III, LETRA A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.**

— Os tratados, como dispõe o texto constitucional, não se confundem com simples convênios e nem a eles se equiparam. Referindo-se a Carta Magna a tratado ou lei federal — e não a convênio — não se conhece do recurso especial.

## ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ILMAR GALVÃO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Recurso especial apresentado pela Fazenda do Estado de São Paulo e no qual afirma negativa de vigência a Convênio fundado na LC nº 24/75, este que fixa a base de cálculo para a cobrança do ICM sobre a saída da cana-de-açúcar destinada à fabricação de álcool.

O recurso foi admitido apenas para que o Tribunal Superior se pronuncie a respeito do tema, sem maiores indagações sobre o juízo de admissibilidade.

O acórdão recorrido afirmou que só a lei pode fixar a base de cálculo de tributo, e esta já existe, sendo o DL 406/68 e a Lei Estadual 440/74. Assim, seria ilegítima tal fixação por atos administrativos, normativos ou não, como o são os convênios.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: A recorrente aduz apenas negativa de vigência ao Convênio nº 12/80, reduzindo a esse ponto as proporções do litígio.

A Constituição, ao falar em tratado, para admitir o julgamento de recurso especial (art. 105, III, *a*), não quer se referir a todo e qualquer acordo ou convenção, ainda mais celebrado por Estado ou Município. “Tratado é a convenção escrita entre dois governos, com o objetivo de resolver dúvidas preexistentes ou assentar o procedimento para o futuro” (Pedro Orlando).

Vale transcrever, a propósito, o parecer subscrito pela Dr<sup>a</sup> Odília Ferreira da Luz Oliveira, ilustrada Subprocuradora-Geral da República, que muito bem apreciou a matéria:

“É evidente o equívoco da recorrente quando se refere a negativa de vigência de **tratados**, para significar simples **con-**

**vênios** celebrados entre Estados federados. Os tratados, mencionados no art. 105, inc. III, alínea *a*, da Constituição Federal, são acordos de vontade no plano internacional, celebrados entre Estados soberanos. Já os convênios são acordos feitos no âmbito interno do país, entre as pessoas políticas — no caso, Estados federados, que são autônomos, mas não soberanos.

Além de os convênios não se confundirem com os tratados, nem serem a ele equiparados, também é certo que não se enquadram no conceito de **lei**, porque são atos de eficácia inferior a ela, emanados de órgãos administrativos. Quando a Constituição Federal refere-se a **lei**, quer dizer **lei no sentido formal**; quando quer tratar de outros atos normativos, de eficácia inferior, o faz expressamente (por exemplo, no art. 102, inc. I, alínea *a*, ou no próprio art. 105, inc. III, alínea *b*, que abrange atos administrativos, normativos ou não). Até mesmo no plano da lei tributária existe distinção de grau entre lei e convênio, considerado este como simples norma complementar daquela (art. 100, inc. IV, do Código Tributário Nacional).

Portanto, como a Constituição não prevê a negativa de vigência de convênio como fundamento para recurso especial, não há como conhecer do que foi interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com tal embasamento.” (fls. 170/171)

Colocando-me inteiramente de acordo com as ponderações da nobre parecerista, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.410 — SP — (90.99838) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: Usina da Barra S/A — Açúcar e Álcool. Advs.: Drs. Hermógenes Troyano e outro, José Etuley Barbosa Gonçalves e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 20.02.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Ilmar Galvão.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Américo Luz.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro ILMAR GALVÃO.

RECURSO ESPECIAL Nº 5.826 — DF  
(Registro nº 9010945-0)

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

Recorrente: *Levi Carlos de Sales*

Recorrida: *Joana D'Arc de Lima Hattingh*

Advogados: *Maurílio Moreira Sampaio e Liderval Cerqueira*

**EMENTA: LOCAÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL.  
DESPEJO. NOTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE.**

**É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, não exigir a Lei nº 6.649/79 prévia notificação para a propositura de ação de despejo com fundamento nas hipóteses arroladas em seu artigo 52.**

**Recurso conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por Levi Carlos de Sales de acórdão da Primeira Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que julgou extinto o processo, por meio do qual o recorrente pretende a retomada de imóvel residencial locado a Joana D'Arc de Lima Hattingh, em virtude da falta de prévia notificação.

Pretexta o recorrente haver a decisão contrariado os arts. 806 do CPC e 52, X, da Lei nº 6.649/79 e postula o conhecimento do especial por uma inexistente letra *d* do permissivo constitucional, sem, contudo, demonstrar o dissídio que desejava invocar.

A Presidência do Tribunal de onde provém o recurso negou-lhe seguimento, porém, provi agravo para melhor examiná-lo.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: LOCAÇÃO. IMÓVEL RESIDENCIAL. DESPEJO. NOTIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE.

É pacífico, na doutrina e na jurisprudência, não exigir a Lei nº 6.649/79 prévia notificação para a propositura de ação de despejo com fundamento nas hipóteses arroladas em seu artigo 52.

Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): É caudalosa a jurisprudência dos tribunais de justiça dos Estados no sentido de não ser exigida a notificação premonitória nas ações de despejo fundadas em qualquer uma das hipóteses estabelecidas no art. 52 da Lei nº 6.649/79.

Inusitado, por isso, não ter o recorrente exatificado o dissenso interpretativo.

De qualquer modo, o recurso deve, *data venia*, ser conhecido, porque o art. 1.209 do Cód. Civil somente é aplicável, hoje, ao despejo desmotivado, sujeito a mera conveniência do locador, inajustável às situações descritas nos incisos do art. 52 da lei das locações prediais urbanas.

Esse é o ponto de vista de autores de nomeada, como José da Silva Pacheco e Paulo Restife Neto, reconhecidos no acórdão, porém, dele discordante.

A disposição da lei das locações apontada como violada é muito clara nos seus requisitos, aos quais não pode o interprete acrescentar outro, aliás, desnecessário.

Diante do exposto, conheço do recurso pela letra *a* do inciso III, do art. 105 da Constituição da República, para provê-lo e restabelecer a sentença de primeiro grau.

É como voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, o acórdão desconsiderou mudança de há muito introduzida no sistema. Desde o Decreto-lei nº 890, não há mais a notificação, mas o locatário pode, conformando-se com o pedido, gozar de um prazo mais dilatado, sem ônus de custas e honorários.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.826 — DF — (90.10945-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Levi Carlos de Sales. Recda.: Joana D'Arc de Lima Hattingh. Advs.: Maurílio Moreira Sampaio e Liderval Cerqueira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pela alínea *a*, e lhe deu provimento. (em 20.11.90, 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



### RECURSO ESPECIAL Nº 6.377 — SP

(Registro nº 90.12233-3)

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

Recorrente: *Nádia Schahim Accaqui*

Recorrida: *Adélia Abujamara*

Advogados: *Drs. Camal Schahim e Antonio Carlos Ianone e outros*

**EMENTA: AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. CABIMENTO DA MULTA. AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE RAZÕES.**

**1. Conquanto se cuide de obrigação de fazer fungível, ao autor é facultado pleitear a cominação da pena pecuniária. Inteligência dos arts. 287 e 644 do CPC.**

**2. Não se dispensa ao agravo retido o requisito de conter a necessária fundamentação.**

**Recurso especial conhecido, em parte, mas improvido.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso, e, nessa parte, 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, 28 de maio de 1991 (data do julgamento).

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

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de cumprimento de obrigação de fazer, cumulada com preceito cominatório, proposta por condômino contra outro, visando à cessação de infiltrações de água em seu apartamento. Na oportunidade do saneamento da causa, o MM. Juiz de Direito rejeitou as preliminares aventadas na contestação, o que deu ensejo à interposição pela demandada de agravo retido.

Julgada procedente a ação, a ré foi condenada à execução dos serviços necessários à cessação da infiltração no prazo de 30 dias; caso não o faça, poderá a autora realizar ela própria os serviços às expensas da requerida. Estabeleceu, ainda, o decisório que, se decorrido os trinta dias, a suplicada não executar espontaneamente a obra, ficará ela sujeita à pena pecuniária de Cz\$ 150,00 diários.

Remetidos os autos ao Eg. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo por força do recurso de apelação manifestado pela ré, a C. Primeira Câmara daquele Sodalício não conheceu do agravo retido por desacompanhado de razões e, no mérito, deu provimento parcial ao apelo, mantida, porém, a cominação da pena pecuniária.

Ainda irresignada, a ré manejou recurso extraordinário, com arguição de relevância, convertido quanto ao tema infraconstitucional em recurso especial, tendo como suporte as alíneas *a* e *c* do art. 105, nº III, da CF. Deu como vulnerados os arts. 287, 275, II, letra *m*, 295, V, e 522,

§ 1º, do CPC; além disso, apontou dissídio pretoriano com julgados do 2ª TA Civil de São Paulo, do TJSP e do TJMT.

Inadmitido o apelo extremo, subiram os autos a esta Corte por força de provimento a agravo de instrumento, para melhor exame.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. Defende ainda a ré-recorrente a adoção para a presente lide do procedimento sumaríssimo, seja em face do valor atribuído à causa, seja em razão da natureza do feito.

Ocorre que o Acórdão recorrido não cuidou do tema, pelo que ausente se acha o requisito do prequestionamento. Demais, empregado o rito ordinário, de maior amplitude, proporcionando à ré maiores possibilidades de defesa, não se vê onde possa ter ela sofrido algum gravame. Donde falecer-lhe interesse processual para suscitar aqui tal questionamento.

2. De outro lado, a despeito de cogitar-se *in casu* de obrigação fungível, não se encontrava obstado o Dr. Juiz de Direito de cominar a multa diária. Faculta-a o preceito do art. 644 da Lei Processual Civil. Consoante magistério de Alcides de Mendonça Lima, “pela referência do texto, não importa, assim, que a prestação seja **fungível** (arts. 633 e 634) ou que seja **infungível** (arts. 638 e 639). Bastará que o devedor seja recalcitrante; se atrase na solvência da obrigação; ou reitere a infração posteriormente ao cumprimento” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, Tomo II, pág. 771, 1ª ed.). Apreciando, de seu turno, a aparente antinomia entre o disposto nos arts. 287 e 644 do CPC, leciona José Joaquim Calmon de Passos: “pode-se tentar a harmonia dos dispositivos entendendo-se que o art. 287 impôs o pedido de cominação, sob pena de inépcia da inicial, cuidando-se de obrigações positivas ou negativas infungíveis, subsistindo a faculdade para as obrigações negativas ou positivas fungíveis” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 224, 6ª edição).

3. Resta o exame da matéria alusiva ao agravo retido, que veio desprovido das razões do pedido de reforma da decisão.

Penso que, nesse particular, também se mostra acertado o decisório recorrido. Não se dispensa ao agravo retido o requisito comum a todos os recursos, qual seja, a fundamentação. Nesse sentido o magistério do eminente Ministro Athos Gusmão Carneiro a propósito do agravo retido interposto verbalmente em audiência (Audiência de Instrução e Julgamento, pág. 123, 3ª ed.). Assim se alinha, outrossim, a jurisprudência dominante (Rev. dos Tribs. 593/194; 555/119; RJTJSP 118/261; JTACSP

100/35). Ainda há pouco a Eg. Terceira Turma desta Casa teve ocasião de enfrentar o polêmico assunto, dilucidando-o da maneira seguinte:

“O recurso de agravo há de ser interposto, segundo as exigências do art. 523 da lei processual, ou seja, deverá conter: I — a exposição do fato e do direito; II — as razões do pedido de reforma da decisão e III — a indicação de peças para a formação do instrumento.

É certo que a lei, no § 1º do art. 522 dá ao agravante a faculdade de pedir que o seu recurso fique retido nos autos, para ser apreciado, como preliminar, por ocasião do julgamento da apelação ficando dispensado o seu processamento. Tal faculdade, no entanto, não exige o recorrente de atender às exigências formais de expor o fato e o direito e indicar as razões do seu pedido de reforma da decisão agravada, posto que, nem por optar pela retenção do agravo, deixa ele de ser recurso que carece de fundamentação. A dispensa de processamento é apenas medida de economia, em favor da parte que não deseja ver, de logo, reexaminada a decisão agravada.

Deste modo, como o agravo retido de que se cuida não continha as razões de reforma da decisão por ele atacada, não ensejava o seu conhecimento pelo juízo da apelação” (REsp nº 8.757-SP, Relator Ministro Dias Trindade).

Neste tópico, o dissenso pretoriano vem configurado ante o aresto discrepante oriundo do Segundo Tribunal de Alçada Civil, que a recorrente exibiu por cópia a fls. 196. Todavia, mantenho a orientação imprimida pelo *decisum* hostilizado, de acordo com a motivação acima expendida.

4. Ante o exposto, conheço, em parte, do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.377 — SP — (90.12233-3) — Rel.: o Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Nádia Schahim Accaqui. Recda.: Adélia Abuja-mara. Advs.: Drs. Camal Schahim e Antonio Carlos Ianone e outros.

Decisão: A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso, e, nessa parte, negou-lhe provimento (em 28-5-91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.416 — PR  
(Registro nº 90.12273-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Esthetic Center Santa Clara S/C Ltda.*

Recorrida: *Estética Corporal Curitiba S/C Ltda.*

Advogados: *Ronald Leite Schulman e outro e Marise Regina Doe-  
beli*

**EMENTA: RECURSO ESPECIAL. NOME DE SOCIEDADE CIVIL. PUBLICIDADE DE OUTRA COM O USO DA EXPRESSÃO COMUM QUE INTEGRA O NOME DAQUELA. CONTRARIEDADE E DISSÍDIO NÃO COMPROVADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.**

**Não contraria a lei federal a decisão que entende poder ser usada a expressão “esthetic center”, contida no nome da autora, por outra sociedade civil, prestadora de serviços de mesma natureza.**

**Recurso não conhecido.**

### ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 11 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Cuida-se de recurso especial resultante de desdobramento de recurso extraordi-

nário, fundado nas letras *a* e *c*, do inciso III, do art.105, da Constituição de 1988, interposto por Esthetic Center Santa Clara Sociedade Civil Ltda., inconformada com a decisão da Segunda Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementada:

“AÇÃO ORDINÁRIA PARA ABSTENÇÃO DE ATO COM A COMINAÇÃO DA PENA SECUNDÁRIA, CUMULADA COM PERDAS E DANOS.

NOME COMERCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E ORIENTAÇÃO ESTÉTICA. DIVULGAÇÃO DE PROPAGANDA COM O USO DE EXPRESSÃO QUE INTEGRA O NOME DA AUTORA. CENTRO DE ESTÉTICA.

— Não há confundir o uso da expressão Esthetic Center Santa Clara Sociedade Civil Ltda. com Estética Corporal Curitiba S.C. Ltda. empresas que se dedicam a mesma prestação de serviços, mas ostentam nomes diferentes.

— A expressão centro de estética corporal refere-se à mesma atividade e assim pode ser usada, comumente, em língua estrangeira como esthetic center.

— Decisão de primeiro grau confirmada.” (fl. 133).

A recorrente dá como violadas pelo acórdão recorrido as seguintes leis federais: Convenção de Paris de 1883, revista em Haia, em 1925, art. 8º, em vigor no País na conformidade do Decreto nº 19.056, de 31.12.29; a Lei nº 5.772, de 21.12.71, arts. 4º e 119; Lei dos Registros Públicos, nº 6.015, de 31.12.73, arts. 114 e 119; a Lei nº 4.726, de 13.7.65, art. 38, IX; a Lei nº 6.404, de 15.12.76, art. 3º, § 2º; O Decreto-Lei nº 7.093, de 27.8.45, arts. 176 e 178, mantidos em vigor pelo atual Código de Propriedade Industrial (art. 128); e ainda o Código Civil, art. 159.

Quanto ao dissídio pretoriano, aponta a recorrente julgados dos Tribunais do Rio de Janeiro, de São Paulo, e do Colendo Supremo Tribunal Federal.

O recurso foi admitido apenas pela divergência.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. NOME DE SOCIEDADE CIVIL. PUBLICIDADE DE OUTRA COM O USO DA EXPRESSÃO COMUM QUE INTEGRA O NOME DAQUE-

## LA. CONTRARIEDADE E DISSÍDIO NÃO COMPROVADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Não contraria a lei federal a decisão que entende poder ser usada a expressão “esthetic center”, contida no nome da autora, por outra sociedade civil, prestadora de serviços de mesma natureza.

Recurso não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Ambas sociedades são civis e não comerciais, do que resulta a dificuldade de vislumbrar-se qualquer contrariedade à Lei do Registro do Comércio e à Lei das Sociedades por Ações, bem assim ao Tratado indicado, que contém apenas normas programáticas sobre a proteção do nome comercial.

Por outro lado, como não se discute sobre o direito ao uso de marca, o Código de Propriedade Industrial é inaplicável.

Finalmente, sobre a Lei dos Registros Públicos e acerca do Código Civil o acórdão não versou.

Infere-se dessas considerações iniciais não ser possível o conhecimento do recurso excepcional, com base na alínea *a*, da faculdade constitucional.

Respeitante ao dissídio, informo haver o douto Tribunal do Paraná chegado à evidência da improcedência da pretensão da autora, aqui recorrente, porque “Esthetic Center” “é nome comum significando centro de estética, que pode ser usado no comércio como se usa normalmente “Centro Comercial” ...” (fl. 134). Isto é, entendeu o juízo ordinário que aquela denominação não pode ser de uso exclusivo da promovente.

Dentre os julgados tidos como divergentes, entretanto, não encontro situações assemelhadas.

Com efeito, no acórdão proferido pela 4ª Câmara Civil do TJRJ (RT 512/246) decidiu-se questão de empresa comercial com base na Lei do Registro do Comércio; em outro da 1ª Câmara Civil, do mesmo Tribunal (RT 491/196) cuida-se de homonímia; em outro da 3ª Câmara Civil, do TJSP (RT 494/46), tem-se controvérsia sobre o nome “Lee”, marca de roupas; em outro mais, da 2ª Câmara Civil também do TJSP (RT 623/53), resolveu-se questão de marca registrada; e, por último, no acórdão da 2ª Turma do S.T.F. (DJU de 10.4.87), o objeto da querela foi a utilização de patronímico, usado em nome comercial antigo, por sócio dissidente.

Revela a análise não existir o dissídio, mas se possível fosse ultrapassar o obstáculo creio não merecer qualquer alteração o acórdão impugnado, porque assentado em premissas lógicas e em bom direito.

Não conheço do recurso.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.416 — PR — (90.12273-2) — Relator: O Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Esthetic Center Santa Clara S/C Ltda. Recorrida: Estética Corporal Curitiba S/C Ltda. Advogados: Ronald Leite Schulman e outro e Marise Regine Doebeli.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial. (Em 11/12/90 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 6.465 — SP (Registro nº 90.12471-9)

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

Recorrente: *Sara Karla Franziska Levi Steuer*

Recorridos: *José Gomes de Jesus e cônjuge*

Advogados: *Sérgio Adriano Maillet Preuss, José Marcelo Nogueira e outro*

**EMENTA: FIANÇA. LOCAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. ACRÉSCIMOS DE ALUGUEL. NÃO RESPONSABILIDADE DO FIADOR.**

**O fiador do contrato de locação não se obriga pelos acréscimos do aluguel decorrentes de ação revisional.**

**A fiança não admite interpretação extensiva.**

**Recurso especial não conhecido.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 11 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso especial, cujo conhecimento é perseguido com esteio no disposto na alínea *a*, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, por ofensa aos artigos 1.481 e seguintes do Código Civil.

No juízo ordinário decidiu-se não serem os fiadores responsáveis pelos acréscimos de alugueres, resultantes de ação revisional da qual não tiveram conhecimento.

Foi o recurso excepcional admitido vestibularmente e processado com observância das disposições legais.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: FIANÇA. LOCAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. ACRÉSCIMOS DE ALUGUEL. NÃO RESPONSABILIDADE DO FIADOR.

O fiador do contrato de locação não se obriga pelos acréscimos do aluguel decorrentes de ação revisional.

A fiança não admite interpretação extensiva.

Recurso especial não conhecido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Consta do acórdão recorrido:

“Em matéria de interpretação contratual, constitui regra geral a que preceitua que os contratos benéficos se interpretam restritivamente.

A fiança é um contrato benéfico, constituindo-se em obrigação acessória, e, como tal, deve ser interpretada restritivamente, e no sentido mais favorável ao fiador.

O art. 1.483, do Código Civil, dispõe expressamente que a fiança deve se dar por escrito e não admite interpretação extensiva.

No caso, a fiança foi concedida em contrato de locação de imóvel residencial que teve o valor do locatício ajustado ao preço de mercado, independente dos índices de reajustamento permitidos pela lei.

Os fiadores e ora apelantes não participaram da referida ação revisional, nem delas foram sequer cientificados.

Há que se admitir ter havido alteração de cláusula contratual prevendo aluguel ajustado ao preço de mercado, critério estranho à desvalorização da moeda. Situação distinta se se considerasse apenas a atualização do locatício pelos índices legais e correccionais do poder aquisitivo da moeda. A alteração do locatício, como aqui ocorreu, afetou a responsabilidade dos fiadores e se mostrou ineficaz perante a fiança, vez que não colhidos os beneplácidos desses interessados.

A fiança dada ao capital, como exemplo, não se estende aos juros, assim como a contratada por uma dívida não se amplia à novação dela, como dispõe o art. 1.006, do Código Civil.

Na espécie, como se verifica, os fiadores não são responsáveis pelo débito cobrado, porque referentes a acréscimos resultantes de ação revisional de cuja tramitação não tiveram conhecimento oficial.” (fls. 143/144)

Não encontro, na revisão do julgado nesta Corte, as apontadas contrariedades ao direito federal.

Ao contrário, penso estar correta a interpretação dada pelo tribunal estadual ao instituto da fiança.

*In casu*, o fiador somente responderia pelos aumentos fossem eles decorrentes dos índices legais para a reposição do valor da moeda, quando muito, pois é de regra a fiança não comportar interpretação extensiva.

Diante do exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.465 — SP — (90.12471-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Sara Karla Franziska Levi Steuer. Recdos.: José Gomes de Jesus e cônjuge. Advs.: Sérgio Adriano Maillet Preuss, José Marcelo Nogueira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial. (Em 11.12.90 — 3ª Turma)

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



### RECURSO ESPECIAL Nº 6.518 — RJ

(Registro nº 90.0012592-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Estado do Rio de Janeiro*

Recorrido: *Ana Lúcia de Abreu Gomes*

Advogados: *Drs. Aline Reis de Souza Jatahy e Macario de Lemos Picanço*

**EMENTA: ADMINISTRATIVO — CONCURSO PÚBLICO — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE — SUA HARMONIZAÇÃO COM A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS E A BOA-FÉ — CANDIDATA ADMITIDA A CONCURSO ANTES DE COMPLETAR A IDADE MÍNIMA PREVISTA NO EDITAL — RECUSA DE NOMEAÇÃO DA CANDIDATA QUE ALÉM DE APROVADA JÁ ATINGIRA A IDADE-LIMITE — ILICITUDE DA RECUSA — RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**

O concurso público, como procedimento administrativo, deve observar o princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC).

Em sede de concurso público não se deve perder de vista a finalidade para a qual se dirige o procedimento.

**Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do estado de Direito.**

**Limite de idade, em concurso público, é requisito para o exercício do emprego. Assim, se o candidato que não satisfazia o requisito no momento da inscrição foi admitido ao concurso e aprovado, não é lícito à Administração recusar-lhe a investidura, se no momento da contratação a idade mínima já se completara.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, 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 agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Valho-me do relatório lançado pelo Eminentíssimo Desembargador Ulysses Valladares Salgado, de fls. 74:

“Mandado de Segurança impetrado por Ana Lúcia de Abreu Gomes, contra o Diretor da divisão de pessoal contratado — Secretaria de Administração, sob o fundamento de que, aprovada em concurso, ao ser convocada para assinar o contrato, foi impedida por não ter completado 18 anos antes do término das inscrições.

A liminar não foi apreciada, e após serem ouvidos, a autoridade apontada como coatora (fls. 30/31), a Procuradoria do

Estado (fls. 33/39) e o representante do Ministério Público (fls. 48/48 verso), veio a sentença de fls. 50/53 que denegou a ordem.

Inconformada apelou a impetrante e, em suas razões de fls. 55/57, depois de se reportar à inicial, concluiu por pedir o provimento do apelo.

Contra-razões a fls. 61/64, onde o Estado requereu a manutenção da sentença.

A fls. 66 pronunciou-se o Ministério Público no sentido do improvimento do recurso, o mesmo fazendo o Dr. Procurador da Justiça a fls. 72 verso.”

O Estado do Rio de Janeiro opôs embargos declaratórios recebidos por unanimidade, para esclarecer-se que o V. Acórdão se fundamentou no princípio inscrito no art. 153, § 3º, da Antiga Constituição Federal, e no art. 5º, XXXVI, da Atual Carta Política. Acrescentou-se o argumento de “que, sendo o edital a lei do concurso, quem a descumpriu foi Estado, como ficou evidenciado” (fls. 86/7).

Pendem recursos especial e extraordinário — ambos admitidos (fls. 116).

O Recurso Especial foi admitido com fundamento nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional (fls. 114).

Quanto à letra *a*, apontou-se como agredido o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A propósito da alínea *c*, diz-se que o V. Acórdão está em descompasso com as Súmulas 473, 14 e 346, do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): De início, examino a viabilidade do recurso especial, pelo permissivo da letra *a*:

Afirma-se que o V. Acórdão recorrido desrespeitou o preceito inscrito no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim expresse:

“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

Ora, em nenhum momento deste processo, o desconhecimento de qualquer regra jurídica foi invocado como justificativa para negar-lhe cumprimento. Tampouco o V. Acórdão tratou da questão.

A única referência concreta feita pelo Recorrente à suposta violação do art. 3º encontra-se nesta passagem:

“O V. Acórdão recorrido, ao reconhecer no ato administrativo impugnado, a violação de suposto direito adquirido à contratação de que a impetrante ora recorrida seria titular, ofendeu a Constituição Federal (art. 153, § 3º da antiga Carta e art. 5º; inciso XXXVI da Constituição vigente), negou vigência ao Código Civil Brasileiro art. 3º da Lei de Introdução) e divergiu das Súmulas 473 e 14 do Egrégio STF.”

Dir-se-á que o Recorrente foi vítima de engano, referindo-se ao art. 3º, quando, em verdade, cogitava do art. 6º.

Ainda que, por liberalidade, o Tribunal relevasse o engano, nenhum progresso haveria.

De fato, o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil resguarda o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada contra eventual agressão, partida de lei superveniente.

O V. Acórdão recorrido, simplesmente afirmou que o ato impugnado fez retroagir condição de inscrição, violando de maneira esdrúxula, direito líquido, certo e insofismável, da apelante (fls. 77).

Semelhante registro, longe de contrariar o art. 6º, prestou homenagem à salvaguarda contida no art. 6º.

De qualquer sorte, o respeito ao direito adquirido é matéria de Direito Constitucional. A sede de sua discussão é o Supremo Tribunal Federal.

O Recurso não pode ser conhecido pela letra *a*.

Examinemos, agora, o permissivo da letra *c*.

O Recorrente diz que o V. Acórdão, quando afirmou

“que o ato do Sr. Secretário que **fez retroagir**, na hora da contratação, **condições do concurso como a de não ter a apelante 18 anos por ocasião da inscrição, condição já superada**, que se fosse essencial para a burocracia, por certo exigiria essa prova quando da inscrição, **ato** este discricionário e **inconstitucional**, passível portanto de correção.”

teria divergido da Súmula do STF, em seus verbetes nºs 346, 473 e 14.

Não enxergo o alegado descompasso.

Os verbetes nºs 346 e 473 cogitam da faculdade reconhecida à Administração, para declarar a nulidade de seus próprios atos, quando ilegais.

O Acórdão recorrido jamais negou tal faculdade, que nem chegou a ser discutida.

A Quarta Câmara Civil do TJRJ simplesmente afirmou a excelência jurídica do concurso prestado pela Recorrida. Afirmando ainda, sua eficácia como título para justificar a investidura.

As duas Súmulas estariam contrariadas, se o Tribunal, afirmando a irregularidade do concurso, negasse ao Estado o direito de declarar a nulidade.

Não há, nesta parte, dissídio pretoriano.

Examinemos, agora, o suposto conflito com a Súmula nº 14.

Em sua última redação, a Súmula nº 14 diz:

“é admissível, por meio de decreto ou instruções, a fixação dos limites de idade na inscrição para o provimento dos cargos públicos, segundo a forma e as condições estabelecidas em lei.”

Também este princípio não foi objeto de discussão.

O aresto recorrido, sem recusar ao Estado o direito de inserir no edital limites relativos à idade dos candidatos aos cargos, apreciou hipótese excepcional em que, sem embargo da vedação, a Recorrida em plena boa-fé apresentou-se à matrícula e a obteve.

Matriculada, ela submeteu-se ao concurso, obtendo aprovação.

Diga-se, de passagem, que obteve ótima nota (75,04) na prova escrita. Não logrou melhor classificação, por lhe faltarem títulos — que sua juventude não permitiu acumular (obteve zero, em títulos). CF. fls. 14.

Homologado o concurso, a Recorrida foi convocada — em 2.2.87 — para formalizar o contrato de trabalho, para o qual se habilitara (fls. 15/16).

Já então, sua idade correspondia a 19 anos, menos um mês e cinco dias.

Como a idade-limite, fixada no Edital, era dezoito anos, estavam satisfeitos todos os requisitos necessários à contratação.

O Diretor de Pessoal, homenageando a forma em detrimento da finalidade, negou eficácia ao concurso, recusando-se a firmar o contrato.

O V. Acórdão, em atitude de bom senso, entendeu que o limite de idade é condição para o exercício de emprego público.

Assim, se o candidato que não satisfazia o requisito no momento da inscrição foi admitido ao concurso e aprovado, não é lícito à Administra-

ção recusar-lhe investidura, desde que no momento da contratação a alçada cronológica já estava superada.

Como se percebe, a hipótese não se amolda ao dispositivo consagrado na Súmula nº 14 do STF.

Pelo contrário, a tese sustentada no Acórdão recorrido corresponde à velha e autorizada jurisprudência — hoje dominante em nossos tribunais.

Esta vitoriosa corrente jurisprudencial gerou-se em uma constatação: em tema de nulidade do ato administrativo, é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade formal, para que ele se coloque em harmonia com outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito.

O princípio da legalidade gerou um outro: o do primado dos interesses públicos sobre os particulares.

Este princípio, erigido em preceito maior do Direito Administrativo foi, desgraçadamente, levado a exageros e deformações.

Assim, “os superiores objetivos da Administração” foram muitas vezes confundidos com os subalternos interesses do príncipe.

O sagrado postulado, vítima de solertes fraudes, transformou-se em caldo de cultura, onde proliferaram e se desenvolveram o fascismo e tantas outras espécies de tiranias.

A necessidade de colocar freios a tão dolorosos exageros trouxe à evidência antigos valores, até então relegados ao discreto plano do Direito Privado. Constatou-se que a estabilidade da ordem jurídica depende de que se prestigiem entidades como a boa-fé e a segurança das relações jurídicas.

Em lenta e segura evolução, a Doutrina e a Jurisprudência aproximam-se de uma solução de equilíbrio entre aqueles valores simétricos. Solução magistralmente resumida na advertência do Ex-Presidente da Corte Suprema Argentina, Miguel Angel Berçaitz, *in verbis*:

“Vale notar que não se deve declarar qualquer nulidade, pela nulidade mesma, como no Direito Privado. Sem prejuízo econômico ou do interesse público, deve-se manter a estabilidade do ato ou do contrato.” (Teoria General Del Contrato Administrativo — 2ª Ed. — Depalma — pág. 511).

“O Legislador brasileiro, sensível à preocupação, inseriu no Direito positivo, sistema em que se condicionou a declaração de nulidade à conjunção entre a lesividade e alguns vícios”. (Lei nº 4.717, de 20/6/65, arts. 2º, 3º e 4º).

Em sede de concurso público, não se deve perder de vista a finalidade para a qual se dirige o procedimento.

Tal escopo evidencia-se no próprio conceito de concurso público: o procedimento administrativo destinado a escolher, entre vários candidatos, aqueles melhores dotados, para a execução de um trabalho ou ao exercício de emprego, cargo ou função.

O concurso público é, assim, um procedimento administrativo, em tudo semelhante aos processos judiciais. Deve, portanto, observar os princípios gerais do Direito Processual.

A questão das nulidades, no processo civil brasileiro, observa o “Princípio da Finalidade” (a que Pontes de Miranda denomina “instrumentalidade das formas”). Este cânone se traduz no artigo 244 do Código de Processo Civil, assim:

“Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

A finalidade do concurso público a que se submeteu a Recorrida foi a seleção de professores para, sob contrato de trabalho, integrarem o corpo docente da rede escolar.

No propósito evidente de evitar o ingresso de pessoas imaturas, o regulamento do concurso fixou em dezoito anos a idade mínima dos candidatos.

A restrição, embora colocada como fator dirimente da inscrição destinava-se, obviamente, ao exercício do emprego.

Assim, se o candidato menor de idade foi, de boa-fé, inscrito e aprovado no concurso, atingiu o limite mínimo de idade, denegar-lhe a investidura seria contrariar o princípio da finalidade.

Como à deficiência original não corresponde cominação expressa de nulidade, o concurso deve ser aproveitado.

Na hipótese, a Recorrente que, no momento da inscrição não atingira a idade mínima para o exercício do magistério oficial, completou-a no curso do procedimento seletivo. Hoje, ela é titular de todos os requisitos necessários à investidura.

Por que lhe negar o contrato?

Como fazê-lo, sem desviar o procedimento de sua finalidade?

Ainda no Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar situação análoga (AMS nº 87.382-9), o Eminentíssimo Ministro William Patterson enriqueceu o voto com que conduziu a 2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, tecendo estas observações:

“Acontece, porém, que o objetivo da impetração, qual seja a inscrição no concurso, restou exaurido com concessão da liminar e posterior confirmação em sentença, através da qual foi deferida a possibilidade da apresentação do diploma, na oportunidade da posse.

Inobstante a expressa recomendação do edital sobre o ato de inscrição o momento oportuno para tal apresentação, o certo é que o MM. Juiz *a quo* levou em consideração os termos do Decreto nº 81.315, de 1978, além de outras circunstâncias de ordem administrativa, que dificultaram o cumprimento rigoroso da exigência do referido edital.

Esses aspectos recomendam a manutenção do decisório, embora não se possa conceber ilegítima a regra impugnada.”

O acórdão resultante deste voto foi resumido, nesta ementa:

“Não é ilegítima a exigência do edital sobre a apresentação do certificado de comprovação da escolaridade no ato de inscrição. *Deferida a liminar, posteriormente confirmada em sentença, para possibilitar a concorrência no processo seletivo, com a obrigatoriedade de cumprimento do requisito por ocasião da posse, exauriu-se a pretensão do “writ”, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão, considerando, ainda, as circunstâncias nela acentuadas.*”

Merece transcrição a ementa do V. Acórdão, em que a 3ª Turma do Tribunal Federal de Recursos julgou a AMS nº 90.527:

“Concurso público. Inscrição. Curso superior. Exigência, no edital, de apresentação de diploma. Se o impetrante, no ato da inscrição, prova estar concluindo o curso, e, posteriormente, alcança a láurea, apresentando prova de conclusão do curso universitário, deferida há de ser sua pretensão. No ato de posse, a exigência de apresentação de diploma devidamente registrado no Ministério da Educação.”

É do Eminentíssimo Ministro Adhemar Raymundo, relator deste julgado, o feliz registro de que:

“As decisões deste tribunal, enumeradas na sentença, constituem a comprovação de que esta Corte tem se mostrado sensível a situações como a dos autos, em que a demonstração, pela impetrante, de que a necessária escolaridade universitária, definida, posteriormente, com a conclusão do curso, é o suficiente para pleitear a sua inscrição, feita a título precário, ante

a concessão da liminar. *Profundamente injusto seria a denegação da segurança, porquanto a impetrante, aprovada no concurso, após a conclusão do curso de Enfermagem, detém uma situação de fato que não pode ser desconsiderada, em nome de uma exegese rigorosa, que contraria os mais elementares princípios de Justiça.*”

A Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos assentou-se neste sentido. Vejamos alguns outros arestos:

“Concurso — Ascensão Funcional — Inscrição.

*A inscrição no concurso através de liminar e a junta posterior do certificado do curso, confirmando que realmente o candidato estava em vias de se diplomar, conduzem-se a manter a situação já constituída. Ressalvo a legalidade da exigência de apresentação da habilitação no momento da inscrição, no que já se acha a Administração garantida, ainda mais que o Edital do concurso prevê a anulação de todos os atos, se o candidato não apresentar a comprovação do registro do diploma até 30 dias antes do início da 2ª etapa.*” (AMS 107.273 — Relator Ministro Otto Rocha — DJ 28.08.86);

“Administrativo. Ascensão funcional. Escolaridade.

“Deferida a liminar, posteriormente confirmada em sentença, para possibilitar a concorrência no processo seletivo, com a obrigatoriedade de cumprimento do requisito por ocasião da posse, exauriu-se a pretensão do “*writ*”, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão, considerando, ainda, as circunstâncias nelas acentuadas”, conforme a Apelação em Mandado de Segurança nº 107.672. Apelação improvida e sentença confirmada.” (AMS nº 107.213 — Relator Ministro Nilson Naves — LEX/Vol. 66 — pág. 180);

“*Direito de Admissão que se assegura ao candidato que, após aprovação no concurso realizado, apresenta o diploma, comprovando a escolaridade antes da posse ou da assinatura do respectivo contrato de trabalho.*” (AMS nº 107.809 — Relator Ministro Carlos Thibau — in DJ 05.03.87);

“Administrativo. Ascensão funcional. Inscrição no concurso decorrente do deferimento de medida liminar. Apelação provida e segurança concedida.” (AMS nº 108.183 — Relator Ministro Nilson Naves — in DJ 20.08.87).

No Supremo Tribunal Federal, o “Princípio da Finalidade” encontra melhor abrigo.

Nos primórdios de minha advocacia, em 1966, tive a honra de atuar como patrono da Recorrente, no Recurso em Mandado de Segurança nº 16.742. Naquele cuidou-se de situação fática muito próxima do que ora ocorre com a Recorrente. Naquele processo, minha constituinte obtivera matrícula, através de Mandado de Segurança liminarmente concedido. A segurança veio a ser cassada, quando sua beneficiária já havia alcançado o objetivo perseguido através da Impetração: terminara todo o curso.

Por ilustrativo, peço vênica para transcrever o relatório oferecido pelo saudoso Ministro Luiz Gallotti (cfr. RTJ — 41/251):

“Trata-se de um desses casos de média para aprovação. A impetrante conseguiu a segurança pela sentença de 1ª instância, que produziu seus efeitos, até que foi cassada pelo Tribunal Federal de Recursos, por acórdão de 24.6.65. A sentença era de 4.12.62.

O Tribunal Federal de Recursos cassou a segurança, de acordo, aliás, com a jurisprudência:

“Ensino Superior. Média de aprovação — Não contravém à lei, ao contrário, a ela se amolda fielmente, o Regimento Interno de estabelecimento de ensino superior que fixa a média 5 como mínimo para aprovação do aluno.”

Mas, no recurso, a impetrante alega que se formou em dezembro de 1964, quando a cassação da segurança ocorreu em junho de 1965. Depois disso, aliás, já fez concurso, em que foi habilitada.

Proferi despacho, exigindo o seguinte:

“Oficie-se ao Sr. Diretor da Faculdade Nacional de Filosofia, solicitando informar quando se formou a impetrante Valentina da Rocha Lima, ou seja, se isso ocorreu em dezembro de 1964 (fls. 92)”.

Meu ofício foi de 14 de novembro, mas, como não tive ainda resposta, a recorrente trouxe aos autos prova no sentido de que, realmente, a sua formatura é anterior ao acórdão que cassou a segurança, ou seja, a formatura ocorreu quando ainda a sentença, concessiva da segurança, produzia seus efeitos.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.”

A partir destes fatos, o saudoso Ministro resumiu seu voto, dizendo:

“Ela se formou em 1964 e em junho de 1965 é que o Tribunal Federal de Recursos cassou a segurança, depois de ela já se ter formado. Isso está provado nos autos.

Em face das circunstâncias especiais do caso e de acordo com reiteradas decisões do Tribunal, dou provimento ao recurso.”

Deste voto resultou acórdão unânime traduzido nesta ementa:

“Média para aprovação em curso superior.

Pode o Regimento da Faculdade exigir a média cinco.

Caso em que, apesar disso, se restabelece a sentença concessiva da segurança, porque ela fora cassada meses depois da formatura.”

No precedente, acima destacado, a cassação da Segurança ocorreu depois da formatura. Aqui, o ato de recusa alcançou o concurso homologado, a candidata aprovada.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continuou em outros julgados. Vejamos alguns:

“Ensino superior. Média mínima de aprovação.

Tendo o impetrante concluído o curso, mantém-se a sentença concessiva do mandado de segurança, em atenção à natureza do efeito produzido pelo julgado.” (RE nº 60.408 — RTJ 41/857)

É válida a exigência da média superior a quatro para aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento.

Mas, em casos análogos ao presente em face da situação criada pela concessão da segurança concedida na primeira instância e por efeito da qual os impetrantes colaram grau e vêm exercendo a profissão desde 1960, segurança só cassada quase três anos depois (em setembro de 1963), tem o Tribunal entendido que deve restaurá-la.” (RE nº 15.513 — RTJ 41/593).

O Ministro Xavier de Albuquerque, com a elegância que o caracteriza, registrou nestas palavras a sensibilidade com que o Supremo Tribunal prestigiou a teleologia, nos processos de seleção e formação:

“O poder desses fatos não é despiciendo. Em certa época, multiplicaram-se mandados de segurança contra a exigência de média mínima de aprovação no ensino superior. Deram-se liminares e concederam-se seguranças que propiciaram a continuação dos cursos e a graduação dos impetrantes. Muito tempo depois, quando firmado o entendimento de que era legítima a exigência, cassaram-se tais concessões. Mas o Supremo Tribunal, em atenção às situações de fato criadas pelo deferimento liminar ou inicial dos mandados de segurança, foi levado a restaurá-los em vários casos.” (RE nº 92.757 — RTJ 95/476).

Voltemos à hipótese dos autos: lamentável (ou providencial) engano da Administração, deu à recorrente, acesso ao concurso e oportunidade de demonstrar sua qualidade intelectual.

O chamamento para a contratação demorou, ensejando se adimplisse o único requisito de que ela carecia.

Agora, não mais existe inscrição a cancelar. Existe, sim, uma candidata aprovada, madura, com boa classificação: no ponto de ser contratada.

O procedimento seletivo atingiu sua finalidade, sem causar prejuízo ao patrimônio público.

Desconstituí-lo agora, seria — não homenagear a Súmula 473 — mas praticar ato iniciado por desvio de finalidade (Lei nº 4.717/65). Seria praticar ato lesivo ao interesse público. Eis que a desconstituição do certame resultaria na troca de candidato bem classificado por outro, presumivelmente de qualidade inferior.

Como se percebe, o V. Acórdão recorrido, além de não entrar em dissídio com qualquer dos três verbetes da Súmula, deu à controvérsia a solução mais consentânea com o Ordenamento Jurídico.

Não conheço do recurso.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente — Se o edital exigia a comprovação de 18 anos por ocasião da inscrição e não foi exigida dela essa prova, e quando foi fazer o concurso já tinha 18 anos, acho que não há dúvida nenhuma. Acompanho o Sr. Ministro Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.518 — RJ — (90.0012592-8) — Rel.: Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Estado do Rio de Janeiro. Recdo.: Ana Lúcia de Abreu

Gomes. Advs.: Drs. Aline Reis de Souza Jatahy e Macario de Lemos Picanço.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 19.08.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.589 — MG

(Registro nº 90.0012761-0)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Glamour Novidades Ltda.*

Recorrida: *Helena Uhebe*

Advogados: *Drs. Aristóteles Dutra Araújo Atheniense e outros, e João Milton Henrique*

**EMENTA:** *Locação. Renovatória. Lei de Luvas. Indicação de fiadores e prova da idoneidade dos mesmos. Momento. Extinção do processo. Recurso conhecido pelo manifesto dissídio mas improvido.*

I — Em se tratando de ação renovatória regida pela “Lei de Luvas”, a prova da idoneidade dos fiadores pode ocorrer na fase instrutória. A indicação dos fiadores, no entanto, com sua aceitação, deve ser feita com a inicial, sob pena do indeferimento dessa, por sua essencialidade.

II — Se o indeferimento não ocorrer no momento próprio, incumbe ao juiz, posteriormente, extinguir o processo sem apreciação do mérito, não sendo caso, porém, de carência da ação.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e 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, 05 de fevereiro de 1991 (data do julgamento).

Ministro BUENO DE SOUZA, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

## EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: A r. sentença julgou a recorrente carecedora da ação renovatória de locação comercial por não ter cumprido requisito do art. 5º da “Lei de Luvas” — indicação dos fiadores e prova da anuência e idoneidade dos mesmos.

A eg. Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais negou provimento, por maioria, ao apelo da autora, ensejando a interposição de embargos infringentes, também desprovidos por maioria, consignando o acórdão ser inafastável a exigência do art. 5º, *e e f*, do Decreto 24.150/34, quanto à oportunidade de sua apresentação, porque essencial.

Em seu recurso, pautado nas alíneas *a e c* do art. 105, III, da Constituição, sustenta a recorrente a possibilidade de ser atendida a exigência legal durante o curso da causa.

O apelo foi admitido na origem ao fundamento central de que, ocorrendo dissídio na matéria, conveniente seria a manifestação deste Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Em preliminar, fundando-se o recurso nas alíneas *a e c* do art. 105, III, da Constituição, em torno de teses jurídicas inegavelmente polêmicas nos pretórios estaduais, e não tendo ainda esta jovem Corte se pronunciado na matéria, quer-me parecer que não se deve pautar com rigidez na apreciação do seu cabimento, dada a missão constitucional atribuída a este Tribunal

de fiel guardião do direito federal, assegurando-lhe a inteireza e a uniformidade de interpretação.

Daí adotar, no caso concreto, no que tange à alínea c, a mesma orientação que venho esposando em casos anteriores, dentre os quais registro o REsp 2.122-MS, em cuja ementa se lê:

“III — Conhece-se do recurso especial sob a alínea c do art. 105, III, da Constituição, mesmo quando a parte não faz a demonstração analítica das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, se notório o dissídio na matéria, dado o escopo do recurso em assegurar a unidade do direito federal”.

De igual forma, ainda em preliminar, assinalo não descortinar a incidência do enunciado nº 5 da nossa jurisprudência sumulada, segundo o qual “a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial”. Consoante anotou a decisão de admissibilidade do recurso na origem.

“Importa considerar que tanto a tese vencedora como a vencida, em vários momentos passam pelo exame de cláusulas contratuais antes de chegar ao fundamento decisório. Contudo, de certa forma afastam a necessidade de valer-se delas para solucionar a questão...”

Prende-se a controvérsia, em última análise, em saber se, em se tratando de renovatória de locação sujeita à “Lei de Luvas”, a indicação dos fiadores seria necessariamente com a inicial.

As instâncias ordinárias entenderam da imprescindibilidade, na sentença, na apelação e nos embargos infringentes, embora não de forma unânime.

Em contrato celebrado em 1983, por cinco anos, na cláusula 11ª, estabelecido ficou que “os fiadores e principais pagadores”, solidariamente ficariam “obrigados com a “locatária” no cumprimento de todas as cláusulas do presente contrato de locação, até a terminação do mesmo e efetiva devolução das chaves”, tendo sido aduzido que, “enquanto perdurarem as leis do inquilinato que prorrogarem as locações, os fiadores do presente instrumento não poderão se exonerar das obrigações assumidas neste pacto, abrindo mão expressamente da faculdade contida nos artigos 1.491, 1.500 e 1.502 do Código Civil Brasileiro”.

A recorrente argumenta que na inicial acentuara que as demais cláusulas do contrato permaneceriam nas mesmas condições do contrato original, que os fiadores são sócios da própria locatária e que a prova da

indicação dos fiadores, da aceitação e da idoneidade, poderia ser feita no curso da causa.

A recorrida, por sua vez, manifestando apenas quanto à admissibilidade do recurso, após invocar o criticável verbete 400 da Súmula/STF e tecer considerações sobre os paradigmas, limitou-se a fazer distinção, realçada no acórdão, entre prorrogação e renovação de contrato, concluindo por entender inadmissível o apelo.

Tenho para mim que a polêmica questão de fundo está a reclamar tratamento por partes.

Como observou o em. Juiz Mercedo Moreira, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes, reformulando parcialmente seu voto como Relator da apelação, a prova da idoneidade dos fiadores pode ser feita no curso da ação renovatória, até porque, acrescente-se, conforme lição de Buzaid, “a sanção legal pela falta de prova da idoneidade do fiador é a improcedência da ação” (“Da Ação Renovatória”, Saraiva, 2ª edição, nº 188, vol. I, p. 340).

Cuidando-se de fiadores, doutrinam Franco e Gondo (“Ação Renovatória e Ação Revisional de Aluguel”, RT, 3ª edição, 1977, nº 122, p. 152):

“A inexistência da prova de aceitação da fiança pelo fiador, com a inicial, sujeita o locatário a ser julgado carecedor da ação já no despacho saneador. Essa prova é indispensável, ainda que se trate dos mesmos fiadores já constantes do contrato em curso, não se presumindo que eles aceitem novamente o encargo na prorrogação do contrato. Ao contrário, o que se deduz da falta desse documento essencial é que eles não pretendem continuar garantindo a locação, dado o princípio de interpretação restritiva da fiança. Essa é a orientação certa e ajustada aos termos da lei, não obstante haja uma ou outra decisão isolada dispensando a prova de aceitação da fiança pelos fiadores que figuram no contrato cuja prorrogação se pretende, ou permitindo sua exibição durante a instrução do processo”.

Quando da interposição dos embargos infringentes, por seu douto Patrono a recorrente trouxe ao debate dois arestos do eg. Tribunal de origem (Apelações 17.027 e 27.881, publicadas na “Revista de Julgados”, TAMG, vols. 11/196 e 24-25/192, relatores os seus então Juízes Humberto Teodoro e Bady Curi, afirmando a possibilidade da comprovação dos requisitos durante a fase probatória.

Impende consignar, contudo, que mesmo naquele Colegiado pelo menos dois julgados precedentes esposam teses diversas, como se vê das

Apelações 37.183 e 17.395, lançadas nos vols. 34-37/163 e 12/109, relatores os Juizes Carlos Biasutti e Márcio Sollero, respectivamente, constando deste último, em acórdão no qual atuei e proferi voto como vogal:

“Na ação renovatória a prova de aceitação da fiança pelos fiadores, ainda que se trate dos mesmos que já figuram no contrato em curso, deve vir para os autos com a petição inicial, sob pena de indeferimento do pedido”.

Extraio, do fundamentado voto do seu eminente Relator, após mencionar as condições da ação:

“Induvidoso que na espécie se acham reunidas todas e cada uma das referidas condições. De fato, quanto à primeira, porque existe abstratamente dentro do ordenamento jurídico um tipo de providência como a que se pede através da ação; quanto à segunda, porque surge ela da necessidade que tem o autor de obter através do processo a proteção ao interesse substancial; quanto à terceira, porque induvidosa a titularidade da ação por parte do autor.

Inadequado, pois, falar-se, no caso, em carência de ação. A questão posta no recurso há de ser vista sob outro enfoque. Estabelece o C.P.C. em seu artigo 283 que a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. De outro lado, exige o Decreto nº 24.150/34, às expressas, em seu art. 5º, que a inicial na ação renovatória de locação seja instruída na conformidade do enunciado em suas alíneas *a usque g*.

Aqui, deixou o autor-apelante de apresentar prova de pagamento dos tributos municipais incidentes sobre o imóvel, referentes aos exercícios de 1975 e de 1979, este último então em curso; prova de pagamento das taxas devidas à COPASA relativas a todo o prazo do contrato renovando e bem assim do prêmio do seguro contra fogo e taxa de segurança pública. Ademais, embora houvesse o autor indicado os fiadores, deixou de qualificá-los, de referir-se à sua idoneidade financeira e de apresentar documento comprobatório de que os mesmos aceitavam solidariamente os encargos da fiança.

A jurisprudência, por certo, tem admitido que algumas exigências do art. 5º em foco possam ser comprovadas no curso do processo, havendo até mesmo certa tolerância no sentido de

ser relevada a demora ou falta de pagamento dos tributos de menor expressão.

Diferentemente porém, no que tange à comprovação do prêmio de seguro e da aceitação da fiança pelos indicados fiadores. A prova de aceitação da fiança pelo fiador — advertem Nascimento Franco e Nisske Gondo, escrevendo ainda sob o regime do Código de 1939 — deve vir para os autos com a petição inicial, sob pena de ser o locatário julgado carecedor da ação já no despacho saneador. A prova de aceitação é exigida ainda que se trate dos mesmos fiadores que já figuram no contrato em curso, não se presumindo nunca que eles aceitem os encargos de uma nova fiança. Ao contrário, o que se deduz da falta desse documento essencial é que os fiadores não se dispõem a continuar garantindo a locação. (“Ação renovatória e ação revisional de aluguel”, 2ª ed., nº 108, pág. 151).

Vê-se, pois, que não tem pertinência a invocação feita pelo apelante, aliás equivocadamente, com remissão ao art. 3º da Lei nº 6.014/73 e do § 5º do art. 3º do Decreto nº 24.150/34, parágrafo esse acrescentado a esse artigo pela Lei citada. Esse dispositivo legal, que constitui reprodução adaptada do art. 361 do Código de Processo revogado, tem por fito, somente, atribuir eficácia resilitiva à falta de pagamento de impostos, taxas ou contribuições que o locatário tenha de fazer, dez dias após a notificação. Tem ele a consequência de se explicitar que o efeito impeditivo da renovação está subordinado à notificação com o prazo decenal para o pagamento. É a lição de Pontes de Miranda, *in* “Tratado de Direito Privado”, tomo 41, § 4.516, nº 3, pág. 148.

Na espécie, porém, a locatária não argüiu infração contratual por falta de pagamento de impostos, taxas e contribuições. Incabível, assim, imputar-se-lhe descumprimento na norma contida no § 5º do art. 3º, retromencionado.

Argüiu ela, sim, descumprimento por parte do autor do exigido no art. 283 do CPC que na hipótese, encontra ainda o respaldo do art. 5º do Decreto nº 24.150/34. Daí porque intimado foi o autor para se manifestar sobre os termos da contestação, conforme o ordenado na parte final do art. 327 do CPC, no prazo de dez dias.

À evidência que tal intimação visava, dentre outros fins, a alertar ao autor quanto à necessidade de sanar os defeitos e

irregularidades da inicial, apontados na contestação. Contudo, fez ele ouvidos moucos à intimação ou, o que dá no mesmo, pretendeu sanar as irregularidades já vencido o prazo que para isso lhe fora assinado. Ora, conforme o art. 183 do Código, decorrido o prazo, extingue-se, independentemente da declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte, provar que o não realizou por justa causa.

E não se tendo valido o autor da ressalva contida na parte final desse dispositivo, impõe-se a conclusão de que não se utilizou dela porque justa causa não teria ocorrido para a não realização do ato. Conclusão esta, aliás, reforçada pelo fato já posto em realce de haver ele deixado transcorrer *in albis* o prazo de recurso da decisão que ordenou o desentranhamento da impugnação. Operou-se, portanto, a preclusão.

Não é de ser considerada, assim, a documentação oferecida com a apelação. Esse, o ato atingido pela preclusão. O caso era, pois, de indeferimento.

Irrelevante não tenha o digno Magistrado tomado essa medida liminarmente, observado, evidentemente, o disposto no art. 284, CPC. Dilucida Pontes de Miranda: "A petição inicial é instruída com os documentos em que o autor funda o pedido (art. 283). Se escapa ao juiz, e a tempo não manda que o junte, o réu pode pedir a extinção do processo". E noutra lance: "Se o juiz não indeferiu, a despeito dos fundamentos para fazê-lo, pois que era dever seu e posteriormente entende que era caso para o indeferimento ou o réu argüiu tal falta, no prazo do art. 297 ou do art. 298, tem o juiz de decretar a extinção do processo". ("Comentários ao CPC", Forense, 1974, nºs 2 e 6 ao art. 267, I, págs. 424 e 430). No mesmo sentido o magistério de Calmon de Passos em seus "Comentários ao CPC" pela Forense, vol. III, nºs 142, págs. 254/255.

Pelo exposto, conclui-se que se impunha *in casu*, o indeferimento da inicial com conseqüente extinção do processo".

Destarte, embora não vendo também a espécie sob o prisma da carência da ação, não tenho por vulnerado o direito federal, conhecendo do recurso pelo manifesto dissenso jurisprudencial, mas lhe negando provimento.

## ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Indago do Eminentíssimo Relator: em que oportunidade foi anexada pela empresa autora a indica-

ção dos fiadores, a sua anuência e a comprovação de sua idoneidade? Foi juntamente com as apelações apenas?

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Com a inicial não veio a indicação dos fiadores e a respectiva aceitação.

O SR. ARISTÓTELES ATHENIENSE (Advogado): Sr. Presidente, atendendo à indagação do Sr. Ministro Barros Monteiro, posso dizer que em nenhum momento o meu cliente foi indagado ou lhe foi reclamada essa prova. Nenhum prazo lhe foi concedido; somente depois que ele foi surpreendido com a sentença, nesse particular, é que se viu na obrigação, ou se julgou em condições de fazer essa prova, a que se refere V. Exa.

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, diante das circunstâncias aduzidas pelo eminente Relator, não me resta outra alternativa senão a de acompanhar o voto de S. Exa., já que no caso, de fato, houve provocação junto à autora, para que emendasse a inicial, mas ela não tomou as providências cabíveis oportunamente.

### ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Senhor Presidente, desejo trazer um esclarecimento à Turma.

O MM. Juiz, como se vê dos autos, não sentenciou de imediato. Ao contrário, em face da contestação, ensejou ao autor oportunidade para sobre a mesma manifestar-se, o que efetivamente veio a concretizar-se, no prazo legal de dez (10) dias, tendo a autora se limitado a dizer que da inicial já fizera constar que as demais cláusulas permaneceriam inalteradas, o que, aduziu, abrangeria os fiadores. E não trouxe aos autos, naquela oportunidade, a aceitação dos mesmos.

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Senhor Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, segundo o esclarecimento de V. Exa., o D. Juiz da causa não se limitou a julgá-la improcedente? Do processo não resultou que o autor não tivesse outro ensejo para suprir a inicial?

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O MM. Juiz deu oportunidade à autora para manifestar-se, nos termos do art. 327, CPC, tendo, inclusive, se reportado expressamente a esse dispositivo legal em sua sentença.

Acrescento que não dei este esclarecimento quando da indagação do Ministro BARROS MONTEIRO porque não me recordava desse aspecto, em face do adiamento deste julgamento, marcado inicialmente para dezembro último.

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, diante deste esclarecimento sobre a situação de fato, modifica-se a minha posição, porque houve uma situação de descuido por parte da autora, que foi intimada da impugnação feita pelo réu, quando do oferecimento da contestação, acerca desta falta ocorrida na petição inicial.

O ilustre Advogado mencionou que a parte, a autora, foi surpreendida com a sentença.

O DR. ARISTÓTELES ATHENIENSE (Advogado): Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, gostaria que V. Exa. examinasse os autos, se fosse o caso. A parte foi surpreendida pela sentença, tanto assim que só juntou esses documentos depois da sentença.

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Presidente): Concluo, Senhor Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, que não houve despacho do Juiz, de estrita inspeção sua; mas, de qualquer modo, em virtude da contestação, houve o ensejo, assegurado pelo Juiz, na sentença, de admitir a providência probatória.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Leio, para V. Exa, o que disse o MM. Juiz, ao sentenciar, e que se encontra a fls. 37 dos autos:

“No entanto, não veio para os autos a indicação dos fiadores.

Quer se valer de que a indicação já está feita, pois, seriam válidas as demais cláusulas do contrato.

Admito até que tal poderia ser aproveitável e mesmo a prova da idoneidade poderia ser feita no curso da ação, *ex vi* RT 612/131.

Todavia, não se perca de vista o art. 301, do CPC.

Entretanto, descurou, *data venia*, a Suplicante, do art. 327 do CPC.

Dentro do prazo previsto neste artigo, a Suplicante poderia ter trazido para os autos a prova da indicação e de idoneidade financeira dos fiadores. Não o fez.

O momento processual adequado para tal desiderato não foi aproveitado.

Não se pode perder de vista que o processo é instrumento de pacificação social e o procedimento a garantia das partes.

Mesmo admitindo, somente pelo prazer de argumentar, de que a indicação tenha sido feita, não veio a prova da idoneidade dos fiadores e nem se estes aceitam a prorrogação da fiança.

Neste sentido, meto a rol:

“Se o locatário indica os primitivos fiadores, não fica desonerado de fazer prova de que estes concordam com a prorrogação da fiança” (JTA 95/386).

Assim, o pedido exordial não pode prosperar”.

## RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: Verifico que, a despeito de o Juiz não haver, por iniciativa própria, conferido a oportunidade de regularização da inicial, contudo, oportunidade houve, em vista da arguição contida na defesa. Ainda mais, os autos demonstram que o Juiz estava infenso a admitir esta comprovação, mesmo no curso do processo, fato que, entretanto, não ocorreu.

Por isso, acompanho o Sr. Ministro-Relator.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, pela contrariedade à lei federal, a todas as luzes não pode o recurso ser conhecido. A lei federal é exatamente no sentido — art. 5º, letra e —, de que com a petição inicial deve o locatário, autor da ação renovatória, juntar a indicação do fiador, quando houver, e se for pessoa física referir o nome por inteiro, estado civil, etc., etc.

E prossegue o dispositivo:

“Em ambos os casos deverá ser, também, desde logo, comprovada a idoneidade do fiador oferecido.”

Então, o texto legal apresenta-se realmente mui rigoroso, e a jurisprudência é que tem, por razões quiçá de conveniência, em casos concretos, lhe abrandado esse rigorismo.

Mas, se conhecido do recurso pelo dissídio jurisprudencial, inclino-me a acompanhar também o voto do Eminentíssimo Relator. É certo que o Código de Processo Civil vigente atribui ao Juiz uma atividade, digamos assim, pedagógica, no exame preliminar da petição inicial. É claro que,

em tese, cuida-se de dispositivo processual muito conveniente, muito interessante, mas que por vezes se choca com as realidades da vida forense e com o extremo acúmulo de serviço na maioria dos nossos pretórios, a dificultar tal análise prefacial.

Verifica-se que, no caso concreto, a petição inicial é de extrema singeleza e não preenche as condições do referido dispositivo legal, pois apenas diz o seguinte:

“No tocante às demais Cláusulas do contrato, estas deverão permanecer nas mesmas condições do contrato original.”

Não há sequer uma referência genérica à fiança e garantias, mas apenas o que acabei de ler. Daí, na contestação, o locador suscitar a preliminar que entendeu ser de carência da ação, fazendo remissão ao art. 5º, letras *e* e *f*, do Decreto (*rectius* da lei) 24.150/34, e alegando que a observância das exigências legais é indispensável à aceitação do tipo de demanda.

Ora, feita esta argüição na contestação e aberta vista para réplica à autora, esta, na réplica à contestação, lembra que teria mencionado a inalterabilidade das “demais cláusulas” do contrato. E refere que no corpo do contrato já estão o nome, as qualificações dos fiadores e de suas respectivas esposas. Afirma ainda que, caso julgue a ré, os fiadores como inidôneos, as provas da eventual idoneidade poderiam ser posteriormente trazidas aos autos. Ainda diz:

“Até a presente data, os fiadores foram idôneos o bastante para manter a garantia do contrato de locação e não será agora que deixarão de sê-lo. Tudo não passa de mera formalidade processual, que poderá ser sanada a qualquer tempo, para que, finalmente, possa a renovatória ser deferida”.

Com esta réplica não foram trazidos, todavia, os documentos que a lei específica exige sejam trazidos com a inicial.

Vem, então, a sentença, pela qual o Juiz extinguiu o processo, fazendo aquelas alusões a que já se referiu, em aditamento ao voto, o Eminentíssimo Relator.

Parece-me, Eminentíssimos Colegas, que no caso dos autos a tese da sentença não se opõe à tese da lei. Caso não é, pois, de recurso especial, com a devida vênia.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.589 — MG — (90.0012761-0) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Glamour Novidades Ltda. Recda.: Helena Uhebe. Advs.: Drs. Aristóteles Dutra Araújo Atheniense e outros e João Milton Henrique. Sust. oral p/ recte.: Dr. Aristóteles Atheniense.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento. (4ª Turma — 05.02.91)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Bueno de Souza e Athos Carneiro.

O Sr. Ministro Fontes de Alencar não proferiu voto por não estar presente à leitura do relatório.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.



## RECURSO ESPECIAL Nº 6.594 — MG

(Registro nº 90127661)

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

Recorrente: *José Sacido Bárcia Filho*

Recorrido: *Bazar Ponto Chic Ltda.*

Advogados: *Drs. Arésio A. de Almeida Dâmaso e Silva e outros e Zaidan Baracat*

**EMENTA:** **Locação não residencial. Aquisição do imóvel (Lei nº 6.649/79, art. 14). Ação de consignação de aluguéis (procedência). Pode o locatário, na condição de devedor, requerer, com efeito de pagamento, a consignação de aluguéis vencidos. A denúncia do contrato, de parte do adquirente do imóvel, não torna, por si só, justa a causa para a recusa. Recurso especial conhecido pelo dissídio, porém improvido.**

## ACÓRDÃO

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

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

Brasília, 12 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Ação de consignação em pagamento, intentada por locatária de imóvel não residencial contra o adquirente de tal imóvel, foi julgada improcedente, considerando, a sentença, justa a recusa ao recebimento dos aluguéis, vez que “a venda rompe a locação”. Mas, em grau de apelação, o acórdão, provendo o recurso, julgou-a procedente, por maioria de votos. Nos embargos infringentes, restou confirmado o acórdão, *in verbis*:

“José Sacido Bárcia Filho opõe embargos infringentes ao acórdão de fls. ao entendimento de que o voto vencido, do eminente Juiz Gomes Lima, que deu pela impossibilidade de se obrigar o adquirente do imóvel locado em receber do primitivo locatário, o valor correspondente ao preço do aluguel, pelo tempo da ocupação, atende aos ditames do direito.

Pedindo vênias ao eminente Juiz Gomes Lima, ponho-me de acordo com os votos vencedores.

O fato do primitivo locatário continuar ocupando o imóvel alienado, assegura-lhe o direito de pagar ao adquirente o preço a título de indenização pelo tempo da ocupação. A recusa do novo proprietário não tem a menor justificativa no caso. Jamais vai induzir, em princípio, vinculação locatícia tácita, matéria a ser questionada no ambiente da ação de despejo.

A questão é simples e dispensa maiores comentários.

Rejeito os embargos.

Custas, pelo embargante.”

Na petição de recurso especial, o adquirente, pela alínea *a*, tem por ofendidos os arts. 3º do Cód. de Pr. Civil, 1.197 do Cód. Civil e 14 da Lei nº 6.649/79, e pela alínea *c* tem por configurado dissídio.

Subiram os autos, acompanhados deste despacho do Juiz Joaquim Alves:

“Alega o recorrente que se recusa a receber os aluguéis porque não quer a prorrogação da locação, nem quer correr o risco de, estando propondo ação de despejo contra o locatário, dar qualquer motivo para que se presuma manifestado seu consentimento em nova locação.

A espécie — apesar de haver mais de um voto na eg. Câmara expressando o pensamento de que tudo se resume em questão simples — traz a este juízo motivo de reflexão sobre a incidência das normas invocadas pelo recorrente.

Um dos argumentos basilares da Câmara é que não seria justo o locador deixar de receber o aluguel, primeiro porque o fato não induz prorrogação do vínculo locatício, segundo porque o locatário não pode pretender enriquecimento sem causa (fls. 77, *in fine*).

Ora, se o locador não quer receber os alugueres, não há se falar em enriquecimento sem causa do locatário, *data venia*. Examinando-se o fato como ele é — uma ação consignatória—, torna-se estranho procurar o próprio motivo da ação: quero consignar, porque não quero enriquecer...

De outro lado, se o locador não quer, assiste razoável dúvida neste juízo de admissibilidade sobre o mérito das alegações do novo proprietário: não quer receber, não quer prorrogar a locação, não quer dar margem mínima a que, numa outra ação — a de despejo — se possa alegar pelo menos consentimento tácito em nova locação. A decisão desta Câmara, parece, em princípio, adotar posição estranha, protegendo o direito de receber de quem não quer receber.

Trouxe o recorrente, ademais, diversas ementas de decisões de outros Tribunais do país, em que se nota que o novo adquirente pode recusar os aluguéis do contrato que recebeu e não se obrigou a respeitar. É certo que a simples apresentação de ementas desatende aos requisitos do art. 255, parágrafo único, do RISTJ, mas sendo o dissídio mais que aparente, creio ser recomendável que suba o recurso ao exame do órgão constitucionalmente competente para harmonizar a interpretação de lei federal.

Admito, pois, o recurso, e determino a sua remessa imediata ao excelso Superior Tribunal de Justiça.”

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): De acordo com o art. 14 da Lei nº 6.649, de 16.5.79, pode o adquirente do imóvel denunciar o contrato de locação, “salvo se a locação for por tempo determinado e o respectivo contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e constar do Registro de Imóveis”. Ausente, no caso concreto, a ressalva, essa providência, ao que depreendo dos autos, foi tomada pelo réu-recorrente, que, como arrematante, em audiência de praça, adquiriu o imóvel descrito na inicial.

Acontece, porém, que a denúncia do contrato não retira daquele que ocupa o imóvel a condição de devedor: de aluguel, ou de outra prestação, mas exatamente em decorrência da ocupação. Tanto dele não se subtrai tal condição que é necessário ato judicial para desfazer o contrato e ordenar a retomada. Dessa forma, à semelhança do acórdão recorrido, não me parece justa a recusa, apresentada pelo credor, para deixar de receber. Como a dívida extingue-se pelo pagamento, e dívida existe, e como o credor recusou-se a receber o pagamento, vejo admissível a ação proposta, qual precedente da 4ª Turma, Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, com essa ementa:

“Locação. Imóvel arrematado pelo financiador. Locação irregular. Consignatória. Via própria.

— Na condição de devedor de aluguéis vencidos, lícito é ao locatário utilizar-se da via consignatória contra o arrematante do bem para exonerar-se do débito, sendo irrelevantes as circunstâncias que ensejaram a locação.

— Enquanto o financiador-arrematante não retirar o inquilino pela via judicial adequada, tem este o direito de quitar-se dos locativos.” (REsp-1.915, DJ de 2.4.90).

Existindo dissídio com julgados do 1º Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro (AC's 36.151 e 64.720, fls. 102 e 103), conheço do recurso pela alínea c, porém lhe nego provimento.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.594 — MG — (90127661) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: José Sacido Bárcia Filho. Recorrido: Bazar Ponto Chic Ltda. Advogados: Drs. Arésio A. de Almeida Dâmaso e Silva e outros e Zaidan Baracat.

Decisão: a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pela alínea c, mas lhe negou provimento (3ª Turma, 12/03/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.793 — CE

(Registro nº 90.13188-0)

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

Recorrente: *Cia. Energética do Ceará — COELCE*

Recorrido: *André de Souza Costa*

Advogados: *Drs. José Araújo Lima e outros e Evandro Lima de Oliveira*

**EMENTA: DENUNCIÇÃO DA LIDE. CONDENAÇÃO EXCLUSIVA DO LITISDENUNCIADO.**

**Na denúncia da lide promovida pelo réu, é inadmissível a condenação direta do denunciado a compor os prejuízos reclamados pelo autor, sem apreciação da lide principal.**

**Recurso especial conhecido e provido.**

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 18 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de reparação de danos intentada em razão de acidente automobilístico. O réu, em contestação, denunciou à lide Francisco Rodrigues dos Santos, sob alegação de que este era o proprietário do veículo à época do abalroamento. O denunciado, por sua vez, citado, permaneceu revel.

O MM. Juiz julgou procedente a demanda, ao entendimento de que o condutor — o réu — era o responsável, mesmo porque sem a tradição não se operara a transferência do bem móvel.

O demandado apelou e o Eg. Tribunal de Justiça do Ceará deu provimento ao recurso para reformar a sentença, em Acórdão que porta a seguinte ementa:

“Aquele que entrega veículo a terceiro incorre em culpa *in eligendo* e *in vigilando*, pouco importando seja ou não o guiador seu preposto. O proprietário do carro não se exime da responsabilidade civil se este se encontra, e de forma regular, matriculado em seu nome.” (fl. 125).

Para melhor compreensão da espécie, transcrevo os fundamentos do julgado, *in verbis*:

“Indiscutível a procedência do apelo.

Lamentavelmente, a prestação jurisdicional do 1º Grau incorreu em vários equívocos, dentre os quais ascende, o de presumir responsável pelos danos o guiador, e não o proprietário do veículo, vale dizer, aquele em nome de quem este se encontra registrado no órgão próprio, que no Ceará, a este tempo, é o DETRAN.

A revelia do proprietário, por outra parte, não pode culminar em detrimento do guiador, mas sim daquele. Esse entendimento, aliás, é pacífico noutros tribunais como o é o nosso. Por isso e por tudo o mais que dos autos consta, conheço do apelo e dou-lhe provimento para reformar a V. sentença apelada, julgando procedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais.” (fls. 126/127).

Daí o recurso especial manifestado pela autora, dando como violado o art. 75, II, do CPC.

O despacho presidencial admitiu o apelo extremo, fazendo alusão ao art. 159 do CCB.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A decisão monocrática de 1ª instância julgara procedente a ação, impondo ao réu a condenação pleiteada. O V. Acórdão recorrido deu provimento ao apelo interposto pelo mesmo réu; manteve a procedência da ação, só que aí contra o litisdenuciado.

O julgado não examinou, portanto, a lide principal; nem tampouco a secundária. Tudo indica que a denúncia à lide foi apreciada como se fosse um simples litisconsórcio passivo, entre denunciante e denunciado.

A causa restou, portanto, apreciada de modo incompleto. Cabia ao Tribunal verificar por primeiro a responsabilidade do réu-denunciante e, ao depois, caso acolhida a ação, a responsabilidade do denunciado.

Segundo observação do Ministro Sydney Sanches, “se A propõe ação com pretensão indenizatória perante B e este denuncia a lide a C, o juiz, se julgar procedente a ação principal (de A contra B), deverá julgar, no mesmo ato, a ação incidental de B perante C. Não pode, por exemplo, dizer que B não foi culpado e julgar a ação de A como se tivesse sido proposta perante C. Nem julgar a ação de A como se proposta perante B e C. Muito menos omitir julgamento de qualquer das ações (principal e incidental), sob pena de nulidade.” (Denúnciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro, pág. 230, ed. 1984).

Na denúnciação da lide promovida pelo réu é inadmissível o denunciado ser condenado diretamente a compor os prejuízos reclamados pelo autor (cfr. Rev. dos Tribs. 629/216-217).

Nessas condições, omitindo-se o *decisum* recorrido quanto à situação do réu-denunciante e extraíndo desde logo indevidas conseqüências da revelia do litisdenuciado, malferiu ele, ao menos, o preceito de lei invocado pela recorrente, qual seja, o art. 75, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para anular o Acórdão recorrido, a fim de que outra decisão seja proferida, com o exame da lide principal e da lide secundária (denúnciação à lide).

É o voto.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, vejo algumas colocações bastante inadequadas neste processo. A vítima, a quem cabe a opção de escolher contra quem deseja mover a ação indenizatória, moveu-a contra o condutor do veículo, quem, afinal, nos termos do art. nº 159 do Código Civil, é em princípio o responsável pelos danos, por imprudência, negligência ou imperícia, resultantes do acidente.

Na contestação, segundo consta do relatório, o réu denunciou a lide ao então proprietário do veículo. Ora, para haver denunciação da lide, faz-se absolutamente indispensável a afirmação de uma pretensão regressiva do denunciante contra o denunciado. Mas àquele que diretamente causou o dano, não assiste pretensão regressiva, de reembolso, contra o seu eventual preponente.

Se a ação houvesse sido ajuizada, como também possível, contra o proprietário do veículo, talvez por culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, este sim é que poderia, em tese, denunciar a lide ao condutor do veículo, porque teria uma pretensão regressiva contra dito condutor, se houvesse este causado o acidente por culpa sua. Também possível a propositura da demanda contra ambos, em litisconsórcio passivo.

Então, já se vê que o processo vem mal conduzido desde a origem, e por isso chegou-se a esta conclusão, em que o eg. Tribunal de Justiça do Ceará isentou de responsabilidade o motorista, isto é, exatamente aquele que causou o acidente e contra quem a demanda foi promovida. Nestas condições, não vejo outra solução senão cassar o acórdão, como o fez o eminente Relator.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.793 — CE — (90.13188-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Cia. Energética do Ceará — COELCE. Recdo.: André de Souza Costa. Advs.: Drs. José Araújo Lima e outros e Evandro Lima de Oliveira.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento.” (4ª Turma, em 18.6.91).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o Sr. Min. BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.128 — SP  
(Registro nº 91.000020-5)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Ila-Cia. Internacional de Com.*

Recorridos: *Alfio Lauria e outros*

Advogados: *Drs. José Turcato e outro; Nelson Planet Junior*

**EMENTA: Coisa julgada material — Lide.**

**A coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam a preclusão, vedado seu reexame no mesmo processo mas não em outro.**

**Alienação de bem — Despesas de condomínio.**

**Ainda na vigência da primitiva redação do parágrafo único do artigo 4º da Lei 4.591/65, a responsabilidade assumida pelo adquirente do bem não significava ficasse exonerado o primitivo proprietário.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Vittório Lauria ajuizou ação ordinária contra Ila Companhia Internacional de Comércio, objeti-

vando reaver despesas condominiais, que oneraram imóvel leiloado, quando de sua separação judicial, arrematado pela ré, e cujo pagamento efetuou após a alienação.

Em primeiro grau, a ação foi julgada procedente, condenada a ré à devolução do montante pago, acrescido de correção monetária, custas e honorários. Advindo apelação, e tendo morrido o autor, foi deferida a habilitação dos herdeiros (arts. 1.059 e 1.060, I do CPC) e negado provimento ao recurso, por decisão unânime da Décima Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo. Igualmente, à unanimidade, foram rejeitados embargos declaratórios. Daí o recurso especial, com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, sustentando-se negativa de vigência dos artigos 988 e 1.116 do Código Civil e 473 do Código de Processo Civil. Deferido o recurso, pelo Quarto Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, vieram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Coisa julgada material — Lide.

A coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam a preclusão; vedado seu reexame no mesmo processo mas não em outro.

Alienação de bem — Despesas de condomínio.

Ainda na vigência da primitiva redação do parágrafo único do artigo 4º da Lei 4.591/65, a responsabilidade assumida pelo adquirente do bem não significava ficasse exonerado o primitivo proprietário.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Em processo de separação judicial, procedeu-se à alienação de determinado imóvel. Requereu o arrematante fosse reservada parte da importância depositada para atender a débitos que o imóvel garantia. O requerimento veio a ser indeferido, por decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento a agravo de instrumento. Entendeu aquela corte que, tratando-se de débitos relativos a condomínio, por eles respondia o adquiren-

te, tendo em vista o disposto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 4.591/64. Entretanto, em razão de ação proposta pelo credor daquela importância, o cônjuge varão efetuou o pagamento do débito. Movimentou, após, a presente ação, visando a obter fosse o arrematante condenado a ressarcir-lo. Foi julgada procedente, com fundamento em que existia coisa julgada.

Com a devida vênia, não se me afigura que, sobre a questão apontada, tenha-se formado coisa julgada, impeditiva do reexame do que a propósito se decidiu.

A coisa julgada material diz com a lide, a ela exclusivamente se refere. Esta, a que foi posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não é qualquer decisão, tomada no curso do processo, apta a adquirir imutabilidade, de tal modo que não possa mais ser revista, ainda que em outro processo. Isso o que resulta do artigo 468 do Código de Processo Civil.

No caso, tratava-se de decisão interlocutória, incapaz de fazer coisa julgada material. Correto o especial ao afirmar que se operou apenas preclusão. Não poderia ser a questão reexaminada naquele processo. Nada impedia, entretanto, que o fosse em outro. Aliás, a preclusão não se estendia mais que à pretensão de reter-se a importância depositada. Nem mesmo alcançava o fundamento daquela decisão.

Embora mais adequada fosse a invocação, como contrariado, do artigo 468 do CPC, também o foi o artigo 473 do mesmo Código, indicado no especial.

O recurso deve, pois, ser conhecido, superando-se a alegação de coisa julgada. Conhecido, passa-se ao julgamento da causa, com o exame das demais questões que, saliente-se, são apenas de direito.

O entendimento de que ao adquirente do bem transferem-se as dívidas do alienante, relativas ao condomínio, buscou amparo no parágrafo único do artigo 4º da Lei 4.591/64. Estabelecia esse dispositivo:

“O adquirente de uma unidade responde pelos débitos do alienante em relação ao condomínio, inclusive multas”.

Quando efetuado o leilão — 15 de junho de 1984, cf. fls. 6 — já ocorrera, entretanto, modificação legislativa, em vista da edição da Lei 7.182/84, a estabelecer, substituindo aquele parágrafo, que a alienação dependeria “de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio”. A norma em que se fundara o acórdão, ao negar a pretensão do arrematante de reter parte da importância depositada, já fora revogada.

De qualquer sorte, ainda fosse o adquirente responsável, a consequência não seria a exoneração do alienante. Isso, aliás, foi bem colocado na decisão que, por cópia, encontra-se a fls. 16. Perante o condomínio, o adquirente tornava-se responsável pelos débitos pertinentes ao imóvel. Isso, entretanto, não significa que o primitivo condômino deixasse de ser devedor. O patrimônio do adquirente respondia pela dívida de terceiro. Trata-se de situação análoga a de quem adquire bem com ônus real.

Nenhuma razão existe para entender-se que, com a alienação, ficasse o alienante livre de débitos que são seus, transferindo-os ao adquirente. Ao contrário, se este efetuar o respectivo pagamento, poderá exercer direito de regresso.

Em razão do exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente a ação. Custas e honorários pelo autor, arbitrados estes em dez por cento sobre o valor da causa.

#### VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, esclarecido pelo Sr. Ministro-Relator de que o acórdão julgou o mérito adotando as razões que entendeu como coisa julgada, também entendo que não se está suprimindo aquela instância, passando ao julgamento do mérito. De modo que, nesta parte, como na outra, aliás, estou inteiramente de acordo com o Sr. Ministro-Relator, acompanhando seu voto.

#### VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, parece-me que tinha feito uma intervenção anterior, no julgamento proferido pelo próprio Ministro Eduardo Ribeiro, em que S. Exa. acolhia o recurso e mandava o Tribunal julgar, mas porque havia mais de um fundamento. No caso, entretanto, o fundamento é único. O Tribunal já julgou, e o fez com base na existência da coisa julgada, adotando-a como razão de decidir. Se devolvêssemos, pois, ao Tribunal, seria até uma forma de violentar a consciência do julgador, que já houvera se manifestado neste sentido.

Por esses fundamentos, acompanho o voto de S. Exa. o Senhor Ministro-Relator.

## VOTO

O SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, em face do esclarecimento do Sr. Ministro-Relator, no sentido de que o Tribunal julgou a questão nos seus aspectos de mérito, na sua questão de fundo, entendo que o Tribunal, conhecendo do recurso especial e afastando aquele fundamento, deve aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do Regimento, que, exatamente, adotou a tese sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, como esclareceu o Sr. Ministro-Relator. Nisto, o recurso especial se difere claramente do chamado recurso de cassação, adotado em outros países, com o denominado reenvio. Neste caso, não há dúvida de que o Tribunal não estará suprimindo nenhuma instância, apreciando a causa nos seus aspectos de direito, porque, aqui, não estamos reexaminando provas para alterar o aspecto fático, conforme o entendeu o Tribunal de origem.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.128 — SP — (91.0000020-5) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Ila-Cia. Internacional de Com. Recdos.: Alfio Lauria e outros. Advs.: Drs. José Turcato e outro e Nelson Planet Junior.

Decisão: a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (3ª Turma — 13.08.91).

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 7.481 — SC (Registro nº 918761)

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

Recorrente: *Gerhard Keunecke — Espólio*

Recorrido: *Lindomar Kreutzfeld*

Advogados: *Drs. Aluizio Blasi e outros — Paulo Roberto de Borba e outros*

**EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. AÇÃO DE DESPEJO. CURSO EM FÉRIAS.**

Nega vigência ao art. 174, III, do Código de Processo Civil, o acórdão que, com base em lei estadual de organização judiciária, conta prazo para apelação, em ação de despejo regida pela Lei 6.649/79, incluindo dias de férias, porque não consta da lei de inquilinato regra igual a do art. 35 da Lei de Luvas. Os Estados não podem legislar sobre o processo, de sorte que a norma genérica do art. 217, X, do Código de Organização Judiciária de Santa Catarina, há de ser entendida como dirigida a processos regidos por leis especiais que contemplem disposição específica sobre seu curso nas férias.

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, por unanimidade, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

**RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, o Espólio de GERHARD KEUNECKE, de acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que não conheceu da apelação interposta, por intempestiva, na ação de despejo proposta por LINDOMAR KREUTZFELD.

Sustenta o recorrente violação dos artigos 173 e 174, III, do Código de Processo Civil, além da arguição de divergência jurisprudencial.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Põe-se no presente recurso especial assunto que tem merecido árdua discussão, tal seja a possibilidade de dispor lei estadual, de organização judiciária, sobre causas que têm curso durante as férias.

Já ao comentar o Código de 1939, PONTES DE MIRANDA, sobre a redação introduzida pelo Decreto-lei 8.570, de 08 de janeiro de 1946, ao art. 40, fazia a sua crítica a que se desse ao legislador estadual a faculdade de legislar sobre processo, assim:

“É estranho que à organização judiciária, a que se tirou tanto nos arts. 39, §§ 1º e 2º, e 40, se atribua pesquisa tão rente, se não interna, ao direito material” (Comentários, Vol. I, pág. 228, For., 1947).

E JORGE AMERICANO, a propósito do mesmo art. 40 do Código revogado, assevera:

“Se aos Estados incumbe decretar as férias coletivas, e se se lhes deixa não só a faculdade de determinar a extensão, como até a enumeração dos processos que durante elas deverão correr, fica manifesto nenhum perigo de fracionamento da lei substantiva por via da lei processual. Na verdade, quando o Estado define quais processos podem correr nas férias, também pode acontecer que negando citações ou protestos, afete à prescrição da causa. Isto foi argumento para se lhe tirar, entretanto, a faculdade de legislar sobre processo em geral.” (Comentários... — 1º Vol., pág. 61 — Saraiva, 1958).

E, não obstante opinião de FREDERICO MARQUES, que se vê transcrita no acórdão recorrido, MONIZ DE ARAGÃO é enfático ao dizer que, segundo o ditame do art. 174, III, do Código em vigor:

“No inciso terceiro, concernemente às demais causas que a lei federal determinar, se encontram duas regras distintas: uma, oposta a do art. 40 do Código de 1939, por retirar ao legislador estadual a competência de apontar as causas que podem ser

tratadas nas férias forenses;... (Comentários... Vol. II, pág. 78, Forense, 1ª ed.).

E tenho que, cuidando-se de matéria reservada ao processo, a que regula a questão do curso das ações, ainda que em períodos de férias, não pode o legislador estadual, competente apenas para dizer sobre organização judiciária, inserir, complementarmente, novas hipóteses de ações que não devam restar suspensas durante as férias, porque seria reincidir na erronia do Código anterior, como mostrada pelos autores acima citados.

Fiel a esse entendimento, estou que o acórdão recorrido, ao dizer intempestiva a apelação, com suporte em norma genérica de lei estadual, a determinar que tenham cursos nas férias as ações reguladas em legislação especial, inclusive as do resíduo do art. 1.218 do Código de Processo Civil, negou vigência ao art. 174, III, desse mesmo diploma.

Com efeito, a norma de organização judiciária, transcrita no acórdão, não autoriza o elastério de compreensão que lhe deu o órgão julgador. Eis a sua redação:

“Na primeira instância, durante as férias coletivas, poderão ser praticados e não se suspenderão, pela superveniência delas, os seguintes atos:

X — quaisquer outras ações ou processos regulados em lei especial, inclusive a legislação residual prevista no art. 1.218 do Código de Processo Civil”.

A compreensão desse dispositivo de organização judiciária não poderia ser outra senão a que resulta do sistema, ou seja, desde que haja previsão, nessa legislação especial, de seu curso no período de férias, coadunando-se, assim, com a regra do art. 174, III — “todas as causas que a lei federal determinar”.

Admite-se, assim, ainda que fugindo à boa técnica, que a legislação estadual sobre organização judiciária repita a legislação federal sobre processo, mas sem dela exceder.

E tenho que se acha demonstrado o dissídio de interpretação do mencionado art. 174, III, por isso que, além de emergir o mesmo do próprio enunciado das ementas trazidas a confronto, há indicação dos repositórios autorizados.

Basta que se diga quanto ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do eminente Ministro DÉCIO MIRANDA, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, Vol. 93/726, ao cuidar exatamen-

te, de ação de despejo, como aqui, em relação a idêntico dispositivo da organização judiciária do Paraná, em que o Pleno daquela excelsa corte declarou a inconstitucionalidade da regra, exatamente por haver acrescentado aos casos previstos em leis especiais, o curso forçado das ações de despejo regidas pela Lei 6.649, de 16 de maio de 1979, que não contempla disposição igual à contida no art. 35 da Lei de Luvas, que rege as locações comerciais.

E os demais acórdãos, do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, indicados, por suas ementas, mas acompanhadas de reprocópias das respectivas publicações, cuidam de caso idêntico, ou seja, do curso de ações de despejo em período de férias, com base em complemento introduzido na lei de organização judiciária paulista aos casos enumerados no Código de Processo Civil.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso, por ambos os fundamentos, e de lhe dar provimento, para que, cassado o acórdão, aprecie a Câmara julgadora a apelação.

#### VOTO — VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, solicitei vista em face de uma eventual possibilidade de declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo da Lei Orgânica do Estado de Santa Catarina. Mas relendo o voto do Eminentíssimo *Ministro Dias Trindade*, estou com Sua Excelência, porque também não extraio dessa norma nenhum exagero, nenhuma exacerbação, àquilo que a própria lei especial, a lei federal, já dispôs; por isso não vejo nenhum excesso. Fiel à regra de que quando se pode decidir uma questão sem que haja a necessidade de argüir-se, ou de inquinar-se de inconstitucional a norma, deve ser decidida assim, porque a regra é a da constitucionalidade.

Por isso, Senhor Presidente, é que acompanho o Eminentíssimo Relator, também conhecendo do recurso e lhe dando provimento para que a Câmara julgadora aprecie a apelação.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.481 — SC — (918761) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Gerhard Keunecke — Espólio. Recdo.: Lindomar Kreutzfeld. Advs.: Drs. Aluizio Blasi e outros — Paulo Roberto de Borba e outros.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial, por ambos os fundamentos, e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

Brasília, 20 de março de 1991 (3ª Turma).

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, conheceu do recurso e lhe deu provimento, por unanimidade.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.

Brasília, 29 de abril de 1991 (3ª Turma).



## RECURSO ESPECIAL Nº 7.556 — RO

(Registro nº 91.0001025-1)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Lauro Lauri das Neves e cônjuge*

Recorridos: *Antonio José De La Reza Abasto e outros*

Advogados: *Drs. Jamil Lourenço, Antonio José Moreira e outros*

### **EMENTA: Ação rescisória — Nulidade da citação.**

**Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (CPC, art. 741, I).**

**Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser caso de rescisão. Deverá**

**ser, não obstante, declarada a nulidade do processo, a partir do momento em que se verificou o vício.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, em parte, para retificar o dispositivo do acórdão recorrido, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Lauro Lauri das Neves e sua mulher apresentaram recurso especial, visando a reformar acórdão, proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, que julgou procedente ação rescisória ajuizada por Antonio de La Reza Abasto e esposa. Fundamentou-se a decisão em nulidade absoluta, por viciosa a citação que, feita por edital, não atendera aos arts. 225, I, e 232, II, ambos do CPC.

Alegaram no recurso que inadequada a ação proposta, por manifesta violação do art. 485 do CPC. Havendo nulidade absoluta, por defeito de citação, inexistiria coisa julgada. Afirmaram divergência jurisprudencial.

O especial veio a este Tribunal, por ter sido determinado subisse, para melhor exame, opinando o Ministério Público pelo não provimento.

É o relatório.

## VOTO

EMENTA: Ação rescisória — Nulidade da citação.

Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer

tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (CPC, art. 741, I).

Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo, a partir do momento em que se verificou o vício.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Funda-se o especial em que a rescisória foi julgada procedente, em virtude de reconhecer-se a nulidade da citação. Entretanto, se existente tal vício não se constituíra validamente a relação processual. Sentença proferida em tais circunstâncias seria nula, jamais passando em julgado. Não seria, deste modo, cabível a rescisória.

Em boa parte têm razão os recorrentes. Efetivamente, nulo o processo, por falta ou nulidade de citação, não se requer o ajuizamento de ação, tendente a rescindir a sentença. Basta reconhecer e declarar a nulidade, o que pode ser feito em ação declaratória, a isso dirigida, ou mesmo em embargos à execução (CPC, art. 741, I). Não significa que qualquer nulidade processual deva ser, no direito vigente, reconhecida desse modo. Basta assinalar, por exemplo, que a falta de intervenção do Ministério Público, quando obrigatória, é causa de nulidade do processo (artigos 84 e 246 do CPC). Não pode haver dúvida, não obstante, de que a hipótese é de rescisória, em vista do que se contém no artigo 487, III, *a*, do mesmo Código. Tratando-se de citação, entretanto, obviamente que não suprida pelo comparecimento do réu, a nulidade persiste, mesmo esgotados os recursos, podendo ser a qualquer tempo reconhecida.

Daí não se segue, necessariamente, deva a rescisória ser extinta, sem pronunciamento sobre a pretensão de reconhecer-se a nulidade, não só da sentença mas como do processo. Deve ser proclamada pelo juiz, em qualquer oportunidade em que isso se apresente como relevante processualmente. Na rescisória, até para que se pudesse proclamar sua inviabilidade, ter-se-ia que declarar nula a sentença. Embora não se rescinda, existirá a declaração de que a sentença não subsiste como tal. No caso, aliás, havia outras causas de pedir que não poderiam a rigor ser examinadas em virtude mesmo do reconhecimento da nulidade.

Os recorrentes mencionam as opiniões de PONTES DE MIRANDA e HUMBERTO THEORODO JR. para sustentar a impossibilidade da rescisória. Esses autores preconizam, porém, a solução acima. Assim, PONTES, no "Tratado da Ação Rescisória" (Forense, 5ª ed., p. 148):

“Se a nulidade não se sanou, a sentença é nula. Então, na ação rescisória, pode o juízo ou tribunal decretar-lhe a nulidade, porque é o ensejo que se lhe oferece, segundo os princípios, e a ação rescisória supõe que válida seja a sentença”.

Nos Comentários ao Código vigente tratou do mesmo modo a questão (Forense, 1ª ed., tomo VI, p. 259/260):

“Usando-se o remédio jurídico rescisório, a corte julgadora ou o juiz singular (se for o caso, segundo a legislação processual), na preliminar do conhecimento, ou, se juntos preliminar e mérito, no julgamento de *iudicium rescindens*, dirá que o autor não tem ação rescisória, porque essa tende à rescisão das sentenças, e a sentença que se pretende rescindir é inexistente ou nula *ipso iure*. Aí mesmo pode ele declarar a inexistência de sentença, tendo a sua decisão a natureza de sentença em ação declaratória, ou decretar a nulidade de pleno direito da sentença, tendo eficácia constitutiva negativa a sua decisão.”

No mesmo sentido HUMBERTO THEODORO:

“Isto não quer dizer, contudo, que no bojo de ação rescisória seja vedado ao juiz reconhecer a nulidade ou a inexistência do julgado. Se é na pendência da ação rescisória que se revela ou se demonstra a nulidade ou a inexistência da sentença, ali caberá ao julgador reconhecer ditos vícios. O que não será correto é pronunciar julgamento com o sentido de rescisão de sentença nula ou inexistente. O dispositivo do julgado haverá de ser de decretação de nulidade ou de declaração de inexistência, conforme o caso.” (Rev. de Processo, nº 19, p. 28).

Não merece o recurso ser conhecido pelo dissídio, que esse não se configura. Nos acórdãos indicados, cogita-se de hipóteses de ações, pretendendo a declaração de nulidade, as quais foram tidas como admissíveis. Não se identificam com a presente.

Conheço, entretanto, pela letra *a*. O caso não era de rescindir. O provimento é apenas para retificar o dispositivo. Extingue-se a rescisória mas declara-se nulo o processo a partir da citação viciosa.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.556 — RO — (91.0001025-1) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Lauro Lauri das Neves e cônjuge. Recdos.: Antonio José

de La Reza Abasto e outros. Advs.: Drs. Jamil Lourenço, Antonio José Moreira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, em parte, para retificar o dispositivo do acórdão recorrido (3ª Turma — 13.08.91).

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 7.692 — SP

(Registro nº 91013463)

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

Recorrente: *La Fonte Empresa de Shopping Center S/A*

Recorrida: *Videograma Informática Ltda.*

Advogados: *Drs. Marcelo Scarcela Portela e outros e Geraldo de Camargo Vidigal e outros*

**EMENTA:** **Locação comercial (Decreto nº 24.150/34). Sala situada em *shopping center*. Aluguel mínimo. Valor. 1. Não ofende os arts. 8º, letra *b*, e 30, acórdão que, tocante ao aluguel mínimo, placitou o critério da sentença, que o fixou em correspondência à média ponderada. 2. Aluguel justo, real e atual, tem a ver, na sua arbitragem, com a prova dos autos, ir-revisível na instância última (Súmula 7/STJ). 3. Periodicidade. A semestral, em decorrência de cláusula contratual, também não ofende o aludido art. 8º, letra *b*. Orientação do Relator (REsp 5.962). 4. Recurso especial não conhecido.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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, 16 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: O tema ventilado nestes autos acha-se assim exposto pelo Juiz Renzo Leonardi, do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (8ª Câmara), em seu relatório:

“Trata-se de ação renovatória da locação, fulcrada no Decreto nº 24.150, de 1934, tendo por objeto o Salão Comercial SUC nº 18-01 A do Shopping Center Iguatemi, sito à Avenida Iguatemi, nº 777, em Campinas, neste Estado de São Paulo, que a r. sentença de fls. 461/466, cujo relatório se adota, julgou procedente, fixando ‘o valor mínimo do aluguel do contrato renovando em valor correspondente à média ponderada, considerando-se o valor de Cz\$ 96.743,93 encontrado pelo perito do Juízo, e o resultado da atualização das 34,8490 OTNs considerado o mês de março de 1988, ou seja Cz\$ 28.590,82, resultando no valor do aluguel de Cz\$ 62.667,37, com atribuição de idêntico peso aos dois métodos empregados’, corrigido semestralmente pela variação das OTNs e impondo às rés os ônus da sucumbência.

Irresignadas com o deslinde tributado à causa, as partes apelaram. As vencidas (fls. 473/517) pedem a reforma da sentença, reiterando o colimado na contestação, a fim de que: a) seja fixado o aluguel mínimo mensal, para o período de renovação, equivalente a 176,88 OTNs, como apurado pelo assistente técnico por elas indicado, ou no valor apurado pelo perito judicial; b) que a periodicidade do reajuste passe a ser trimestral; e c) seja a autora condenada ao pagamento integral dos ônus processuais, bem como a pagar a diferença dos alugueres com juros e correção monetária, na forma da lei. A vencedora da ação (fls. 532/538) colima a reforma parcial do julgado, a fim de que seja mantido ‘... em relação ao aluguel mínimo’ o valor do contrato original, reajustado em OTNs em março/88, ou, se

desejar o Egrégio Tribunal conceder às rés algum benefício que não é o caso — fixar então o ‘aluguel mínimo’ pela média entre o valor reajustado em OTNs, em março/88, e o valor que figura no final do inciso 8 da conclusão do assistente técnico da autora,...’

Os recursos foram bem processados, com respostas recíprocas (fls. 546/569 e fls. 571/579) e preparados (fls. 587 e 589 e 590).”

Decidiu o Tribunal *a quo*:

“Nessa conformidade, rejeita-se o apelo da autora.

Por fim, dá-se guarida ao reclamo das locadoras, para determinar-se a repartição dos ônus da sucumbência, arcando cada parte com os honorários de seus advogados e os salários de seus assistentes técnicos e repartindo o salário do perito judicial, bem como das custas do processo, vez que, em se tratando de ação de accertamento, como *in casu*, não há como concluir por sucumbimento de quem quer que seja.

Em conclusão: dá-se provimento parcial ao recurso das locadoras-apelantes, tão-somente para a repartição dos ônus da sucumbência e nega-se provimento ao recurso da locatária-apelante, mantendo-se no mais a r. sentença combatida.”

Inconformado, o Shopping Center (locador) interpôs recurso especial pela alínea *a*, que o Presidente José de Mello Junqueira, ao admiti-lo, despachou resumindo assim a controvérsia:

“O venerando acórdão de fls. 602/609 manteve o critério da atualização dos locativos adotados pela respeitável sentença nesta ação renovatória de locação.

Interpõe o locador recurso especial, fundamentado no artigo 105, III, *a*, da Constituição Federal, sob a alegação de vulneração aos artigos 8º, letra *b*, e 30 do Decreto 24.150/34, porque o aluguel mínimo não é mera garantia, sendo que a utilização do método da atualização para fins de arbitramento do locativo não é válida, devendo prevalecer o comparativo e para que se chegue a um valor justo, real e atual, mister a alteração da periodicidade do reajuste, de semestral para trimestral. Para reforço de sua tese cita julgados deste Tribunal.

Recurso processado, contra-arrazoado às fls. 665/669, observada a tempestividade ante o recesso eleitoral ocorrido nos dias 26 e 27.11.90.

O recurso merece prosseguir.

Ressalvado o tema relativo à adoção desse ou daquele método, se justo, real e atual o aluguel mínimo apurado, que é matéria de cunho probante e portanto, inviável seu reexame no patamar do recurso especial a teor do veto contido na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, sobreleva a questão relativa à mudança da periodicidade dos reajustes de semestral para trimestral.

À questão perfilhou o venerando acórdão o entendimento segundo o qual:

“Também sem fomento de direito a pretensão das locadoras quando colimam que a periodicidade do reajuste passe de semestral, como contratualmente pactuado, para trimestral, porque, a respeito da matéria, já decidiu o Pretório Excelso que ‘sem acordo das partes, não se alteram as condições convencionadas na ação renovatória’ (RTJ 48/532), de modo que a cláusula que determina reajustes semestrais prevalece’ (fls. 606).

Assim, diante da excelência do tema, conveniente o prosseguimento do reclamo para que o Superior Tribunal de Justiça se pronuncie a respeito do alegado maltrato ao artigo 30 da Lei de Luvras, se dessa forma o entender.

Pelo exposto, fica deferido o recurso especial. Remetam-se, pois, os autos, à Colenda Corte Superior.”

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Trata-se de recurso especial pela alínea *a*, somente. Como tal, sequer tenho meios para dele conhecer.

2. O inconformismo de boa parte do apelo a este Tribunal gira em torno do aluguel mínimo (em relação aos **shopping centers**, o aluguel teria um valor mínimo e uma porcentagem, fl. 625), e acha-se apresentado dessa forma, em resumo, fls. 641/2:

“Entretanto, a verdade que se constata é que o acórdão recorrido, ao entender que o aluguel mínimo seria ‘mera garantia’, violou a letra *b* do artigo ‘8º’ do Decreto 24.150, que garante ao locador o arbitramento de um aluguel real e atual.

Não se trata aqui de se interpretar a prova produzida na instrução do processo, nem tampouco a cláusula 4ª do contrato de locação, que estabelece o critério de apuração do aluguel. Trata-se, sim, de demonstrar que o acórdão recorrido nega à recorrente o direito de receber um aluguel justo, real e atual pelo imóvel, frustrando também o artigo 30 da Lei de Luvas, que dispõe:.....

.....”

“Enfim, o acórdão recorrido, ao impedir a fixação de um aluguel justo, real e atual para o imóvel objeto desta ação, negou vigência aos artigos 8º, letra b e 30 do Decreto 24.150/34, impondo-se, por isso, o recebimento deste recurso especial pela letra a do permissivo constitucional.”

3. Foi o tema equacionado da seguinte forma pelo acórdão recorrido:

“Com efeito, sem razão as rés quando se insurgem quanto ao critério adotado pelo Juízo para a fixação do aluguel mínimo, estabelecido em Cz\$ 62.667,37, correspondente à média ponderada entre o valor cifrado pelo perito judicial e o resultante da atualização das 34,8490 OTNs considerado o mês de março de 1988.

Bem de ver que, como bem anotado na r. sentença, o aluguel principal é aquele estipulado na cláusula 4 do contrato firmado, ou seja, aquele que corresponderá à porcentagem de 10% sobre o faturamento bruto da locatária, como definido na ‘Escritura Declaratória de Normas Gerais Reguladoras das Locações dos Salões de Uso Comercial do Shopping Center Iguaçu Campinas (Normas Gerais de Locação)’, com exclusão do faturamento bruto que discriminado nas letras a e b da cláusula 4.1 (fls 23 dos autos), enquanto que o aluguel mínimo, nada mais representa do que uma garantia acessória, secundária, em benefício das locadoras, como bem ressaltou a sentença, e o critério adotado pelo ilustre Juiz para aferir o valor do aluguel mínimo não vulnera, como equivocadamente ressaltaram as apelantes, ‘a apuração do real valor locativo do momento’.

Com efeito, se o aluguel mínimo viesse a ser cotado aos reais valores de mercado perderia a característica de mera garantia e deixaria, *ipso facto*, de existir para as locadoras, ora apelantes, o risco do contrato, em detrimento da locatária, do que resultaria inútil disposição do contrato quanto à correção do mínimo pela variação das OTNs.

Assim, de um lado, a locatária fica a coberto de prejuízos pelo estabelecimento de um aluguel alto, mensalmente, principalmente nos meses de menor movimento comercial e, de outro lado as locadoras auferem a compensação nos meses de maior movimento, em que os resultados são mais promissores.

Por conseguinte, a fixação do aluguel mínimo pelo critério adotado na sentença, que deixou de elevar o mínimo simplesmente ao valor real do mercado, mas, antes, o fixou obtendo a média ponderada valendo-se dos métodos de atualização e o comparativo, chegou a uma situação justa, não prejudicando nem a locatária, nem as locadoras.

É de se ressaltar que a finalidade precípua da estipulação pelas partes de um aluguel mínimo, a que fica sujeita a locatária, cuja estipulação não guarda qualquer relação com o conceito de justa remuneração locatícia, seu ajuste foi inserido, apenas, para resguardar as locadoras dos meios indispensáveis próprios para atender aos seus encargos, relativos ao funcionamento do Shopping, sem cuidar de lucro.

Conseqüentemente, por essa razão, não quadra o inconformismo das apelantes quando se irrisignam contra a r. decisão que deixou de levar em conta, para a fixação do mínimo, exclusivamente o método comparativo, mas, sim, valeu-se, para sua estimação, da média ponderada dos métodos de atualização e comparativo.”

4. Por terem as instâncias ordinárias, quanto ao aluguel mínimo, adotado o critério que delineararam e não o critério pleiteado pela ré (ora recorrente), certamente que, assim procedendo, não ofenderam o art. 8º, letra b, e menos o art. 30, ambos do Decreto nº 24.150, de 20.4.34, porquanto de critério não cuida nem uma nem a outra norma colacionadas, de modo específico. Doutro lado, em torno do aluguel justo, real e atual, diz o assunto, para se saber qual o aluguel, com prova, claramente, e a instância excepcional não reexamina prova (Súmula 279/STF e 7/STJ). Portanto, no particular, irrepreensível o despacho local, que deixei transcrito no relatório.

5. Sobre a periodicidade do reajuste, com remissão, no recurso, ao aludido art. 8º (letra b), também não o tenho por violado, porquanto sobre tanto ele nada dispõe. Aliás, sobre tal assunto, escrevi, no REsp-5.962, em voto vista, quando me foi possível dele conhecer por dissídio:

“Em ação renovatória, resolveu o Tribunal *a quo*, conforme a ementa que leio (lê).

O item 4 da ementa ('Decretada a renovação, é admissível a modificação, de anual para mensal, do reajuste periódico do preço dos alugueres, tendo em vista o artigo 16 do Decreto nº 24.150/34 e a inflação dos dias atuais.'). objeto do recurso especial da locatária (Cíntia Modas Ltda.), levou-me a pedir vista destes autos. A propósito do tema, leio o voto do Sr. Relator (lê).

Comprovado o dissídio, conheço, por igual, do recurso especial da locatária. Dele conhecendo, julgo, no particular, a causa, aplicando o direito à espécie, com ampla liberdade.

De início, estou de acordo com o voto do Sr. Relator, ao se valer, qual o acórdão recorrido, do disposto no art. 16 do Decreto nº 24.150/34. Considero que princípios como o do *pacta sunt servanda* e o da liberdade de contratar cedem diante de situação excepcional, tal como a qual que vimos vivendo, a saber, em regime inflacionário. Reconhecido o desequilíbrio econômico, não se pode levar a ferro e fogo a inalterabilidade de cláusula contratual. Impõe-se, pois, a correção, com a intervenção judicial, para dar melhor equilíbrio aos contratantes.

Posto isto, não fico totalmente com a tese do acórdão recorrido, que o Sr. Relator mantém, no sentido de modificar, de anual para mensal, o reajuste do preço do aluguel. Aceito a modificação, sim, desde que de anual para semestral, exatamente para atingir o equilíbrio. Portanto, conhecendo, como também conheci do recurso especial (1º recurso, de Cíntia Modas Ltda.), dou-lhe provimento, em parte, para substituir a expressão 'de anual para mensal' por 'de anual para semestral'. Concluo, assim, como disse, aplicando o direito à espécie mas com amplo conhecimento da questão.

No tocante aos outros dois recursos, concordo com S. Ex<sup>ª</sup>.  
É como voto, *data venia*."

É de se perceber que, sobre a periodicidade, não fiquei aquém da semestral, que me parece, em termos de equilíbrio do contrato, a mais conveniente. Ora, no caso presente, cuida-se, exatamente, de reajuste semestral. Não vejo, ainda que do recurso conhecesse, razão para alterar a cláusula que assim dispôs.

6. Srs. Ministros, não conheço do recurso especial.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Eminente Relator, conforme V. Exa. salientou, não vejo impedimento legal a que se estabeleça

outra periodicidade, mas, também, não vulnerou o acórdão a lei, ao estabelecer que esta deva ser semestral.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.692 — SP — (91013463) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: La Fonte Empresa de Shopping Center S/A. Recorrida: Viodegrama Informática Ltda. Advogados: Drs. Marcelo Scarcela Portela e outros e Geraldo de Camargo Vidigal e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma, 16/04/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



### RECURSO ESPECIAL Nº 7.978 — PR (Registro nº 9119496)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Florença Veículos Ltda.*

Recorrido: *Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Oscar Sandoval Motta e outros e Eros Santos Carrilho e outros*

**EMENTA: PROCESSUAL. DECISÃO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. ARTS. 128 E 460 DO CPC. DEC.-LEI Nº 406/68. TRIBUTÁRIO. ICM. CREDITAMENTO.**

**I — Comprovado à saciedade que os arts. 128 e 460 do CPC não restaram malferidos, bem assim o art. 3º, § 1º, do DL nº 406/68, desmerece-se a irresignação do recorrente. É que, sobre este último dispositivo, o princípio da não-cumulatividade foi preservado, eis que se garantiu ao contribuinte o direito ao crédito**

**do que efetivamente pagou (12%), na operação anterior. Admitir-se o contrário seria, aí sim, negativa de vigência à norma e permitir-se o enriquecimento ilícito.**

## **II — Recurso desprovido.**

### **ACÓRDÃO**

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

### **RELATÓRIO**

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de Recurso Especial interposto por FLORENÇA VEÍCULOS LTDA. contra o v. aresto proferido pelo colendo Tribunal de Justiça do Paraná, com esboço nas letras *a* e *c* do art. 105, III, da Constituição Federal.

Alega a recorrente que o v. aresto contra o qual investe negou vigência aos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil, e art. 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68, e entrou em testilhas com jurisprudência que aliinha. Sobre a negativa de vigência das normas processuais referidas alude a ora recorrente que decorre da decisão *extra petita*, na medida em que o pedido baseia-se no direito de crédito pelo montante que integralmente incidiu na operação anterior, independentemente do valor destacado na documentação fiscal e, não, de acordo com a antiga tese, anterior à Emenda Constitucional nº 23/83, no sentido de que essa redução de alíquota seria uma isenção parcial. No tocante à negativa de vigência da norma tributária desconsiderou o aresto o princípio da não cumulatividade.

Ademais, alude, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 102.533-RJ (RTJ 120/75), declarou a inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, do Senado Federal, que fixava em 12% (doze por cento) o imposto (ICM) devido nas operações interestaduais, por isso que tinha o direito de creditar-se do ICM pela alíquota de 17% (dezesete por cento) sobre as aquisições de produtos acabados destinados a revenda provenientes de outros Estados da Federação.

Devidamente contra-arrazoado o recurso, subiram os autos, vindo-me conclusos tendo, nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, opinado pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O v. aresto recorrido tem a seguinte ementa:

“*TRIBUTÁRIO. ICM. Operações interestaduais. Discriminação de alíquota. Resolução nº 7/80, do Senado, que fixava em 12%, julgada inconstitucional. Repercussão. Pretensão em creditar-se pela alíquota única de 17%. Ausência de direito líquido e certo. Sentença mantida.*

A declaração de inconstitucionalidade, em Ação Direta, somente é aplicável *inter partes*, não aproveitando àquelas que não participaram da relação processual.

Pelos princípios da não cumulatividade e da uniformidade tributárias, se o contribuinte pagou 12% do I.C.M., impossível creditar-se na alíquota de 17% sob pena de enriquecimento ilícito.

Apelo improvido.” (fls. 248).

Estou em que desassiste razão à recorrente. Para tanto, adoto, como razão de decidir, os judiciosos fundamentos expendidos pelo parecer da douta Suprocuradoria-Geral da República, *in verbis*:

“As normas processuais apontadas como violadas (arts. 128 e 460, ambas do CPC), além de não prequestionadas, não foram contrariadas pelo acórdão recorrido. O *art. 128*, do CPC, impõe que o juiz decida a lide nos termos em que foi proposta, vedando-lhe o conhecimento de questões não propostas, a cujo respei-

to a lei exige a iniciativa da parte. Ora, o acórdão impugnado decidiu a lide exatamente nos termos em que foi proposta, não acolhendo qualquer questão não proposta pelas partes, cuja iniciativa fosse exclusiva delas. O fundamento principal do acórdão, ou seja, o de que o direito de crédito de ICM circunscreve-se ao montante do imposto efetivamente pago nas operações anteriores, embora pudesse ser conhecido de ofício, foi expressamente sustentado pela Fazenda Pública Estadual (*fls. 112/113*), de sorte que não procede a alegação de ofensa ao *art. 128*, do Código de Processo Civil.

O mesmo se diga relativamente ao *art. 460*, do mesmo estatuto processual, que veda ao magistrado proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Inexistente o direito alegado pela recorrente, o Tribunal não poderia proferir outra decisão senão a de improcedência da ação mandamental. A ser válida a argumentação da recorrente, jamais o juiz ou Tribunal poderiam julgar improcedente uma ação, já que a sentença deveria ser sempre a postulada pelo autor.

Também não está caracterizada a alegada negativa de vigência do *art. 3º, § 1º*, do Decreto-Lei nº 406/68. Não é verdade que o real sentido da expressão “cobrado nas anteriores” se refira apenas ao imposto incidente sobre a operação e não ao imposto efetivamente pago. O princípio da não-cumulatividade foi adequadamente preservado, na medida em que se garantiu ao contribuinte o direito de creditar-se sobre valor efetivamente pago (12%) na operação anterior. O crédito deve corresponder à quantia efetivamente recolhida a título de *ICM* na operação anterior, sob pena de se estar permitindo um enriquecimento ilícito às custas do Erário Público.

Vale lembrar que a inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80 do Senado Federal é irrelevante, na medida em que o direito de crédito, necessário para preservar o princípio da não-cumulatividade, circunscreve-se ao que foi efetivamente pago na operação anterior. Irrelevante, também, na hipótese, identificar, ou não, a alíquota reduzida com a isenção parcial. É que, a partir da Emenda Constitucional nº 23/83, a própria isenção “não implicará crédito do imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes” (*art. 23, II, CF anterior*).

Ainda que se considerasse comprovado o dissídio jurisprudencial, o que não ocorre porque não foi devidamente demonstrado (art. 255, par. único, do RISTJ), o recurso, igualmente, não merece provimento pela letra *c*, do permissivo constitucional. É que a tese adotada no acórdão é a que dá correta interpretação à questão suscitada pela recorrente. Essa Egrégia 1ª Turma, já teve oportunidade, em caso semelhante, de assentar:

*“ICM — CRÉDITO — ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS — RESOLUÇÃO DO SENADO Nº 7/80.*

A redução de alíquota não equivale à isenção parcial.

Ademais, a própria Emenda Constitucional nº 23, que alterou o item *II* do *art. 23* da Constituição Federal anterior, estabeleceu que a própria isenção “não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes”.

Recurso improvido”. (Recurso Especial nº 7.622/RS, *Rel. Min. Garcia Vieira, in DJU de 20/05/91, p. 6.512.*” (fls. 345/347).

Aliás, neste sentido tenho votado, consoante dimana, dent’outros, dos seguintes votos vista de que foi relator o eminente Ministro GARCIA VIEIRA:

Recurso Especial nº 7.622-RS (9112750), julgado em 24.4.91; e REsp nº 7.693, julgado também na mesma assentada.

Isto posto, adotando as razões suso-transcritas, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.978 — PR — (9119496) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Florença Veículos Ltda. Recdo.: Estado do Paraná. Advs.: Drs. Oskar Sandoval Motta e outros e Eros Santos Carrilho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 12.6.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO ESPECIAL Nº 9.029 — SC

(Registro nº 9145411)

Relator: *O Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro Dias Trindade*

Recorrente: *S/A White Martins*

Recorrido: *Silva & Fernandes Ltda.*

Advogados: *Willy Carlos Altenhofen e outros — Lúcio José Rubik e outro*

**EMENTA: COMERCIAL. TRANSPORTE TERRESTRE. AÇÃO PARA COBRANÇA DE FRETE. PRESCRIÇÃO.**

**Prescreve em um ano a ação para a cobrança de frete, decorrente do transporte e distribuição de mercadorias, nos termos do art. 449 III, do Código Comercial, que não distingue entre transporte marítimo e terrestre.**

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira 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.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): S/A WHITE MARTINS interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a

e c, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou provimento a apelação interposta em autos de ação de cobrança cumulada com indenização por rescisão contratual e perdas e danos movida por Silva e Fernandes Ltda., relativa a transporte de cilindros de aço com gás que realizava para a recorrente.

Sustenta negativa de vigência ao art. 449, III, do Código Comercial, que prevê prescrição ânua para qualquer parcela pleiteada a título de frete, bem como dissídio jurisprudencial.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

### VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A empresa recorrida contratara com a recorrente a realização do transporte de produtos de sua produção e comercialização, desenvolvendo-se a atividade por vários anos, até que foi o contrato denunciado pela aqui recorrente, o que deu margem a que a ora recorrida promovesse esta ação indenizatória de danos decorrentes da rescisão unilateral do contrato, cumulando-a com cobrança de fretes não pagos e diferenças de pagamentos de outros, dado que a contratante do transporte não reajustara, nas épocas e segundo os índices próprios, o frete.

Sentença dando pela procedência do pedido, confirmada integralmente pelo acórdão recorrido.

O recurso especial é dirigido apenas à questão argüida desde a contestação, relacionada com a prescrição da ação na parte em que cobra fretes e diferenças de fretes, por fatos verificados anteriormente a um ano antes da data do ajuizamento da ação, por força do que dispõe o art. 449, III, do Código Comercial, que diz afrontado, louvando-se ainda em dissídio jurisprudencial.

Afasto, de logo, o dissídio, que tenho por não comprovado, uma vez que, dos dois acórdãos trazidos como divergentes, um não cuida do tema da prescrição ânua, em relação a frete por transporte terrestre, senão para afastar a argüição, por não verificado o prazo, dado que a citação ocorrera antes de completado um ano do fato gerador do frete, enquanto que o outro é trazido em reprodução xerográfica, sem a devida autenticação.

No que tange à negativa de vigência do art. 449, III, do Código Comercial, tenho que, em realidade ocorreu a prescrição, por isso que se trata de atividade desempenhada pela transportadora, empresa comercial, no exercício de atividade mercantil, figurando no outro pólo também empresa industrial e comercial, no exercício de atividade também mercantil, de circulação e distribuição de efeitos comerciais.

Aqui, não necessitaríamos de examinar a discussão sobre os atos de comércio, sobre o qual muito tem dito a doutrina perplexa a respeito da dificuldade de encontrar traços científicos imutáveis, para distingui-los dos atos civis, porquanto a própria condição dos intervenientes, bem assim a natureza da atividade, estão claramente a indicar a natureza comercial do ato de transporte e circulação da riqueza em que figuram.

O velho Regulamento 737, de 1850, ante a dificuldade doutrinária de estabelecer critério jurídico de identificação dos atos de comércio, adotou o da enumeração, em seu art. 19, para nela estabelecer como de exercício da mercancia:

“§ — as empresas de fábricas, de comissões, depósito, de expedição, consignação e **transporte de mercadorias**, de espetáculos públicos”.

Assim, identificado como ato de comércio, praticado por empresa comercial, em relação a outra empresa mercantil, não há dúvida que regula a prescrição a disposição do art. 449, III, do Código Comercial, que estabelece o prazo de um ano, para as ações de frete, como a aqui proposta.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para modificar o acórdão, provendo, em parte, a apelação, de sorte a reformar, parcialmente, a sentença, pronunciando a prescrição da ação, quanto à cobrança de fretes realizados anteriormente a um ano antes do seu ajuizamento.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.029 — SC — (9145411) — Rel.: O Exmº Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: S/A White Martins. Recdo.: Silva & Fernandes Ltda. Advs.: Drs. Willy Carlos Altenhofen e outros — Lúcio José Rubik e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento. (Em 30.04.91 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.402 — SP

(Registro nº 91.0005495-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrentes: *Restaurante e Pizzaria Perequim Ltda. e outros*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Fátima Ricco Lamac e Paulo Gonçalves da Costa Júnior e outro*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO DESERTA. FALTA DE JUSTA CAUSA (ART. 183, §§ 1º E 2º). RELEVAÇÃO DA PENA. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.**

— Não configurada a “justa causa” alegada, extingue-se o direito de praticar o ato.

— Incabível reconsideração de decisão não agravada que julgou deserta a apelação, após o trânsito em julgado da mesma.

— O prequestionamento da matéria é pressuposto indispensável ao conhecimento do recurso interposto sob o fundamento da letra *a*, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal.

— Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas

taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Contra a sentença que julgou improcedente a ação declaratória movida por RESTAURANTE e PIZZARIA PEREQUIM LTDA. e OUTROS, sendo requerida a Fazenda do Estado de São Paulo, apelou a autora, sem observância do prazo legal para o preparo, sendo o recurso julgado deserto por despacho publicado *in* D.O. de 13.11.89 (fls. 137/145 e 214).

Em petição de 07.12.89, dirigida ao 4<sup>o</sup> Vice-Presidente do Tribunal de Justiça estadual, pediu a Dra. Fátima Ricco Lamac a relevação da pena de deserção, ao argumento de estar acamada no período de 07.10 a 14.11.89, juntando comprovante do preparo efetuado em valor atualizado e atestado médico (fl. 217).

Admitindo o pedido *ad referendum* da Egrégia Câmara por despacho de fl. 223, foi o mesmo distribuído à 12<sup>a</sup> Câmara Civil daquele Tribunal, ressalvando o eminente Desembargador Revisor que a decisão que julgou o recurso deserto “não foi atacada por agravo”. (fl. 227).

Por votação unânime, o órgão julgador não conheceu da apelação da autora “por não caber reconsideração de decisão transmitida em julgado” (fls. 231 e 232).

Insurgindo-se contra o acórdão denegatório, vem o RESTAURANTE e PIZZARIA PEREQUIM LTDA. e outros interpor Recurso Especial, nos termos do art. 105, inciso III, letra *a*, da C.F., alegando contrariedade a lei federal, precisamente parágrafos 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> do art. 183 do CPC (fls. 234/238). Em resumo, pugna pelo conhecimento da apelação, por restar comprovado motivo de força maior que a, impediu de cumprir o prazo para efetuar o preparo.

Contra-razões às fls. 243/255.

Deferindo o seguimento do recurso às fls. 257 e 258.

É o relatório.

## VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): De tudo que dos autos consta, preliminarmente, é de se concluir pelo não conhecimento deste recurso.

A requerente não preparou a apelação em tempo hábil, quando poderia tê-lo feito qualquer dos dois outros advogados constituídos no instrumento de fl. 14. Decorrido o prazo legal foi o recurso julgado deserto (art. 519, CPC), por decisão publicada em 13.11.89. Escoado o prazo para “agrar de instrumento” sem que se manifestassem os patronos da causa, subiram os autos. Apreciada a legitimidade do despacho que admitiu a petição *ad referendum* da Câmara Civil, entenderam os julgadores não caber relevação da pena de deserção, em razão do trânsito em julgado da decisão.

Correta a decisão da Câmara julgadora. Demais, não houve **prequestionamento** da matéria alegada no REsp, nem quando da apreciação do pedido de relevação da pena de deserção, que foi requerido pela advogada, em seu próprio nome, e não pelo autor da causa inicial.

Não conheço do recurso.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.402 — SP — (91.0005495-0) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Rectes.: Restaurante e Pizzaria Perequim Ltda. e outro. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Fátima Ricco Lamac e Paulo Gonçalves da Costa Júnior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (03.6.91 — 2<sup>a</sup> Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz, Ilmar Galvão, José de Jesus e Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



## RECURSO ESPECIAL Nº 9.841 — SP (Registro nº 91.0006521-8)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Global Administração de Recursos Humanos S/C Ltda.*

Recorrido: *Global Serviços Empresariais e Mão-de-obra Temporária Ltda.*

Advogados: *Higino Antônio Júnior e outros; Carla Maria Madri-gali*

**EMENTA: NOME COMERCIAL. DIREITO À EXCLUSIVIDADE. EMPREGO DA DENOMINAÇÃO “GLOBAL” NO NOME COMERCIAL DE DUAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS.**

Embora a palavra “Global” seja de uso relativamente comum, não é dado incluí-la na denominação social de uma empresa em detrimento aos interesses de outra que, com prioridade, a colocou em sua própria denominação, considerando-se a possibilidade de confusão da clientela, por se situarem ambas na Grande São Paulo e terem o mesmo objeto social.

Acórdãos dados como divergentes, que contudo trataram de demandas sob suportes fácticos não idênticos.

Recurso especial pela alínea c, não conhecido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação cominatória promovida por GLOBAL SERVIÇOS EMPRESARIAIS E MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA LTDA. contra GLOBAL ADMINIS-

TRAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS S/C LTDA., visando obstar a ré de se utilizar da expressão GLOBAL em seu nome comercial, ação esta julgada improcedente no juízo monocrático (fls. 75/78).

Apreciando a apelação da autora, a egrégia Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, deu-lhe provimento (fls. 105/107).

Irresignada, manejou a ré GLOBAL ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS HUMANOS S/C LTDA. recurso especial sob o art. 105, inciso III, letra c, da Constituição Federal, alegando dissídio com decisões do Pretório Excelso *in* RTJs 115/268 e 118/793, e do antigo Tribunal Federal de Recursos *in* Rev. do TFR, 117/353. Sustenta, em síntese, que a recorrida tem sede no município de Santo André e a recorrente em São Paulo, além desta ser sociedade civil e aquela comercial. Ademais, as denominações sociais completas são distintas, bem como a expressão GLOBO é de uso comum e rotineiro, as atividades das litigantes apresentam-se totalmente diferentes, não havendo assim qualquer possibilidade de confusão (fls. 109/116).

O eminente 3º Vice-Presidente do Tribunal *a quo* deferiu o processamento do recurso especial (fls. 144).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: 1. O v. aresto recorrido deu pela procedência da demanda sob os seguintes fundamentos:

“A autora tem a denominação: “Global Serviços Empresariais e Mão-de-Obra Temporária Ltda.”, e a ré a seguinte: “Global — Administração de Recursos Humanos S/C Ltda.”.

Ambas se dedicam à mesma atividade, ou seja, recrutamento, seleção e colocação de pessoal (confirmam-se os contratos sociais de fls. 15 e 44, bem como as publicações de fls. 27 a 29).

A constituição da autora se deu anteriormente, e quanto a isso não apenas as partes, como também o douto julgador, não dissentem.

Isto porque optou, S. Exa., pela improcedência da ação sob o argumento básico de que “apresenta-se o vocábulo “Global”, de modo indiscutível, ser de uso comum”, sendo “correntio”, “não se admitindo que uma empresa, por utilizá-lo em sua

denominação social, venha impedir que outra também dele faça uso”.

Mas não agiu com o habitual acerto, o ilustre magistrado.

Porque, consoante a apelante anotou em suas razões de recurso, se ambas as empresas têm a mesma denominação, atuam na mesma área, “a possibilidade de confusão entre ambas as empresas existe, pois o público a ser atingido é o mesmo, tanto as pessoas físicas (empregados) quanto as jurídicas (empregadores)”.

Ambas, ademais, atuam na Grande São Paulo, hoje, praticamente unida na atividade comercial ou na industrial.

E a expressão, embora de uso corrente, basta para distinguir uma ou outra. Haveria absurda decisão se se admitisse, por exemplo, que a TV Globo, com nome e marca registrada, pudesse ter congênere com a mesma denominação, porque “Globo”, seria, em última análise, e segundo mesmo parâmetro, nome de uso comum.

Certo que, o mesmo nome “Globo” foi considerado como admissível em duas empresas, mas com atividades diferentes (cf. RJTJESP, 109/186).

Porém, o que se deve verificar é se, ainda que se trate de nome de uso comum, a forma de sua utilização possa interferir na atividade de outrem, causando-lhe prejuízos, pela quase certa confusão que poderá advir.

Portanto, se duas ou mais empresas se utilizarem de denominação de uso comum, será outro o requisito a ser examinado.

E, na hipótese, dada a similitude da denominação, a identidade dos objetos sociais, a ação será, mesmo, procedente.

Dão provimento ao recurso, para tal fim, imposta a cominação constante da inicial, obstado o uso da denominação “Global” pela ré”. (fls. 105/107)

2. A recorrente traz à colação, como paradigmas, três arestos.

O acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos (fls. 137/138) foi proferido em causa que não apresenta similitude com a ora *sub judice*, pois cuidou de mandado de segurança contra o INPI, deferido para autorizar o registro como marca do nome próprio vulgar “Bernardo”, acompanhado da expressão de fantasia “Mirenex”.

O aresto proferido pelo Pretório Excelso, em Embargos no RE 107.892 (fls. 135/136), cuida de lide relativa ao uso da palavra “Fórmi-

ca”, em hipótese em que, segundo mesmo a ementa (RTJ 123/638), estava “afastada qualquer possibilidade de confusão entre esses nomes e essas realidades”. No v. acórdão recorrido, ao contrário, é enfaticamente afirmada a “quase certa confusão que poderá advir”.

Também relativamente ao aresto proferido pelo STF no RE 100.766 (RTJ, 115/268), relativo ao uso da palavra “Hora” por duas empresas ligadas ao ramo de relojoaria, não encontro dissídio jurisprudencial. Em tal paradigma sublinha a ementa, em primeiro lugar, que “se não observa a possibilidade de confundi-las”, em segundo lugar, ressalta que se trata de palavra de vocábulo de uso correntio” e “de estreita vinculação com artigos de relojoaria”. Já no caso em julgamento, a expressão “Global” não apresenta vinculação alguma com a prestação de serviços de administração de recursos humanos, desempenhada por ambas as firmas.

Vale sublinhar que no REsp 6.169, de que fui relator, julgado por esta 4ª Turma em sessão de 25 de junho p.p., foi declarado que “o direito ao uso exclusivo do nome comercial em todo o território nacional não está sujeito a registro no INPI, e surge tão-só com a constituição jurídica da sociedade, através do registro de seus atos constitutivos no Registro do Comércio, devendo prevalecer o registro do nome comercial feito com anterioridade, no caso de firmas com a mesma denominação e objeto social semelhante, que possibilite confusão”.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso especial.  
É o voto.

#### VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Eminentíssimo Ministro-Relator, V. Exª demonstrou que foram desatendidos os pressupostos da Súmula nº 291 do Supremo Tribunal Federal e os requisitos do art. 255 do Regimento Interno desta Corte, isso no que toca à tentativa de demonstração do dissenso pretoriano.

Acompanho o voto de V. Exa., não conhecendo do recurso.

#### VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente também não conheço do recurso pelas circunstâncias apontadas por V. Exª e pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.841 — SP — (91.0006521-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Global Administração de Recursos Humanos S/C Ltda. Recorrido: Global Serviços Empresariais e Mão-de-Obra Temporária Ltda. Advogados: Higino Antônio Júnior e outros; Carla Maria Madrigali.

Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO. Sustentou, oralmente, o Dr. Kamel Miguel Nahas, pelo Recorrente.

Decisão: A 4ª Turma por unanimidade, não conheceu do recurso. (Em 20.08.91).



## RECURSO ESPECIAL Nº 9.945 — SP

(Registro nº 91.0006778-4)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrentes: *José André Gomes e sua mulher*

Recorrida: *Mary Rosely Valenti Mendes*

Advogados: *Júlio de Souza Melo e outro; Antônio Ivo Aidar*

**EMENTA: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA POR INSTRUMENTO PARTICULAR, NÃO REGISTRADO NO OFÍCIO IMOBILIÁRIO. POSSIBILIDADE DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA, EM DEMANDA CONTRA O PROMITENTE DA OBRIGAÇÃO DE FAZER.**

A promessa de venda gera pretensões de direito pessoal, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. A *obligatio faciendi*, assumida pelo promitente-vendedor, pode dar ensejo à adjudicação compulsória. O registro imobiliário somente é necessário para a produção de efeitos relativamente a terceiros.

**Recurso especial conhecido e provido.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação de execução de manifestação de vontade, ajuizada por JOSÉ ANDRÉ GOMES e sua mulher contra MARY ROSELY VALENTI, objetivando a transferência do domínio de imóvel objeto de compromisso de compra e venda, por instrumento particular. Em defesa, alegou a ré tratar-se de negócio simulado, em garantia de empréstimo de Cr\$ 300.000,00 a juros extorsivos, argüindo em preliminar a carência de ação, por ausência do registro imobiliário do pré-contrato. O MM. Juiz de Direito julgou procedente a ação, condenando a ré a transferir, em definitivo, aos autores o imóvel litigioso, sob pena de “a medida ser suprida por ordem judicial”. (fls. 351).

Apreciando a apelação da ré, a eg. Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, deu-lhe provimento, julgando os autores carecedores da ação, pela ausência do registro imobiliário, e decretando a extinção do processo sem exame do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC.

Irresignados, manejaram os autores recurso especial, sob as letras *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando ofensa aos artigos 639, 640 e 641 do CPC, além de dissídio com acórdãos dos Tribunais de Alçada do Rio de Janeiro e São Paulo, trazendo inclusive à colação o aresto proferido neste STJ no REsp nº 30, DJU de 18.08.89.

Sustentam que as sobreditas normas legais são de direito pessoal, sem necessidade do registro do título, salientando cuidar-se de obrigação de fazer em que não existe o cunho de *intuitu personae*, assim, não a cumprindo o obrigado, poderá ser substituído pelo magistrado. (fls. 444)

O eminente 4º Vice-Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o recurso (fls. 448/450).

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: O v. acórdão julgou o casal autor carecedor da ação, sob os fundamentos seguintes:

“Segundo se verifica dos autos, as partes celebraram compromisso particular de venda e compra (fls. 16/17) tendo por objeto unidade em edifício em condomínio.

O compromisso questionado, contudo, não foi levado a registro e essa circunstância não permite, agora, o acolhimento da pretensão inaugural tendo em vista que a ação em questão seria, na realidade, substitutiva da adjudicação compulsória, para qual é essencial o aludido registro.

Essa orientação tem sido reiteradamente seguida neste E. Tribunal e no Excelso Pretório, circunstância que não pode, agora, permitir a subsistência da r. decisão de primeiro grau.

Na realidade, o contrato celebrado confere aos autores apenas um direito pessoal que, inadimplido, resolve-se em perdas e danos.

Os autores são carecedores da presente ação incabível pela ausência do registro imprescindível ao fim colimado”. (fls. 408)

Neste Superior Tribunal de Justiça, o tema foi especificamente abordado e decidido no aresto *leading* proferido no mencionado REsp nº 30, de que foi relator o em. Ministro EDUARDO RIBEIRO. Após afirmada a dispensabilidade da escritura pública, e assim admitida a adjudicação compulsória também relativamente aos contratos por escrito particular, no alusivo ao registro estão no voto condutor as seguintes considerações:

“Passe-se, agora, ao exame da questão mais árdua que a anterior, consistente na necessidade ou não de registro para que se possa obter a adjudicação compulsória.

A Súmula nº 167 do Egrégio Supremo Tribunal Federal estatui que “não se aplica ao regime do Decreto-lei nº 58, de 10.12.1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente-vendedor se obrigou

a efetuar o registro". Em harmonia com tal enunciado, há de interpretar-se o contido na Súmula nº 413. Consagra esta última a doutrina segundo a qual o compromisso de compra e venda de imóveis enseja execução compulsória, desde que presentes os requisitos legais. Entre tais requisitos compreender-se-á o registro.

Esta posição jurisprudencial vem sendo sistematicamente reiterada, exigindo-se o registro para que seja possível a adjudicação forçada, sejam os imóveis loteados ou não. Para exemplificar, mencionam-se alguns acórdãos: RE 68.732, relator Thompson Flores, RTJ 57/330; RE 76.671, relator Oswaldo Trigueiro, RTJ 66/610; RE 81.858, relator Rodrigues Alckimin, RTJ 82.528; RE 90.632, relator Cordeiro Guerra, RTJ 90/348; ERE 76.671, relator Leitão de Abreu, RTJ 94/169.

Em vigor o novo Código de Processo Civil, levantou-se novamente a questão, em face do que estabelece seu artigo 639. Este dispositivo, tirado, como se sabe, do artigo 3.932 do Código Civil Italiano, não trouxe, entretanto, modificação no tema em exame. As ressalvas "sendo isso possível e não excluído pelo título", levaram a que se tivesse como subsistente a necessidade de exame da viabilidade de o contrato preliminar transformar-se em definitivo. E a exigência de que se observem determinadas formalidades poderá ser um dos requisitos.

O Supremo Tribunal reexaminou a matéria em face da nova lei e manteve a jurisprudência. É o que se verifica dos julgamentos proferidos nos seguintes casos: RE 89.191, relator Djaci Falcão, RTJ 87/1.060; RE 89.864, relator Cordeiro Guerra, RTJ 88/361; RE 84.828, relator Moreira Alves, RTJ 90/553; RE 89.501, relator Rafael Mayer, RTJ 93/383.

Dentre os motivos que levaram aquela Egrégia Corte a perseverar no entendimento anterior, releva o que se funda no disposto na Lei nº 6.014/73. Esta, visando a adaptar outros diplomas ao Código de 73, reproduziu o artigo 22 do Decreto-lei nº 58, inserindo referência expressa aos artigos 640 e 641 do CPC. Isto não seria necessário caso, daqueles dispositivos, já resultasse a possibilidade ampla da adjudicação compulsória.

Malgrado o respeito devotado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por cujas lições procuro guiar-me, ousou adotar outro entendimento em relação ao tema.

Doutrinariamente, a questão de há muito vem sendo objeto de debate e, dentre os estudos elaborados, vale sempre citar a obra de Darcy Bessone que, indiscutivelmente, examinou a matéria em profundidade (Da Compra e Venda — Promessa e Reserva de Domínio — Ed. Bernardes Álvares — B.Hte., 1960). Os argumentos que trouxe, sustentando a dispensa do registro, como condição para a adjudicação compulsória, são mais que ponderáveis. Dificilmente se pode explicar, com efeito, reste subordinada a execução compulsória de obrigação de fazer a uma formalidade que diz com a constituição de direito real e conseqüente oponibilidade a terceiros. A promessa de compra e venda tem por objeto um *facere*, constitui-se em vínculo que se traduz em direito pessoal. Seu cumprimento não se justifica esteja a depender do ingresso do título no Registro Imobiliário.

Mostra Bessone a distinção nítida entre o que se contém nos artigos 5º e 16, do Decreto-lei nº 58. O primeiro cogita da averbação — atualmente registro — como condição para instituição de “direito real, oponível a terceiro, quanto à alienação ou oneração posterior”. Embora algo redundante, pois o direito real é sempre oponível *erga omnes* o dispositivo não mais enseja dúvida. Impõe-se a formalidade para resguardar o promitente-comprador, no caso de o promitente-vendedor alienar o imóvel a terceiro. Inteiramente adequado que se exija conste o ato do Registro de Imóveis. O artigo 16 cogita da eficácia da promessa entre as partes e estabelece a possibilidade da adjudicação compulsória. Nenhuma menção a registro.

Ocorre, entretanto, que, como observa o mestre citado, em sistema tão puro foram introduzidas normas perturbadoras que se acham contidas nos artigos 22 e 23. Este último estabelece a indispensabilidade de prova do registro para os pleitos fundados naquele Decreto-lei. Tratando-se de imóveis não loteados, incide o artigo 22, com a redação das Leis nºs 649 e 6.014. Contempla o dispositivo dois direitos. Um de natureza real, oponível a terceiro. O outro, de natureza pessoal, adstrito às partes, atribui possibilidade de adjudicação compulsória. Embora a redação da lei pareça levar à conclusão de que a constituição de ambos estaria a depender do registro, exegese diversa se há de emprestar ao texto. Se é estranha a solução como assinala Bessone, “que condiciona à inserção no Registro Imobiliário a execução de uma *obligatio faciendi* (ob. cit., pág. 156/157), lícito ao intérprete buscar outra, compatibilizando o texto com

a natureza das coisas. Há que se admitir que o registro será impositivo apenas para a constituição de direito real e que tão-só a isto refere-se a condicionantes “desde que inscritos a qualquer tempo”.

Acresce que a regulamentação jurídica do loteamento de terrenos urbanos sofreu sensíveis modificações com a edição da Lei nº 6.766/79. Certo que se refere apenas a imóveis loteados e também não revogou por completo o Decreto-lei nº 58. Entretanto, não de ser examinados dois de seus dispositivos.

Mencione-se, em primeiro lugar, o artigo 25, redigido nos seguintes termos:

“São irretiráveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiro”.

O texto em exame, parece certo, desvinculou a adjudicação compulsória da exigência de registro. Este será necessário para que se adquira direito real oponível a terceiros. A condicionante “estando registrados” prende-se somente à constituição desse direito.

Se assim é para os imóveis loteados, inexistente razão para que seja de modo diverso quanto a outros imóveis. A Lei nº 649 pretendeu, sem dúvida, conferir adjudicação compulsória aos imóveis não loteados, nos mesmos casos dos loteados. Modificada a situação em relação aos primeiros, ter-se-á por modificada também quanto aos outros. Considero que o dispositivo invocado fornece base legal suficiente para que se possa adotar o entendimento acima exposto, na medida em que se considerasse que a lei anterior não o admitia.

Se o artigo 25 pudesse ser tido como menos claro, a dúvida estaria afastada com a leitura do que se contém no artigo 46. Efetuou-se aí a derrogação do constante do artigo 23 do Decreto-lei nº 58. Este, como já mencionado, dispunha que qualquer ação ou defesa fundada naquela lei, dependeria de prova do registro nela instituído. Já agora, a exigência limita-se ao loteador.

Por todo o exposto, tenho como certo que a promessa de compra e venda poderá propiciar adjudicação compulsória, mesmo se consubstanciada em instrumento particular, como pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal. Quanto à exi-

gência do registro, tratava-se de formalidade incompreensível, eis que se cogita de adimplemento de obrigação de fazer. Com o advento da Lei 6.766/79, supera-se a objeção de que haveria imposição legal, ainda que injustificável.

O julgado em que proferi o voto, a que me reportei, veio a ser reformado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 103.501. A decisão, entretanto, foi tomada ao só fundamento de que o acórdão recorrido contrariara entendimento sumulado. E o eminente Relator, Ministro Sydney Sanches, ressaltou expressamente seu ponto de vista pessoal, contrário à jurisprudência da Corte. Filiou-se, assim, à corrente anteriormente integrada pelos Ministros Cunha Peixoto e Décio Miranda (ERE nº 76.671 — RTJ 94/169).

Acrescento outra observação. Encontra-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ponderáveis opiniões no sentido de que se impõe distinção entre a adjudicação compulsória e a execução específica de obrigação de contratar. A primeira importaria transmissão da propriedade; a segunda, significaria apenas o suprimenro da omissão do devedor, em outorgar o contrato a que se obrigou. Vale consultar, a propósito, o sucinto mas excelente trabalho de Humberto Theodoro Jr. (A Execução Específica do Compromisso de Compra e Venda de Imóveis — Ref. do T.J.D.F., vol. 26, p. 11 e seguintes). Para uma seria indispensável o registro, mas não para a outra.

Não se nega que do registro resultem importantes conseqüências, notadamente o direito de seqüela. Tratando-se de imóveis, entretanto, em nosso sistema jurídico, não se me afigura que a sentença possa fazer dispensável, além da manifestação do contratante, também o registro, para transmissão de domínio, que este só se adquire com o ingresso regular do título no Registro Imobiliário. A expressão “adjudicar”, quando diz respeito a imóvel, há de ser entendida em termos. Assim é que a adjudicação de que cogita o art. 714 do C.P.C. não transmite, desde logo, a propriedade. Eventualmente, não a transmitirá nunca, já que poderá ter havido equívoco na penhora, incidente por exemplo, sobre bem de terceiro.

Considero, pois, que tratando-se de imóvel e sendo necessário o registro, revela pouco a distinção. A sentença importa substituição da manifestação da parte. A aquisição do domínio, entretanto, dependerá sempre do registro que, obviamente, só se fará se possível. Não registrado o pré-contrato, poderá aque-

le ser inviável, o que mais dificilmente ocorrerá quando atendida a questionada formalidade”.

O voto do eminente relator, aqui transcrito na parte que interessa, foi acompanhado pelos em. Mins. Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves e Gueiros Leite, em fundamentados pronunciamentos.

Conheço, portanto, do recurso, pela divergência jurisprudencial, e ao mesmo dou provimento para, seguindo integralmente na esteira do aludido aresto paradigma, cassar a decisão recorrida a fim de que a eg. Câmara, afastada a prefacial de carência de ação, possa apreciar a apelação da ré por seus demais fundamentos.

É o voto.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, também estou de acordo com V. Ex<sup>ª</sup>, lembrando que esta Turma, por duas vezes, pelos menos, já se pronunciou no tema: uma vez em recurso especial, de que fui relator e, recentemente, em outro de que foi relator o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.945 — SP — (91.0006778-4). Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrentes: José André Gomes e sua mulher. Recorrida: Mary Rosely Valenti Mendes. Advogados: Júlio de Souza Melo e outro; Antônio Ivo Aidar.

Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Decisão: A 4<sup>a</sup> Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (Em 21.08.91).



## RECURSO ESPECIAL Nº 10.113 — SP (Registro nº 91.0007139-0)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Dirce Destro Tadeu*

Recorrido: *Oswaldo Panelli Filho*

Advogados: *Drs. José Augusto Gonçalves Teixeira e Tansir da Silveira Leme*

**EMENTA: *Direito e Processo Civil. Concubinato. União estável. Cautelar. Afastamento coercitivo do concubino do lar. Cautelar inominada. Admissibilidade. Condições da ação. Apreciação de ofício. Recurso conhecido e provido.***

I — Em face do novo sistema constitucional, que, além dos princípios da igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, prestigia a “união estável” como “entidade familiar”, protegendo-a expressamente (Constituição, art. 226, § 3º), não pode o Judiciário negar, aos que a constituem, os instrumentos processuais que o ordenamento legal contempla.

II — A cautelar inominada (CPC, art. 798) apresenta-se hábil para determinar o afastamento do concubino do imóvel da sua companheira quando ocorrentes os seus pressupostos.

III — Nos termos da lei (CPC, arts. 267, § 3º e 301, § 4º), ao Judiciário incumbe apreciar, mesmo de ofício, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, a saber, pressupostos processuais e condições da ação.

### ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos 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 1991 (data do julgamento).

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

## EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ajuizou a recorrente medida cautelar inominada e preventiva, com fundamento “nos artigos 798, 800 e outros” do Código de Processo Civil, contra o seu companheiro de doze (12) anos, pai de três filhos seus, requerendo o afastamento do mesmo do lar concubinário, sob a alegação de reiteradas violências por ele praticadas contra sua pessoa, ser dela o imóvel e caber-lhe o direito de dissolver a sociedade de fato com ele mantida.

Deferida a liminar, agravou o réu, tendo a eg. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo provido o recurso, nos seguintes termos:

“Concubina ajuizou ação cautelar inominada preventiva, designação por ela atribuída à causa, com o objetivo de obter separação de corpos, determinando-se o afastamento do companheiro da casa onde vivem. Não menciona qual a ação que irá ajuizar, mas imputa a impossibilidade de manter vida em comum com o requerido em razão de seu comportamento agressivo.

Foi deferida a liminar sem audiência da outra parte, determinando o Magistrado o imediato afastamento do requerido da casa.

Não são as partes vinculadas pelo matrimônio. Não obstante, a medida objetiva, com caráter satisfativo, o afastamento do companheiro da casa onde o casal está a viver, como verdadeira separação de corpos.

Ora, o pedido de separação de corpos não tem como único objetivo impedir que continuem sob o mesmo teto marido e mulher, quando a convivência entre ambos se torna impossível e intolerável. Seu principal escopo é fazer cessar, legalmente, para os cônjuges, as obrigações decorrentes do matrimônio. É que enquanto não rompido o vínculo matrimonial ou não desfeita a sociedade conjugal, persiste a obrigação dos cônjuges de viver em comum, daí decorrentes os deveres conjugais.

Não se há negar, portanto, que a separação de corpos é incidente específico das ações de estado. Ela pode ser requerida como medida preparatória da separação judicial, do divórcio, da anulação de casamento ou mesmo no curso dessas ações.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939, anotava PONTES DE MIRANDA que pressuposto da separação de cor-

pos é a existência de sociedade conjugal. Sem embargo dos movimentos liberais, acobertando situações que caracterizam a “família” marginal, quando se cuida de mancebia, concubinato ou outro nome que se lhe dê, é incompatível, a separação de corpos não se aplica. Não se dispensa de obrigações aqueles que não nas têm. Têm os concubinos dever legal de coabitação? Até agora só se reconhece, em razão da orientação liberal, apenas efeitos patrimoniais da união de um homem e uma mulher à margem do matrimônio. Se na união concubinária desaparecem as razões para a vida em comum, cada um é senhor de seu destino. Se ocorrem situações como a dos autos, onde um dos concubinos se recusa a deixar a casa, o outro disporá de outros meios para afastar o intruso, que não a separação de corpos que pressupõe o vínculo matrimonial.

Ainda que se admita pudesse a agravada se socorrer da ação cautelar inominada, na forma do artigo 798 do Cód. Proc. Civil, força é concluir que, ainda assim, haveria a autora de revelar, desde logo, a ação principal que irá ajuizar. Mas como o concubinato somente lhe permite postular direitos patrimoniais, em determinadas situações em que se comprove sociedade de fato, a medida cautelar seria superfetação, já que para pleitear esses direitos não se exige prévia separação.

O voto vencido do Exmo. Sr. Desembargador MÁRCIO BONILHA, na Apelação 261.511, deixa claro que, ao contrário do entendimento da douta maioria, que não é apenas no fundamento receio de permanecerem os concubinos sob o mesmo teto que se dá a separação de corpos. A medida pressupõe vínculos que obriguem os cônjuges a residirem no mesmo lar. Concubinos não têm obrigações legais. O pacto de convivência existe apenas entre ambos e se desfaz, sem nenhuma sanção legal, dispensadas as formalidades que se exigem dos casados”.

Rejeitados os seus embargos declaratórios, inconformada recorreu a autora para a instância extraordinária, em 27.2.89, argüindo a relevância da questão federal.

Com a instalação desta Corte, foi o apelo desdobrado em extraordinário e especial, tendo ambos sido inadmitidos.

Ao último, através de provimento de agravo, determinei o processamento.

Argumenta a recorrente ter havido negativa de vigência aos arts. 128 e 798 do Código de Processo Civil. Ao primeiro, por não ter o réu

sustentado o descabimento da cautelar. Ao segundo, porque o v. acórdão deixou de aplicar a referida norma.

Nos autos do agravo manifestou-se a Subprocuradoria-Geral da República em abono à tese da recorrente autora, raciocinando com o disposto no art. 226 da Constituição.

É o relatório.

## VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Tenho por não vulnerada a regra do art. 128 do estatuto processual, uma vez que ao Judiciário incumbe apreciar, mesmo de ofício, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional, a saber, pressupostos processuais e condições da ação, como, aliás, dispõem o § 3º do art. 267 e o § 4º do art. 301, CPC.

Destarte, eventual impossibilidade jurídica do pedido independia da arguição da parte interessada, no caso o recorrido.

Conheço, porém, do recurso por violação do art. 798 do Código de Processo Civil.

A uma, porque na realidade a autora não postulou especificamente a alegada separação de corpos, mas sim medida cautelar inominada, fundada no poder cautelar geral do juiz, com sede no art. 798 do diploma instrumental, consoante se vê da inicial daquela ação, juntada por cópia aos autos.

A duas, porque a medida não buscou resultado satisfativo, tanto assim que a referida inicial a rotulou de “preventiva”, de natureza preparatória, tendo mesmo se referido ao propósito da autora em buscar a dissolução da sociedade de fato, como efetivamente veio a concretizar-se com o ajuizamento de ação a propósito, sem prejuízo da ação de alimentos movida em nome dos filhos menores.

A três, porque a lei não veda a um dos concubinos a possibilidade de requerer judicialmente o afastamento do outro do lar em que convivem, sendo-lhe lícito recorrer ao poder de cautela quando ocorrentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, anotando-se que, na espécie, a autora alegou violências reiteradas do seu companheiro, além de infidelidade na relação.

A quatro, porque, até prova em contrário, o imóvel residencial pertence à autora, em cujo nome se encontra registrado.

A cinco, porque o novo sistema constitucional, em termos de Direito de Família, sustentando-se na igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, reconhece igualmente a “união estável” entre o homem e a mulher, qualificando-a como “entidade familiar”, determinando expressamente que o Estado, além de facilitar-lhe por lei a conversão em casamento, também a proteja juridicamente.

A meu juízo, salvo entendimento mais lúcido, garantir a integridade física da companheira e resguardar os filhos dos maus exemplos em sua formação constituem obrigação a que o Estado Judiciário não pode furtar-se quando procurado.

Como assinalou a ilustre Subprocuradora Dr<sup>a</sup> Helenita A. G. Caiaido de Acioli, pelo *Parquet*, quando do exame do agravo,

“A Família, pelo artigo 226 da Constituição Federal, não se constitui apenas pelo casamento, mas pela união estável entre homem e mulher. E, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado, que deverá assegurar assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Restringir o direito de ação de qualquer um dos seus membros, para afastar ameaças em sua integridade física, ao fundamento de que inexistente relação de casamento, viola não apenas o art. 798 do CPC, que confere ao juiz um poder geral de cautela em hipóteses como a dos autos, mas afronta a própria Constituição”.

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo para restabelecer a decisão de primeiro grau.

## VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Também acompanho o voto do Eminentíssimo Relator. Não desconheço quão ponderáveis os argumentos rigorosamente técnicos lançados no venerando acórdão recorrido, mas considero que a posição de S. Ex<sup>a</sup> melhor atende às necessidades sociais hodiernas e aos interesses da união estável, daquela entidade familiar constituída pelo convívio *more uxorio* e de que resultaram filhos. Esta posição é a mais adequada aos princípios que inspiraram as normas postas no capítulo ‘da Família’ pela atual Constituição, e também a mais adequada à proteção dos interesses dos filhos do casal.

## VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, inquestionavelmente a nova Constituição descortinou horizontes ao direito de família, dantes não vislumbrados. Mas, mesmo no plano de direito ordinário, eu não deixaria de acompanhar o Eminente Ministro-Relator, porquanto, em se tratando do poder cautelar genérico do Juiz, na forma do que se dispõe o art. 798 do Código de Processo Civil, o Juiz pode até determinar a guarda judicial de pessoas, quanto mais autorizar a separação de pessoas.

Acompanho o Eminente Ministro-Relator.

### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.113 — SP — (91.0007139-0) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Dirce Destro Tadeu. Recdo.: Osvaldo Panelli Filho. Advs.: Dr. José Augusto Gonçalves Teixeira e Dr. Tansir da Silveira Leme.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 04.06.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



### RECURSO ESPECIAL Nº 10.394 — PR (Registro nº 91.1449)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrentes: *Ernesto Bino Neto e cônjuge*

Recorrido: *Município de Curitiba*

Advogados: *Drs. Mauri José Roika e outros, e Cesar Antonio da Cunha*

**EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO. LIQUIDAÇÃO. ATUALIZAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS.**

**CORREÇÃO MONETÁRIA *PRO RATA TEMPO-RIS*. PLANO CRUZADO.**

— Havendo atraso no pagamento da indenização, cumpre atualizar o seu valor, computando-se os juros devidos no período verificado entre a data da expedição do precatório até o seu recebimento, bem como a diferença quanto à variação das OTNs ocorrida durante o “Plano Cruzado”.

— Recurso provido.

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, 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, 20 de maio de 1991 (data julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

**RELATÓRIO**

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): O presente recurso especial é resultante do provimento do agravo de instrumento (art. 254, § 2<sup>o</sup> do Regimento Interno), nos termos do despacho que proferi a fls.

Na espécie, requereram os ora recorrentes a atualização da conta anterior (fls. 83). A sentença indeferiu a pretensão nestes termos (fls. 86):

“Vistos, etc.

Tendo em vista que os autores já receberam o seu crédito, conforme alvará n<sup>o</sup> 151 de fls. 288, julgo extinta esta Ação

Ordinária de Indenização sob nº 18.305 em que são requerentes ERNESTO BINO NETO E SUA MULHER e requerido o MUNICÍPIO DE CURITIBA.

Custas na forma da lei.

Publique-se e Intime-se.

Em 12/03/1987.”

Nos declaratórios opostos, rejeitados a fls. 95, argumentaram os autores-recorrentes (fls. 89/91):

“O decisório embargado extinguiu a ação nada mencionando no concernente à execução ou mesmo à extinção da obrigação, ensejando dúvida na compreensão do seu alcance, considerando-se que essa obrigação não estava integralmente satisfeita ante o que no processado fizera coisa julgada e atentando-se para o fato indiscutível que à época em que aos autores foi dado levantar o depósito — o que fizeram com ressalva expressa — aquele já está defasado ante a variação dos índices de correção que a coisa julgada determinava aplicáveis até o conclusivo pagamento.

Veja-se que a sentença proferida no processo de conhecimento (fls. 121/124-TJ), trânsita em julgado, deixou claro:

a) “A importância fixada a título de indenização será atualizada... O fator de atualização serão as ORTNs, cujo *quantum* fica já convertido.”

b) “Sobre tal importância fixada a título de indenização incidirão: a) — juros compensatórios... devidos até o efetivo pagamento da indenização — RTJ-99/108 (Pleno do STF); b) — juros moratórios..., também até o efetivo pagamento da indenização”.

#### A IRRECUSÁVEL PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS

É indubitável que o Município de Curitiba, ao ocupar ilegitimamente parte dos imóveis dos autores-Embargantes, praticou ato ilícito, em função do qual assumiu obrigação de indenizar, nos expressos termos da sentença de fls. 121/124.

Ora, como já ficou decidido em grau de embargos infringentes, para que aquela decisão venha a ser efetivamente cumprida, para que a indenização seja realmente completa (sem o que os danos causados ao patrimônio dos credores não estarão devidamente reparados) é imperioso que o valor em dinheiro pago pelo devedor e recebido pelos credores corresponda ao efeti-

vo montante do dano, ao valor autorizado pelo decisório e à época do **recebimento**.

Assim, o devedor que deixa impagas parcelas substanciais relativas à obrigação declarada por sentença judicial irrecorrível, não satisfaz a sua obrigação e menos ainda disso pode fluir a extinção da ação na qual o direito à indenização plena foi conferido e reconhecido em favor dos credores, posto que a execução há de prosseguir pelo saldo.

Analise-se desapassionadamente a questão:

— Os credores só tiveram acesso ao valor depositado pelo devedor (1.488,80 ORTNs — equivalentes a 1.488,80 OTNs), quando a OTN já tivera o seu valor reajustado para Cz\$ 181,61, sofrendo, via de lógica ilação, prejuízo facilmente constatável mediante simples operação aritmética.

Não se perca de vista que o depósito feito pelo Município (saldo devedor calculado em OTNs de Cz\$ 106,40), refoge até mesmo ao que estipula a Instrução Normativa da SRF, de número 024/87, cuja tabela explicita a variação dos valores diários da OTN no período compreendido entre 04 de março e 30 de novembro de 1986, data em que o seu valor era de Cz\$ 119,22, a partir do qual se consideraram as taxas de remuneração diária da LBC (Letra do Banco Central)...

Ora, atentando-se para o fato inquestionável da equivalência entre ORTN e OTN, posto que “o justo valor no ressarcimento de um dano, ou na reposição patrimonial em caso de desapropriação, ou ainda em qualquer cálculo com incidência e correção monetária, cuja sentença fixou o valor em ORTNs, o cálculo de atualização terá necessariamente que ser feito, após o advento dos Decretos-leis 2.283 e 2.284, na proporção de uma ORTN para uma OTN”, pois “a conversão é direta para se alcançar o justo valor” (Cf. Acórdão nº 755, do Colendo Órgão Especial do TJ/PR) e sabido que a OTN na data do levantamento do valor depositado era equivalente a Cz\$ 181,61, não há como se entender correta a extinção do feito, a obstaculizar, irremediavelmente, se mantida a decisão embargada, a continuidade que se faz imperiosa da execução que nele se processa, até que o pagamento seja definitivamente integral e a quitação plena, sem ressalvas.

— Isto não bastasse, há que se considerar que o depósito efetuado pelo Município foi incompleto e desatendeu à coisa

julgada, no concernente aos juros compensatórios e moratórios, devidos, sem margem de dúvida, até o conclusivo pagamento (sentença trântisa em julgado) e que deixaram de ser computados da data da expedição do precatório até o seu pagamento.

Irrespondível a respeito, o que decidiu em 17/02/87 a Corte Suprema, consoante se vê no DJ de 06/03/87, no RE nº 112.121-1-SP — Rel. Min. Oscar Corrêa — 1ª T., unânime, assim ementado:

“Desapropriação. Depósito das ORTNs previstas no precatório. Juros moratórios e compensatórios devidos entre a expedição do precatório e a realização do depósito. Cobrança reconhecida.”

Daí porque, inimaginável a manutenção da sentença sem a modificação que os presentes embargos colimam.”

Inconformados, interpuseram apelação, que o acórdão de fls. 108/112 negou provimento, cuja ementa é a seguinte (fls. 108):

“DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. Liquidação da Sentença. Pagamento.

I — As indenizações para as desapropriações, equivalentes em ORTNs, com trântiso em julgado, serão convertidas em OTNs. Expedido o precatório, devidamente formalizado, extingue-se a obrigação, de acordo com o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil, com o seu efetivo pagamento;

II — As indenizações estabelecidas em cruzeiros, com trântiso em julgado, serão atualizadas até 28 de fevereiro de 1986, de acordo com a súmula 561 do Supremo Tribunal Federal, sobre o principal, em suas respectivas parcelas, até as datas dos pagamentos efetuados, deduzidas as importâncias pagas, também atualizadas. Feita a atualização, será a mesma transformada, definitivamente, na mesma data, em cruzados, nos termos dos Decretos-leis nºs 2. 283/86 e 2.284/86, com equivalência em OTNs. Expedido o competente precatório, extingue-se a obrigação, com o real pagamento, conforme dispõe o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil. Apelo desprovido.”

Novos declaratórios foram opostos e rejeitados (fls. 113/119).

Daí que, irresignados, manifestaram recurso extraordinário. Da sua inadmissão foi interposto agravo, cuja tramitação na Suprema Cor-

te ficou sobrestado para que os agravantes fossem intimados quanto ao desdobramento do recurso em extraordinário e especial, o que foi procedido às fls. 144/159.

Neste, fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, argüiram violação ao art. 467 do CPC, porquanto não liquidada a dívida não poderia ser extinta a ação; ao art. 458, I e II, 794, I, do mesmo *Codex*, e 934 do Código Civil, além de dissídio com julgados que traz à colação, relativamente ao cabimento dos juros moratórios e compensatórios e da correção monetária *pro rata temporis*.

Razões do Município, às fls. 174/178.

Pareceres do Ministério Público local, às fls. 180/182, e do Federal, às fls. 186/190, ambos pelo desprovemento do então agravo de instrumento.

Relatei.

## VOTO

O EXM<sup>o</sup> SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Após ratificar a decisão recorrida, o parecer do Ministério Público Federal obtempera (fls. 189/190):

“... O v. acórdão recorrido não tratou do tema pertinente aos juros que podem incidir entre a data do cálculo e do pagamento. A ausência de prequestionamento da matéria impede sua apreciação no recurso especial, por força dos verbetes n<sup>os</sup> 282 e 356, da Súmula de Jurisprudência da Excelsa Corte.

Ademais não restou caracterizada a alegada divergência jurisprudencial pois o v. acórdão recorrido tem como um dos seus fundamentos de decidir, precedente da Excelsa Corte — RE 112.078-9-MG — Rel. Min. CÉLIO BORJA — que harmoniza-se perfeitamente às peculiaridades do caso *sub judice*, ou seja, se a demora do pagamento de indenização se deu por culpa dos próprios expropriados, os ônus daí decorrentes não podem ser imputados ao expropriante, *in verbis*:

“EMENTA — Desapropriação.

Atualização do *quantum* indenizatório deve ser feita até a data do efetivo pagamento — Súmula 561, *in casu*, a data do depósito. Se o dinheiro estava à disposição dos expropriados se a demora no levantamento não pode ser imputada ao expropriante, incabível atribuir a este o encargo respectivo.

Precedentes: RE 96.933 e RE 77.280-SP (R.T.J. 113/136). RE conhecido e provido. (D.J. 02/10/87 — p. 21.149)” (fls. 112).

Finalmente, vale acrescentar que os suplicantes limitaram-se a reproduzir na minuta de agravo as mesmas alegações de negativa de lei federal e de dissídio jurisprudencial, o que não justifica a cassação da decisão denegatória do recurso especial.

Com efeito, os agravantes não se preocuparam em atacar a decisão hostilizada, ou seja, em afastar a alegação da ausência de prequestionamento da matéria relativa aos juros, preocupando-se em discutir o mérito da demanda, o que evidentemente afasta a viabilidade do presente agravo.

A jurisprudência dominante da Excelsa Corte pacificou-se no sentido de que o agravo deve enfrentar as razões que motivaram o indeferimento do recurso, sob pena de seu inacolhimento (RTJ 107/633 e RTJ 95/676).”

Na hipótese tenho, *data venia*, por prequestionada a matéria. A questão atinente aos juros foi objeto dos primeiros declaratórios, aqueles opostos à sentença, conforme se vê a fls. 89, bem como dos de fls. 113/115, decididos às fls. 116/119. Ademais, quando se requer atualização de cálculo em processos do tipo, é evidente que tais juros devam ser considerados, pois integrantes da indenização.

Doutra parte, não se pode imputar aos expropriados culpa pelo atraso no recebimento do valor indenizatório, porquanto não intimados para tanto.

Conheço do recurso.

Quanto ao mérito, razão assiste aos recorrentes. Pretendem eles o recebimento dos juros não computados no período de 22.11.83 até 26.2.87, além da diferença do valor das OTN's.

Para tanto, aduzem (fls. 148/149):

“Em fase de liquidação de sentença, o cálculo da indenização resultou em Cr\$ 10.958.563,89 (dez milhões, novecentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e sessenta e três cruzeiros e oitenta e nove centavos), em 22.11.83, equivalente a 1.693,87 ORTN's (fls. 163 e v. TJ).

Após a expedição do precatório requisitório, o Juiz *a quo* deu por extinta a execução, entendendo que “com a expedição do requisitório desaparece a “mora”.

Interposta Apelação, a 2ª Câmara Cível do TJ/PR, conforme consta do Acórdão 3.290, por maioria negou provimento ao apelo, ficando vencido o Des. Sidney Zappa, com declaração de voto (fls. 221/222 — TJ).

Com base no voto vencido foram interpostos Embargos Infringentes, que veio restabelecer o direito dos Autores, conforme se depreende do Acórdão 668 do 1º Grupo de Câmaras Cíveis, às fls. 255/257-TJ, *in verbis*:

“Desapropriação indireta — ...O simples deferimento do requisitório não corresponde a um efetivo pagamento, não se podendo cogitar de obrigação satisfeita para ser extinta...”

Surgiu assim a possibilidade de se dar continuidade à execução, pois enquanto o processo tramitava no Tribunal de Justiça, foi pago aos Autores a quantia equivalente a 205,07 ORTN's.

Portanto, é indubitosa a possibilidade da continuação da execução, em razão do saldo devedor, pois:

requisitou-se Cr\$ 10.958.563,00 equivalente em 22.11.83 a 1.693,87 ORTN's.

pagou-se Cr\$ 10.958.563,00 equivalente em 16.09.85 a 205,07 ORTN's.

saldo credor equivalente a... 1.488,8 ORTN's.

Observando-se, ainda, que neste saldo devedor não foram computados os juros compensatórios e moratórios, uma vez que estes só incidiram até o dia 22.11.83.

Em conseqüência requereu-se a atualização do cálculo para que fosse apurado o saldo devedor resultando em Cz\$ 160.463,28 (cento e sessenta mil, quatrocentos e sessenta e três cruzados, vinte e oito centavos), em 19.06.86, equivalente a 1.508,11 OTN's, sendo expedido requisitório, e sendo que a **ordem de pagamento interna**, ou nota de recolhimento nº 46, emitida em **26.02.87** (quinta-feira) sendo juntada aos autos em 04.03.87, com a remessa ao Contador, tendo os Autores acesso ao valor somente em 09.03.87, como se vê às fls. 288 verso, ficando **res-salvado o direito a atualização.**”

Consoante se vê, merece acolhida o apelo. De fato, além do não recebimento dos juros, resta a diferença quanto à variação das OTNs no período em que vigia o “Plano Cruzado”, consoante reconhece a juris-

prudência trazida a cotejo pelos recorrentes, aliás em sintonia com recentes julgados desta Eg. Turma.

Dou, pois, provimento ao recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.394 — PR — (91.1449) — Rel.: Sr. Ministro Américo Luz. Recorrentes: Ernesto Bino Neto e cônjuge. Recorrido: Município de Curitiba. Advogados: Drs. Mauri José Roika e outros, Dr. Cesar Antonio da Cunha.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (2ª Turma — 20.05.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu a Sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 10.476 — RS

(Registro nº 91.0008048-9)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Arquimedes Luchtemberg Ribeiro (réu preso)*

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

Advogado: *Dr. Jânio Mozart Corrêa*

**EMENTA: Penal. Redução da pena. Semi-imputabilidade.**

**A redução de pena prevista no parágrafo único do art. 26, do Código Penal, é de caráter obrigatório.**

**Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.**

#### ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, 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, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Leio o relatório do acórdão recorrido (fls. 32/33):

“O requerente, Arquimedes Luchtemberg Ribeiro, condenado como autor de homicídio qualificado, em sua forma tentada, rapto e estupro, pelo Tribunal do Júri desta Capital, em 12 de agosto de 1988, tendo a egrégia 3ª Câmara Criminal, em sessão realizada no dia 3 de novembro do mesmo ano, negado provimento à apelação, por unanimidade.

Foi-lhe aplicada a pena de 19 anos e 6 meses de reclusão.

Aduz o recorrente que após a decretação de sua prisão preventiva, antes do recebimento da denúncia, seu então defensor requereu a juntada aos autos de peças relativas a outro processo que respondia no Foro Regional da Tristeza, onde fora deferido, com a concordância do Ministério Público, a instauração do incidente de insanidade mental. Deveria, pois, mesmo não tendo havido requerimento, ter o Juiz-instrutor determinado, de ofício, fosse submetido a exame-médico legal, eis que ficara demonstrado, de plano, haver dúvida sobre a sua integridade mental.

Continua o recorrente dizendo ter sofrido prejuízo flagrante, haja vista que nos termos do Laudo Psiquiátrico 17.050, de 28 de dezembro de 1988, do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, foi enquadrado no parágrafo único do art. 26 do C. Penal.

Culmina dizendo que pelo fato de não ter sido requerido e nem instaurado, de ofício, o incidente de insanidade mental, restou condenado a uma pena elevada, descumprindo-se expresso texto da lei (C.P.P., art. 149), o que não lhe possibilitou

a absolvição sumária e nem a legal e obrigatória diminuição da pena.

Requer, pois:

a) seja anulado o processo, desde o início, por deficiência de defesa;

b) a anulação do processado desde a petição de fls. 125/128, eis que a partir desse momento deveria o Juiz de Ofício, determinar a instauração do incidente de insanidade mental;

c) haja a anulação, apenas, da sentença condenatória, no sentido de ser aplicado o disposto no parágrafo único do art. 26, combinado com o disposto no art. 98, ambos do C. Penal.

Requisitados os autos originais, emitiu parecer o eminente Procurador Dr. Raimundo Cesar Ferreira da Silva, manifestando-se pelo acolhimento, em parte, do pedido revisional, no sentido de que a pena sofra a redução especial de um terço (1/3), de conformidade com o parágrafo único do art. 26 do Diploma Processual Penal.”

Indeferido o pedido revisional pelas e. Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobreveio o presente recurso especial, interposto com espeque nas alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional, alegando-se que a decisão recorrida negou vigência aos arts. 149, do Código de Processo Penal, 26, parágrafo único, do Código Penal, bem como dissentiu de julgados de outros Tribunais.

Admitido o recurso pela alínea *c*, subiram os autos, neles lançando parecer o Ministério Público Federal, do seguinte teor: (lê).

É o relatório, Senhor Presidente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A alegação de negativa de vigência ao art. 149, do Código de Processo Penal, pende desarrazoada, por isso que, no processo em que condenado o ora recorrente, não se verificou o pressuposto para instauração do incidente de insanidade mental, ou seja, a existência de dúvida sobre a integridade mental do acusado. Irrepreensível, no particular, a fundamentação do v. acórdão recorrido, que colho e endosso:

“Está claro na própria petição revisional que o requerimento visando a instauração do incidente de insanidade mental do recorrente, fora feito em outro processo. O Dr. Carlos Pinto,

defensor do ora recorrente, em ambos os processos, requerera no dia 7 de julho de 1986 a instauração do incidente de insanidade mental no processo a que este respondia junto à 1ª Vara Criminal do Foro Regional da Tristeza. Dias após, mais precisamente no dia 17 do mesmo mês e ano, o mesmo defensor, visando exclusivamente, o relaxamento da prisão preventiva de seu cliente no processo que este respondia na Vara do Júri desta Capital, requer a juntada aos autos da cópia da petição que protocolara no foro regional já deferido. Nada, absolutamente nada requereu no que diz respeito a instauração do incidente de insanidade mental do recorrente. Onde, pois, a obrigatoriedade da instauração, de ofício, do incidente? A dúvida a respeito da integridade mental do recorrente não se estabeleceu no espírito do julgador. Esta dúvida, ou até mesmo uma quase certeza, pode se estabelecer no espírito do julgador ao exame de circunstâncias, tanto objetivas como subjetivas.”

Quanto ao capítulo da divergência, limitou-se o recorrente a transcrever a ementa de um julgado do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, não serve à caracterização do dissídio. Impunha-se, *in casu*, a demonstração analítica da divergência.

Já no que diz com a outra questão suscitada, estou em que a irrequietude merece prosperar.

Cumprir observar que não se discute a propósito da semi-imputabilidade do recorrente ao tempo do crime, admitida que foi pelo acórdão, ao examinar soberanamente a prova, consistindo a questão apenas em definir se a redução de pena prevista no parágrafo único do art. 26, do Código Penal, é facultativa, como entendeu a decisão vergastada, ou obrigatória.

A matéria é sabidamente controvertida, assim na doutrina como na jurisprudência. O colendo Supremo Tribunal Federal fixou-se no entendimento de que a redução de pena em causa é facultativa, na esteira do qual, convém registrar, decidiu esta Sexta Turma, ao apreciar o Recurso Especial 1.732-RS, da relatoria do eminente Ministro Dias Trindade.

No julgamento do Recurso Especial 8.650-RS, porém, a Turma modificou a sua orientação, acolhendo o percuciente voto do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, assim sintetizado:

*RECURSO ESPECIAL — CAUSA DE DIMINUIÇÃO  
DE PENA — REDUÇÃO OBRIGATÓRIA — CP (art. 26),  
parágrafo único*

A relação jurídica encerra complexo de direitos e obrigações. Logicamente, o sujeito ativo e o sujeito passivo ficam vinculados. Nenhuma das partes impõe sua vontade, senão nos termos e limites fixados. O vocábulo — pode — deve ser interpretado juridicamente, cujo sentido não se confunde com o significado vulgar da palavra. Constitui direito público, subjetivo do réu ter a pena reduzida. A causa especial de diminuição de pena, estabelecida em tese, afeta o grau mínimo da cominação reduzindo-a da respectiva quantidade. Não se confunde com a atenuante, considerada *in concreto*, nos limites da cominação. Imperativo também do princípio da isonomia que impõe tratamento distinto quando diferentes as situações jurídicas. Imputável não se identifica, na lei penal, ao semi-imputável.”

Na verdade, os argumentos aduzidos por Sua Excelência são irrecusáveis, respaldando-os a melhor doutrina. A propósito, merece destaque o magistério de Paulo José da Costa Jr.:

“A diminuição da imputabilidade importa na diminuição da culpabilidade. Se a capacidade de resistência do sujeito agente diante dos impulsos é menor que nos indivíduos normais, se sucumbe ao estímulo criminal, a reprovabilidade será também menor e o grau de culpabilidade menos intenso. E a diminuição da culpabilidade determina a atenuação da pena.” (“Comentários ao Código Penal”, São Paulo, Saraiva, 1986, Vol. I, pág. 213).

Destarte, conheço em parte do recurso, por ambas as alíneas, eis que perfeitamente demonstrado o dissenso pretoriano quanto ao segundo fundamento e inaplicável a Súmula 400, do colendo Supremo Tribunal Federal, segundo reiteradas decisões desta Turma, e, nessa parte, lhe dou provimento para reduzir de 1/3 (um terço) a pena de 19 (dezenove) anos e 06 (seis) meses imposta ao recorrente, que fica fixada, pois, em 13 (treze) anos de reclusão.

É como voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.476 — RS — (91.0008048-9) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Arquimedes Luchtemberg Ribeiro (réu preso). Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado: Dr. Jânio Mozart Corrêa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma — 13.08.91).

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, José Cândido e Carlos Thibau. Ausente, por motivo de férias do Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.497 — SP  
(Registro nº 91.0008138-8)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Bradesco Seguros S/A*

Recorrido: *Dirceu Valis*

Advogados: *Carmen Teresa V. D. Capriles Antezana e outros, Romeu Tertuliano*

**EMENTA: SEGURO EM GRUPO, DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 178, § 6º, II, DO CÓDIGO CIVIL, NA AÇÃO DO SEGURADO CONTRA A SEGURADORA. POSIÇÃO DO ESTIPULANTE.**

No seguro de vida em grupo não se confunde a figura do *estipulante* com a figura dos *segurados*. Se facultativo o seguro, o estipulante apresenta-se como mandatário dos segurados — D.-Lei 73/66, art. 21, § 2º.

Ao segurado, ou ao beneficiário do segurado, ocorrido o sinistro, socorre pretensão contra a entidade seguradora, com base no contrato de seguro. A pretensão *do segurado* está sujeita ao prazo prescricional anual, *inclusive nos casos de seguro em grupo*, a teor do artigo 178, § 6º, II, do Código Civil.

Recurso especial da seguradora, conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Participaram do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

## RELATÓRIO

O EXM<sup>o</sup> SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação de cobrança decorrente de contrato de “Seguro de Vida em Grupo e Acidentes Pessoais”, aforada por DIRCEU VALIS contra a BRADESCO SEGUROS S/A. O juízo monocrático, na decisão de saneamento, sustentou que “o autor não é segurado, mas terceiro beneficiário, com o que não se aplica a ele a prescrição ânua” (fls. 51).

Interpôs a ré agravo de instrumento, ao qual a eg. Quinta Câmara do 1<sup>o</sup> TACSP negou provimento, sob o entendimento básico de que ao **beneficiário** de seguro em grupo, e tal seria o caso do autor, não se aplica o prazo prescricional do artigo 178, § 6<sup>o</sup>, II, do Código Civil, restrito às “ações do segurado contra o segurador e vice-versa” (fls. 81/82).

Irresignada, manifestou a seguradora recurso especial, sob as alíneas *a* e *c*, alegando negativa de vigência ao artigo 178, § 6<sup>o</sup>, II, do CC, e dissídio com aresto do Tribunal de Alçada do antigo Estado da Guanabara, *in* “Jurisprudência Brasileira”, v. 3, p. 235/236. O autor, aduz a recorrente, afirmou que pelo exercício de seu trabalho na Volkswagen passara a sofrer de deficiência auditiva, varizes bilaterais e males cardiovasculares, tendo deixado o emprego em 21 de outubro de 1987; impunha-se, pois, decretar a prescrição da ação, ajuizada apenas em dezembro de 1988, com citação efetuada em 13 de abril de 1989. Disserta sobre os conceitos de beneficiário, de seguro de vida e de segurado, reiterando que ‘segurado’ era o antigo funcionário da Volkswagen, e que a estipulante apenas representa o segurado na contratação do seguro (fls. 85/97).

O eminente Presidente do Tribunal *a quo* deferiu o recurso extremo, com amparo na alínea c do permissivo constitucional (fls. 101/102). Razões finais, aliás não mais previstas na lei processual, a fls. 107 e ss. É o relatório.

## VOTO

O EXM<sup>o</sup> SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Trata-se de seguro em grupo, sendo estipulante a FUNDAÇÃO VOLKSWAGEN, seguradora a ré BRADESCO SEGUROS S/A, tendo como garantia básica ou risco de morte dos segurados, e como garantia adicional o risco de invalidez permanente resultante de acidente. A alegação, formulada na resposta, de que as moléstias acusadas pelo autor não estão cobertas pela cláusula relativa à invalidez permanente, constitui matéria nodal do mérito. Aqui, no entanto, o ponto em julgamento é apenas o relativo a saber quem o **segurado**, nos seguros em grupo, sujeito ao prazo prescricional anual do artigo 178, § 6<sup>o</sup>, II, do Código Civil.

Afastou a prescrição o v. aresto da 5<sup>a</sup> Câmara do 1<sup>o</sup> TACSP, sob os seguintes fundamentos:

“Tratando-se de ação proposta contra seguradora, por beneficiário de seguro em grupo, a ela não se aplica o disposto no artigo 178, parágrafo 6<sup>o</sup>, inciso II, do Código Civil, que é taxativo ao restringi-la às ações do segurado contra o segurador e vice-versa.

No caso em exame, o seguro em discussão é o chamado seguro em grupo, conforme se verifica pela documental de folhas 49/50, onde existe a possibilidade de variação dos beneficiários, tudo segundo desejo da empresa intitulada como estipulante. Logo, não é aquele seguro referido no inciso de lei acima citado (nesse sentido foi julgado em sede de Embargos Infringentes nº 345.432, da Comarca de Itapetininga, em que foi relator o eminente Desembargador Carlos Ortiz).

O segurado, no caso dos autos, é a firma empregadora, que figura no contrato como estipulante, sendo o agravado mero beneficiário do seguro, não tendo ele qualquer controle sobre o contrato elaborado entre a seguradora e a firma empregadora. É lição da doutrina, mencionada no julgado acima referido que “em matéria de prescrição, não pode haver, como iterativo, interpretação extensiva ou analógica”. A interpretação deve ser restritiva pois a prescrição atinge direitos e, dessa forma, não

há como se estender a prescrição ao beneficiário do seguro em grupo, que apenas dele participa em decorrência do que ficou ajustado entre a seguradora e o segurado que é a firma estipulante.” (fls. 81/82)

Em suma, segundo o v. aresto, no contrato de seguro em grupo, o segurado seria “a firma empregadora, que figura no contrato como estipulante”, e o empregado é conceituado como mero beneficiário do seguro.

Entretanto, com a vênia devida, assim realmente não é. Como bem expôs o ilustre juiz SILVIO MARQUES, também do 1º TACSP, em voto por cópia a fls. 193 e ss., não cabe fazer distinções entre o segurado que contrata diretamente o seguro, ou que o faz através de uma corretora, ou aquele que “tem o empregador-estipulante como intermediário”, embora essa figura só tenha surgido depois do Código:

“Na realidade, não existe diferença prática, real, ou jurídica, a não ser pela criação jurisprudencial, entre aquele segurado que contrata diretamente com a seguradora, e aquele outro que o faz através da estipulante, pois ambos, são da mesma forma, segurados, ou seja, a pessoa objeto e causa do seguro.

Ambos sabem da existência do seguro e suas cláusulas. Não existe razão legal, lógica ou prática para se estabelecer prazos prescricionais diferentes para um e outro. Se houvesse possibilidade de criar, com razoáveis fundamentos, essa distinção entre segurado direto e indireto (este o participante de grupo), aquele que faz parte do seguro de vida em grupo, como empregado da estipulante, deveria ter prazo prescricional mais curto, porque mais atento ao evento danoso e seu nexos causal, em razão da concomitância do seguro com a previdência social, onde, ao menor sintoma de moléstia, ou acidente típico, já se providenciam anotações, comunicações e exames, ou seja, há uma alerta para o registro do fato e a postulação dos direitos correspondentes.

O funcionário de uma empresa, que faz parte de um grupo de seguro de vida e acidentes pessoais, tem até mais instrução e advertência para as cláusulas do contrato e seus direitos. Os obreiros sempre trazem para os autos das ações pertinentes, boletins, avisos e circulares que os empregadores divulgam, com os dados a respeito, mostrando que se trata de um benefício paralelo e acrescido ao seguro obrigatório da previdência social. Com o desconto mensal no contracheque, existe a permanente lembrança de mais esse direito. Se após a ocorrência de algum

evento previsto como originador de benefício, o empregado segurado só pleiteia seus direitos do INPS e ações acidentárias, mas não o faz frente à seguradora privada, é por falta de costume. É de se lembrar que, antes da integração da previdência, eram milhares as ações contra as seguradoras privadas.

Não cabe também o argumento de que no contrato de seguro de vida e acidentes pessoais em grupo, só existem as figuras da seguradora e da empregadora estipulante, sendo o obreiro um terceiro por isso que é o beneficiário e não o segurado. Embora o obreiro entre na relação contratual por adesão, na realidade o seguro é feito em seu benefício direto, figurando a empregadora apenas como verdadeira intermediária, corretora, ou procuradora, posto que em nada se beneficia com tal seguro, no qual o seu funcionário é sempre o beneficiado direto, portanto é o segurado.

Também não existe o problema da **distinção entre segurado e beneficiário do seguro**. O primeiro seria o objeto do contrato, enquanto o segundo o que receberia a indenização contratada. No caso de incapacidade, por acidente ou moléstia, o beneficiário viria a ser o próprio segurado, como acontece na previdência social e nos seguros comuns individuais. No caso de morte, o segurado, ou o estipulante, estabelecem quem receberia o seguro.” (fls. 194/196).

Diga-se que o Dec.-Lei nº 73, de 21.11.66, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, é claro ao estatuir, no art. 21, parágrafo segundo:

“§ 2º — Nos seguros facultativos o estipulante é mandatário dos segurados.”

O prof. PEDRO ALVIM esclarece certas distinções alusivas ao estipulante, conforme se cuide de seguro obrigatório ou de seguro facultativo. Naquele, o estipulante “supre a vontade do segurado, de cuja manifestação se prescinde para a transferência do risco ao segurador. Ocorre a representação legal, para os efeitos de contratação e manutenção do seguro”. Mas quem recebe a indenização é o segurado, ou os beneficiários por este indicados. Já nos casos de seguro facultativo,

“... o estipulante assume a posição de mandatário. Estes seguros são hoje muito divulgados, tais como os de acidentes pessoais e de vida, celebrados sob a forma coletiva, por entidades como clubes, associações, etc. Congregam uma comunidade interessada na cobertura. O segurado adere ao contrato coleti-

vo, manifestando sua vontade e assumindo obrigações. Quem administra, porém, o seguro, é o estipulante, como mandatário de todos.

Os direitos e obrigações do estipulante, ou melhor, os poderes de seu mandato são estabelecidos para cada ramo de seguro. Em acidentes pessoais, por exemplo, de acordo com as normas vigentes (Circular nº 15/78, da SUSEP) a pessoa física ou jurídica que contratar o seguro é responsável perante o segurador pelo cumprimento das obrigações do contrato. Sua substituição depende da concordância da seguradora e da solicitação por escrito da sucedida e da sucessora.

Nos seguros de vida em grupo, o estipulante é definido como o empregador ou a associação que contrata o seguro com a sociedade seguradora (Circular nº 23/72, da SUSEP). É investido dos poderes de representação dos segurados perante a seguradora, a quem deve encaminhar todas as comunicações ou avisos inerentes ao contrato, inclusive alterações de importâncias seguradas, bem como inclusão e exclusão de segurados.” (“O Contrato de Seguro”, Forense, 2ª ed., nº 166, p. 211).

A inequívoca distinção entre **estipulante** e **segurado** aparece muito claramente também na dissertação de Mestrado de autoria de AYRTON PIMENTEL, perante o Dep. de Direito Civil da Fac. de Direito da Univ. de São Paulo, em 1978. Refere ele:

“Do exposto acima, conclui-se que, durante a vigência do contrato, estabelece-se entre estipulante e segurados uma relação de mandato, não havendo dúvidas de que o estipulante é mandatário dos segurados. Todavia, cabe uma indagação: qual a qualificação jurídica do estipulante quando celebra o contrato-mestre?

O estipulante, na verdade, não se assemelha nem ao gestor de negócios, e nem ao comitente. Ao gestor não se assemelha porque o ato por ele praticado, como salienta o Prof. Fábio Konder Comparato, não caracteriza um negócio completo com o segurador, por conta dos segurados, que deveriam ratificá-lo posteriormente. O ato do estipulante deve ser completado pelo dos segurados, através da adesão. Além disso, no ato do estipulante, ao firmar o contrato-mestre, não ocorre uma intromissão desautorizada na esfera jurídica dos segurados, como acontece na gestão. O ato do estipulante não interfere na esfera jurídica do segurado, mas, tão-só, possibilita a ele aderir ao contrato por ele já celebrado.” (ob. cit., nº 69).

Nestes termos, mesmo naqueles casos em que excepcionalmente, ou por força de cláusula no pacto laboral, possa caber ao estipulante pagar por sua conta os prêmios do seguro em grupo, sempre se mantém a distinção conceitual entre estipulante e segurado. Pode confundir-se a figura do segurado e a do beneficiário, como nos casos de seguro por acidentes pessoais; pode necessariamente o beneficiário ser um terceiro, como nos seguros pelo risco de morte do segurado. Mas não se confundem a figura do estipulante com a figura dos segurados, sendo irrelevante juridicamente, sob tal aspecto, a possibilidade de “variação” do grupo segurado, pela exclusão de alguns e ingresso de outros segurados.

Por todo o exposto, conheço do recurso pela alínea *a*, e igualmente pela alínea *c*, ante o dissídio entre o aresto recorrido e o acórdão do Trib. de Alçada do antigo Estado da Guanabara aludido a fls. 90/93.

Dele conhecendo, dou-lhe provimento para declarar prescrito o direito do autor ao valor segurado.

É o voto.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.497 — SP — (91.0008138-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Bradesco Seguros S/A. Recorrido: Dirceu Valis. Advogados: Carmen Teresa V. D. Capriles Antezana e outros; Romeu Tertuliano.

Votaram com o Relator 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.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (4ª Turma — 27.06.91).



#### RECURSO ESPECIAL Nº 10.554 — SP (Registro nº 91.0008196-5)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Riper-Construções e Comércio Ltda.*

Recorrido: *Departamento de Estradas de Rodagem do Est. de SP*  
Advogados: *Drs. Ângela Maria Mansur Rego e Hiram Ayres Monteiro e outros*

**EMENTA: CORREÇÃO MONETÁRIA — ILÍCITO CONTRATUAL.**

**Caracterizado o ilícito contratual porque não pagas, no prazo estipulado, as importâncias devidas em virtude da celebração de contrato para a realização de obra pública, é devida a correção monetária, mesmo em período anterior à Lei 6.899/81, por tratar-se de dívida de valor.**

**Precedentes desta E. Corte e do C. STF.**

**Recurso conhecido e provido.**

**ACÓRDÃO**

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exm<sup>o</sup> Sr. Min. Relator, 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 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: RIPER-CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA. interpôs recurso especial com fundamento no artigo 105, III, letras *a* e *c*, da C.F., sustentando negativa de vigência aos artigos 56 e 85 do Decreto-lei nº 2.300/86, bem como divergência jurisprudencial com acórdãos do C. STF e desta E. Corte.

Esclarece a recorrente que, na condição de empreiteira de obras públicas, celebrou contrato com o DER-SP do qual faziam parte “Condi-

ções gerais para licitação e contratação de Obras Públicas” impostas pela autarquia aos contratantes.

Não pagas no prazo estipulado pelo contrato (cláusula 67.1.8. — pg. 415), as importâncias correspondentes às medições realizadas, moveu a recorrente a presente ação pleiteando o pagamento da correção monetária a ser calculada no período que decorre entre o dia do vencimento e do efetivo pagamento das medições.

A r. sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação, restando confirmada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao fundamento de que:

“Com efeito, o contrato vigente, entre as partes, foi claro em prever, pelo atraso superior a 30 dias, apenas e tão-somente, em favor da empreiteira” o direito a juros de mora de 10% (dez por cento ao ano). Quisessem as partes avençar também a vigência da correção monetária, e por certo, tê-lo-iam expressamente consignado no contrato, mesmo porque os atrasos no pagamento das medições, por prazo inclusive superior a este, e a incidência de inflação galopante no País, não se constituem em fatos novos. Eram até corriqueiros, razão pela qual, nenhuma das partes, especialmente a empreiteira, poderia alegar ignorância, ou a ocorrência de cláusula *rebus sic stantibus*.

Não bastasse, as mesmas partes avençaram que o recebimento “do valor correspondente à medição e reajustamentos finais, implicará na plena, geral e irrevogável quitação do D.E.R., para com a contratada”. Por isto têm plena pertinência as conclusões atingidas no r. acórdão prolatado, pela 2ª Câmara na Apelação 64.264-1, desta Comarca (fls. 327 e seguintes).” (fls. 415/16).

Sustenta a recorrente em suas razões de recurso especial que os pagamentos foram feitos com atraso, houve inadimplemento contratual devendo o recorrido responder pelas conseqüências de sua inexecução parcial, nos termos do Decreto-lei nº 2.300/86, sendo certo que a correção monetária é a mais evidente perda advinda de tal inexecução.

Indica divergência com acórdãos que traz à colação e requer o provimento do especial (fls. 418/429).

Deferido o processamento do recurso (fls. 468/469) subiram os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Recebeu a recorrente, com atraso, os pagamentos decorrentes de contratos por ela celebrados com o Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo, para a realização de obra pública. Pretende ela receber a importância correspondente à correção monetária desde a data em que os pagamentos deveriam ter sido efetuados e as datas de sua efetivação.

Não tendo o DER cumprido a sua parte no contrato, e deixado de fazer os pagamentos dentro dos prazos estipulados, cometeu ilícito contratual sendo devida a correção monetária que não é pena e não passa de atualização do valor devido. O pagamento sem ela é pagamento incompleto, parcial. Ao pagar as parcelas com atraso, o DER pagou apenas uma parte do que devia à recorrente. A correção monetária, no caso, alcança o período anterior à Lei 6.899/81 porque se trata de dívida de valor. A não incidência da correção monetária na hipótese equivale à consagração do enriquecimento ilícito de uma parte em detrimento do empobrecimento injusto da outra. A questão é bem conhecida desta Egrégia Corte que, nos Recursos Especiais nºs 803-BA, DJ de 20.11.89, 4.029-SP, DJ de 17.12.90, 4.874-SP e 710-SP, DJ de 17.12.90, firmou o entendimento de que o pagamento das parcelas feito pela Administração, com atraso de dívida de valor, constitui ilícito contratual, sendo devida a correção monetária desde os dias em que os pagamentos deveriam ter sido efetuados. Consta da Ementa do REsp nº 4.874-SP que:

I — Em se tratando de ilícito contratual, caracterizada a dívida como de valor, incidente é a correção monetária mesmo em período anterior à Lei 6.899/81, quando a jurisprudência já a admitia.

II — É de entender-se que a Lei 6.899/81 veio estender a correção monetária a hipótese em que até então não aplicada, como ocorria com a chamada dívida de dinheiro.

III — Consoante reiteradamente afirmado pela Corte, não constituindo um *plus* mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa”.

É este também o entendimento tranqüilo de nossa Corte Maior. No RE nº 92.002-RS, RTJ-94/442, entendeu que:

“Os prejuízos resultantes de culposa inadimplência contratual devem propiciar completa reparação, com atualização do

valor, sob pena de descumprir-se a regra de ressarcimento integral consoante do art. 1.059 do Código Civil.”

No RE nº 112.265-RJ, RTJ-122/419, restou bem claro que:

“A jurisprudência do Supremo é pacífica no sentido de que, no ilícito contratual, é devida a correção monetária independentemente da Lei 6.899.”

No mesmo sentido os REs nºs 97.100-ES, RTJ 106/345, 99.222-RJ, RTJ 106/860 (docs. de fls. 326/332).

Conheço do recurso pela divergência e lhe dou provimento para determinar a incidência da correção monetária sobre as importâncias correspondentes às parcelas pagas com atraso, referente ao período compreendido entre as datas em que elas deveriam ter sido pagas e os dias em que efetivamente o foram e para condenar o recorrido a pagar à recorrente essas importâncias correspondentes à atualização, acrescidas das custas antecipadas e dos honorários de advogado de 5% sobre o total da condenação.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.554 — SP — (91.0008196-5) — Rel.: Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Riper — Construções e Com. Ltda. Recdo.: Depto. de Est. de Rod. do Est. de SP. Advs.: Drs. Ângela Maria Mansur Rego e Hiram Ayres Monteiro e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Min. Relator. (1ª Turma: 5.6.91).

Participaram do julgamento os Exm<sup>as</sup> Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

Presidiu o julgamento o Exm<sup>o</sup> Sr. Min. PEDRO ACIOLI.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 10.927 — MG (Registro nº 91.0009233-9)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *União Federal*

Recorridos: *Márcia Netto Amorim e outros*

Advogado: *Dr. Paulino Alvim Torres*

**EMENTA: CONCURSO PÚBLICO — LIMITE DE IDADE — TÉCNICO DO TESOUREIRO E AUDITOR FISCAL.**

**A Constituição Federal de 1988 proíbe qualquer discriminação, em razão da idade, para o ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional.**

**Os artigos 1º, 3º e 4º, da Lei 6.334/76, e art. 7º, incisos I e II, do Decreto 92.360/86, não foram recepcionados pela Constituição Federal em vigor e desapareceram do mundo jurídico porque contrários ao mandamento constitucional.**

**Precedente desta C. Corte.**

**Recurso improvido.**

**ACÓRDÃO**

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: MÁRCIA NETTO AMORIM e outros impetraram mandado de segurança contra ato do Coordenador do Núcleo da Escola de Administração Fazendária NESAF, a fim de lhes assegurar o direito de se inscreverem em concurso público que fixa em 35 anos a idade máxima.

Esclareceu que a despeito de atenderem todos os requisitos estabelecidos no edital estão impossibilitados de se inscreverem no concurso já que contam mais de 35 anos de idade.

Asseveram que o limite de idade fixado pelo edital fere frontalmente direito líquido e certo dos impetrantes, eis que amparados pelo art. 5º *caput* da CF.

Concedida a medida liminar requerida (fls. 27) e processado regularmente o feito, o MM. Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais concedeu a segurança e confirmou a liminar (fls. 52/56).

Sem recurso voluntário das partes, subiram os autos ao C. TRF da 1ª Região em razão da remessa de ofício ordenada.

Apreciando a questão, a E. 1ª Turma daquela Corte de Justiça confirmou a r. sentença monocrática, em acórdão assim ementado:

**“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INSCRIÇÃO. LIMITE DE IDADE. DESCABIMENTO.**

1. É descabido estabelecer limite de idade, como condição para ingresso no serviço público, eis que, com o advento da atual Constituição, tal exigência tornou-se discriminatória, contrariando as normas inscritas em seus arts. 7º, inciso XXX, e 39, § 2º.

2. Em face dos dispositivos supramencionados, as condições impostas nos arts. 1º e 3º da Lei nº 6.334/76 e art. 7º do Decreto nº 92.360/86 deixaram de existir, por não se harmonizarem com os postulados de liberdade e igualdade contidos na vigente Carta Magna.

3. Remessa improvida.

4. Decisão mantida.”

Opostos embargos declaratórios foram os mesmos rejeitados (fls. 68/69).

Inconformada, a União interpôs recurso especial fundado no art. 105, III, letras *a* e *c*, da CF, sob alegação de violação ao art. 3º da Lei nº 6.334/76 e à Súmula nº 14 do STF, reportando-se, ainda, à decisão desta Corte proferida no RMS nº 186-MG (fls. 74/76).

Admitido o recurso especial e o extraordinário interpostos (fls. 89/91), subiram os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. A Constituição Federal de 1988 estabelece a igualdade perante a lei, “sem

distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*), veda a União, os Estados e o Distrito Federal, criar distinções entre brasileiros (art. 19, III) e, no parágrafo segundo do artigo 39, determina a aplicação aos servidores públicos civis o disposto no artigo 7º, XXX, que proíbe a diferença de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Proíbe o mandamento constitucional qualquer discriminação, em razão da idade, no ingresso do servidor em cargo público da administração direta, autárquica ou fundacional. É verdade que o legislador constitucional, no artigo 37, I, determina que:

“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.”

Mas, lei nenhuma poderá estabelecer, como requisito para a investidura em cargo público, limite máximo de idade, a não ser de 70 anos e naqueles casos previstos pela própria Constituição (artigos 101, 104, 107 e 111), porque nossa lei maior não deixou ao legislador ordinário margem nenhuma de poder de fixar limite máximo de idade para o acesso a cargo público. Por isso, os artigos 1º, 3º e 4º, da Lei 6.334/76, e artigo 7º, incisos I e II, do Decreto 92.360/86, não foram recepcionados pela Constituição Federal em vigor e desapareceram do mundo jurídico, porque contrários ao mandamento constitucional que proíbe qualquer discriminação, no ingresso ao cargo público, em razão da idade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direita e Indireta, Editora Revista dos Tribunais, ensina que:

“Como regra, a idade não mais pode ser erigida em fator obstativo da acessibilidade, excetuados, evidentemente, o limite mínimo para o trabalho adulto e o máximo, que coincide com o estabelecimento para a aposentadoria compulsória” (pág. 51).

Celso Ribeiro Bastos, nos seus Comentários à vigente Constituição, 2º volume, ed. 1989, esclarece que:

“Relativamente à idade dos empregados, a regra, consoante o princípio geral de isonomia, é a de que, não pode ser motivo de discriminação por parte do empregador” (pág. 495).

Acrescenta ele ob. citada, que:

“O preceito constitucional em tela possui uma abrangência bem maior, em relação aos textos Constitucionais, anteriores e nos parece ser de grande interesse e atualidade em nosso país. De forma explícita ou velada, encontram os trabalhadores práticos discriminatórios por parte dos empregadores, notadamente no que se refere à admissão do empregado na empresa, em razão da idade...” (pág. 496).

A alegação da digna autoridade coatora, nas suas informações (fls. 31), de que o desempenho dos cargos de Técnicos do Tesouro Nacional e de Auditor Fiscal, exige “disposição e vigor físico adequados...” não procede, primeiro porque tem dois candidatos com apenas 39 anos de idade (docs. de fls. 14/15) e, segundo, porque, se o candidato já é servidor público, não existe o limite. Será que, por já ser servidor público, o candidato tem mais disposição e vigor físico do que os autores? Depois, para se saber se um candidato é ou não detentor de condições físicas para o exercício de funções inerentes e determinado cargo, existem os exames de saúde e os testes físicos. Aprovados nos concursos, os impetrantes serão submetidos aos exames médicos, testes necessários para comprovar ou não sua aptidão física.

A Egrégia Segunda Seção, no R. Especial nº 289-RS, DJ de 17.12.90, entendeu ser impossível através de legislação infraconstitucional, estabelecer limite de idade dos candidatos à concurso público. A ementa é a seguinte:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE DOS CANDIDATOS. IMPOSSIBILIDADE DE SUA FIXAÇÃO EM NORMA INFRACONSTITUCIONAL. ARTIGOS 7, INCISO XXX, E 39, PARÁG. 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O artigo 7, inciso XXX, da Constituição Federal, aplicável aos Servidores Públicos Civis (art. 39, Parág. 2º), é regra de especial garantia ao princípio da isonomia, no que diz respeito ao direito ao trabalho e ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

A Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente, deixou clara todas as hipóteses de restrição ao direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas fundadas na idade, nada restando a legislação infraconstitucional no particular.

Afronta a Constituição o ato que impede a inscrição de candidatos em concurso público sob o fundamento de que possuem mais de 50 (cinquenta) anos de idade.

A União, não tendo recorrido da sentença monocrática a ela contrária (fls. 42/46), conforme certidão de fls. 48, não podia sequer recorrer do venerando aresto que confirmou a decisão monocrática (fls. 53/56).

Nego provimento ao recurso.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.927 — MG — (91.0009233-9) — Rel.: Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: União Federal. Recdos.: Márcia Netto Amorim e outros. Adv.: Dr. Paulino Alvim Torres.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (1ª Turma: 17.06.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

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



## RECURSO ESPECIAL 11.126 — RJ

(Registro nº 91.0009862-0)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Rodwann Lofti Mohamed Gomaah (réu preso)*

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

Advogado: *Dr. Humberto Pena de Moraes*

### **EMENTA: Penal. Extorsão. Consumação.**

**A teor do disposto no art. 158, do Código Penal, não se exige, para a inteira realização do tipo, a obtenção da vantagem econômica indevida, que, na verdade, configura o exaurimento da ação delituosa, bastando a intenção. Recurso não conhecido.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, 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 agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro COSTA LEITE, Relator.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Trata-se de recurso especial interposto por RADWANN LOFTI MOHAMED GOMAAH, com esboço na alínea *a*, inciso III, do art. 105, da Constituição, contra acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, sob a alegação de que a decisão recorrida negou vigência ao art. 14, inciso II, do Código Penal, ao entender consumado o delito de extorsão, visto que não houve a entrega da importância exigida.

Inadmitido o recurso, pelo r. despacho de fl. 190, foi interposto agravo de instrumento, ao qual dei provimento, determinando a subida dos autos, para melhor exame.

Subindo os autos, imediatamente determinei a sua inclusão em pauta por já contar o instrumento com o parecer do Ministério Público Federal, pelo provimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): O entendimento que prevalece, tanto na doutrina como na jurisprudência, é de que o delito de extorsão é formal, o que não significa dizer, porém, que não admita a modalidade tentada. “Apesar de se tratar de crime formal, a extorsão admite tentativa, pois não se perfaz *unico actu*, apresentando-se um *iter* a ser percorrido”, na precisa lição de Hungria. (“Comentários ao Código Penal”, Forense, 2ª ed., vol. VII, pág. 77).

Não me parece possível, no entanto, reconhecer-se a tentativa na espécie vertente. Com efeito, a teor do disposto no art. 158, do Código Penal, não se exige, para a inteira realização do tipo, a obtenção de vantagem econômica, que, na verdade, configura o exaurimento da ação delituosa, bastando a intenção.

O crime de extorsão, sem dúvida, consoma-se com o constrangimento da vítima, e, tal como se deduz do v. aresto recorrido, o réu

exerceu constrangimento sobre a vítima durante longo tempo, obrigando-a a obedecer ao seu comando, só não se verificando a entrega da importância exigida em razão da intervenção policial.

Hungria é preciso quando diz que “a extorsão não é mais do que uma *species do genus* ‘constrangimento ilegal’ (art. 146)”, arrematando o raciocínio com a asserção de que é o “constrangimento ilegal qualificado pelo fim de indébita locupletação e que, por isso mesmo, é trasladado para a órbita dos crimes contra o patrimônio” (Ob. cit., pág. 68).

Quanto à consumação, agrega, citando Frank, “que basta que a conduta a que é coagida a vítima torne praticamente possível a indébita locupletação” (Ob. cit., pág. 76).

Outro não é o entendimento de Heleno Fragoso, que sustenta, inclusive, que a extorsão, em relação ao patrimônio, é crime de perigo. (“Lições de Direito Penal — Parte Especial”, 10ª ed., vol. I, pág. 362).

Exatamente nessa linha conceptiva, aliás, o voto que proferi no REsp 3.591-RJ.

Do quanto exposto, Sr. Presidente, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.126 — RJ — (91.0009862-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Radwann Lofti Mohamed Gomaah (réu preso). Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advogado: Dr. Humberto Pena de Moraes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma — 14.08.91).

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, José Cândido e Carlos Thibau. Ausente, por motivo de férias o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 12.014 — AM (Registro nº 91.0012546-6)

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

Recorrente: *Digiponto Amazônia Ltda.*

Recorrida: *União federal*

Advogado: *Dr. Gil Amaral Teixeira Lima*

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. IOF SOBRE OPERAÇÕES DE CÂMBIO.**

O Decreto-lei n. 2.434/88, em seu artigo 6º, ao isentar de IOF as operações de câmbio para pagamento de bens importados ao abrigo de guias de importação emitidas a partir de 1º de julho de 1988, agiu em estreita observância ao artigo 176, do CTN, não tendo modificado, em hipótese alguma, o fato gerador do imposto em questão, definido no artigo 63, II, também do CTN.

**Recurso não conhecido.**

**ACÓRDÃO**

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: DIGIPONTO AMAZÔNIA LTDA., com apoio no artigo 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial ao v. acórdão, proferido pela 3ª Turma do T.R.F. da 1ª Região, cuja ementa dispõe:

**“TRIBUTÁRIO. IOF. ISENÇÃO. FATO GERADOR. MOMENTO DA OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE.**

1 — Para efeito de fruição do benefício concedido pelo Decreto-lei nº 2.434, de 1988, é irrelevante o problema da ocorrência do fato gerador do IOF, pois a lei que instituiu a isenção pode, e normalmente o faz, impedir ou neutralizar a sua eficácia ou mesmo o seu nascimento. Quem a respeito disto dispõe é o legislador que vai escolher o momento, o modo e a operação a ser isentada.

2 — Precedentes do TRF — 1ª Região.

3 — Remessa provida.”

Alega a recorrente que a decisão atacada negou vigência aos artigos 63, II, 105 e 116, do CTN.

O Recurso não foi contra-arrazoado, tendo sido inadmitido (fls. 125), porém, em virtude de provimento do Agravo então interposto, os autos chegaram a esta Corte.

Dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

## VOTO

### EMENTA: TRIBUTÁRIO. IOF SOBRE OPERAÇÕES DE CÂMBIO.

O Decreto-lei nº 2.434/88, em seu artigo 6º, ao isentar de IOF as operações de câmbio para pagamento de bens importados ao abrigo de guias de importação emitidas a partir de 1º de julho de 1988, agiu em estreita observância ao artigo 176, do CTN, não tendo modificado, em hipótese alguma, o fato gerador do imposto em questão, definido no artigo 63, II, também do CTN.

Recurso não conhecido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Trata-se de Recurso Especial que versa sobre isenção de IOF nas operações de câmbio realizadas para o pagamento de bens importados, objeto do artigo 6º, do Decreto-lei nº 2.434/88.

Tenho para mim que o v. acórdão recorrido não merece censura alguma. Dispõe o artigo 176, do CTN:

“A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.”

Vê-se, pois, que o Decreto-lei nº 2.434/88, em seu artigo 6º, ao isentar de IOF as operações de câmbio para pagamento de bens importados ao abrigo de guias de importação emitidas a partir de 1º de julho de 1988, agiu em estreita observância do citado artigo, do CTN, não tendo modificado, em hipótese alguma, o fato gerador do imposto em questão, definido no artigo 63, II, também do CTN.

Além do mais, a pretensão da Recorrente esbarra no artigo 111, do Código Tributário, que manda interpretar literalmente a legislação tributária que disponha sobre isenção. A interpretação do artigo 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 não pode ser extensiva às guias de importação emitidas antes de 1º de julho de 1988.

Como precedentes, cito os REsps nºs 8.734-AM e 11.427-AM, relatores os Ministros Garcia Vieira e Hélio Mosimann, respectivamente.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

#### EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.014 — AM — (91.0012546-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Digiponto Amazônia Ltda. Recda.: União Federal. Adv.: Dr. Gil Amaral Teixeira Lima.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (2ª Turma, em 21.08.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



#### RECURSO ESPECIAL Nº 12.854 — SP (Registro nº 91.0014846-6)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*  
Recorrente: *União Federal*

Recorrido: *Paulo Donizetti Marques*

Advogados: *Drs. Maria Aparecida Verzegnassi Ginez e outros*

**EMENTA: “DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (CPC — ART. 475, II) — NATUREZA JURÍDICA E ALCANCE — REFORMATIO IN PEJUS — VEDAÇÃO.**

**A decisão de primeiro grau contrária à fazenda pública constitui o primeiro momento de um ato judicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer a manifestação do Tribunal.**

**A decisão monocrática que acumula dispositivos favoráveis e desfavoráveis ao Estado é sentença na parte que o favorece e simples esboço na parte que o contraria. Os dispositivos favoráveis, quando não atacados por recurso da parte contrária, produzem coisa julgada.**

**A decisão em remessa *ex officio* alcança somente as partes desfavoráveis ao Estado.**

**É vedado ao Tribunal, em sede de remessa *ex officio*, ampliar a condenação imposta à União, a título de sucumbência”.**

## ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira 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, 16 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Trata-se de repetição de indébito, ajuizada por Paulo Donizetti Marques contra a União

Federal, objetivando a restituição de importâncias recolhidas, a título de empréstimo compulsório, instituído pelo DL 2.288/86, pela aquisição de veículo automotor; sustentou-se a inconstitucionalidade do tributo, pretendendo-se fosse a restituição acrescida de juros e correção monetária, a partir do efetivo reembolso, além de custas e honorários.

O Juiz Federal da 17ª Vara, SP, julgou procedente a ação, condenando a ré nos termos do pedido, arbitrando-se honorários de 5% (cinco por cento) do valor da condenação e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, calculados na forma do disposto no parágrafo único do art. 167, do CTN, além de correção monetária, fls. 36.

Apelou a ré e a Terceira Turma do TRF, da 3ª Região, à unanimidade, negou provimento à apelação e deu provimento parcial à remessa *ex officio*, reformando a sentença para fixar os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação, referindo a entendimento jurisprudencial assente na Turma, e ao § 4º do art. 20, do CPC, fls. 54/55.

Foi interposto recurso especial, com base no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, alegando-se violação aos artigos 512 e 475, II e III, do CPC, ante a majoração de honorários, sem recurso voluntário da parte *ex adversa* e dissídio jurisprudencial.

O recurso foi admitido pela alínea *a*, subindo os autos a este STJ.  
É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O TRF, da 3ª Região, por sua Terceira Turma, à unanimidade, negou provimento à apelação da ré e deu provimento parcial à remessa oficial, para majorar os honorários de 5% (cinco por cento) para 10% (dez por cento) do valor da condenação. Neste ponto, questiona-se a licitude de tal reforma, dada a ausência de recurso voluntário da parte *ex adversa*. Alega a União que foram violados artigos 475, II e III, e 512, do CPC. No referente ao art. 512, diz-se não ter sido objeto de interpretação da decisão questionada, incidindo o disposto nas Súmulas STF — 282 e 356, como situado no despacho de admissão do recurso.

Debata-se, no caso, a remessa *ex officio*, nova estrutura da velha apelação necessária ou *ex officio* do Código de 1939, art. 822, exatamente porque vencida a União. Embora não se constitua em recurso, como pretendido pela Comissão Revisora do CPC, é providência de integração da sentença, para que esta possa gerar coisa julgada; o duplo grau de

jurisdição é o resguardo dos interesses das entidades arroladas no art. 475, daí a inadmissibilidade de reforma da sentença, em desfavor de seus beneficiários.

Neste processo agita-se interessante controvérsia: pode o Tribunal de Segundo Grau — no exame de remessa *ex officio*, reformar sentença proferida contra a União, tão-somente para elevar o valor da condenação por esta sofrida?

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região entendeu ser possível a reforma pejorativa.

Chegou a esta conclusão, através interessante linha de raciocínio, que se pode assim resumir:

a) a teor do Código de Processo Civil, a decisão de primeiro grau, proferida contra o Estado, não constitui sentença mas simples proposta de prestação jurisdicional;

b) se não é sentença, nela não há condenação;

c) assim, pode ser reformada em qualquer sentido, sem ofensa à vedação de *reformatio in pejus*.

No sistema concebido pelo Código de Processo Civil de 1973, sentença é a decisão que põe termo ao processo (art. 162, par. 1º).

Se a decisão contrária ao Estado não é terminativa, sentença não é.

A decisão do Juiz de primeiro grau constitui, em realidade, o primeiro momento de um ato judicial complexo, cujo aperfeiçoamento requer a manifestação de dois órgãos: o juiz singular e o Tribunal.

Assim, quando modificar o esboço da decisão que lhe é oferecido, o Tribunal não está reformando uma sentença, em desfavor do recorrente. Estará ajustando a proposta, à sentença que entende correta.

Em primorosa e ilustrada declaração de voto, a Juíza Anna Maria Pimentel expõe respeitáveis argumentos lógicos e jurídicos em favor da proposição adotada pelo Tribunal Paulista.

A tese é sedutora.

Parece-me, contudo, que ela não traduz a melhor interpretação do fenômeno “duplo grau de jurisdição”.

A meu ver, o art. 475 do Código Adjetivo subordina ao duplo grau, tão-somente os dispositivos da sentença desfavoráveis ao Estado, e na medida em que sejam desfavoráveis.

Se determinada decisão contém dispositivos favoráveis e desfavoráveis ao Estado, ela é, na realidade, uma entidade híbrida: é sentença na parte em que favoreceu o Estado, e simples esboço na parcela em que o desfavorece.

Os dispositivos que beneficiam a Fazenda Pública, se não atacados pela parte contrária produzem coisa julgada.

Já aqueles que contrariam o interesse estatal, dependem da confirmação pelo Tribunal.

Assim, a revisão *ex officio* deve limitar-se aos dispositivos desfavoráveis à Fazenda.

Se entender que determinada condenação do Estado foi exageradamente forte, o Tribunal pode reduzi-la à medida que entenda correta.

A recíproca, contudo, não é verdadeira: ao considerar que uma condenação é suave em demasia, o Tribunal estará, logicamente, reconhecendo que ela é favorável ao Estado. Não poderá, logicamente, tomar conhecimento da remessa *ex officio*.

Na hipótese, o Tribunal entendeu que a fixação dos honorários, feita no Juízo monocrático, foi generosa para com a União.

Ora, se assim ocorreu, aquela parte do dispositivo não terá sido “proferida contra a União”, mas em favor dela.

Como não houve recurso da parte desfavorecida, operou-se coisa julgada.

O Código vigente não agasalha norma expressa proibitiva ou autorizante da *reformatio in pejus*, colocando-se a doutrina, pacificamente, no sentido da proibição, posição reforçada, aliás, com a introdução no sistema recursal do **recurso adesivo**. Acresce salientar “em prol da proibição da *reformatio in pejus*, no processo civil brasileiro, que tanto quanto o juiz de primeiro grau, o órgão colegiado de segundo ou superior escalão apesar de investido dos mesmos poderes para conhecer do processo e da lide, não pode manifestar-se sobre o que não constitua objeto do pedido — do “pedido de nova decisão” (cf. art. 514, III c/c os arts. 128 e 460, também do Código de 1973); (Rogério Lauria Tucci, Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 1980, pág. 297).

O eminente Moacyr Amaral dos Santos, por seu turno, assim orienta:

“A proibição baseia-se em dois princípios que no caso vivem harmônicos e inseparáveis: o princípio da sucumbência e o princípio dispositivo.

Por aquele princípio, somente o sucumbente pode recorrer, daí resultando que o recorrente só recorre do que lhe é desfavorável. Na apelação parcial, o apelante recorre da parte que lhe é desfavorável na sentença. Por outro lado, o recurso de apelação se rege pelo princípio dispositivo: o sucumbente recor-

re se quiser. Por isso a apelação é voluntária. A parte que não recorre, porque não quis, conformou-se com a decisão. *Se ambas as partes, parcialmente vencidas, podiam recorrer, mas apenas uma recorreu, e o faz para obter decisão mais favorável, seria injusto, e mesmo ilógico piorar-lhe a situação em benefício do adversário que se conformou com a decisão. Considere-se, outrossim, que na apelação o recorrente formula um pedido, qual o de reforma da decisão para melhor. Sobre esse pedido deve pronunciar-se o juízo ad quem, acolhendo-o ou rejeitando-o. Reformando para pior, estaria decidindo extra petita*". (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º vol. 1984, pág. 114/11, grifei).

Na espécie, a par da remessa *ex officio*, que se fazia impositiva, recorreu a União, enquanto a parte *ex adversa*, por não apelar, demonstrou satisfação.

No Tribunal Federal de Recursos onde se decidiu pela inconstitucionalidade do empréstimo compulsório (AMS nº 116.582-DF), no âmbito do duplo grau de jurisdição, reformou-se a sentença remetida, para reduzir os honorários à taxa de 5% (cinco por cento), e, a 10% (dez por cento), como a exemplo, as Apelações Cíveis nºs 126.828-CE e 154.662-MG, de que foram Relatores os Exmos. Srs. Ministros Miguel Ferrante e Geraldo Sobral, respectivamente:

“Mandado de Segurança — Empréstimo Compulsório — Decreto-Lei 2.288/86 — Honorários Advocatícios.

— Inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288, de 1986. Decisão plenária do Tribunal Federal de Recursos.

— Redução da verba de patrocínio.

— Apelação improvida.

— Sentença, parcialmente reformada.” (DJ de 27-04-89)

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. AUTOMÓVEIS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86, ART. 10. JUROS. HONORÁRIOS.

I — Inconstitucionalidade da cobrança do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288/86, declarada pelo Plenário desta egrégia Corte, quando do julgamento da AMS nº 116.852-DF (9567291), sessão do dia 13-10-88, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI.

II — Os juros de mora devem ser calculados a partir do trânsito em julgado da sentença, *ex vi* do disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN.

III — Honorários advocatícios, *in casu*, reduzidos para 10%, sobre o valor da condenação devidamente corrigido, tendo em vista a orientação desta Corte.

IV — Remessa oficial, dada como interposta, parcialmente provida e apelação desprovida.” (DJ de 11-04-89).

Já no RE 100.034-PE, de que foi Relator o Min. Rafael Mayer (RTJ 108/1.266), referindo a voto proferido no RE 70.944, pelo Min. Amaral Santos, tem-se que: “à evidência não pode o Tribunal reconhecer de recurso de ofício e quanto ao mérito provê-lo em prejuízo da parte em favor de quem foi instituído (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, etc.) RTJ — 59/101, grifei.

A ordenar a tese sob exame vale citar:

“Recurso *ex officio*. Duplo grau de jurisdição. Sentença proferida contra o Estado (art. 475, II do CPC). Efeito do provimento. Preclusão. CPC, art. 473. O recurso de ofício das sentenças contrárias à Fazenda Pública somente a esta aproveita, sem devolver a parte da decisão que lhe favoreceu em relação à qual ocorre preclusão se a parte adversa não recorre, sob pena de *reformatio in pejus*. Recurso extraordinário conhecido e provido”. — RE 100.034-PE, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 1.098/1.266.

“Remessa *Ex Officio*. Não pode redundar em prejuízo da Fazenda, em cujo favor foi instituída. Recurso Extraordinário de que se conhece, para dar-lhe provimento”. — RE 105.345-SP, Rel. Min. Octávio Gallotti, RTJ 114/913.

“Não pode o Tribunal conhecer de recurso de ofício e quanto ao mérito provê-lo em prejuízo da parte em favor da qual foi instituído — União, Estado, Município, Distrito Federal, Territórios, etc. — a não ser que se verifique nulidade insanável, porque, nesse caso, tratar-se-ia de interesse de ordem pública, em benefício do qual foi ele também instituído. O recurso de ofício só beneficia a parte da qual a Lei o instituiu” (Ac. unân., da 2ª T. do STF de 14-4-77) — RE 86.187-MG, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ de 13-05-77, pág. 3.089.

O Tribunal Regional Federal ao majorar os honorários contradita a inteligência do par. 4º do art. 20, do CPC, a que invoca no acórdão, e se

insere no par. 3º, que não diz respeito à fixação dos honorários nas causas em que a Fazenda Pública é vencida. Este entendimento é consonante, aliás, ao voto do Ministro Rodrigues Alckimin, RE 82.133, de que foi relator, onde sustenta:

“(...) se o *caput* do par. 3º integrasse a determinação contida no parágrafo seguinte, isto é, se a condenação em honorários devesse ser fixada entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, desnecessário seria o próprio par. 4º, pois bastaria o par. 3º para critério de incidência da verba em todos os casos.

Entretanto, o que se torna claro ante a leitura do Código é que este abriu exceções à regra geral dos honorários entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, exceções estas constantes do par. 4º em questão.”

Desse entendimento decorreu o seguinte acórdão:

“Honorários de Advogado — O par. 3º, *caput*, não incide nos casos excepcionais do par. 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil — A Fazenda Pública vencida — Princípio da equidade do juiz — Recurso Extraordinário não conhecido”. (STF — RTJESP, 41/101).

Ante todo o esposado, resulta inquestionável o prejuízo da ora Recorrente com a majoração da verba honorária, caracterizadora, a meu entender, da *reformatio in pejus*.

Entendo que a fixação dos honorários em valor inferior a dez por cento implica em efetiva condenação do vitorioso.

Ninguém desconhece que, na tradição brasileira, os honorários de advogado correspondem normalmente a vinte por cento do valor da lide. Em situações especiais, este valor se reduz a dez por cento.

Ao condenar a sucumbente no pagamento de cinco por cento, o Judiciário estará, em verdade, condenando o vitorioso a arcar com a diferença entre este montante e aquele por ele ajustado com seu patrono.

Acredito que a reforma da sentença melhor traduziu o espírito que gerou o art. 20 do CPC.

Infelizmente, a vedação da *reformatio in pejus* impede a manutenção do Acórdão recorrido.

Dou provimento ao Recurso, para restaurar a Sentença de Primeiro Grau.

## EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.854 — SP — (91.0014846-6) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: União Federal. Recdos.: Paulo Donizetti Marques. Advs.: Drs. Maria Aparecida Verzegnassi Ginez e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. (Em 16.09.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministro Pedro Acioli, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.