

RECURSO ESPECIAL — EMBARGOS

RECURSO ESPECIAL Nº 1.050 — SP
(Registro nº 89.10799-2)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José Candido*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Eduardo Taberneck e outro*

Advogado: *Raymundo Ribeiro*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR. LEI 7.661/45.

É de se considerar que o texto do art. 195, da Lei de Falências, não deixa dúvida sobre tratar-se de efeito da condenação, por crime falimentar, a interdição do exercício do comércio.

Conseqüências descritas nos artigos 196 e 197, da Lei 7.661/45. Deste modo, a despeito da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, é aplicável, na espécie dos autos, a interdição do exercício do comércio.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília, em 6 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Recurso Especial interposto pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, com fundamento nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que dera provimento parcial à apelação de EDUARDO TABERNEIRO, para reduzir a um ano de reclusão a condenação a 1 ano e seis meses que lhe fora imposta, por infração dos arts. 186, VI e VII, 187 e 188, da Lei de Falências, sem aplicar, no entanto, o art. 185, da mesma lei, que impõe a interdição do exercício do comércio. O apelo do Ministério Público para aplicação daquela medida fora negado pela Câmara Criminal, sob o seguinte fundamento, transcrito no recurso (fl. 264):

“Improcede, *data venia* das doutas e respeitáveis opiniões em contrário, o apelo ministerial. Como vem entendendo a Turma Julgadora, com o advento da nova Parte Geral do Código Penal, tornou-se inaplicável a interdição para o exercício do comércio.

Como observado pelo eminente Desembargador GENTIL LEITE, a respeito do tema “se o novo Código Penal não prevê referida pena e não fixa prazo para o seu cumprimento, ela torna-se inexecúvel devendo por isto ser cancelada”. E, continua: “Assim, a pena acessória do art. 195 da Lei de Falências não pode ser confundida com a pena principal restritiva de direitos, com a aplicação dos arts. 47, 54 e 55, do Código Penal. A isto se chega porque são autônomas e substituem as privativas de liberdade, o que não se ajusta com a aplicada nos autos” (R.J.T.J.E.S.P., 104/487).

A orientação ora adotada, além de ser majoritária neste Tribunal, vem recentemente de ser apreciada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que não a considerou desarrazoada (cf. R.J.T.J.E.S.P., 114/479).”

Entende o Ministério Público recorrente ter a Colenda Turma Julgadora negado vigência aos arts. 195, 196 e 197, da Lei de Falências, afastando-se, ao mesmo tempo, de interpretação dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal, em caso semelhante. A Lei de Falências, no art. 195, diz constituir efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio. Trata-se, afirma, de consequência imediata da sentença condenatória. Cita tratadistas e lembra o art. 12, do Código Penal, na sua atual redação, dispondo que “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”, concluindo que o art. 195, da Lei de Falências, sobreviveu incólume à reforma penal de 1984. Abrilhanta, ainda, as razões, o culto Procurador-Geral da Justiça Paulista, com resenha de acórdãos do Tribunal do Estado, no sentido de que a supressão das penas acessórias, pela reforma de 1984, não revogou o art. 195, em questão. Por fim, para demonstrar a ocorrência de dissídio jurisprudencial, trouxe à baila acórdão relatado pelo Ministro Célio Borja, publicado no D.J. de 02.12.88, pág. 31.900, em recurso extraordinário interposto pela mesma Procuradoria, assim ementado:

“Falência. Interdição ao exercício do comércio.

A “pena” de interdição ao exercício do comércio (art. 195 da Lei de Quebras) é efeito da sentença e não pena acessória, nem infamante a atrair o veto da nova lei penal ou a velha prescrição constitucional.”

O recurso foi deferido pelo despacho às fls. 286-288, à vista do dissídio entre a decisão recorrida e aquela do Supremo Tribunal Federal, que cuida de hipótese idêntica.

A douta Subprocuradoria-Geral da República é pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EFEITO DA CONDENAÇÃO POR CRIME FALIMENTAR. LEI 7.661/45.

É de se considerar que o texto do art. 195, da Lei de Falências, não deixa dúvida sobre tratar-se de efeito da condenação, por crime falimentar, a interdição do exercício do comércio. Consequências descritas nos artigos 196 e 197, da Lei 7.661/45.

Deste modo, a despeito da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, é aplicável, na espécie dos autos, a interdição do exercício do comércio.

Recurso provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): O recurso especial teve seguimento, por haver sido reconhecida a divergência entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados pelo recorrente.

Em face disso, conheço do recurso.

No mérito, é de considerar-se que o texto do art. 195, da Lei de Falências (L. 7.661/45), não deixa qualquer dúvida sobre tratar-se de “efeito da condenação por crime falimentar a interdição do exercício do comércio, com as conseqüências descritas nos artigos seguintes: 196 e 197”.

Não procede a opinião dos que entendem haver desaparecido a interdição, com a vigência da nova Parte Geral do Código Penal, em 1984.

No mérito impugnado, o ilustre Relator diz sobre o tema:

“Como observado pelo eminente Desembargador GENTIL LEITE, a respeito do tema “se o novo Código Penal não prevê referida pena e não fixa prazo para o seu cumprimento, ela torna-se inexecutável devendo por isto ser cancelada”.

E continua: “Assim, a pena acessória do art. 195 da Lei de Falências não pode ser confundida com a pena principal restritiva de direitos, com a aplicação dos arts. 47, 54 e 55, do Código Penal. A isto se chega porque são autônomos e substituem as privativas de liberdade, o que não se ajusta com a aplicada nos autos” (R.J.T.J.E.S.P., 104/487).

A orientação ora adotada, além de ser majoritária neste Tribunal, vem, recentemente, de ser apreciada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que não a considerou desarrazoada (cf. R.J.T.J.E.S.P., 114/479)” (fl. 261)

Não há nenhum fundamento jurídico a embasar a tese do Tribunal *a quo*. É verdade que as penas acessórias desapareceram com a reforma de 1984, mas algumas delas foram transferidas para o Capítulo VI — Dos Efeitos da Condenação — na nova parte geral, não sendo razoável se pretenda, por isso, ter como inaplicável, na espécie, a interdição do exercício do comércio, disposição de lei especial que, mesmo em conflito com o Código Penal, teria que prevalecer.

Observe-se que esse tipo de sanção, própria do direito comercial, constitui um efeito secundário da condenação privativa de liberdade, com

o objetivo de proteger o comércio contra pessoas que não souberam honrar os seus compromissos contratuais.

CELSO DELMANTO, citado à fl. 267, transcreve a opinião de DAMASIO E. DE JESUS, assim expressa:

“A supressão das penas acessórias não deixou desamparada a sociedade, uma vez que algumas passaram a constituir penas restritivas de direito (Código Penal, art. 47) e outras, efeitos da condenação (art. 92). A extinção da interdição do exercício do comércio, entretanto, a vingar, virá em prejuízo da atividade mercantil. Como diz RUBENS REQUIÃO, a medida “visa ao saneamento da atividade mercantil, em defesa do crédito e da economia coletiva” (“Curso de Direito Falimentar”, São Paulo, Saraiva, 1982, vol. 11/158). Ora, a extinção da interdição como se pretende, permitirá que o condenado por crime falimentar, por maiores que sejam a censurabilidade de sua conduta e o prejuízo — causado aos credores, venha exercer o comércio no dia seguinte do término do cumprimento da pena privativa de liberdade”.

O Supremo Tribunal Federal, através do voto do eminente Ministro CÉLIO BORJA, proclamou:

“A “pena” de interdição ao exercício do comércio (art. 195 da Lei de Quebras) é efeito da sentença e não pena acessória, nem infamante a atrair o veto da nova lei penal ou a velha prescrição constitucional.

RE conhecido e provido” (DJ, de 2/12/88, p. 3.900).

São inúmeras as decisões nesta linha, como se vê das transcrições feitas nas razões de recurso especial.

Com estes fundamentos, conheço do recurso pelas letras *a* e *c*, do permissivo constitucional, e dou-lhe provimento para reformar a decisão recorrida, nos termos do pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo.

É o meu voto.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: A questão cinge-se em saber se subsiste a regra do art. 195, da Lei de Falências, respeitante à interdição para o exercício do comércio, em face da nova Parte Geral do Código Penal.

Tal como o eminente Relator, entendo que sim, *data venia* do voto divergente do eminente Ministro Carlos Thibau. Só que a interdição em

tela, à luz da Constituição de 1988, há de ser vista como pena acessória, e não como efeito da condenação.

A propósito, são irrecusáveis os argumentos expendidos pelo eminente Ministro Assis Toledo, no voto que proferiu no REsp 458-SP, assim exteriorizado:

“PENAL. LEI DE FALÊNCIA.

Pena acessória de interdição para o exercício do comércio (art. 195 da Lei 7.661/45).

Acórdão que a considera inexecutável, com a superveniência da nova Parte Geral do Código Penal, por ausência de previsão legal de prazo para cumprimento.

Improcedência desse fundamento, ante os dispositivos dos arts. 196 e 197 da mesma Lei.

Perante a Constituição vigente, a interdição para o exercício do comércio só pode ser pena, não mero efeito automático da condenação (art. 5º, XLVI, e).

Todavia, havendo previsão legal (princípio da reserva legal) e tendo sido aplicada expressamente em sentença judicial (observância do devido processo legal), não ocorre ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois a lei especial podia prever tal pena e não foi intuito da reforma penal revogar a legislação especial, como se infere do art. 12 do CP.”

Com essas brevíssimas considerações, adiro ao voto do eminente Relator.

VOTO (Vencido)

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Sr. Presidente, peço vênha para discordar de V. Exa., porque esses efeitos da condenação, atualmente, são regulados pelo art. 92 da lei posterior à Lei de Falência, que alterou a Parte Geral do Código Penal, estabelecendo três efeitos da condenação, que seriam: perda do cargo ou função pública, quando o crime é praticado contra a Administração, como abuso de poder, violação de dever inerente; a incapacidade para o exercício do pátrio poder, nos crimes dolosos cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; e inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Além disso, a Constituição, no seu art. 5º, inciso XIII, estabelece a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

De maneira que, tratando-se de comércio praticado por um taberneiro, em que não é exigida uma qualificação profissional, parece-me, *data venia*, que essa interdição está a ferir o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal. Lamento divergir de V. Exa., eminente Relator, para votar em sentido contrário, negando provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.050 — SP — (89.10799-2) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José Cândido. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdos.: Eduardo Taberneiro e outro. Adv.: Raymundo Ribeiro.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (Sexta Turma, em 6.8.91).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite e Costa Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Vicente Cernicchiaro. O Sr. Ministro Costa Lima compareceu à Sessão para compor *quorum*.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.203 — SP (Registro nº 900001456-5)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Marcelo Mattos Pimenta de Araújo*

Recorrida: *Rosilene Carla Vieira*

Advogados: *Enéas César Ferreira Neto e Célia Cândida Marcondes*

EMENTA: AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS — EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL — FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PENSÃO ALIMENTÍCIA A PARTIR DA CITAÇÃO.

I — A ação de investigação de paternidade, dotada de natureza declaratória, que não cria laço de parentesco, mas tão-somente estabelece sua certeza jurídica. Segundo a doutrina, seus efeitos deverão retrotrair à data do nascimento e ou até à da concepção do reconhecido.

II — Reconhecida a paternidade, a obrigação de alimentar, em caráter definitivo, exsurge, de forma incontestada, desde o momento em que exercido aquele direito, com o pedido de constrição judicial, qual seja, quando da instauração da relação processual válida, que se dá com a citação. Inteligência do § 2º, do art. 13, da Lei nº 5.478/68.

III — Recurso conhecido mas 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, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: À guisa de relatório, adoto a parte expositiva do parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Nelson Parucker (fls. 722/725):

“Cuida-se de investigação de paternidade cumulada com alimentos, promovida por menor (fls. 02/04), que resultou julgada procedente, em parte, pelo Em. Magistrado de Primeiro Grau, que excluiu do *petitum* apenas a verba alimentar, por falta de elementos suficientes para a sua fixação (fls. 341/362).

Por sentença de fls. 367/368, foram ainda acolhidos os embargos declaratórios da Autora, a propósito do termo inicial da correção monetária dos honorários advocatícios e os dos assistentes técnicos.

Seguiram-se as apelações do Réu (fls. 371/388), da Suplicante (fls. 390/400) e da D. Curadoria de Ausentes e Incapazes (fls. 402/407), sendo que o Ven. Acórdão de fls. 450/451, da Eg. Sexta Câmara Civil do Col. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade, decidiu converter o julgamento em diligência, a fim de submeter os interessados ao exame HLA.

Realizada a aludida perícia imuno-hematológica, voltaram os autos à Egrégia Corte Revisora, quando o mencionado Egrégio Órgão julgador negou provimento à irrisignação do Acionado, no mesmo passo em que deu provimento parcial às inconformidades da Demandante e do Ministério Público, por votação uniforme, salvo no particular do termo *a quo* dos alimentos (fls. 650/657).

Em virtude dos embargos infringentes do Suplicado (fls. 659/665), cuja insurgência, no caso, limita-se ao termo inicial da verba alimentar, o reportado Aug. Colegiado, por maioria, rechaçou dita impugnação (fls. 681/682).

Daí, seguiu-se o recurso especial do Requerido (fls. 658/665), interposto em 15.05.89, i.é, já sob a ordem constitucional que agora prevalece, ao sustentáculo de o Ven. Aresto hostilizado haver negado vigência à Lei nº 883/49, art. 5º, bem como por haver dissentido, na espécie, do entendimento consagrado em Ven. Decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que colacionou, dizendo-se, assim, amparado nas disposições do art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Carta Política de 1988.

Por via do r. despacho de fls. 699/700, da Eminente Presidência do Egrégio Tribunal de origem, foi admitido o apelo em questão, apenas pelo permissivo constitucional da alínea *c*, eis que o Ven. Acórdão afrontado, de fato, teria divergido da Ven. Decisão apontada, no tocante ao termo inicial dos alimentos em ação investigatória da paternidade”.

Acrescento que o parecer é pela confirmação do Acórdão recorrido. Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Trata-se de Recurso Especial, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, no qual se alega negativa de vigência do art. 5º, da Lei nº 883/49, bem como divergência com julgado do Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Acórdão recorrido, ao decidir a controvérsia, aduziu (fls. 681/682):

“Toda a construção pretoriana, para justificar o débito, a partir da sentença, e não da citação, cede, ante a inarredável necessidade do alimentado, a que o alimentando está vinculado por sangue e por obrigação moral, livre e conscientemente assumida.

Os argumentos que transferem a obrigação para a data da sentença, como ato constitutivo do direito, não se aplicam, na hipótese de investigação de paternidade, que não é ação da mesma natureza, mas declaratória de relação jurídica subjacente.

A questão foi, superiormente, enfocada no julgado embargado, de que foi relator o eminente Desembargador Ferreira da Cruz, prevalecendo, então, sua disposição, para que a condenação em alimentos, na investigatória de paternidade, retroaja à data da citação”.

O recorrente, por outro lado, sustenta que o aresto impugnado, ao assim decidir, teria dado interpretação divergente da decisão proferida pelo Colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consubstanciada na seguinte ementa:

“Execução por título judicial. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Filiação natural.

Procedência dos pedidos em ambas as instâncias. Os alimentos não são devidos a partir da citação, por aplicação do art. 13, § 2º, da Lei Especial de Alimentos, nem do trânsito em julgado da sentença. Aplica-se, por analogia, o art. 5º, da Lei 883/49, para declarar que os alimentos são devidos a partir da sentença favorável em 1ª instância e no percentual que prevaleceu. Provento em parte do recurso”. (TR — vol. 613, págs. 167/168).

Portanto, aparente é a divergência, seria de se conhecer do recurso com fundamento na letra *c*.

O cerne da questão está na fixação do termo inicial da pensão alimentícia.

Vale ressaltar, quanto àquele termo, o art. 5º, da Lei nº 883/49 refere-se a alimentos provisionais, inaplicável, pois, ao caso versante, embora existente entendimento adverso.

Sobre a matéria, afirma Washington de Barros, que “o Código Civil veio admitir, entretanto, ao lado do voluntário, o reconhecimento judicial, através de ação de investigação de paternidade, por via da qual pede o demandante se declare o respectivo *status familiae*”. (Curso de Direito Civil, vol. 2, 21ª ed., Saraiva, pág. 254).

Bem de ver, a ação de investigação de paternidade, dotada de natureza declaratória, que não cria laço de parentesco, mas tão-somente estabelece sua certeza jurídica, daí resultando que seus efeitos deverão retroagir à data do nascimento e ou até à da concepção do reconhecido.

A propósito, assim entende Arnaldo Medeiros da Fonseca, quando diz:

“Considerada prejudicial ou de estado, a ação de investigação de paternidade ilegítima não visa em si mesma nenhuma condenação, mas sim a declaração por sentença do estado de filho que o autor plêiteia. Daí ser incluída pelos processualistas na categoria das chamadas ações declaratórias, que se destinam apenas a estabelecer uma certeza jurídica, ao contrário das ações de condenação que, além de declararem o direito questionado, conferem ao vencedor a faculdade de pedir a execução forçada em seu favor.

Produzindo a sentença proferida em tais ações os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário (Código Civil, artigo 366), a natureza declaratória e retroativa deste e daquela são, de maneira geral, afirmadas e reconhecidas entre nós.

Na França, e na Itália, essa é também a doutrina dominante.

O reconhecimento, advertem PLANIOL, RIPERT e ROUAST, tem por objeto estabelecer a existência do laço de filiação; encarado como ato de vontade, não deveria, em princípio, criá-lo senão para o futuro; mas o reconhecimento é também a prova de um fato e o bom-senso faz prevalecer tal concepção. Estabelecido, portanto, este fato, deve sê-lo a partir do nascimento do filho. Todos os efeitos da filiação reconhecida se produzem, pois,

a contar desse dia, e mesmo a partir do dia da concepção, se beneficiam o filho”. (Investigação de Paternidade, Forense, 3ª ed., 1958, págs. 350/351).

Na mesma trilha desse entendimento, Carlos Maximiliano, ressalta:

“O reconhecimento, quer voluntário, quer judicial, só faz constar o que existe já, por isso, tem um efeito declaratório apenas, não atributivo; logo retrotrai, até a data presumível da concepção, dá direito de concorrer às sucessões abertas anteriormente à sentença e depois da época em que é de presumir ter sido gerado o filho. Pouco importa que a distribuição do acervo esteja terminada e definitivamente julgada; basta não se achar prescrito o direito de pedir a herança.

A sentença leva a rescindir, pelos meios regulares, doações e partilhas anteriores à mesma, desde que sejam posteriores à época legal da concepção. O *Veredictum* retroage, tanto em favor do filho, como do próprio pai; porque entre os dois o direito sucessório e o de receber alimentos são recíprocos”. (Direito das Sucessões, 2ª ed., vol. I, págs. 315/316).

No mesmo sentido, também, Pontes de Miranda:

O reconhecimento não é ato atributivo, mas simplesmente declarativo, no sentido do direito civil, da filiação da pessoa a que se refere. A filiação, que existia antes, embora sem caráter legal, passa a ser assente perante a lei. O reconhecimento, portanto, não a cria: revela-a. Daí resulta que os seus efeitos, quaisquer que sejam remontam ao dia do nascimento, e, se for preciso, da concepção do reconhecido. (Tratado de Direito Privado, Tomo IX, 2ª ed., pág. 99).

Como se vê, pretende o recorrente seja a obrigação de alimentar estabelecida a partir da sentença de primeiro grau.

Contudo, razão não lhe assiste, uma vez que aquela obrigação é decorrente do *jus sanguinae*, e este, por sua vez, já se encontrava presente desde a concepção e o nascimento da reconhecida.

A sentença, como se infere, apenas declarou a realidade daquele fato preexistente.

Reconhecida a paternidade, a obrigação de alimentar exsurge, de forma incontestada, desde o momento em que exercido aquele direito, com o pedido de constrição judicial, qual seja, quando da instauração da re-

lação processual válida, que se dá com a citação do réu, no caso, o investigando.

A ação de alimentos, embora cumulada com a investigatória, é de natureza condenatória e, conseqüentemente, em consonância com a regra geral, há de retrotrair à da propositura da demanda, melhor explicitando, a contar da previsão legal, como afirmado, da data da citação.

Há que se examinar, ainda, a possibilidade de se aplicar à espécie, a norma contida no § 2º do artigo 13, da Lei 5.478/68, por se tratar de regra de natureza genérica, em contraste com a da antiga Lei nº 883/49, art. 5º, a qual se restringe à verba alimentícia em apreço, resultante da investigatória da paternidade, que é de natureza específica. A última diz respeito aos alimentos provisionais, enquanto que a outra se refere tanto aos provisórios quanto aos definitivos.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer, ao concluir, com acerto, aduziu (fls. 724):

“Por mais, há de ser ponderado que, na eventualidade do reconhecimento judicial, em face da resistência do suposto genitor, quando o processo é submetido à revisão da superior instância, ante o recurso oferecido, quase sempre envolvendo o próprio parentesco, não pareceu razoável nem justo ao legislador protrair os efeitos da condenação a intervalo muito longo, como sucede muitas vezes, o que não se verifica, entretanto, quando tal relação familiar não se acha em discussão, mas, tão-somente, o dever alimentar em si mesmo considerado.

Também é certo que, no caso concreto, não mais se litiga em torno da paternidade, limitando-se a insurgência ao termo inicial dos alimentos devidos.

Nestas condições, a melhor solução, *data venia*, deve estar com a corrente que se inclina pela fixação do indigitado termo *a quo* da verba alimentar desde a citação, como previsto na Lei nº 5.478/68, art. 13, § 2º, inobstante o comando aparentemente em contrário, de suposta norma específica, inserida na Lei nº 883/49, art. 5º, que determina a sua aplicação a alimentos provisionais (na hipótese se trata de alimentos fixados em caráter definitivo, merecendo ser lembrado que a superveniente Lei nº 5.478/68, art. 13, § 2º, estende a sua eficácia a qualquer caso)”.

Coloco, ainda, em evidência, que a lei enfocada dispõe, única e exclusivamente sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos, o que não é a

hipótese dos autos, pois que não discute paternidade extraconjugal, embora o investigado tenha contraído matrimônio, este ocorreu, todavia, após a alegada concepção.

Certo que, *in casu*, não se debate a paternidade, mas sim o termo inicial da obrigação de alimentar.

Tenho, pois, como correto o Acórdão recorrido, ao fixar aquele termo da verba alimentícia, de caráter definitivo, a partir da data da citação, a teor do § 2º, do art. 13, da Lei 5.478/68, que se aplica em qualquer caso, não obstante haja regra específica em sentido contrário, inserta na Lei nº 883/49, art. 5º, determinando sua aplicação aos alimentos provisionais.

Ante o exposto, conheço pois do recurso pela letra c, III, art. 105, do permissivo constitucional, mas nego-lhe provimento, para manter a decisão recorrida na sua integralidade, por afinar-se com a lei e não divergir da jurisprudência predominante.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, já sustentei o entendimento contrário, mas terminei por convencer-me do acerto desta tese, não só pelas fortes razões deduzidas pelo eminente Sr. Ministro Relator, mas, também, por uma questão de ordem prática. Não convém tratar pior aquela pessoa que reconheceu o seu filho do que aquele que se absteve injustamente de fazê-lo.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.203 — SP — (900001456-5) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Marcelo Mattos Pimenta de Araújo. Recdo.: Rosilene Carla Vieira. Advs.: Enéas César Ferreira Neto e Célia Cândida Marcondes.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator. (Julgado em 19.06.90 — 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 2.266 — RJ
(Registro nº 90.0001649-5)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Empreendimentos Técnicos Mar Bravio Ltda.*

Recorridos: *Losango S/A Crédito, Financiamento e Investimentos e outro*

Advogados: *Luiz Bernardo Rocha Gomide e outros, Antônio Vilas Boas T. de Carvalho e outro*

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA.

A nota promissória pode, em tese, ser emitida por mandatário com poderes especiais. Todavia, por vulneração ao artigo 115 do Código Civil, é inválida a cambial emitida com base em mandado de extensão não especificada, outorgado pelo devedor em favor de empresa integrante do mesmo grupo financeiro a que pertence a instituição credora. Conflito efetivo de interesses entre representante e representado. Tema do 'contrato consigo mesmo', abordado no REsp 1.294, acórdão da 3ª Turma deste STJ.

Comissão de permanência. Previsão contratual.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro, que dele não conheciam. Participaram, também, do julgamento, além do signatário, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 06 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata-se de ação declaratória ajuizada por EMPREENDIMENTOS TÉCNICOS MAR BRAVIO LTDA. contra LOSANGO S/A ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS E LOSANGO S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS, perante a 2ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

O MM. Juiz de Direito, assim relatou o feito:

“Diz a autora que celebrou com a última ré contrato de mútuo pelo qual se obrigou a pagar a importância de Cr\$ 9.034.806,00. Cumprindo parcialmente a obrigação fez pagamentos no total de Cr\$ 7.214.585,00. No contrato estipulou-se que a falta de pagamento de qualquer das prestações no respectivo vencimento sujeitaria a devedora a juros de 1% ao mês, além da comissão de permanência autorizada pelo Banco Central do Brasil. Com base nesta cláusula, pretende a credora importância incompatível com os termos do pacto celebrado, o que deu origem a protesto no qual a autora manifestou sua intenção de não concordar com qualquer pretensão excedente dos limites da obrigação. Deste protesto ambas as rés foram intimadas em 10 de novembro de 1980. No dia seguinte a autora foi intimada do aponte de promissória de Cr\$ 674.315,00, emitida pela última ré, que se declarou sucessora da Fico, à qual a autora outorgou o ineficaz mandato consubstanciado na 3ª cláusula do contrato. Este mandato só conferia poderes para a emissão de seis promissórias de Cr\$ 1.505.801,00, vencíveis mensalmente a partir de 1º de setembro de 1979, quando a promissória apontada, no valor de Cr\$ 674.315,00, venceu-se em 1º de novembro de 1980. Sustado o protesto desse título, a ré emitiu mais três promissórias de Cr\$ 1.505.801,00, igualmente apontadas, e que também tiveram sustado o protesto. Como a autora já pagou Cr\$ 7.214.585,00 por conta da dívida de Cr\$ 9.034.806,00, não poderia ela ser devedora de mais Cr\$ 5.191.718,00, que é o valor total das promissórias emitidas pela ré. Acresce que, recebidos os pagamentos parciais, modificou o modo de implementar a obrigação.

Diz mais que o mandato conferido a sociedade vinculada à credora não tem validade, já que pela própria natureza do instituto não se admite a outorga de poderes para serem utilizados, não em proveito do mandante ou consoante as instruções

e a volição deste, mas contrariamente aos seus interesses e em favor de outrem. A invalidade resulta da circunstância de ter sido o mandato estabelecido para que o mandatário aja exclusivamente contra os interesses da mandante. Para que o mandato possa ter objeto possível, quando não seja do interesse exclusivo do mandante, deve ele retratar, no mínimo, uma comunhão do interesse dele com o do mandatário ou de terceiro.

Também sustenta que a comissão de permanência estabelecida no contrato é inexigível porque não foi autorizada pelo Banco Central e nem poderia sê-lo, já que esta instituição não tem poderes para criar instrumento que permita a cobrança de juros superiores ao máximo legal.

Diante do exposto, pede que se declare:

a) A inexistência da relação cambial materializada nas quatro promissórias cujo protesto foi liminarmente sustado.

b) A inexistência de real, digo: de relação jurídica que obrigue a autora a pagar as notas promissórias que foram ou venham a ser emitidas por qualquer das rés.

c) A inexistência de relação jurídica que permita à última ré cobrar comissão de permanência.

d) A inexistência de relação jurídica que permita à mesma ré cobrar mais que o saldo devedor do contrato, acrescido de juros.

A última ré contesta a fls. 73. Alega, em substância, que o artigo 14 da Lei 2.044, de 1908, permite que o aval seja prestado por mandatário; que a argumentação sobre a ineficácia de cláusulas do contrato de mútuo, desenvolvida pela autora, tem por fim retardar o pagamento do débito; que o artigo 29 da Lei 4.728 outorgou ao Banco Central do Brasil competência para determinar a aplicação da comissão de permanência, a fim de acompanhar as oscilações do mercado financeiro; que a Circular nº 82 dessa instituição permite a cobrança de comissão de permanência nas bases dos juros, encargos e comissões cobrados na operação primitiva; que a contestante recebeu os pagamentos mencionados na inicial mas, porque os mesmos foram feitos com atraso, imputou parte de seu valor na comissão de permanência." (fls. 245/247).

A ação foi julgada procedente, declarados os preceitos contidos no requerimento da autora.

Apreciando a apelação das rés, o eg. Tribunal *a quo*, por maioria, deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação sob a ementa seguinte:

“Mandato. Eficácia, Excesso de poderes. Não é ineficaz a sua outorga a empresa vinculada à que é credora da obrigação a ser cumprida — mútuo, até mesmo porque pode ser outorgada à própria credora. Outrossim, ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não excedeu os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções (artigo 1.313, do Código Civil).

Comissão de permanência. É devida quando expressamente prevista no contrato de mútuo, por ser lei entre as partes.” (fls. 294).

O acórdão foi confirmado, também por maioria de votos, em sede dos embargos infringentes manejados pela autora (fls. 345/347).

Inconformada, a autora interpôs recurso extraordinário aos 17 de fevereiro de 1983, fundamentado no artigo 119, inciso III, alíneas *a* e *d*, da Carta Constitucional de 1969, alegando contrariedade aos artigos 145, 1.297, e 1.343, do Código Civil, e Súmula nº 596 do Pretório Excelso, além de divergência do acórdão recorrido com arestos do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e 1º Tribunal da Alçada Cível de São Paulo (fls. 350/373).

Admitido o apelo extremo e remetido ao eg. STF, sobreveio a esta corte por despacho do eminente Ministro Aldir Passarinho.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): Admito o apelo extremo, pelo dissenso jurisprudencial, revelado no confronto entre o aresto impugnado e os citados como paradigma, segundo os quais seria inválida a cláusula concedendo ao credor, ou a alguém *longa manus* do credor, poderes para emitir títulos e assumir obrigações cambiárias contra o próprio mandante e figurando como beneficiário o credor (fls. 353/355).

Conhecido o apelo extremo, cumpre julgar a causa, aplicando o direito à espécie — enunciado 456 da Súmula do STF.

A respeito do tema fundamental em discussão, já no julgamento do REsp nº 2.453 emiti voto do teor seguinte:

“Debate-se, no presente recurso, o tema da validade de nota promissória criada com suporte em procuração que o devedor, em contrato de abertura de crédito firmado com instituição financeira, outorga, com poderes para emissão de cambiais, a empresa integrante do mesmo grupo econômico.

A eg. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais deu pela procedência da ação declaratória de nulidade da cambial, ajuizada pela firma devedora após medida cautelar de sustação de protesto, sob o argumento básico de que o preenchimento da cártula ao arbítrio exclusivo do credor esbarra na proibição do art. 115 do Código Civil.

O eminente relator, Ministro Barros Monteiro, conheceu do Recurso Especial manifestado pelo Banco Real S.A. e lhe dá provimento para restabelecer a sentença. Decide sob os fundamentos que resumo: a) lembra decisão do Pretório Excelso, no RE 104.307, *in* RTJ 116/749, pela qual inexistem óbices legais à outorga de mandato pelo mutuário a empresa vinculada ao grupo creditício do mutuante, devendo possível incompatibilidade de interesses ser aferida “em cada caso, mediante o exame da extensão dos poderes deferidos ao mandatário e a ocorrência, ou não, de abuso no desempenho do mandato”; b) a Nota Promissória pode ser emitida por mandatário com poderes especiais, podendo inclusive o mandato ser conferido no interesse do mandatário; c) não se deve presumir “o choque de interesses entre o devedor e o credor, apenas porque a cambial foi emitida por procuração outorgada à empresa coligada a este último”, eis que, conforme o relator no RE já aludido, eminente Ministro Octávio Gallotti, os poderes do mandatário mais se afiguram aos do nuncio, “tendo-se em vista que o conteúdo da obrigação, já havia sido previamente fixado, com a manifestação cabal da vontade do mutuário e dos seus avalistas, para o fim exclusivo da emissão do título”; d) o devedor assumiu livremente a obrigação, que não nega, insurgindo-se, em verdade, contra o montante dos juros, que considera excessivo; e) o abuso de poderes, a exigência excessiva de acessórios do débito, há de ser verificada caso a caso, não constituindo assim a cláusula 10ª do contrato uma condição potestativa, como entendido, para casos análogos, pelo egrégio Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, na Uniformização de Jurisprudência nº 3, *in* RT 503/202.

No caso dos autos, eminentes Colegas, está o contrato de abertura de crédito por cópia às fls. 13, dele constando a cláusula 10ª, com o seguinte teor:

“A CREDITADA e seus avalistas, nomeados e qualificados no anverso, por este instrumento e na melhor forma de direito nomeiam e constituem sua bastante procuradora, de forma irrevogável e irretratável, a Companhia Real de Valores, Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, com sede em São Paulo-SP, a Rua Boa Vista, 254, para o fim especial de emitir em nome deles outorgantes uma nota promissória, com vencimento à vista, em favor do BANCO, do valor correspondente ao saldo devedor da conta ora aberta, nota promissória esta que poderá ser recebida pelo Banco como dação em pagamento, para liquidação do saldo devedor referido, passando a CREDITADA e os AVALISTAS, na qualidade de emitentes, a deverem unicamente dita nota promissória, emitida em virtude dos poderes ora outorgados, que como título executivo estará sujeita a cobrança e processo de execução.”

Da análise das cláusulas contratuais, impressas muito minuscualmente no verso do instrumento, verifica-se estar nelas assegurada (Cl. 8ª), a qualquer tempo, “a certeza e liquidez da dívida da creditada, compreendendo o cálculo de juros, correção monetária e outras despesas que, juntamente com o principal, formarão o débito”. Isso sem falar na multa contratual “irreduzível” de 10% sobre o total dos débitos, e dos honorários “que forem devidos” (cl. 9ª). A creditada, outrossim, “renuncia” (!) ao direito de verificar a exatidão do débito e nem poderá, “sob qualquer forma ou pretexto, retardar o pagamento ou cobrança do saldo devedor demonstrado pelo Banco”, ressalvada apenas a possibilidade de ajuizar posterior ação de repetição, “em caso de erro”.

A rigor, por tais cláusulas, a recorrida terá renunciado até mesmo às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e ao próprio uso dos embargos do devedor e ao devido processo legal.

Menos mal, diria Pangloss, que o Banco lhe não proíbe a ação de repetição do indébito.

Os argumentos, em favor de uma e de outra das posições em debate, são bastante conhecidos, inclusive pelas repercussões em vasta e conflitante jurisprudência.

Sou, em princípio, pela invalidade das notas promissórias em que o credor, ou alguém como *longa manus* do credor, apresentando-se como procurador do devedor, cria contra o próprio mandante um título executivo. Sabido é que, pelo sistema jurídico brasileiro, os títulos executivos extrajudiciais, descendentes das remotas *instrumenta guarentigiata* do direito medievo, são criadas pelo devedor, que assim reconhece uma dívida, com características de certeza e liquidez, em favor de outrem, permitindo ao credor o ajuizamento de ação de execução independentemente de prévio processo de cognição. Excetuam-se os créditos tributários, do Poder Público, em que por exceção e por motivos sabidos, o próprio credor cria o título em seu favor.

Ora, em casos como o dos autos, é o credor que está, em realidade, criando o título executivo extrajudicial em seu favor, fixando-lhe o valor e o momento da exigibilidade, mercê de outorga de poderes imposta compulsoriamente em contrato de adesão, compulsoriedade a que as pessoas obrigadas ao uso do crédito bancário não tem como fugir. Ou aderem, ou estão expulsas do mundo dos negócios, pelo menos a imensa maioria dos médio e pequeno empresários, que não têm condição alguma de discutir com os fornecedores de crédito, com as instituições financeiras.

Argumenta-se, em sentido contrário, que a eventual ocorrência do abuso no cumprimento do 'mandato' deverá ser aferida caso a caso. Em última análise, quando da defesa do devedor mediante interposição de embargos à execução. Este argumento, todavia, *data venia*, não elide a infringência à regra de que não cabe ao próprio credor criar título executivo em seu favor, no alegado uso de poderes de amplitude praticamente indefinida.

No preenchimento da cártula, realmente o seu valor, o dia de vencimento, ficam a critério do credor 'mandatário', invertendo-se o ônus da prova na relação incidental dos embargos. Impende não olvidar, ainda, a possibilidade de protesto do título, com todas as notórias repercussões em desfavor do tomador do crédito, máxime se comerciante for.

Cuidando da cláusula potestativa, refere CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que "tem o mesmo sentido e o mesmo efeito frustratório, podendo ser capitulada como condição potestativa

pura, a indeterminação potestativa da prestação, por vez que, neste caso, a potestatividade do ato se desloca da sua realização para a estimativa da *res debita*, equivalendo nos seus efeitos ao *si violam*.” (‘Instituições de Direito Civil’, Forense, v. I, 6ª ed., nº 98).

Por estas razões e semelhantes, aliás com excelência expostas pelo Juiz NELSON ALTEMANI, do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, no 5º Encontro dos Tribunais de Alçada, por 14 votos a 4, foi aprovada proposição nos seguintes termos:

“É inválida a procuração outorgada por mutuário em favor da empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidades, da extensão não especificada, em títulos cambiais, figurando como favorecido o mutuante”.

É o caso ora presente. O mandato foi outorgado em termos os mais amplos, “de extensão não especificada”, no contexto de um pacto de adesão cujas características já tive oportunidade de referir.

Rogo aqui permissão para reportar-me a voto com a habitual excelência proferido pelo eminente Ministro CLÁUDIO SANTOS, na eg. 3ª Turma, no REsp 1.294, julgado em 12.12.89. Após apresentar jurisprudência e doutrina a respeito do tema do “contrato consigo mesmo”, prossegue o douto magistrado:

“É certo não haver proibição explícita no direito brasileiro. Entretanto, são condições defesas nos atos jurídicos as que o sujeitarem “ao arbítrio de uma das partes” (art. 115 do Código Civil), o que fatalmente ocorrerá se uma das partes for mandatária da outra para reconhecer débitos e ajustar taxas de juros.

Por outro lado, não são desprezíveis as objurgações doutrinárias a essa espécie de contrato, tanto no direito alienígena como no direito pátrio.

José Paulo Cavalcanti, jurista pernambucano, autor de monografia sobre a questão, cataloga OERTMANN e MESSINEO a inadmitir tal contrato face à ausência do concurso de vontades; ENNECCERUS e HENRI DE PAGE a não se oporem à validade de semelhantes negócios, mas a chamarem a atenção para os interesses opostos, o que não seria conforme “nem com os interesses do representado, nem com sua vontade presumida ou da lei”; VON THUR a salientar

o risco de um prejuízo; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, que perguntam, no caso de conflito de interesses, não se sentiriam os representantes tentados a sacrificar os direitos dos representados em privilégio dos seus, além de BARASSI e DOMENICO RUBINO no mesmo sentido. (ob. cit., Rio, Freitas Bastos, 1956, pg. 32/35).

Arremata o citado autor com a opinião de PACCHIONI, para quem a nulidade desses contratos deriva do “fatto de non potere l’interesse del rappresentato venir sentito dal rappresentante in egual misura como il suo proprio personale interesse” (idem, p. 36).

A doutrina brasileira, a respeito, não é extensa. Coloca José Paulo Cavalcanti de um lado a opinar, sem restrições maiores, pela permissibilidade do contrato, PONTES DE MIRANDA, CARVALHO SANTOS e J. AMARAL GURGEL e, a inclinar-se em sentido oposto EDUARDO ESPÍNOLA, HAHNEMANN GUIMARÃES, DE PLÁCIDO E SILVA e NELSON PINHEIRO DE ANDRADE.

ESPÍNOLA, efetivamente, pontifica:

“É por isso que uma relação jurídica procedente de autocontrato só se nos afigura possível, em princípio, e compatível com o sistema da legislação pátria e em geral das legislações modernas, quando a declaração de vontade do representante se dirige unicamente à celebração do ato ao estabelecimento do vínculo ou à execução e absolutamente não à determinação do conteúdo obrigacional”. (“Sistema do direito civil brasileiro”, 2ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1945, vol. II, tomo II, pg. 43/44).

HAHNEMANN GUIMARÃES, OROSIMBO NONATO e FILADELFO DE AZEVEDO não esconderam sua simpatia pela tese, ao proporem, claramente, no art. 37 do Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral:

“O representante não pode, salvo se a lei ou o representado o permitirem, contrair consigo mesmo as obrigações que foi autorizado a assumir”.

Já o autor pernambucano, antes citado, expressa seu ponto de vista da seguinte forma:

“Pelas razões acima consideradas (supra ns. 16 a 19), além das proibições contidas em textos

legais especiais (supra, nº 26), os chamados contratos consigo mesmo devem ser entendidos como inválidos, em linha de princípio, dentro do direito brasileiro, inclusive nos casos da chamada “dupla representação” (supra, nota 56), por aplicação analógica das regras especiais que proíbem determinadas figuras desses negócios, fundada, essa aplicação, no art. 4º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil.” (ob. cit., p. 71).

Concluindo, entendo sem validade a cláusula de mandato inserta nos contratos, tais como a que enseja a presente controvérsia, porquanto o conflito de interesses entre representado e representante, integrante do mesmo grupo financeiro do credor, é evidente, de modo a afetar a vontade que constitui a substância do ato jurídico. De outro prisma, é indubitável que a cláusula do contrato consigo mesmo, nas avenças bancárias, sujeita o devedor ao arbítrio do credor, condição defesa, de acordo com o art. 115, do Código Civil. Note-se que a lei não condiciona a licitude da cláusula ao arbítrio, mas à simples sujeição.”

Encerraria, em. colegas, lembrando voto do eminente então Desembargador EDUARDO RIBEIRO, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, hoje honrando cátedra desta Corte Superior, que a respeito da matéria, no julgamento em 27.9.82, da Apelação 8.547, daquele Tribunal de Justiça, com felicidade sintetizou os argumentos em prol da invalidade das cambiais emitidas nas condições encontradas no presente feito, *verbis*:

“Constitui entendimento pacífico, na doutrina e jurisprudência pátrias, ser perfeitamente possível a emissão de títulos cambiais por meio de procurador. Quanto a isso não há controvérsia. A hipótese em julgamento, entretanto, apresenta características próprias que demandam maior exame.

O primeiro ponto é o de que o mandato foi conferido no exclusivo interesse do mandatário ou da empresa integrante do mesmo grupo. Embora isso não seja impossível, a hipótese é peculiar. Com efeito, admite-se a chamada procuração em causa própria mas esta apenas traduz um negócio que já se completou e não foi integralmente formalizado. O caso em julgamento é distinto. Trata-se, em

realidade, de tão simplesmente conferir ao credor poderes de fazer líquida a dívida, sem que possa haver interferência do devedor.

Traduz a hipótese, em verdade, um artifício para possibilitar a constituição de título executivo. É sabido que o elenco legal de títulos executivos constitui *numerus clausus*, não sendo lícito que outros sejam estabelecidos, por convenção das partes. O sistema ora em exame passa por cima dessa impossibilidade legal, valendo-se da já assinada deturpação das finalidades do mandato.

Considero que resta comprometida, no caso, a seriedade de três institutos jurídicos relevantes: o mandato, a cambial e o título executivo extrajudicial. Manejam-se os três, de forma a alcançar objetivos que não lhe são específicos. Considero que o Judiciário não deve placitar tais operações.” (Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDF, vol. 13, pág. 280).”

Os argumentos expendidos nesse voto — com a devida ressalva no pertinente a certas considerações relativas ao teor de cláusulas contratuais inseridas no contrato de financiamento de que cuidou o REsp 2.453 —, feita, repito, tal ressalva, os aludidos argumentos ajustam-se à espécie ora em julgamento, para justificar nosso posicionamento pela invalidade dos mandatos outorgados no “contrato de empréstimo” de fls. 47 e seguintes, e, portanto, dos títulos cambiários emitidos e avalizados no uso dos poderes outorgados em tal avença.

A declaração de invalidade, todavia, não abrange, como tem sido decidido nesta Turma, a previsão contratual de cobrança da comissão de permanência (fls. 48), nos termos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, com amparo na Lei 4.595/64 e Súmula 596 do Pretório Excelso, conforme aliás copiosa jurisprudência referida pelos recorridos na impugnação ao recurso extraordinário — fls. 387 e seguintes. Esta 4ª Turma tem oposto restrição, apenas, à cobrança cumulativa, que configure *bis in idem*, da correção monetária mais a comissão de permanência, isto é, quando este segundo encargo já englobar a correção decorrente dos índices inflacionários.

Assim sendo, a demanda é afirmada improcedente quanto aos itens III e IV do *petitum* (fls. 24); destarte, o restabelecimento da sentença do juízo singular limita-se ao decidido sob as letras *a* e *b*, fls. 249.

Nestes termos conheço do recurso especial, e ao mesmo dou parcial provimento.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Egrégia Corte, trata-se de recurso especial manifestado por Empreendimentos Técnicos Mar Bravio Limitada, em que figuram como recorridos Losango S.A. Créditos, Financiamentos e Investimentos, e outro. Diz o recorrente que o acórdão guerreado contrariou os artigos nºs 145, 1.297 e 1.343, do Código Civil, divergindo da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, com arestos do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

O Eminentíssimo Relator trouxe à tona voto que proferiu no Recurso Especial nº 2.453 — longo e erudito — e o concluiu da seguinte maneira:

“Os argumentos expendidos nesse voto — com a devida ressalva no pertinente a certas considerações relativas ao teor de cláusulas contratuais inseridas no contrato de financiamento de que cuidou o REsp 2.453 —, feita, repito, tal ressalva, os aludidos argumentos ajustam-se à espécie ora em julgamento, para justificar nosso posicionamento pela invalidade dos mandatos outorgados no “contrato de empréstimo” de fls. 47 e seguintes, e, portanto, dos títulos cambiários emitidos e avaliados no uso dos poderes outorgados em tal avença.

A declaração de invalidade, todavia, não abrange, como tem sido decidido nesta Turma, a previsão contratual de cobrança da comissão de permanência (fls. 48), nos termos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, com amparo na Lei 4.595/64 e Súmula 596 do Pretório Excelso, conforme aliás copiosa jurisprudência referida pelos recorridos na impugnação ao recurso extraordinário — fls. 387 e seguintes. Esta 4ª Turma tem oposto restrição, apenas, à cobrança cumulativa, que configura *bis in idem*, da correção monetária mais a comissão de permanência, isto é, quando este segundo encargo já engloba a correção decorrente dos índices inflacionários.

Assim sendo, a demanda é afirmada improcedente quanto aos itens III e IV do *petitum* (fls. 24); destarte, o restabelecimento da sentença do juízo singular limita-se ao decidido sob as letras *a* e *b*, fls. 249.

Nestes termos conheço do recurso especial, e ao mesmo dou parcial provimento”.

Nada obstante a erudição estampada no voto do Eminente Relator, permito-me divergir de S. Exa., assim porque os argumentos expendidos no voto que proferira S. Exa. no Recurso Especial nº 2.453 não se ajustam, a meu ver, ao caso ora em julgamento. Com efeito, no que toca à alegação de violação do direito federal, registro que são apontados como violados os arts. 145, 1.297 e 1.343 do Código Civil, enquanto no recurso anterior cuidava-se de cláusula potestativa, que impediria a validade do mandato outorgado à instituição financeira. Trouxe mesmo, o Eminente Magistrado votante, à tona, um voto do Eminente Ministro Cláudio Santos, a respeito do tema. Mas, exatamente aí, no voto do Ministro Cláudio Santos, há expressa referência ao art. 115 do Código Civil, que abriga a proibição da cláusula potestativa. Neste caso, não se cogitou, nem se cogita, do art. 115 do Código Civil.

Relembro que a alegada violação do direito federal diz respeito aos artigos 145, 1.297 e 1.343. Tocantemente ao art. 145, inciso II, não vejo como admitir o recurso, porque o dispositivo mencionado diz que é nulo o ato jurídico quando for ilícito ou impossível o seu objetivo. A outorga do mandato, no âmbito do Direito Cambial, não é ilícito, nem é impossível o seu objeto. Por conseguinte, não encontro afronta, na decisão hostilizada, ao art. 145 do Código Civil. Sob outro ângulo, também não vislumbro agressão ao art. 1.297. Eis o dispositivo mencionado:

“O mandatário que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, reputar-se-á mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.”

De igual maneira, no que tange ao art. 1.343 do mesmo diploma legal.

Ora, tendo a instância ordinária decidido a questão de fato de que o mandante se comportará nos limites do mandato, evidentemente não estão feridos esses dispositivos: o 1.297 e o 1.343 do Código Civil.

No que toca ao dissídio com a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, eu o tenho por inexistente, eis que o contrato firmado entre as partes prevê a comissão de permanência e os títulos que resultaram do contrato teriam sido caucionados, pelo que a cobrança de comissão de permanência mostra-se legítima.

Nem mesmo a divergência argüida em relação à decisão da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, encontro patenteadas, porque no aresto do Tribunal Mineiro se faz referência à hipótese de procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidade de

extensão não especificada em títulos cambiais. E, no caso concreto, o mandato não teria essa extensão não especificada, porquanto estaria relacionado às prestações devidas e contratadas.

Ante o exposto, rogando vênias ao Eminentíssimo Relator, a quem presto as minhas homenagens, não conheço do recurso manifestado.

É o meu voto.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Agita-se no caso concreto, uma vez mais, o tema do prequestionamento.

Tenho posição firmada a respeito, já explicitada em diversas oportunidades, que o reputa indispensável dada a natureza do recurso especial, mas que não o exige explícito, como entendia, diversamente, o Supremo Tribunal Federal na vigência do sistema constitucional anterior, quando bem diversa era a moldura conjuntural.

A propósito, no **REsp 2.544-SP**, de que fui relator, assinalo que “o enunciado da norma legal não se mostra imprescindível quando se evidenciam a questão federal e a tese desenvolvida” (DJ de 6.8.90). Na mesma direção, por sinal, o **REsp 2.550-MG**, da eg. Terceira Turma, relatado pelo Ministro Cláudio Santos.

In casu, pelo apurado, embora não explicitada a norma 115 do Código Civil, a tese foi versada, razão pela qual, coerente também com a posição, que adoto (dentre outros, **REsp 1.641**), que não admite a outorga da procuração a empresa do mesmo grupo (v. conclusão do “V Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada”, Rio, 1981, “Anais”), com vênias ao Ministro Fontes de Alencar, acompanho o Ministro Relator, Athos Carneiro.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Peço vênias ao eminentíssimo Relator para acompanhar o voto do não menos ilustre Ministro Fontes de Alencar, não conhecendo do recurso.

A respeito da eficácia do mandato conferido pelo devedor à empresa pertencente ao mesmo grupo econômico do credor, para contra aquele emitir nota promissória, já me pronunciei quando do julgamento do **REsp nº 2.453-MG**. Votei pela validade da outorga.

No caso dos autos, não vislumbro por primeiro ofensa à lei federal. Em face de minha posição assumida quando da apreciação do supra-mencionado apelo especial, não há como considerar o ato viciado por impossibilidade do objeto (art. 145, nº II, do Código Civil). Nem tampouco há que se cogitar de afronta ao disposto nos arts. 1.297 e 1.343 do mesmo *Codex*, seja porque impertinentes na espécie, seja porque a alegação de excesso de poderes pela mandatária demandaria aqui a investigação de matéria probatória (Súmula nº 07 desta Corte).

De outro lado, nesse tópico não se caracteriza, como necessário, o dissídio pretoriano diante da dessemelhança fática entre os julgados trazidos à colação pela recorrente e a espécie ora sob exame. É que, nos precedentes apontados, a assunção da responsabilidade pelo mutuário foi de extensão não especificada, circunstância diversa da que ocorre no caso em tela.

Tocante à comissão de permanência, além da previsão contratual, a sua exigência é autorizada pela Lei nº 4.595/64 (art. 4º, inciso IX), estando em plena consonância com o enunciado da Súmula nº 596 da Suprema Corte. Aliás, nesse particular, a divergência não se aflorou nos votos antecedentes, todos concordantes no sentido de que não houve infringência à lei federal, nem que se tenha configurado o conflito com o citado verbete sumular.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, na assentada de 18 de setembro último, o Senhor Ministro ATHOS CARNEIRO, Relator, proferiu d. e minucioso voto, conhecendo deste recurso especial “pelo dissenso jurisprudencial revelado no confronto entre o aresto impugnado e os citados como paradigmas, segundo os quais seria inválida a cláusula, concedendo ao credor ou a alguém, *longa manus* do credor, poderes para emitir títulos e assumir obrigações cambiárias contra o próprio mandante, e figurando como beneficiário e credor (fls. 353/355)”.

Passando ao julgamento da causa, consoante o verbete 456 da Súmula do Supremo Tribunal, S. Exa., reportando-se a seu pronunciamento anterior, no REsp 2.453, passou em revista a divergência configurada

na jurisprudência brasileira a propósito da validade e eficácia de cláusula de contratos-padrão de mútuo de dinheiro, instituindo o mutuante e credor (ou pessoa a ele vinculada) como mandatário do mutuário devedor, com poderes para emitir títulos de crédito, em nome do mutuário e em favor do mutuante, fixando-lhes o valor, vencimento, etc.

E concluiu S. Exa., *verbis*:

“Os argumentos expendidos nesse voto — com a dívida ressalva no pertinente a certas considerações relativas ao teor de cláusulas contratuais inseridas no contrato de financiamento de que cuidou o REsp 2.453 —, feita, repito, tal ressalva, os aludidos argumentos ajustam-se à espécie ora em julgamento, para justificar nosso posicionamento pela invalidade dos mandatos outorgados no “contrato de empréstimo” de fls. 47 e seguintes, e, portanto, dos títulos cambiários emitidos e avalizados no uso dos poderes outorgados em tal avença.

A declaração de invalidade, todavia, não abrange, como tem sido decidido nesta Turma, a previsão contratual de cobrança da comissão de permanência (fls. 48), nos termos autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, com amparo na Lei 4.595/64 e Súmula 596 do Pretório Excelso, conforme aliás copiosa jurisprudência referida pelos recorridos na impugnação ao recurso extraordinário — fls. 387 e seguintes. Esta 4ª Turma tem oposto restrição, apenas, à cobrança cumulativa, que configure *bis in idem*, da correção monetária mais a comissão de permanência, isto é, quando este segundo encargo já englobar a correção decorrente dos índices inflacionários.

Assim sendo, a demanda é afirmada improcedente quanto aos itens III e IV do *petitum* (fls. 24); destarte, o restabelecimento da sentença do juízo singular limita-se ao decidido sob as letras *a* e *b*, fls. 249.

Neste termos conheço do recurso especial, e ao mesmo dou parcial provimento.

2. Interrompido o julgamento por pedido de vista do Senhor Ministro FONTES DE ALENCAR, retomou-se o debate da causa na sessão de 02 de outubro passado, quando S. Exa. justificou sua divergência, recusando o conhecimento do recurso.

Para tanto realçou, primeiramente, a discrepância que, a seu ver, distancia o caso em exame do precedente a que se prende o voto do Senhor Ministro Relator (REsp 2.453), cujos fundamentos nortearam sua presente decisão, pois aqui (acentua o Senhor Ministro FONTES DE ALEN-

CAR) não se aponta contrariedade ao art. 115 do Código Civil, mas ofensa aos arts. 145, 1.297 e 1.343 do mesmo código. Depois, a propósito do dissídio jurisprudencial, observou que não o reconhece, “porque no acórdão do Tribunal Mineiro se faz referência à hipótese de procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante, para assumir responsabilidade de extensão não especificada em títulos cambiais. E, no caso concreto, o mandato não teria essa extensão não especificada, porquanto estaria relacionado às prestações devidas e contratadas”.

3. O Senhor Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, por sua vez, subscreveu o entendimento sufragado pelo Senhor Ministro ATHOS CARNEIRO, esclarecendo que, “embora não explicitada a norma do art. 115 do Código Civil, a tese foi versada”, razão pela qual S. Exa. se manteve “coerente também com a posição que adoto (dentre outros, REsp 1.641), que não admite a outorga de procuração a empresa do mesmo grupo (v. conclusão de O Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, Rio, 1981, Anais)”.

4. O empate dos votos se caracterizou na sessão de 30 de outubro, quando o Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, persistindo na orientação que exprimiu no julgamento do REsp 2.453-MG, acrescentou esta justificativa:

“De outro lado, nesse tópico não se caracteriza, como necessário, o dissídio pretoriano diante da dessemelhança fática entre os julgados trazidos à colação pela recorrente e a espécie ora sob exame. É que, nos precedentes apontados, a assunção da responsabilidade pelo mutuário foi de extensão não especificada, circunstância diversa da que ocorre no caso em tela.”

5. Cumpre-me, por conseguinte, completar o julgamento do presente recurso, o que ora faço, escusando-me, desde logo, pela involuntária demora (que, todos sabem, decorre da moléstia que me cerceou as forças ao longo de todo o primeiro semestre).

6. Nesta altura, em verdade, tive já ensejo de pronunciar-me sobre o tema controvertido, ao votar, em 26.6.90, no REsp 2.569-SP e, em 5.2.91, no REsp 5.986-MG, feitos nos quais proferi voto de desempate, consoante acórdãos cujas cópias faço pensar.

7. Persevero no mesmo entendimento que externei nesses precedentes, enquanto reputo, *data venia*, mais que suficiente para justificá-lo a consideração de que trabalha diametralmente contra a razão de ser do mandato a mera possibilidade de que o mandatário seja autorizado a praticar ato jurídico em que ele mesmo (mandatário) seja parte contratante.

te; ou, ainda, em que se procura mascarar essa realidade (verdadeiramente incompatível com nosso sistema contratual), mediante a interposição de suposto terceiro, sob ordens e instruções do suposto mandatário, em mal disfarçada dissimulação do verdadeiro teor dos fatos.

Mercê desse artifício, resulta a que a lei não quer (nem jamais admitiu), isto é: que o mandatário atue contra o mandante, como se ao mandante (isto sim) não conferisse a lei o direito potestativo de destituir o mandatário, revogando o mandato, quando bem entendesse, em razão (por exemplo) da quebra da confiança, elemento primordial dessa figura de contrato.

8. É bem verdade que, por agora, se trata, antes de tudo, de conhecer ou não o recurso.

9. Ora, não me parece duvidosa, *data venia*, a divergência pretoriana, em verdade, abundantemente patenteada nos autos.

Veja-se que o acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, proferido na AC 20.255, em 11.5.82, sendo Relator o pranteado Juiz RONALDO CUNHA CAMPOS (D.J.O. de MG, 27.5.82, pág. 8), fixou esta orientação:

“A existência no aludido contrato de cláusula concedendo ao credor permissão para emitir títulos e assumir em nome de terceiros a obrigação de avalista, com a devida vênua, é inválida, pois como foi decidido pela grande maioria no Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil”, realizado, em fins do ano passado, na cidade do Rio de Janeiro, “é inválida a procuração outorgada por mutuário em favor de empresa pertencente ao grupo financeiro do mutuante para assumir responsabilidade, de extensão não especificada, em títulos cambiais, figurando como favorecido o mutuante” (ac. un. 3ª Câmara Cível, Tribunal de Alçada de Minas Gerais na Apelação 20.255, *in* Diário Oficial de Minas Gerais de 27.05.82, p. 8).”

De fato, tenho como certo que, a se demarcar, prévia e exaustivamente, a extensão ou conteúdo da obrigação, a assumir, na verdade já nem seria mister o mandato para legitimar ato adverso ao interesse do devedor. Daí porque reputo inócua a ressalva, verdadeiramente redundante, agora exaltada como desfiguradora do dissídio, que considero caracterizado.

Colho, ademais, da petição inicial da ação declaratória de nulidade do mandato e dos títulos com base nele emitidos, este tópico (fls. 13):

“Ocorre que essa procuração, inserida no instrumento de contrato de mútuo, não tem nenhuma validade, pois não se

admite, à luz dos princípios que norteiam o contrato de mandato, a outorga de poderes para serem utilizados, não em proveito ou consoante as instruções e a volição do mandante, mas, contrariamente a seus interesses, em favor de outrem, com quem ele celebrou um contrato.

A invalidade do mandato resulta, no caso, da circunstância de ter sido contratado **para que o mandatário aja, exclusivamente, contra os interesses do mandante.**

De regra, o mandato é constituído no interesse do mandante. Excepcionalmente, contudo, admite-se que possa sê-lo no do interesse **comum** do mandante e do mandatário, ou mesmo ter seu **objeto comum** ao mandante e a um terceiro, ora, na espécie, deu-se a constituição do mandato exclusivamente no interesse do mandatário, o que o invalida de todo, por não revestir a característica essencial dessa espécie de contrato.”

Como se vê, nenhum dispositivo legal, em verdade, é aduzido pelo autor, agora recorrido; mas não era mister que o fosse (*jura novit curia*).

Certo, não obstante, que este enunciado da *causa petendi* repercute o que decorre do sistema contratual que herdamos de Roma e que subsiste na lei brasileira de hoje, para o qual o mandatário é instituído para representar o mandante, conforme suas instruções e no seu interesse, perante terceiros, na prática de atos jurídicos (e não, perante o próprio mandante, como criatura que se volta contra o criador). Este, a meu ver, o exato sentido dos julgados-paradigma, irrelevante a menção à cláusula redundante relativa à ilimitação prévia do débito.

Ante o exposto, o conhecimento do recurso pode verificar-se pela alegada contrariedade ao art. 145, II, do Código Civil: a cláusula impugnada é tão adversa ao nosso direito escrito, que não admira possa ofender vários dispositivos legais (não somente, portanto, o art. 115 do Código Civil apontado como vulnerado, em outros precedentes).

É por isto que, *data venia*, conheço do recurso, também por contrariedade à lei, na forma exposta.

E, conhecendo-o, também, com a devida vênia, dou-lhe parcial provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.266 — RJ — (90.0001649-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Empreendimentos Técnicos Mar

Bravio Ltda. Recorridos: Losango S/A Crédito, Financiamento e Investimento e outro. Advogados: Luiz Bernardo Rocha Gomide e outros; Antônio Vilas Boas T. de Carvalho e outro.

Em sessão realizada em **18.09.90**, após o voto do Sr. Relator que conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, pediu VISTA o Sr. Ministro Fontes de Alencar. Aguardaram os Srs. Mins. Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado o Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu a sessão o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Levado em sessão de **02.10.90** pelo Sr. Ministro Fontes de Alencar que pediu VISTA e dele não conheceu, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo acompanhou o Relator, pediu VISTA o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Proseguindo o julgamento em sessão do dia 30.10.90, o Sr. Ministro Barros Monteiro não conheceu do recurso; foi suspenso o julgamento, aguardando voto de desempate o Sr. Ministro Bueno de Souza que se encontrava ausente (art. 181, § 2º, RISTJ). Presidiu a sessão o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Em sessão de **06.08.91**, o Sr. Ministro Bueno de Souza acompanhou os Srs. Ministros Relator e Sálvio de Figueiredo que conheciam e davam parcial provimento. Ficaram vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro, que dele não conheciam.

Decisão: A 4ª Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento (em 06.08.91).



RECURSO ESPECIAL Nº 2.378 — SC

(Registro nº 9021049)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *José Maria de Paula Correia*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

Advogados: *Drs. Carlos Eduardo Caputo Bastos e outro*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO.

Sendo decisório o despacho de recebimento da denúncia a incompetência supervenientemente declarada de quem o proferiu anulá-o, pelo que o respectivo efeito interruptivo do prazo prescricional deixa de existir.

Negativa de vigência aos arts. 108, § 1º, e 567, do CPP. Dissídio jurisprudencial demonstrado.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, após o voto vista do Sr. Ministro José Cândido acompanhando o Sr. Ministro Relator, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro, 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 setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Ao fundamento de que a ratificação, pelo Procurador da República de Santa Catarina, da denúncia oferecida pelo Procurador da República do Paraná, ocorrera somente depois de prescrito o crime de uso de documento público falso, atribuído ao estudante José Maria de Paula Correia, o MM. Juiz Federal em Florianópolis decretou a extinção da respectiva punibilidade (fls. 532/534).

O crime teria ocorrido em 13.06.73 e o réu fora denunciado perante o MM. Juiz Federal do Paraná que, após o recebimento da acusação, acolheu exceção de incompetência oposta pela defesa e declinou de sua competência para a Justiça Federal de Santa Catarina, local da consumação do delito.

O Ministério Público Federal recorreu da sentença de extinção da punibilidade tendo o recurso sido provido por unanimidade, pela E. Terceira Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos, sendo relator o eminente Ministro Flaquer Scartezzini, que assim ementou o acórdão:

“PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. OFERECIMENTO. JUÍZO INCOMPETENTE. RECEBIMENTO. ATOS DECISÓRIOS E ANULÁVEIS. EFEITOS.

O ajuizamento da denúncia se processa através de despacho que possui conteúdo ordinatório ou de expediente no qual se encerra somente um juízo de admissibilidade quanto à regularidade formal, à viabilidade da relação processual e do direito de ação.

De outro lado, a incompetência do juízo não acarreta a ilegitimidade do órgão fiscalizador da lei porque, sendo o Ministério Público uno e indivisível, ele atua em nome do Estado para o reconhecimento do direito de punir, não sendo rigorosamente parte.

Desta forma, oferecida a denúncia perante o juízo incompetente *ratione loci* e não se tratando seu recebimento de ato decisório, a conservação destes pelo juízo competente, implica, tácita e necessariamente, na manutenção de seus efeitos, inclusive o de causa interruptiva de prescrição.

Recurso provido.” (fl. 574)

O réu recorreu extraordinariamente da decisão, dizendo contrários os arts. 108, § 1º, 567 e 569, do CPP, bem assim dissidente o aresto recorrido de jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, que trouxe à colação.

O acórdão impugnado teria negado vigência aos dois primeiros dispositivos legais ao concluir não ser ato decisório o despacho de recebimento da denúncia. Não fosse assim e seria dispensável a ratificação da denúncia pelo Juízo competente, restando supérfluo o comando do art. 108, § 1º, do CPP, a ser interpretado conjuntamente com o art. 567.

Caso não se entendesse decisório o despacho de recebimento da denúncia, forçoso seria concluir que o acórdão também negara vigência ao art. 569 do mesmo estatuto processual, ao afirmar a possibilidade de ratificação daquele recebimento a qualquer tempo.

Se a denúncia e seu recebimento estão condicionados à ratificação no Juízo competente, tornar-se-ia imprescindível que os atos de ratificação fossem praticados **antes** de implementado o prazo prescricional, sob

pêna de se estabelecer uma causa suspensiva do lapso extintivo não previsto em lei, além daqueles estabelecidos na Parte Geral do Código Penal.

A prevalecer tal entendimento, estar-se-ia a instituir uma suspensão indefinida do prazo prescricional, até que a denúncia e seu recebimento fossem ratificados antes da sentença, contrariamente à lógica e ao bom senso.

Por tais motivos, o recurso extraordinário deveria ser provido para restabelecer-se a sentença de primeiro grau (fls. 576/593).

O recurso foi admitido e subiu ao E. STF, onde seu relator, o eminente Ministro Aldir Passarinho, determinou a remessa dos autos a este Tribunal, convertido que foi o extraordinário em especial, *ipso jure*.

Nesta instância, a douta SGR opinou pelo conhecimento e improviamento do recurso, porque a ratificação da denúncia retroagiria ao momento constitutivo do ato sanando-o, assim, desde o início.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Dos diversos acórdãos do E. STF trazidos pelo recorrente os que se seguem parecem bastantes para demonstrar a divergência jurisprudencial.

Assim é que, no *Habeas Corpus* 38.833-RS, o Colendo Plenário da Corte Suprema, em sessão de 29.11.61, por maioria de votos, concluiu que o despacho de recebimento da denúncia não seria simplesmente ordinatório e sim decisório, podendo e devendo ser anulado por vício de competência da autoridade judicial que o proferiu (fls. 594/617).

Também no Inquérito 159-7-DF, relatado pelo eminente Ministro Sydney Sanches, o mesmo Plenário da Excelsa Corte, então totalmente renovado, igualmente manifestou o entendimento de que o recebimento da denúncia, por ser um ato decisório, seria passível de anulação por incompetência de seu prolator, nesse caso não se prestando como causa interruptiva da prescrição (fls. 618/625).

No Recurso Extraordinário 74.297-RJ, também invocado pelo recorrente, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque restou vencido em voto preliminar de conhecimento do recurso, não sem deixar de esclarecer seu ponto de vista sobre a natureza daquele despacho:

“Sustento, no plano do direito processual, que o recebimento da denúncia é ato decisório. Sustentei também, no plano

de sua repercussão no direito penal substancial e na passagem citada pelo recorrente, incluiu-se ele entre os atos de verdadeira jurisdição aos quais e só aos quais, — à parte de reincidência, que é fato do próprio agente e não do Estado, — o C. Penal vigente atribuiu a virtude de interromper a prescrição.” (RTJ 69/771)

Decisório ou simplesmente ordinatório o ato de recebimento da denúncia, o certo é que, no acórdão recorrido, entendeu-se que a ratificação do despacho antes exarado pelo Juiz incompetente implicaria na manutenção dos respectivos efeitos, inclusive o de interromper a prescrição, enquanto que, nos acórdãos padrões, proclamou-se o contrário.

Tenho, assim, por demonstrada a divergência jurisprudencial, conhecendo, pois, do recurso por esse fundamento.

Quanto ao mérito, parece-me que razão assiste ao eminente Ministro Xavier de Albuquerque quando, no voto mérito que proferiu nesse último julgamento, ressaltou que a ratificação da denúncia anterior equivaleria, na verdade, ao oferecimento de nova denúncia.

A propósito desse tema, lembro-me de haver sido designado, na 1ª Turma do antigo TFR, para redigir o acórdão do HC 6.113-PR, em que um dos argumentos era o de que não se poderia simplesmente ratificar denúncia já anulada por vício de incompetência do Juízo e do Ministério Público estaduais. O eminente Ministro Washington Bolívar, relator originário, concedeu a ordem porque, no seu entender, o representante do MPF não poderia ter dito, como disse, que ratificava a denúncia estadual não tendo a ratificação o condão de tornar válido o que é nulo, naquele caso tanto a denúncia como o respectivo recebimento.

Pedi licença a S. Exa. para dele discordar por entender que não se tratava propriamente de uma “ratificação”, embora esta palavra tivesse sido o termo empregado pelo Dr. Procurador da República, mas uma nova denúncia, nascida somente a partir do momento em que ele disse que adotava as razões daquela que fora considerada nula. Na ocasião, recebi a adesão do eminente Ministro Costa Leite, que também concluiu que não poderia ser ratificado o ato nulo.

Não me parece, realmente, que possa haver ratificação do ato nulo, pelo que, sem a sanatória, inviável na hipótese, inexistente a conservação do ato anterior, a produzir o novo ato efeitos *ex tunc*.

Naquele julgamento da antiga e saudosa 1ª Turma do extinto TFR não houve, contudo, discrepância sobre ser impossível a efetiva “ratificação” da primeira denúncia, porque não poderia ser sanada uma denúncia anterior tida por inexistente, muito menos o despacho que a recebeu, prolatado por Juiz incompetente.

Voltando à questão de ser ou não ser o despacho de recebimento da denúncia um ato decisório, penso como o eminente Ministro Xavier de Albuquerque.

Com efeito, somente desprezando-se seus efeitos é possível compreender-se um ato que contenha carga decisória e não seja decisório. A distinção é meramente acadêmica e não satisfaz às exigências de uma solução lógica para o processo, até porque se assim fosse, estaria criado o *non sense* aventado pelo recorrente, pois a ratificação do despacho de recebimento da denúncia a qualquer tempo implicaria na instituição de uma causa suspensiva do fluxo da prescrição, não prevista em lei, eis que, a qualquer momento, antes da sentença final, um novo Juízo, dito competente, poderia convalidar o ato do Juízo incompetente.

Para concluir, parece-me que o despacho de recebimento da denúncia é decisório, razão pela qual a incompetência supervenientemente declarada de quem o proferiu anula-o, pelo que, o efeito interruptivo do prazo prescricional também deixa de existir.

No caso em exame nem chegou a haver a ratificação do despacho de recebimento da denúncia, pois o MM. Juiz Federal de Santa Catarina, advertido da ocorrência da prescrição, extinguiu a punibilidade do réu antes de se pronunciar sobre o novo libelo.

Ante o exposto, conhecendo do recurso especial também pela negativa de vigência dos arts. 108, § 1º, e 567, do CPP, dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a decisão de primeiro grau.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Ainda que se entenda que o despacho de recebimento da denúncia não é ato decisório, certo é que a interrupção da prescrição somente se opera com a ratificação no Juízo competente, tal como decidiu a Corte Especial, ao apreciar a Ação Penal 12-SP, na assentada de 09 de maio último. Com essas brevíssimas considerações, adiro ao voto do eminente Relator.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, *data venia* do Eminente Ministro Relator e do ilustre Ministro

que o secundou, peço vênia para entender de modo diverso. É verdade, o art. 567 do Código de Processo Penal estatui que a incompetência do juízo, anula somente os atos decisórios, devendo o processo ser remetido ao juízo competente. Sem dúvida, o recebimento da denúncia é ato decisório: acolhe ou desacolhe a pretensão deduzida, no caso concreto, pelo Ministério Público.

A redação do Código de Processo Penal, data de 1940, entrando em vigor em 1942, não traduz a evolução da doutrina processual. Aliás, o Código de Processo Civil, mais moderno, ao classificar os atos judiciais, faz distinção entre sentença, ou seja, decisão que extingue o processo com ou sem conhecimento do mérito, decisões interlocutórias, que decidem questão incidente e, em terceiro lugar, os atos meramente de expediente.

A finalidade do art. 567 do Código de Processo Penal não visou a alcançar todos os atos judiciais que tenham conteúdo decisório, mas, exclusivamente, cassar a eficácia da decisão que aprecia o mérito e, conseqüentemente, extingue o processo com ou sem julgamento da matéria de fundo. Chego à conclusão porque o dispositivo é desdobramento, formalização do princípio da celeridade processual. Além disso, compreender o art. 567 de modo diverso, *data venia*, implicaria tornar inócuo o artigo *in fine* quanto à determinação de os autos serem remetidos ao juízo competente. Este efeito material não precisaria ser mencionado se desde o início (denúncia ou queixa — recebimento) estivesse fulminado pelo defeito declarado.

De outro lado, urge invocar o princípio de a nulidade (quanto os efeitos) produzir a menor conseqüência possível.

É certo, o juízo competente poderá analisar os atos já praticados, aproveitando-os se obedientes à legislação.

Deve-se, quanto possível, preservar os atos judiciais, considerando a utilidade pública da celeridade no interesse do esclarecimento da verdade real e no interesse individual da definição mais rápida possível da situação jurídica decorrente da instauração do processo. A nulidade, respeitosamente, só afeta o ato decisório *stricto sensu*, ou seja, naquilo que no Código de Processo Civil — e nesse ponto é uma projeção da teoria — extingue o processo com ou sem o julgamento do mérito. No caso do recebimento ou rejeição da denúncia, é decisão meramente interlocutória.

Sr. Presidente, pedindo mais uma vez respeitosa vênia, acompanho as considerações do recorrido, no qual, portanto, não confirmo supres-

são do recebimento da denúncia para o efeito do cálculo do período prescricional.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria relativa à prescrição, vale dizer, se o recebimento da denúncia, pelo juiz incompetente, interrompe ou não o prazo prescricional.

Em seu voto, o ilustre Relator assinala:

“Para concluir, parece-me que o despacho de recebimento da denúncia é decisório, razão pela qual a incompetência supervenientemente declarada de quem o proferiu anula-o, pelo que, o efeito interruptivo do prazo prescricional também deixa de existir.

No caso em exame nem chegou haver a ratificação do despacho de recebimento da denúncia, pois o MM. Juiz Federal de Santa Catarina, advertido da ocorrência da prescrição, extinguiu a punibilidade do réu antes de se pronunciar sobre o novo libelo”.

Também entendo que o recebimento da denúncia é ato decisório, conseqüentemente, a declaração de incompetência do juízo do Paraná anulou o recebimento da denúncia. Logo, aquele ato não tem força para interromper a prescrição, por isso que agiu com acerto o juízo de primeiro grau, julgando extinta a punibilidade, “por motivo de estar prescrita a pretensão punitiva” (fl. 534).

Isto posto, acompanho o voto do eminente Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.378 — SC — (9021049) — Relator: O Exmº Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: José Maria de Paula Correia. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Advs.: Drs. Carlos Eduardo Caputo Bastos e outro.

Decisão: Após o voto vista do Sr. Ministro José Cândido acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencido o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro (17.09.91).

Os Srs. Ministros Costa Leite e José Cândido votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.073 — PR

(Registro nº 9044529)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Recorrido: *Aristides Salles Ribeiro*

Advogado: *Dr. Alcides Soares de Oliveira Neto*

EMENTA: PENAL.

I. Regime aberto fixado inicialmente para réu reincidente, assim reconhecido pela sentença, e condenado à pena de 4 anos de reclusão. Infringência ao art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

II. Recurso provido, para fixar-se o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente. Ministro CARLOS THIBAU, Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: Com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição, recorreu especialmente o Ministério

Público do Paraná de acórdão da E. Segunda Câmara Criminal daquele Estado, que manteve sentença condenatória de Aristides Salles Ribeiro, a quatro anos de reclusão, por estupro praticado em uma menor, de 11 anos de idade, confirmando a decisão de primeiro grau, inclusive quanto ao regime inicial aberto, imposto ao apenado, embora ele fosse reincidente, porque antes fora condenado a 3 meses e 10 dias de detenção, por crime de lesões corporais, reincidência essa levada em consideração na fixação da nova pena.

O recorrente diz violado o art. 33, § 2º, c, do Código Penal pelo acórdão recorrido (fls. 168/169), contra o qual, inclusive, interpôs embargos de declaração, insistindo em melhor esclarecimento do fundamento da concessão do regime aberto.

Rejeitados seus embargos de declaração, entrou com o recurso especial que, admitido, subiu a este Tribunal, onde recebeu parecer do Ministério Público Federal, pelo conhecimento e provimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO CARLOS THIBAU (Relator): Pela certidão de fl. 110 verso verifica-se que o réu já foi condenado em 07.11.82 pelo crime de lesões corporais, com direito a *sursis*, pelo prazo de dois anos. Em 22.11.83 transitou em julgado a sentença condenatória e, em 12.05.86, foi declarada extinta a pena privativa de liberdade face ao cumprimento, pelo réu, das condições que lhe foram impostas.

Ocorre que o crime de estupro foi praticado em agosto de 1986, pelo que, a teor do disposto no art. 64, I, do Código Penal, para efeito de reincidência prevalece a condenação anterior, pois entre aquele e o cumprimento desta decorreram menos de cinco anos.

O recorrente entende que o aresto recorrido, ao confirmar a sentença, contrariou o disposto no art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, que assim estabelece:

“O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.” (art. 33, § 2º, c, do CP).

Razão assiste ao recorrente.

Esta Turma sobre a questão já tem se pronunciado, como exemplificam os recursos especiais 6.221-PR e 4.217-PA, assim ementados:

“Penal. Regime semi-aberto fixado inicialmente para réu reincidente, embora condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão.

Infringência ao art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal”. (Relator Ministro Carlos Thibau)

“Recurso especial. Negativa de vigência do art. 33, *caput*, e o seu parágrafo 2º, letra *b*, Código Penal. Reincidência.

Se o condenado, mesmo com pena inferior a 4 anos de reclusão, é reincidente, como reconhecido pela sentença de Primeiro Grau, não faz jus ao regime semi-aberto para início da execução da pena.

Recurso especial a que se deu provimento para restabelecer a sentença.” (Relator Ministro José Cândido)

Ora, se não é permitido ao réu reincidente, assim reconhecido pela sentença, iniciar o cumprimento da pena no regime semi-aberto, pelo mesmo motivo neste caso, de pena igual a 4 anos de reclusão, não lhe deve ser permitido cumprir a pena, desde o início, no regime aberto, como decidiu o acórdão guerreado. A infringência ao art. 33, § 2º, *c*, do CP, é indubitosa.

Aliás, esse é o pensamento da doutrina mais moderna, como se extrai do trabalho “Penas e Medidas de Segurança no novo Código”, de Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio M. de Moraes Pitombo (R.J., ed. Forense, 1987, pág. 57).

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para casar o acórdão recorrido, no tocante à fixação do regime inicial do cumprimento da pena, determinando que o regime inicial seja fechado.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.073 — PR — (9044529) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Aristides Salles Ribeiro. Adv.: Dr. Alcides Soares de Oliveira Neto.

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (13.08.91).

Votaram os Srs. Ministros Costa Leite, Vicente Cernicchiaro e José Cândido. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.257 — RS
(Registro nº 900004870-2)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrentes: *Molck Zamel e outro*

Recorrido: *Francred S/A — Crédito, Financiamento e Investimen-
to*

Advogados: *Paulo Wainberg e outros e Carlos Alberto Santetti e
outro*

**EMENTA: COMERCIAL — EMPRÉSTIMO BAN-
CÁRIO — CAMBIAL — VINCULAÇÃO A CONTRATO
— AUTONOMIA DA CÁRTULA.**

I — A Doutrina se assentou em que a autonomia da nota promissória não se abala pelo fato de estar presa a contrato. Assim, não se teria inexecutável a cambial ao argumento de que esta esteja presa a contrato de abertura de crédito, eis que também o entendimento pretoriano realça a sua autonomia e executoriedade, ostentando sua eficácia no direito material que a regula quanto à sua constituição e formalidades extrínsecas.

II — Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXM^o SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Resumo da controvérsia:

MOLK ZAMEL e outro (avalistas da concordatária MARINHA MAGAZINE IND. E COM. DE VESTUÁRIOS LTDA.), nos autos dos embargos à execução que lhes move FRANCREG S.A. — CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, inconformados com a sentença (fls. 21) que julgou improcedentes seus embargos de devedor, interpuseram apelação, mas o acórdão que a julgou confirmou a sentença, sob o fundamento, como assinalado na ementa (fls. 102), nestes termos:

“Execução. Nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito. Executoriedade.

A nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não perde a cambialidade, sendo lícito que circule, salvo nela incluída a cláusula não à ordem.

Apelo não provido.”

Contra tal entendimento intenta o Especial de fls. 108/110, fulcra- do no art. 105, III, c, da CF/88, onde se alega que o julgado recorrido divergiu do que aponta às fls. 109 indicado por sua ementa e oriundo do PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CÍVEL DE SÃO PAULO (RT — vol. 576, pág. 118) que consigna:

“Cambial — Nota promissória — Título vinculado a contrato de abertura de crédito — Descaracterização — Perda da literalidade e autonomia — Crédito a ser exigido pelas vias adequadas.”

O Presidente do Tribunal de origem, examinando a admissibilidade, acolhe o recurso sob o fundamento de que restou caracterizada a divergência.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): Os recorrentes impugnaram o acórdão de fls. 102/104, porque este enten-

deu que “a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não perde a sua cambialidade.” E em prol desse entendimento traz aos autos excertos da doutrina expendida sobre o tema (fls. 103), anotada assim:

“Como ensina Luiz Emygdio F. da Rosa Jr., “o fato de a nota promissória estar presa a um contrato não tira sua autonomia, pois caso contrário ter-se-ia de admitir a tese, verdadeiramente absurda, de que encerraria uma promessa subordinada a uma condição consistente no cumprimento do contrato. Tanto não deixa de ser autônomo o título que o emitente, salvo através da aposição da cláusula “não à ordem”, não pode impedir que circule através de endosso” (“Direito Cambiatório”, Freitas Bastos, I/477).

Segundo, porque nada impede que o avalista aponha sua firma no título antes de preenchido e, até mesmo, de assinado pelo avalizado.

A respeito, João Eunápio Borges: “o aval pode ser firmado antes da obrigação a que o avalista pretende equiparar-se. Obrigações autônomas, entre as quais não existe nenhuma relação de acessoriedade, não é contra os princípios do nosso direito cambial que a do avalista seja cronologicamente anterior à da pessoa a que se equipara” (“Do Aval”, Forense, p. 151).

Também a jurisprudência esposa o entendimento acima, eis que, em voto que proferi como relator do Recurso Especial nº 1.772-RS, de 20/02/90, em julgamento unânime, ficou assente que “a nota promissória emitida a favor de estabelecimento de crédito como garantia de concessão de empréstimo ou abertura de crédito, não perde a executoriedade derivada de sua liquidez e certeza” (tópico II da ementa).

E no que pertine, proferiu os lineamentos assim consignados naquele órgão:

“O Acórdão impugnado bem aplicou o direito à espécie, pois que, mesmo tratando-se de abertura de crédito, não se teria inexecutável a cambial em referência, ao argumento de sua vinculação.

A uma, porque a doutrina e o entendimento pretoriano realçam sua autonomia a executoriedade, ostentando sua eficácia no direito material que a regula quanto à sua constituição e formalidades extrínsecas, dadas como cumpridas e reiteradas

pela sentença afirmativa de inexistir, nos autos, qualquer evidência em sentido contrário.”

No caso dos autos, o acórdão de fls. 102/105, bem decidiu a espécie, pois que o fez em consonância com os fundamentos já alinhados.

É bem de ver também que o único aresto apresentado pelo recorrente às fls. 109 está transcrito tão-somente por sua sucinta ementa, pelo que inobservou o que se contém no disposto no art. 255, parágrafo único, do RISTJ.

Por tais fundamentos, conheço do recurso face à divergência comprovada mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.257 — RS — (900004870-2) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Rectes.: Molck Zamel e outro. Recdo.: Francred S/A — Crédito, Financiamento e Investimento. Advs.: Paulo Wainberg e outros e Carlos Alberto Santetti e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento, os termos do voto do Senhor Ministro Relator: (Julgado em 29.06.90 — 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 4.132 — RS

(Registro nº 90.0005682-9)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Banco do Brasil S/A*

Recorrido: *Brasília Transações de Imóveis Ltda.*

Advogados: *Dr. Paulo Ernesto Scheunemann Cidade e outros, Dr. Renaldino Gehlen*

EMENTA: *Processo Civil. Fraude de execução (CPC, art. 593-II). Alienação após a citação, mas an-*

terior à constrição. Considerações. Recurso não conhecido.

I — Em se tratando de fraude de execução, impende demonstrar o dissídio pretoriano identificando os casos confrontados, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do art. 593, CPC.

II — Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou seqüestro), que não caracteriza propriamente fraude de execução, não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, CPC.

III — Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso.

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, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: A sentença julgou improcedentes os embargos de terceiro apresentados contra o recorrente, com vistas à desconstituição de penhora incidente sobre imóvel adquirido pela recorrida.

O eg. Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, por sua Quinta Câmara Cível, proveu a apelação da embargante, lavrando-se a seguinte ementa:

“Embargos de terceiro. Execução. Penhora efetuada após registrada a escritura no registro de imóveis. Inexistência de fraude à execução. Apelação provida. Sentença reformada”.

Alegando violação ao art. 593, II, do Código de Processo Civil, bem como dissídio jurisprudencial, o credor ingressou na via extraordinária, em 12.08.88, com arrimo nas alíneas *a* e *d* do art. 119 da Constituição anterior, argüindo a relevância da questão federal.

Inadmitido o recurso e processada a relevância, os autos tramitaram pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou seu retorno à origem para o exame sob o prisma do recurso especial, restrito aos termos da relevância.

Invocando o verbete nº 400 da súmula do Supremo Tribunal Federal, o em. Presidente do Tribunal de origem inacolheu o especial pela alínea *a*, admitindo-o pela divergência jurisprudencial, que entendeu caracterizada, na medida em que “os acórdãos paradigmas entendem que ocorre fraude à execução quando há alienação do bem do devedor após ajuizada a execução e citado o executado”.

Bate-se o recorrente pela existência de fraude de execução, vez que o imóvel foi alienado quando já citados os vendedores na execução contra eles movida.

A recorrida, além de impugnar o cabimento do recurso, sustenta ser adquirente de boa-fé, tendo conferido no Cartório de Registro de Imóveis a situação do bem que adquiria, encontrando-o livre e desembaraçado, aduzindo que só foi efetuada a penhora após o registro da escritura de aquisição e que não observou o exequente o disposto no art. 167, I, nº 5 da Lei de Registros Públicos.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: O recurso especial foi admitido pelo dissídio e por ter sido argüida, à época cabível, a relevância da questão federal, circunstância essa que evitou a ocorrência da preclusão, segundo pacífico entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. A propósito, proclamou esta Turma, no REsp 1.949-RJ (DJ de 27.8.90), na esteira de muitos outros precedentes:

“A regular argüição de relevância da questão federal até aquela data (7.4.89, quando instalado o Superior Tribunal de Justiça) evita a ocorrência da preclusão quanto à matéria nela suscitada e torna apreciável o recurso”.

Destarte, sobre esse prisma, inassiste razão à recorrida.

Debate-se nos autos sobre o complexo tema da fraude de execução, colocado entre aqueles que mais têm ensejado divergência na jurisprudência, o que se deve, em primeiro plano, às suas múltiplas facetas, razão pela qual algumas considerações se impõem antecedendo ao exame específico do caso concreto.

Inicialmente, é de convir-se que não se pode apreciar englobadamente o instituto em face da legislação vigente, dando tratamento uniforme às diversas hipóteses.

Assim, não obstante os pontos de afinidade, que, diversamente do que se dá com a fraude contra credores, colocam a fraude de execução como instituto de direito processual (passível de sanção penal, pressupondo ação em curso, com citação válida, dispensando a prova de má-fé e tornando o ato não apenas nulo mas ineficaz, dado o predominante interesse público, por atentar contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional, daí a necessidade de uma reação mais vigorosa e pronta a dispensar a propositura de qualquer ação), sem embargo, repita-se, dessas e outras afinidades, a fraude de execução apresenta peculiaridades bem nítidas nas hipóteses dos incisos I e II do art. 593, CPC, dentre as quais se avulta o pressuposto da insolvência de fato, dispensável na primeira hipótese, por tutelar o direito de seqüela, imprescindível na segunda.

Tal distinção, dentre outros aspectos, tem a conseqüência de alertar para a confusão que via de regra se verifica, com a utilização de ementas jurisprudenciais inadequadas, que muitas vezes não se identificam nem se assemelham com os casos em julgamento.

In casu, a polêmica se trava em torno da hipótese contemplada no inciso II (dois) do referido art. 593, CPC, embora existente à época da transferência do bem uma execução com citações realizadas.

Afastada de início a alegação de boa-fé, uma vez que na fraude de execução a má-fé se presume, outras considerações preliminares se fazem necessárias na solução do conflito.

Com efeito, em se tratando de alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto, seqüestro), submetido portanto ao poder jurisdicional do Estado, tais atos são indubitavelmente ineficazes. Mas, em rigor científico, e em face da legislação vigente, não se enqua-

dram no conceito de fraude de execução, como, a propósito, enfatiza Yussef Said Cahali em seu magnífico trabalho “**Fraudes contra credores**”, (RT, 1989, cap. XIV, nº 14, p. 474/475), *verbis*:

“Não obstante o considerável número de julgados e alguma doutrina que examinam os casos de alienação ou oneração de bens já penhorados, arrestados ou seqüestrados, como espécie de fraude de execução, incluindo-os no elastério do art. 593, II, do CPC, tal expediente revela-se inadequado, ainda que essa falha técnica seja irrelevante na prática, pois a decisão se resolve substancialmente na declaração da ineficácia do ato alienatório, que é comum tanto na fraude de execução como na alienação de coisa penhorada ou arrestada.

Tecnicamente, porém, a alienação do bem penhorado (ou arrestado) não se insere na provisão do art. 593, II, do CPC, nem tipifica modalidade de fraude de execução: os bens constri-tados ficam submetidos ao poder jurisdicional do Estado; a apreensão da coisa é ato formal e solene, de tal modo que se considera ineficaz perante o credor qualquer ato de disposição da mesma a que se proponha o devedor.”

Em se tratando de alienação de bem sob constrição, ainda segundo o seguro e admirado jurista de São Paulo (do qual parcialmente ousou divergir no ponto, como se verá adiante), irrelevante a existência ou não de registro da penhora, dada a própria natureza do vínculo, donde concluir:

“Em síntese, e repetindo: a alienação do bem penhorado (arrestado ou seqüestrado) considera-se ineficaz em relação ao credor-exeqüente, à força do próprio vínculo que resulta da constrição judicial, sem qualquer consideração seja da boa-fé do adquirente ou beneficiário, seja da existência de bens remanescentes no patrimônio do devedor-executado; e esteja ou não inscrita a penhora.” (op. cit., nº 15)

Aduza-se, porém, ainda no plano doutrinário, que na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial não se indaga a insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivara, mas houve citação válida, a insolvência é pressuposto, incidindo, então, a hipótese do art. 593, II, CPC.

Segundo relatou a r. sentença (fl. 7, por cópia):

1. a execução foi ajuizada pelo ora recorrente em 6.4.84;
2. a recorrida, terceira-embargante, adquiriu o bem aos executados em 15.8.84, registrando a escritura em 29.8.84;

3. a penhora foi efetuada em 3.9.84;

4. os réus foram citados em 27.4.84 e 13.8.84 (observando-se que o v. acórdão anotou apenas essa segunda data).

Vê-se do exposto, *prima facie*, que a alienação ocorreu antes da constrição legal, mas após as citações.

Assim postas as premissas de cunho doutrinário e os dados da causa, em primeiro lugar não conheço do recurso pelo dissídio pretoriano, haja vista que o recorrente, limitando-se a transcrever ementas, não se deu ao cuidado de demonstrar analiticamente a identificação ou a semelhança das teses em confronto, o que se fazia imprescindível no caso *sub judice*, sobretudo pelas peculiaridades assinaladas.

Em segundo lugar, vê-se que o recurso foi admitido à época, como já observado, pela relevância, tendo sido convertido em recurso especial, *ipso iure*, “mas nos estritos limites da matéria deduzida na argüição”, consoante pronunciamento do Pretório Excelso, que se vê à fl. 43. E dentro dessa moldura deve ser apreciado, sem extensão ou limite. Em consequência, mesmo que examinando o apelo também sob o ângulo de eventual ofensa ao direito federal, afastado o ultrapassado e criticado óbice da razoabilidade (verbete 400 da súmula STF), melhor sorte não ampara a pretensão do credor-recorrente, dado que, enquadrando-se a espécie no art. 593-II, CPC, por não ter sido efetuado qualquer ato de constrição (penhora ou arresto) antes da alienação, sujeitava-se a sua reivindicação aos parâmetros daquela modalidade de fraude de execução, em que necessária a demonstração não do *consilium fraudis*, mas de insolvência, matéria não prequestionada e nem objeto de exame no v. acórdão, salvo mera referência à falência de terceira pessoa, pelos devedores-alienantes avalizada, o que não se mostra suficiente à prova daquele pressuposto.

Por outro lado, incidindo a espécie no art. 593, II, CPC, não se haveria de cogitar de registro de citação da ação muito menos de registro da penhora, mas do credor era o ônus da prova na demonstração de que terceiros tinham ciência de ação em curso capaz de reduzir os devedores à insolvência. A respeito, com vênua, transcrevo trecho de estudo que dei à publicação (RT 609/7, RF 293/3), *verbis*:

“O exame da matéria, no entanto, não deve ser focalizado sob a ótica da necessidade ou não do registro, mas sim do ônus da prova.

A Lei dos Registros Públicos (nº 6.015/75), em seus arts. 167, I, c/c 169, diz da obrigação do registro da penhora, do

arresto, do seqüestro (nº 5) e das “citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis” (nº 21).

É de convir-se, entretanto, que não se confundem obrigatoriedade e necessidade. Esta implica imprescindibilidade, o que conflitaria com o próprio sistema processual codificado brasileiro, que, ao contrário do que ocorre no direito europeu, não exige o registro para o aperfeiçoamento da penhora, contentando-se com a apreensão e depósito (C. Pr. Civ., art. 665).

Com a distinção entre a obrigatoriedade e necessidade sequer se pode alegar conflito de normas entre a legislação instrumental codificada e a lei dos registros, que são da mesma hierarquia e que se afinam na matéria, harmonizando-se sistematicamente.

Colocada tal premissa, chega-se à conclusão de que a matéria deve ser apreciada sob o ângulo do ônus da prova. Assim, se o credor não promove o registro da citação, a fraude de execução somente estará caracterizada se ele, credor, vier a demonstrar a ciência, pelo terceiro, adquirente, ou beneficiário da oneração, da existência da demanda em curso. De igual forma, a ineficácia da alienação ou oneração somente será reconhecida se o credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da existência dos atos constitutivos da penhora, do arresto ou do seqüestro.”

Outra, aliás, não é a posição, *mutatis mutandis*, de Amílcar de Castro (Comentários, RT), Buzaid (RTJ 111/690, RE 96.838) e Ronaldo Brêtas (“**A repressão da fraude no processo civil brasileiro**”, Leud, 1989), este último chefe do “Jurídico” do recorrente em Minas Gerais.

De tudo se conclui que o recorrente não diligenciou devidamente como credor, deixando de utilizar-se convenientemente das vias que o direito colocava à sua disposição na proteção aos seus interesses, sobretudo ao deixar de providenciar ato de efetiva constrição judicial, que o dispensaria da prova da insolvência dos devedores e, segundo forte corrente doutrinária, na qual incluído Yussef Said Cahali, da prova da ciência de terceiros da existência de ação em curso.

Em face do exposto, embora não comungando integralmente dos fundamentos do v. acórdão recorrido, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, também não conheço do presente recurso especial, porquanto, em pri-

meiro lugar, o dissídio pretoriano não restou configurado, conforme mencionou o eminente Ministro-Relator. Tratando-se de alienação de imóvel, que ocorreu anteriormente à penhora, o pressuposto da fraude de execução é a insolvência, consoante resulta, aliás, do estatuído no indigitado artigo 593-II, do CPC. Essa matéria, segundo ainda se noticiou, não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido. Era de rigor que o julgado hostilizado esclarecesse a situação de fato, que foi, por sinal, ventilada pelo nobre patrono do recorrente da Tribuna: saber se efetivamente o imóvel vendido era o único que constituía o patrimônio dos devedores. E tal questão fática não ficou assentada nas instâncias ordinárias. À falta de dados maiores sobre a *quaestio facti*, que não pode ser agora objeto de exame, porque envolveria rediscussão sobre a matéria de prova, a solução que encontro, Sr. Presidente, é acompanhar o voto do eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentíssimos Colegas, como narra o eminente Relator, o acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:

“Embargos de terceiro. Execução. Penhora efetuada após registrada a escritura no registro de imóveis. Inexistência de fraude à execução. Apelação provida. Sentença reformada.”

O eminente Relator, em exaustivamente fundamentado voto, chegou à conclusão de que esse julgamento não entrara em confronto com a lei federal, e nem importava em violação do art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, por não ter sido efetuado qualquer ato de constrição, penhora ou arresto, antes da alienação.

Pedi vista, a fim de buscar um julgamento de que fui redator para o acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul, arresto que está na “Revista de Jurisprudência” do mesmo Tribunal, Tomo 105/391.

A ementa do acórdão é a seguinte: (lê)

“FRAUDE À EXECUÇÃO. PENHORA OU ARRESTO NÃO INSCRITO. ALIENAÇÃO DO IMÓVEL A TERCEIRO, PRESUMIVELMENTE DE BOA-FÉ.

Não se configura a fraude à execução quando o exequente se omite em levar o ato de constrição, arresto ou penhora, ao registro imobiliário, conforme a previsão da Lei

dos Registros Públicos, art. 167, I, nº 5. O comprador, por escritura pública devidamente registrada, pode subtrair à execução, por dívida do anterior proprietário, o bem que adquiriu confiante em encontrar-se livre e desembaraçado, face ao constante nos registros imobiliários. Voto vencido.”

Na parte final do voto, manifestei-me da seguinte forma:

Dou uma importância muito grande aos registros públicos. Acho que quem presumivelmente de boa-fé compra um imóvel confiado no registro público, e depois logra registrá-lo no Ofício Imobiliário, tem a sua posse e o seu domínio tutelados enquanto os seus atos aquisitivos não forem desconstituídos. Não estou de acordo com orientação de que a penhora, porque realizada em processo judicial, e mesmo não lançada no Registro Imobiliário, como manda o art. 167, I, nº 5, da Lei dos Registros Públicos, possa ainda assim se sobrepor à aquisição feita por pessoas que confiaram no que constava do Registro. Esta orientação põe de lado a consideração de que está a cargo do credor providenciar no registro do arresto ou penhora (a cargo e a risco), prejudica o comércio jurídico e, a final, vai em detrimento da boa-fé dos contratantes e da confiabilidade nos registros públicos.”

Nesse aresto, o saudoso Desembargador Túlio Medina Martins, que foi um dos maiores Juízes com que já contou o Tribunal de Justiça e a Magistratura Gaúcha, acompanhou tal orientação, entendendo que “a prevalecer o entendimento do Estado, pareceu-me que perde o sentido toda a sistemática dos registros públicos”.

Seria, quiçá interessante, também, trazer à balha o posicionamento do ilustre Desembargador Décio Antônio Erpen, em obra de doutrina intitulada “Registro da penhora e eficácia frente a terceiros”, publicada na revista “AJURIS”, v. 27/74.

O eminente Desembargador Erpen faz remissão no art. 240 da Lei dos Registros Públicos, dizendo:

“Efetivamente, o preceito contido no art. 240 da Lei nº 6.015/73, posterior ao CPC (de 11.01.73) possui caráter substantivo ao assegurar que: “o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.” Ora, a exegese de tal preceito deixa claro que, registrada a penhora, eventual ato de disponibilidade é afetado pela cominação de lei; do contrário, a prova de fraude deve ser feita por quem a alega.

Essa interpretação, além de ser harmoniosa com a atual sistemática, advém de preceito de ordem material, inserido na Lei dos Registros Públicos e posterior à lei adjetiva, exatamente a que tanto serve de cavalo-de-batalha, para os que sustentam a dispensabilidade do registro da penhora”.

Aliás, vale assinar que a Lei dos Registros Públicos entrou em vigor, apenas, em 1º de janeiro de 1976, consoante seu art. 298, sendo, portanto, posterior ao Código de Processo Civil.

E o artigo citado termina com o seguinte asserto: “Não hesitamos em afirmar que a penhora não levada a registro é inoponível, por si só, frente a outro ato judicial ou extrajudicial que tenha logrado êxito junto ao Registro Imobiliário, salvo se, em ação própria, for demonstrada a má-fé do adquirente, o que não se presume”.

Pelo exposto, acompanho os votos dos colegas Relator e Barros Monteiro.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, voto no mesmo sentido do eminente Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.132 — RS — (900005682-9) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Banco do Brasil S/A. Recdo.: Brasília Transações de Imóveis Ltda. Advs.: Drs. Paulo Ernesto Scheunemann Cidade e outros e Reinaldino Gehlen. Sustentou oralmente, pelo Recorrente (Sessão de 18.9.90), o Dr. Jurandir Fernandes de Sousa.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator e Barros Monteiro, que não conheceram do recurso, pediu vista o Sr. Ministro Athos Carneiro. Aguarda o Sr. Ministro Fontes de Alencar. (4ª Turma — 19.9.90)

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma — 2.10.90)

Os Srs. Ministros Athos Carneiro e Fontes de Alencar votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

RECUSO ESPECIAL Nº 4.599 — RJ

(Registro nº 90079977)

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

Recorrente: *Fernando de Abreu Teixeira — Espólio*

Recorrida: *Edith Alves Teixeira — Espólio*

Advogados: *Drs. Paulo Lins e Silva e outros e Elso Venâncio de Siquiera e outros*

Sust. Oral: *Drs. Paulo Lins e Silva (pelo recorrente), Heraldo José Lemos Salcides (pelos recorridos) e Nelson Parucker (Suprocurador-Geral da República)*

EMENTA: Sociedade de fato entre concubinos. Dissolução judicial. Ação proposta por espólio. Súmula 380/STF. 1. A criação pretoriana inscrita no verbete de nº 380 da Súmula do STF tem por referência os arts. 1.363 e 1.366 do Cód. Civil; os efeitos patrimoniais, ali descritos, decorrem do direito das obrigações. 2. Em casos dessa ordem, ainda que tais efeitos alcancem sobrinhos de um dos concubinos, não se pode aplicar, por analogia, para impedir esse alcance, norma que compõe o direito das sucessões. 3. Inocorrência de ofensa ao art. 1.603-III do Cód. Civil c.c. o art. 4º da Lei de Introdução. Votos vencidos. 4. Recurso especial, pela alínea *a*, de que a Turma não conheceu.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça não conhecer do recurso especial, por maioria de votos, 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 abril 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação ordinária proposta pelo Espólio de Edith Alves Teixeira contra Fernando, atualmente Espólio de Fernando de Abreu Teixeira, pleiteando o reconhecimento de sociedade de fato, decorrente de concubinato. Foi a ação julgada procedente; da sentença, no essencial:

“I) Das provas

1º) A senhora Edith, segundo a prova documental maciça, participou e ajudou a dirigir o Guanabara Palace Hotel (fls. 34 — 38 e 45), sendo em 71 a sua 2ª maior acionista. Sempre residiu com Fernando, com ele viajou, sem descuidar o zelo pelos negócios de família (fls. 23 — 28, 29). Tinha e teve vida comercial ativa, participando de outras firmas (fls. 49 — 61) e participou com o companheiro da constituição da Bozano Simonsen (fls. 131 segs.).

Como derradeira homenagem, o companheiro e sua empresa anunciaram-lhe o óbito como Esposa do dono da Organização (fls. 29 — 31).

2º) A prova oral é ratificatória dessa verdade...”

.....

“Dessa agenda probatória sobressai a efetiva união societária familiar e formativa patrimonial entre Edith e Fernando...”

.....

“B) Houve entre os finados u’ a união paraconjugal séria, efetiva, e ‘em certo grau mercantil’, naturalmente respeitada a relatividade da força de trabalho da mulher, pelo que estimo o contingente percentual de participação da A. em 1/3 do **patrimônio** varonil adquirido ou constituído desde 1937 até sua morte.

Jurisprudência, inclusive atuante sobre julgados nossos, assim como a **doutrina predominante**, que temos seguido se afinam com recente acórdão da lavra do Des. Moledo Sartori, *in verbis*:...”

.....

“**Isto posto**, julgo procedente o pedido reconhecendo a sociedade de fato entre os finados companheiros **desde 1937 e**

até a morte de Edith Alves Teixeira, assegurando ao seu Espólio uma participação estimada em 1/3 (hum terço) sobre todo o patrimônio adquirido ou constituído pelo varão nesse período, como apurado em **liquidação** através de artigos. Todos os valores a pagar devem ser atualizados à data do pagamento de haveres.”

2. Confirmada, pelo acórdão, a sentença por seus próprios fundamentos, o Espólio de Fernando de Abreu Teixeira ingressou com embargos de declaração, alegando, primeiro, falta de fundamentação legal para a decisão, depois

“VIII. Nos termos do acórdão embargado, entende o embargante que, por força do inciso III, do art. 1.603 da lei substantiva civil, possui ele, concubino varão, na condição de supérstite, o direito à participação sobre o patrimônio adquirido ou constituído durante o período de reconhecimento da sociedade de fato, posto que inexistem ascendentes e descendentes.

IX. Reforçando a posição do Embargante está o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, já que, acaso considerada omissa a legislação a respeito do concubinato, haverá que ser aplicada, nestes casos, a analogia.

X. Destarte, a posição do concubino varão seria, *in casu*, de supérstite, não havendo daí uma relação sucessória para os herdeiros do Espólio de Edith Alves Teixeira, como faz crer o acórdão.

Diante do exposto, requer respeitosamente o embargante a V. Exª que o presente recurso seja levado à mesa para julgamento pela Egrégia Câmara na sessão mais próxima, acolhido e provido para declarar o seguinte:

a) qual a legislação em que se fundou o acórdão de fls. 588/589;

b) se o acórdão reconheceu ao embargante o direito à sucessão, face à condição de supérstite de Fernando de Abreu Teixeira.”

3. Foram os embargos rejeitados, por acórdão seguinte:

“A matéria não é nova, mas de prática diária nos tribunais. Sobre o assunto já se tornou clássica a monografia de Edgard de Moura Bittencourt, **O Concubinato no Direito**.

O instituto do concubinato, no direito brasileiro, recebeu seus contornos atuais graças à criação pretoriana. Embora os manuais elementares de direito civil não abram espaço para a inclusão da jurisprudência, como fonte de direito, a verdade é

que a jurisprudência constitui entre nós fonte de direito. Tanto assim que o acinte à orientação jurisprudencial dá margem, tanto quanto a ofensa à lei federal, ao recurso previsto na Constituição Federal de 1988, art. 105, III, letra c.

O acórdão embargado, tanto quanto a respeitável sentença de fls. 439, situa-se no alto de uma longa evolução doutrinária e jurisprudencial. A Súmula nº 380 do Egrégio Supremo Tribunal Federal sintetiza toda essa evolução. Os acórdãos citados na respeitável sentença de fls. 439 estão em consonância com a Súmula 380, que representa a jurisprudência dominante do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O acórdão de fls. 588 adotou os fundamentos da sentença recorrida. Logo, não há qualquer omissão, contradição ou obscuridade a sanar.

Os embargos de fls. 591 terminam com uma indagação de natureza sucessória. Todavia, o libelo se restringiu a um ponto único, a saber, a existência da sociedade de fato, e bem assim a partilha decorrente de sua dissolução. Não podia a sentença ir além do libelo. Dizia Couture que o libelo é o projeto da sentença. Por conseguinte, a indagação de fls. 593 exorbita do julgado. A Corte, *data venia*, não é instância de consulta. Sua competência está limitada ao exame do recurso da sentença. Confirmando-a, cumpriu a prestação jurisdicional. Nada mais cabe a este Tribunal declarar. (CPC, art. 128).

Em face do exposto, por unanimidade de votos, rejeitam-se os embargos declaratórios de fls. 588/593.”

4. Daí o recurso especial, pela alínea *a*, art. 105, III, dando por contrariados os arts. 1.603, inciso III, do Cód. Civil, e 4º da Lei de Introdução, inadmitido por despacho local, *verbis*:

“Alega o recorrente, que argüiu a relevância da questão federal, ter o aresto contrariado os dispositivos mencionados das leis federais, ao confirmar decisão do juízo *a quo* que declarou a existência da sociedade de fato, sem aplicar aqueles dispositivos para efeito de considerar Fernando, que era viúvo à época do falecimento de Edith, como herdeiro legítimo, na posição análoga ao do cônjuge, permitindo, assim, que herdeiros colaterais, após 14 anos do *eventus mortis*, venham se locupletar de eventual herança da mesma.

Impugnado o recurso (fls. 610/613).

O recurso, com efeito, não merece prosperar. O aresto não contrariou qualquer dos dispositivos invocados, até porque inapli-

cáveis ao caso. A pretensão do recorrente de ver reconhecido direito sucessório do concubino para através dele transmitir aos seus parentes, não encontra amparo legal, doutrinário ou jurisprudencial, alicerçado que é o reconhecimento da sociedade de fato em fundamentos fora do direito de família. O fato da atual Constituição Federal ter abraçado a tese do reconhecimento da união estável para efeito de proteção do Estado é despicienda de valor para o caso, porque não o alcança.”

5. Para a vinda dos autos principais ao Superior Tribunal de Justiça, provi o agravo de instrumento, em apenso.

Vieram, com razões e contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O recorrente não contesta o reconhecimento, feito pelas instâncias ordinárias, da sociedade de fato, mas se opõe à decisão última invocando os arts. 1.603, inciso III, do Cód. Civil, e 4^o da Lei de Introdução, com as seguintes palavras, no essencial:

“Nessas condições, o V. Acórdão ora impugnado, corroborando com a Decisão de 1^o Grau, ao declarar a existência de sociedade de fato entre Fernando e Edith, declarou por via oblíqua a existência de relação paraconjugal por um período de mais de 30 (trinta) anos, equivocando-se portanto, *errare humanun est*, em deixar de aplicar as regras do artigo 4^o da Lei de Introdução ao Cód. Civil para efeito de considerar Fernando, vivo à época do falecimento de Edith, como seu herdeiro legítimo, na posição análoga ao de cônjuge, observando-se o disposto no artigo 1.603, III, do C.C.

Assim, constitui blasfêmia jurídica, *data venia*, admitir-se que herdeiros colaterais do 3^o Grau, manifestamente carentes de qualquer intimidade, em vida, com sua tia (Edith), após 14 anos do *eventus mortis* venham a se locupletar ilicitamente de eventual herança da mesma, em prejuízo de seu companheiro de mais de 30 (trinta) anos de convivência, portador da qualidade análoga à de cônjuge, e, portanto, precedente na ordem de vocação hereditária.

Dessa maneira, salta aos olhos até mesmo do observador menos avisado, a manifesta contrariedade do V. Acórdão ora

impugnado ao disposto no artigo 1.603, III, do C.C., combinado com o artigo 4º da Lei de Introd. ao C.C., ambas Leis Federais, merecendo portanto amparo, quando necessário, dos mais altos suplementos da Egrégia Superior Instância de todo o nosso país.”

2. Falta-lhe razão, ao pretender, aqui, a incidência, por analogia, do art. 1.603, que compõe o direito das sucessões. É que, nestes autos, foi aplicado o princípio da 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.”), informada, na referência legislativa, pelos arts. 1.363 e 1.366, que compõem o direito das obrigações.

3. A propósito do enunciado em causa, escreveu o Sr. Ministro Moreira Alves, no RE-81.012, *in* RTJ-75/938:

“O concubinato pode produzir efeitos patrimoniais, não com base no direito de família, mas sim com fundamento no direito das obrigações. O que implica dizer que, por si mesmo, o concubinato não produz efeitos patrimoniais. Para obtê-los, é preciso que a concubina, além de demonstrar a existência do concubinato, prove tenha havido uma sociedade de fato e daí decorre a partilha dos bens adquiridos em virtude do esforço comum dos concubinos —, ou, pelo menos, tenha havido prestação de serviços a merecer remuneração.”

4. Aliás, num dos julgados de sua referência, o RE-19.561, da relatoria do Sr. Ministro Luiz Gallotti, acha-se descrita situação análoga à presente, conforme essa passagem do acórdão então recorrido:

“Com o falecimento de ambos, sem que dessa união houvesse descendente, uma filha de Amalia Marques de Castro Pereira ingressou em juízo com a presente ação de petição de herança a fim de que fosse a ela partilhada a metade da herança, pois que a outra metade caberá aos parentes de *de cujus*, residentes em Portugal. Não obstante a conflitância da prova testemunhal produzida por ambas as partes, entretanto o que dos autos resulta de modo convincente, é que a mãe da autora realmente viveu maritalmente com o *de cujus* durante dezenas de anos, com ele trabalhando e auferindo lucros com o seu trabalho, concorrendo não só para a manutenção de ambos como também para o patrimônio comum, que hoje constitui o espólio em questão.” (*in* Referências..., Jardel Noronha, vol. 19, 1969, pág. 55)

Nesse precedente, saído de São Paulo, as instâncias ordinárias reconheceram, por igual, a sociedade de fato, e o Supremo Tribunal Federal, por acórdão do ano de 1953, não conheceu do recurso extraordinário.

5. Noutro caso semelhante a este, decidiu também o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1958, numa ação declaratória de sociedade de fato, onde se discutiu sobre a legitimidade ativa dos herdeiros, conforme essa ementa redigida pelo Sr. Ministro Vilas Boas:

“O herdeiro sucede no *universum jus* do defunto, tendo qualidade jurídica para liquidar bens porventura adquiridos por êle em comum de esforços com outrem (sociedade de fato).”

6. Na espécie, de tão presente a sociedade, como se vê da sentença, que registrou ter Edith chegado a ser a 2ª maior acionista do Guanabara Palace Hotel, bem como ter participado da constituição da Bozano Simonsen, torna-se deveras sem razão a trazida de textos estranhos à regência legal da sociedade.

7. Ante o exposto, é de se notar que, nestes autos, não se cuidou de hipótese com disciplina pelo direito das sucessões, daí ser inadmissível a pretendida aplicação do art. 1.603, ainda que analogicamente.

Do melhor exame que procedi, verifico não ter cabimento o recurso especial, e dele não conheço.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Faltando, em termos de Direito de Família, normas que regessem as relações decorrentes do concubinato, viu-se a jurisprudência, deparando-se com situações de fato verdadeiramente angustiantes, na contingência de buscar amparo nas regras pertinentes ao direito societário — como salientou o eminente Ministro Relator — para dar solução a essas hipóteses em que a injustiça bradava aos céus.

Assim é que se admite exista uma sociedade, e como sociedade, peculiaríssima, passou-se a tratar esse tipo de situação. Não fosse peculiaríssima, não se justificaria o enunciado da Súmula nº 380, em que se menciona a existência da sociedade de fato entre os concubinos. Essa referência a concubinos seria desnecessária. Qualquer sociedade de fato expõe-se à dissolução judicial, e não apenas as que derivem da união de homem e mulher.

Moura Bittencourt, tratando do tema, no seu consagrado livro, salienta essa circunstância. Não é uma sociedade de fato qualquer, mas

uma sociedade entre concubinos. Não é regida exatamente pelas mesmas normas aplicáveis a sociedades.

Já sustentei, e creio que a essa Turma não repugnou o entendimento, que qualquer tipo de contribuição, direta ou indireta, justifica a partilha do patrimônio. O simples cuidado do lar, a simples atenção com a criação dos filhos havidos em comum, já traduz um tipo de contribuição, apta a fazer incidir a Súmula 380. Evidencia-se não se tratar de uma sociedade qualquer, não se podendo aplicar pura e simplesmente as regras pertinentes à sociedade constantes do Código Civil. Dificilmente, não se tratando de concubinos, alguém admitiria que, da circunstância de fato que aponte, pudesse resultar algum direito de partilha de bens. Ocorre que essa construção jurisprudencial visou exatamente a dar solução àquela situação em que homem e mulher se unem, vivem em comum, mas não se casam. Não se podendo dar tudo aquilo que o casamento daria, procurou-se dar alguma coisa.

No caso concreto, verifica-se que essa construção levaria a situação exatamente contrária. Daria ao concubino uma situação pior e, a parentes em terceiro grau da concubina, uma situação bem melhor do que se casada fosse. Tratando-se de um casal unido pelo matrimônio, nenhum direito teriam os colaterais — sobrinhos —, porque o cônjuge supérstite precederia na ordem da sucessão hereditária. Como não são casados, curiosamente, os sobrinhos — que nada herdariam — passariam a herdar.

Ao ler o relatório, tão claramente elaborado, minha primeira reação foi repudiar a tese do recurso: concubino não é herdeiro. Meditando mais, fui aproximando-me da conclusão de que se tudo era fruto de construção jurisprudencial, e se pessoalmente defendia conseqüências bem amplas para o concubinato, era forçoso buscar solução que escapasse aos inconvenientes, ao paradoxo mesmo, da aplicação, sem ressalvas, das regras pertinentes a sociedades e ao direito sucessório. Para isso há que se recorrer à analogia, tal como determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Aplicar-se-á a norma jurídica a uma situação de fato diferente daquela para qual foi prevista. Admitindo-se a clássica distinção da norma em suposto normativo e conseqüência jurídica, toma-se uma norma em que um susposto jurídico é **A** e aplica-se a uma outra situação de fato cujo suposto seria **B**.

Refere-se o citado dispositivo da Lei de Introdução a omissão da lei, o que coloca o tormentoso problema da existência de lacunas no ordenamento jurídico. Corrente ponderável sustenta que logicamente não podem existir, pois tudo que não é juridicamente proibido é permitido. As lacunas hão de ser encaradas valorativamente. Não as haveria no

sentido lógico e sim no axiológico. Ainda que não se adote o entendimento de que pleno o ordenamento jurídico, o Juiz, em verdade, haverá de valer-se da analogia quando a matéria encontrar-se deficientemente regulada. E essa deficiência existirá se conduzir a resultados que se atritam com o sistema. Certamente é o que ocorre na hipótese.

No caso em exame, o entendimento jurisprudencial sobre sociedade de fato entre concubinos levaria ao disparate de fazer que o concubino houvesse de partilhar o que construiu, em longa convivência com a mulher. Partilha a ser feita com sobrinhos desta. Invocando o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, e também seu artigo 5º, tenho a situação como equiparável a do artigo 1.603, III, daquele Código. Deixando de aplicar os citados dispositivos, o acórdão violou-os.

Conheço do recurso pela letra *a* e dou-lhe provimento.

VOTO — VISTA

O EXMº SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Este é o fundamento do voto do Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, que fez questão de ler na íntegra, porque tenho uma divergência que reputo substancial do ponto de vista adotado por Sua Excelência, qual a do limite que se deve dar à construção pretoriana sobre o concubinato.

Não sou daqueles que admite a participação dos concubinos, assim como o Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro o faz, considerando como trabalho para a formação do patrimônio comum até a simples convivência e o apoio moral. Já tenho proferido votos aqui, como o fazia no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para distinguir essas questões. E as distingo da seguinte forma: quando os concubinos são pessoas de baixa renda levo em conta a participação de ambos para a construção daquilo que se convencionou ter como patrimônio comum compatível com a sua própria condição. A formação de um pequeno patrimônio, com a colaboração da mulher, trabalhando ele fora, e ela propiciando o sustento dos filhos com o trabalho doméstico, tenho como existente a sociedade de fato para efeito de partilhá-lo.

No caso entretanto em que os concubinos detêm condições sociais não só elevadas mas de participação ativa na construção do patrimônio, tenho o concubinato dentro do campo restrito da construção jurisprudencial do direito das sociedades, cuja dissolução implica na aplicação das normas a ela pertinentes.

Neste caso a mulher não foi mera companheira com a qual conviveu em concubinato o autor do espólio recorrente. Ela foi a colaboradora ativa das realizações comerciais e industriais, que propiciaram a ambos fortuna.

Ora, se tal circunstância oferece aos herdeiros da mulher uma determinada vantagem no campo do direito sucessório, não posso, por este simples fato, admitir que o concubinato se assemelhe à existência do casamento para permitir aos herdeiros do concubino a percepção daquilo que aos herdeiros dela caberia. O que se discute no caso, não é a relação de parentesco, não o direito de suceder ao *de cujos* que participou, que construiu esse patrimônio. Discute-se, simplesmente, a existência da sociedade de fato.

Por isso, a nobre Desembargadora Maria Estella Rodrigues, ao negar seguimento ao recurso, em despacho sucinto na sua fundamentação, disse textualmente:

“O recurso, com efeito, não merece prosperar. O aresto não contrariou qualquer dos dispositivo invocados, até porque inaplicáveis ao caso. A pretensão do recorrente de ver reconhecido direito sucessório do concubinato para através dele transmitir aos seus parentes, não encontra amparo legal, doutrinário ou jurisprudencial, alicerçado que é o reconhecimento da sociedade de fato em fundamentos fora do direito de família. O fato da atual Constituição Federal ter abraçado a tese do reconhecimento da união estável para efeito de proteção do Estado é despendência de valor para o caso, porque não o alcança”.

E, neste caso, realmente, não o alcançou, e Vossa Excelência, Senhor Presidente, chegou a esta conclusão, como também cheguei, depois de examinar exaustivamente os autos.

Vejo dificuldade, pois, em sede de recurso especial, para modificar a construção desse direito pretoriano, que levou anos para ser construído. Tenho dificuldades porque toda essa matéria versada nos autos diz respeito mesmo à sociedade não só originária do concubinato, mas à sociedade de direito desses concubinos que eram sócios, participantes das Empresas.

De sorte que quero pedir mil vênias ao Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro que tenho como um Juiz completo e de quem raramente divirjo, para acompanhar Vossa Excelência, Senhor Presidente, no seu belo voto e por toda sua fundamentação. Pode ser que, no futuro, e não são muitos os casos como este — o concubinato foi construído na concepção pretoriana, porque a legislação do país impedia outra fórmula. Este é o

primeiro caso que conheço ao longo de toda atividade como Advogado e Juiz, único e que não justifica a aplicação do princípio analógico, para construir um entendimento novo a evitar uma eventual injustiça.

Como sabemos, não decidimos sobre a justiça ou a injustiça das decisões, mas sim sobre a correta ou a incorreta aplicação do texto legal. E, no caso, tenho para mim que o acórdão aplicou corretamente a lei à espécie.

Por isto, peço vênua, mais uma vez, ao Eminentíssimo Ministro Eduardo Ribeiro, porque Sua Excelência, de fato, está aqui escoteiro nesta posição, com uma fundamentação jurídica importante e sólida, mas à qual não posso aderir, para divergir de Sua Excelência e acompanhar o Eminentíssimo Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Com meu antecipado pedido de vênua aos Eminentíssimos Ministros Nilson Naves, Relator e Waldemar Zveiter, que o acompanhou, também entendo, como o Ministro Eduardo Ribeiro, que o concubinato, no caso presente, com indisfarçável aparência de união nascida do casamento, de acordo com a apreciação do Colegiado de segundo grau de jurisdição, não pode ser regido pura e simplesmente pelo direito das obrigações.

Tanto mais que, após a Constituição de 1988, como é sabido, “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar...” (art. 226, § 3º).

É preciso ver, se casados fossem Fernando e Edith, os sobrinhos desta não a sucederiam, no seu patrimônio, eis que ela veio a falecer antes do companheiro. E não importa que falecido o varão, sejam sobrinhos seus os sucessores. Trata-se de mera circunstância da causa, sem maior significação, porque o importante, no momento, é a fixação do princípio, princípio a encontrar raízes no próprio ordenamento constitucional.

De fato, a disciplina jurídica positiva é omissa, mas os efeitos patrimoniais decorrentes da união estável são praticamente os mesmos do casamento sob o regime da comunhão parcial, que é o regime normal, justificando-se o preenchimento da lacuna mediante analogia, como determina o art. 4º da LICC.

Do exposto tenho por descumprido o art. 1.603, III, do Código Civil, e, assim, conheço do recurso para dar-lhe provimento.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Chamado a proferir voto de desempate, em virtude de minha condição de sucessor do Sr. Ministro GUEIROS LEITE, que aguardava, ante os sucessivos pedidos de vista pelos Srs. Ministros componentes desta Turma, tive acesso aos autos, inteirando-me da matéria em discussão, exclusivamente de direito.

A questão fática já se acha definitivamente decidida, posto que reconhecida a existência de sociedade de fato, entre os falecidos autores das heranças, sabido que a demanda, a esta altura, ocorre entre os espólios dos participantes dessa sociedade de fato.

Persegue, contudo, o espólio recorrente, que, em lugar de se aplicarem as disposições legais do direito das obrigações, relacionadas com a liquidação das sociedades de fato, como está no acórdão recorrido, se apliquem as de direito das sucessões, de sorte a reconhecer-se que, da coexistência prolongada e estável, em regime de concubinato, resulta verdadeiro estado de casados entre os falecidos, volvendo-se à aplicação sucessória, segundo a ordem da vocação hereditária consignada no art. 1.603 do Código Civil, invocando-se o princípio da analogia, contemplado no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e, também, como o fez o voto do Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO, o art. 5º dessa mesma lei, que consagra o princípio da finalidade social da norma.

É certo que da ausência de norma explícita para dirimir questões sucessórias entre concubinos, veio a ser construída, em demorada e acidentada elaboração, a orientação que veio a desaguar na Súmula 380 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consagradora do reconhecimento da existência de sociedade de fato entre os concubinos, na formação do patrimônio comum, que se resolve pela sua dissolução, mediante liquidação e partilha.

Para assim construir não houve necessidade de aplicar o princípio da analogia, no sentido de suprir lacuna da lei, pois que lei existe regulando a dissolução das sociedades, entre as quais a de fato, que é aquela, na feliz definição de PONTES DE MIRANDA:

“A sociedade a que não corresponde contrato escrito é sociedade de fato, porque se puseram em comum, no mundo fático, as contribuições dos sócios” (Tratado de Direito Privado — vol. 49, pág. 160, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2ª reimpr.).

A essa construção, que todos têm como sábia e oportuna, fazendo apenas a adaptação do direito escrito às realidades sociais, não vejo como sobrepôr a perseguida pelo espólio recorrente, que, sob certos aspectos, representaria involução, por representar verdadeira demolição do que se edificou com tanto sentido social.

Considerássemos que o concubino sobrevivente ostentaria, para fins sucessórios, a posição verdadeira de cônjuge, para que se lhe atribuisse a condição de herdeiro único, ante a inexistência de descendentes ou de ascendentes, segundo a ordem do art. 1.603 do Código Civil, estaríamos a cometer injustiça, talvez maior do que aquela que reforçou as manifestações dos Srs. Ministros EDUARDO RIBEIRO e CLÁUDIO SANTOS, que opõem direitos de sobrinhos a direitos do cônjuge.

É que, além de não se poder considerar como cônjuge, no sentido da lei civil, o concubino, se o fizéssemos estaríamos a assegurar aos sobrinhos do varão — hoje o seu espólio contempla a figuração de sobrinhos, por direito sucessório de representação — tanto quanto o espólio recorrido, em que antes figuravam apenas irmãos, é integrado por filhos desses irmãos, sobrinhos, portanto, da falecida, estaríamos a atribuir a esses sobrinhos direitos sucessórios da falecida.

São, por conseguinte, sobrinhos de um dos concubinos a pleitear contra sobrinhos do outro.

E a injustiça suma se concretizaria, se adotássemos a solução preconizada pelo recorrente, porque, eleito cônjuge, também o patrimônio pessoal da falecida concubina EDITH, seria herdado por FERNANDO, seu companheiro sobrevivente, e passaria a seus herdeiros.

Restou demonstrado, ao longo do processo, que EDITH possuía participação acionária em diversos empreendimentos de que participava, também, o seu companheiro, a indicar que, a adotar-se a tese do recorrente, herdeiro desses bens seria o sobrevivente participante da relação concubinária e, daí, os seus herdeiros, hoje representados por sobrinhos.

Destacou o Sr. Ministro CLÁUDIO SANTOS, em seu voto, o argumento constitucional sobre o reconhecimento hoje, para efeito de proteção do Estado, da união estável entre o homem e a mulher, para avançar no sentido de admitir como cônjuge, para efeitos sucessórios, o concubino. Não me convenço do acerto desse argumento, porquanto a mesma Constituição, na parte final do dispositivo que põe sob a proteção do Estado essa união estável, contém recomendação no sentido de vir a lei a facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3º da Constituição).

Ora, se a Constituição recomenda que a lei, que ainda não foi feita, deverá proporcionar meios que facilitem a conversão da união estável entre o homem e a mulher em casamento, evidentemente que sobrevalorizou a este, como sede e centro da família, do qual decorrem os direitos do ordenamento positivo, especificamente os relacionados com o direito sucessório.

Tenho, deste modo, que deva prevalecer a sólida construção pretoriana da Súmula 380/STF, que apenas reconhece uma participação dos concubinos, na formação do patrimônio comum, fazendo incidir, sem buscar auxílio em analogia, normas que cuidam da sociedade e de sua dissolução, não a perseguida pelo recorrido, com denodo e brilho, é justo que se destaque, em que se forçaria a aplicação de norma a suposto jurídico diverso daquele para o qual foi elaborada e que ensejaria, como no caso concreto pretendo haver demonstrado, conseqüências assaz desastrosas para as partes e a própria convivência social.

Que a lei venha a proporcionar as facilidades, recomendadas na Constituição, para que se convertam as uniões estáveis em casamento, tenho que desejável, mas transformar a união que havia, no caso em exame, em casamento, para efeitos sucessórios, seria ir além da proteção constitucional, que erige o casamento como meta a alcançar, através de conversão, a ser disciplinada em lei.

Isto posto, voto no sentido de acompanhar os Srs. Ministros Relator e WALDEMAR ZVEITER, não conhecendo do recurso.

RENOVAÇÃO DE JULGAMENTO ADENDO AO VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, gostaria de acrescentar ao meu voto, já pronunciado no sentido de conhecer e prover o recurso, algumas considerações a respeito de precedente de minha relatoria, que foi invocado pelo ilustre advogado dos recorridos da Tribuna.

Naquele caso, segundo pude apreender, o recurso não foi conhecido, porque a solução dada pelo Tribunal de Justiça de origem, certamente não entrava em testilha, em dissídio, com o disposto da Súmula nº 380. Acrescento porém que venho manifestando em outros votos, a respeito do tema, a minha simpatia pela aplicação imediata dos princípios constitucionais respeitantes à matéria, sem que isso importe, segundo meu pensar, em aplicação retroativa da Lei Constitucional.

Recordo um outro caso por nós julgado: o Recurso Especial nº 1.508-RJ, cuja ementa do acórdão é a seguinte:

“Não há entrechoque com a Súmula nº 380, do STF, se o acórdão recorrido não tem como premissa a existência de sociedade de fato, mas a aplicação do princípio contido no art. 226, § 3º, da Constituição.”

No julgamento desse Recurso Especial nº 1.508, do qual fui Relator, a Turma não tomou conhecimento do recurso, exatamente, porque o enfoque da decisão foi outro e não entrou em dissídio com a Súmula. Aliás, o acórdão recorrido trazia importante decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, da lavra do Desembargador Carlos Alberto Direito, publicada, inclusive, em livro de sua co-autoria, que reputo de grande significação para ser levada em conta na apreciação de questões dessa natureza, quanto aos influxos que provêm da disposição constitucional e que devem recair sobre a controvérsia.

Feitas essas considerações e dadas essas explicações em homenagem ao ilustre Advogado, ratifico o voto anteriormente proferido.

VOTO ADENDO (Vencido)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Peço vênias, Sr. Presidente, para um adendo a meu voto.

Já foi salientado que a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal não cogita de uma sociedade de fato qualquer. MOURA BITTENCOURT coloca a circunstância em relevo. A meu ver, com muita razão. Em verdade, a dissolução de qualquer sociedade de fato conduz à partilha do patrimônio, adquirido pelo esforço comum. A Súmula estaria dizendo o óbvio. A referência à sociedade entre concubinos faz-se para marcar que se trata de algo peculiar, não se regendo simplesmente pelas regras pertinentes às sociedades em geral. A jurisprudência construída a propósito diz respeito a uma especialíssima sociedade, que não se reveste das mesmas exigências das formadas entre pessoas que não se unem pelo vínculo apontado. E porque é peculiar, requer tratamento diferenciado, pena de a construção pretoriana, informada por profundo sentimento de justiça, conduzir a conseqüências opostas ao desejado, em verdadeira equidade às avessas.

O eminente Ministro DIAS TRINDADE salientou particularidade do caso concreto, em que se teriam sobrinhos de um lado e outro. Entretanto, como ressaltou o Ministro CLÁUDIO SANTOS, está em causa a

questão pertinente aos direitos do concubino, tendo em vista a morte da concubina que não deixou herdeiros necessários. Está-se decidindo se, isso ocorrendo, deverá ele partilhar com tais parentes o patrimônio conquistado. O destino que aquele ulteriormente possa ter, não está em discussão.

Se fôssemos cogitar de possibilidades, aceitando um condenável casuísmo, haveria que examinar uma outra. Suponha-se que a mulher morresse sem deixar herdeiro algum. Seu companheiro, uma vez verificado o óbito, haveria de partilhar com o Estado o patrimônio que, em décadas de trabalho, construiu com a concubina. Tem-se solução estranha e inesperada a mostrar que não se pode simplesmente aplicar, sem adaptações, o que a lei dispõe a respeito de sociedades.

Mantenho o voto que proferi.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.599 — RJ — (90079977) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Fernando de Abreu Teixeira — Espólio. Recorrida: Edith Alves Teixeira — Espólio. Advogados: Drs. Paulo Lins e Silva e outros (pelo Recorrente) e Ubirajara Caldas, Elso Venâncio de Siqueira e outros (pela Recorrida). Sust. Oral: Drs. Paulo Lins e Silva (pelo Recorrente) — julgamentos de 09/10/90 e 09/04/91, Heraldo José Lemos Salcides (pela Recorrida) — julgamento de 09/04/91 e Nelson Parucker (Subprocurador-Geral da República) — julgamentos de 09/10/90 e 09/04/91.

Decisões: Por indicação do Sr. Ministro Relator, foi adiado o julgamento do Recurso Especial nº 4.599-RJ, para a sessão do dia 09/10/90 (3ª Turma, 02/10/90).

Após os votos do Sr. Ministro Relator, não conhecendo do recurso especial, e do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, dele conhecendo e lhe dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Cláudio Santos e Gueiros Leite. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Gueiros Leite. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GUEIROS LEITE (3ª Turma, 09/10/90).

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Waldemar Zveiter, não conhecendo do recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Cláudio Santos. Participaram do julgamento os Sr. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Relator, e Eduardo Ribeiro. Não partici-

pou do julgamento o Sr. Ministro Dias Trindade (art. 162, § 2º, RISTJ). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 10/12/90).

Proseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cláudio Santos conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento ocorreu empate na votação. Sendo necessária a colheita do voto do Sr. Ministro Dias Trindade, fica designado o dia 09/04/91, quando serão renovados o relatório e a sustentação oral. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Relator, Eduardo Ribeiro e Waldemar Zveiter. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Dias Trindade (art. 162, § 2º, RISTJ). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 19/03/91).

Renovados o relatório e as sustentações orais, a Turma, retomando o julgamento, após o voto do Sr. Ministro Dias Trindade, não conheceu do recurso especial, por maioria de votos. Vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro e Cláudio Santos. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Cláudio Santos, Nilson Naves, Relator, e Eduardo Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 09/04/91).



RECURSO ESPECIAL Nº 4.689 — SP
(Registro nº 900008214-5)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Hariosvaldo da Silva Viana*

Advogado: *Dr. Jaire Ferreira*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PENA. REGIME INICIAL, O FECHADO, E NÃO O ABERTO.

1. O regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade por infração do art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976, é o fechado, porquanto presumida, *iure et de iure*, a periculosidade do agente. Atente-se, além

disso, para o fato de que o condenado, sequer, pode apelar da sentença em liberdade.

2. Os autos demonstram, entretanto, que o réu já cumpriu a pena imposta, alguns dias em regime fechado, porém o restante em prisão-albergue domiciliar. Portanto, não se pode, agora, simplesmente cassar o dito benefício, obrigando-o a voltar a cumprir a mesma pena em regime certo e mais rigoroso.

3. Recurso especial conhecido, mas prejudicado no mérito.

ACÓRDÃO

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

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu do recurso, mas no mérito, o julgou prejudicado, 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 COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO COSTA LIMA: O Ministério Público do Estado de São Paulo interpõe Recurso Extraordinário, convolado em Especial no colendo Supremo Tribunal Federal (fl. 154), por não se conformar com o v. acórdão de fls. 120/121, proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A decisão confirmando a sentença de fls. 71/74 concedeu ao réu, condenado a três anos de reclusão e pagamento de cinquenta dias-multa, como infrator do art. 12 da Lei nº 6.368/76, o benefício de cumprir a pena, *ab initio*, sob regime aberto e, conforme o prudente arbítrio do juiz, em prisão-albergue domiciliar.

Alegando negativa de vigência do art. 117 da Lei de Execuções Penais e dissenso com jurisprudência de outros Tribunais, inclusive tra-

zendo à colação inúmeras decisões do Pretório Excelso, o recorrente manifesta inconformidade pela concessão do referido benefício, ante a presunção de periculosidade que reveste o delito de tráfico de tóxicos.

Deferido o prosseguimento do recurso, por estarem presentes os permissivos constitucionais (fls. 134/135), opina o Dr. GETÚLIO RIVERA VELASCO CANTANHEDE, ilustrado Subprocurador-Geral da República, em substituição, pelo provimento do recurso, arrimado no REsp nº 501-SP, 6ª Turma, Rel. Min. WILLIAM PATTERSON, DJ de 16.10.89, pág. 15.862.

Relatei.

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PENA. REGIME INICIAL, O FECHADO, E NÃO O ABERTO.

1. O regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade por infração do art. 12 da Lei nº 6.368, de 1976, é o fechado, porquanto presumida, *iure et de iure*, a periculosidade do agente. Atente-se, além disso, para o fato de que o condenado, sequer, pode apelar da sentença em liberdade.

2. Os autos demonstram, entretanto, que o réu já cumpriu a pena imposta, alguns dias em regime fechado, porém o restante em prisão-albergue domiciliar. Portanto, não se pode, agora, simplesmente cassar o dito benefício, obrigando-o a voltar a cumprir a mesma pena em regime certo e mais rigoroso.

3. Recurso especial conhecido, mas prejudicado no mérito.

O EXMº SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): O réu foi preso em flagrante no dia 30 de junho de 1987 (fl. 05), porque estava traficando maconha.

Processado, no dia 24 de agosto de 1987 (fls. 71/74), foi condenado a 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa como incurso no artigo 12, da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

O juiz deferiu-lhe, de pronto, o benefício para cumprir a pena em regime aberto.

O recurso de apelação interposto pelo Ministério Público visando, apenas, alterar o dito regime para, inicialmente, o fechado, foi desprovido (fls. 120/121).

O acórdão recorrido mantendo a decisão monocrática negou vigência ao disposto no art. 117, da Lei nº 7.210, de 11.07.84. De outro modo, está demonstrado o dissenso jurisprudencial.

O réu permaneceu preso de 30.06.87 a 02.09.87 (fl. 91). O restante da pena de três anos, cuja sentença foi publicada a 24.08.87, como visto, já se exauriu.

Ao relatar e votar o REsp nº 1.396-SP, tive ensejo de sublinhar:

“É que não basta à determinação do regime inicial de cumprimento da pena simplesmente a quantidade desta, senão também a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, conforme previsão do § 3º, do art. 33, do mesmo diploma, que assim dispõe:

“Art. 33

§ 3º — A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á em observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

Desse modo, pesam em desfavor do condenado aquelas circunstâncias do art. 59 aludido, dada a evidente nocividade social e periculosidade presumida do agente que faz do tráfico da droga um meio de vida para si, com a destruição de valores éticos e morais da sociedade, assim como, do bem maior tutelado pelo ordenamento jurídico, a própria vida do usuário, com as conseqüências daí advindas.

Não é sem causa, portanto, que a Lei nº 6.368/76, em seu art. 35, não permite ao condenado por infração ao art. 12, apelar sem recolher-se à prisão, presumindo o legislador, *iure et de iure*, sua periculosidade, temibilidade e nocividade sociais.

Assim, mostra-se inviável a deferida ao condenado por infração ao art. 12 da Lei 6.368/76 do regime aberto, como posto no r. aresto recorrido, ou seja, desde o início do cumprimento da pena, podendo obtê-lo atendidas as condições legais.

Além dos precedentes colacionados na peça recursal, que por si só seriam suficientes a dar guarida à pretensão ministerial, merecem referência os seguintes arestos desta Corte:

“PENAL. TÓXICO. TRÁFICO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

Incompatíveis os regimes aberto e semi-aberto para o início do cumprimento da pena, com a condenação por tráfico de tóxicos. Irrelevância do *quantum* da pena. A periculosidade do traficante é presumida, tanto que não lhe é permitido apelar em liberdade (art. 35 da Lei nº 6.368/76). Ordem indeferida.” (RHC nº 22-RJ, Rel. Min. COSTA LEITE, DJU de 11.09.1989)

“PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. TRAFICANTE DE ENTORPECENTES. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE. REGIME ABERTO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. No crime de tráfico de entorpecentes a lei presume a periculosidade do agente, ao impedir que ela possa apelar em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), resultando não poder o traficante, embora condenado a pena privativa de liberdade inferior a 04 anos, cumpri-la, desde o início, em regime aberto (Código Penal, art. 33, §§ 2º, c, e 3º)

2. Pedido indeferido.” (HC nº 71-SP, Rel. Min. CARLOS THIBAU, julg. em 15.09.1989).

No mesmo sentido, REsp nº 501-SP, Rel. Min. WILLIAM PATTERSON, DJU de 16.10.1989.

Aliás, nesta Turma, já tivemos, de igual, oportunidade de afirmar da impossibilidade de o traficante iniciar o cumprimento da pena em regime aberto.

Assim foi quando do julgamento do REsp nº 59-PR, de que fui relator, bem assim nos REsp nºs 205-SP e 285-PR, em que fora relator o eminente Ministro ASSIS TOLEDO.

É bem verdade que em todas essas ocasiões em que apreciamos o tema, o caso concreto recomendava a manutenção do regime aberto, deferido pelos julgados recorridos, pois os acusados, ou encontravam-se presos preventivamente ou em flagrante, quando da sobrevinda do regime menos rigoroso, com o que restavam atendidas as condições legais.”

Iterativa é a jurisprudência desta Corte:

“PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME PRISIONAL.

1. “Embora o condenado por crime de tráfico (art. 12) apresente características incompatíveis com o regime aberto, uma vez concedido este pelo Tribunal, após cumprimento de mais de um terço da pena em regime fechado, não se

pode cassar simplesmente o benefício, um ano depois, impondo regressão no regime sem ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 118, incisos e parágrafo da Lei de Execução Penal” (Recurso Especial nº 205-SP, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, DJU de 28.08.89, p. 13.680).

2. Hipótese em que o réu, mantido preso desde o flagrante, restou condenado à pena de 10 (dez) meses de detenção, por infração ao art. 16 da Lei nº 6.368/76, cumprindo-a em regime fechado.

3. Decisão concessiva de regime aberto, após condenação por tráfico, datada de 20.12.1988.

4. Impossibilidade de regressão do regime prisional sem causa legal.

5. Recurso Especial conhecido e improvido.” (REsp nº 59-PR, Rel. Min. COSTA LIMA, DJU 30.10.89, pág. 16.511)

“PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. TRAFICANTE DE ENTORPECENTES. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE. REGIME ABERTO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

I. No crime de tráfico de entorpecentes a lei presume a periculosidade do agente, ao impedir que ele possa apelar em liberdade (art. 35 da Lei 6.368/76), resultando não poder o traficante, embora condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, cumpri-la desde o início, em regime aberto (Código Penal, art. 33, §§ 2º, c, e 3º).

II. Pedido indeferido.” (HC nº 71-SP, Rel. Min. CARLOS THIBAU, DJU 10.10.89, pág. 15.650).”

A hipótese em julgamento, conforme acentuei, contém a singular condição de que o condenado já cumpriu a pena na sua quase totalidade em regime aberto. Conseqüentemente, não se pode recuar no tempo para fazê-lo cumprir a mesma pena no regime que, de início, o deveria ter feito. A pena de reclusão pode ser cumprida tanto em regime fechado quanto em regime semi-aberto ou aberto — artigo 33 do Código Penal.

A pena de três anos de reclusão, considerada a data do flagrante, 30 de junho de 1987, e tendo em conta o disposto no artigo 42, do Código Penal, já foi cumprida, posto que exaurido o respectivo tempo de cumprimento, ainda que em regime menos rigoroso.

Em conclusão, conheço do recurso especial mas, pelos motivos expostos, julgo-o prejudicado no mérito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.689 — SP — (900008214-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Costa Lima. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Hariosvaldo da Silva Viana. Advogado: Dr. Jaire Ferreira.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas no mérito julgou-o prejudicado (5ª Turma — 24.10.90).

Votaram de acordo os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezzini. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ DANTAS.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.987 — RJ (Registro nº 90.0008966-2)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *Marcelo de Lima e Silva*

Recorrida: *Marcele de Lima e Silva*

Advogados: *Dr. Bruno Lara Resende e outros e Dr. Peralta C. H. (Curador Especial) e outros*

EMENTA: *Direito Civil. Ação negatória de paternidade. Presunção legal (CC, art. 240). Prova. Possibilidade. Direito de Família. Evolução. Hermenêutica. Recurso conhecido e provido.*

I — Na fase atual da evolução do Direito de Família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II — Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça.

III — O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, nos termos do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Bueno de Souza, que se declarou ciente do relatório.

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: Cuida-se de ação “negatório de paternidade” ajuizada pelo recorrente, ao fundamento de que, feito o registro da menor, nascida dois anos após o casamento, sua esposa lhe teria dito que a mesma era filha de outro, aduzindo o autor que um mês depois a mãe deixou o lar, levando a menina.

Após manifestações da Curadoria Especial, não se pronunciando a mãe em representação da filha, o Ministério Público opinou pelo prosseguimento do feito e realização da prova genética e hematológica.

O MM. Juiz, em julgamento antecipado, julgou o autor carecedor da ação, forte nos arts. 337, 338 e 340 do Código Civil, 4º e 5º da Lei de Introdução.

Não surtiu êxito a apelação do autor, cujo acórdão ementou:

“Contestação de paternidade legítima.

A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se uma das condições previstas no art. 340, I e II, do Código Civil. Se o marido, ao contrário, coabitou com a mulher no período da concepção e veio até a registrar, como seu, o filho, a negatória da paternidade legítima torna-se juridicamente impossível, não bastando o adultério, nem a confissão da mulher para ilidir a presun-

ção legal de legitimidade e excluir a paternidade (arts. 343 e 346).

Sentença mantida”.

Inconformado, o apelante interpôs recurso extraordinário, com sustentação no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição pretérita, arguindo relevância da questão federal. Afirma negada vigência ao art. 340, I, do estatuto civil, e traz à colação aresto do Supremo Tribunal Federal (RTJ 78/534) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RT 618/169), do qual fui relator.

Processada a relevância, na Suprema Corte foi o recurso convertido em especial, com retorno ao eg. Tribunal de origem para o exame da admissibilidade, onde foi ele acolhido pelo dissídio.

Ao contrário dos pareceres do ilustre Defensor Público, Dr. PERALTA C. H., e do Ministério Público estadual, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento, para prosseguimento do feito, com colheita das provas.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): A meu juízo, este Tribunal não pode, pela relevância de sua missão constitucional como guardião do direito infraconstitucional, sobretudo quando a nação aplaude, esperançosa, a nova sistemática recursal, deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana.

Daí a razão de várias vezes já ter assinalado, com o confortador aval dos eminentes Pares desta Turma, que se deve conhecer do recurso especial “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” (cfr. dentre outros, o REsp 2.122-MS).

Com tais considerações, embora os paradigmas não se afeiçoem às inteiras, quanto às bases fáticas, ao caso ora em julgamento, inquestionável se me afigura a semelhança das teses postas em apreciação, particularmente em relação ao paradigma do Supremo Tribunal Federal (RE 80.805-PR, relator o Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ 78/534), em cuja ementa se lê:

“Investigação de paternidade. Adulterinidade *a matre*. Admitindo-se, em princípio, a investigatória, independente-

mente de contestação, contenciosa da paternidade pelo pai presumido, é correta a decisão que, *consideradas as circunstâncias do caso, entende não se dever trancar a ação no despacho saneador. Votos vencidos. Recurso extraordinário não conhecido*". (grifei)

Consoante naqueles arestos se lê, as teses não eram as mesmas versadas nestes. Mas se evidencia a sua afinidade, especialmente quando aproximam as espécies em torno da busca da verdade real, através de instrução plena a realizar-se nas instâncias ordinárias, recordada a sempre atual lição de Lessona, para quem todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, estaria em substituir a verdade ficta pela verdade real.

In casu, estribando-se na letra de uma legislação que data de 3/4 de século, em julgamento antecipado, sem apreciação do mérito, e sem ensejar ao autor o acesso aos meios de prova hoje cientificamente existentes e admitidos, até demonstração em contrário, pelo Supremo Tribunal Federal (RE 99.915-SP), por este Tribunal Superior (REsp 700-RJ) e pela doutrina de ponta (Caio Mário, *Instituições*, Forense, V vol., 7ª ed., 1990, nº 413, p. 202), as instâncias locais vedaram ao autor a produção de provas para a demonstração negativa da sua paternidade, mantendo o anátema que há séculos pesa sobre a filiação, que o romano, segundo registro do admirável civilista citado, qualificava de mistério no célebre brocardo *mater semper certa est, pater incertus*.

O fetichismo das normas legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manietar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo Direito de Família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.

No caso de que se trata, merecem transcrição as lúcidas considerações do ilustre Subprocurador-Geral da República, Prof. Osmar Brina, homem de rara sensibilidade jurídica e humana, refletida em numerosos pareceres e estudos doutrinários:

“Penso que numa ação dessa natureza, e com essas características, todos os problemas de técnica processual devem ficar adstritos ao seu aspecto meramente instrumental e ceder lugar a alguns valores mais altos reconhecidos pelo direito natural implícitos no ordenamento jurídico. A preocupação com a verdade e a justiça é tamanha que não ocorrem os efeitos da revelia (CPC, art. 320, II) e nem mesmo a confissão pode ser admitida (CPC, art. 351).

Na apuração deste caso, o enfoque necessário deve ser o do melhor interesse da criança, critério consagrado no direito comparado e revelado nas expressões **the best interest of the child** do direito norte-americano e no **kindeswohl** do direito germânico.

A Constituição Federal Brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227).

Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.

A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais.

Não é, pois, o interesse do autor-recorrente mas, sobretudo, o direito da menor que se acha em jogo nestes autos.

Ninguém pode negar as enormes mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data.

A atitude da mãe da criança, deixando correr à revelia a ação, tanto pode significar silêncio a um tempo recatado e indignado como uma negligência *nonchalance*. Mas, em qualquer das hipóteses, agride o direito da filha.

A dignidade de uma criança fundamenta-se no amor, no respeito e no carinho a ela dedicados. E esses fatores não podem sobreviver quando ela é considerada uma farsa, fruto de outra farsa.

Certamente, nenhum julgamento conseguirá apagar as marcas psicológicas dos fatos veiculados nestes autos. Certamente, a prova da paternidade jamais é absoluta. Certamente, existe uma presunção relativa da paternidade da criança em questão. Certamente, o julgamento do processo definirá, definitivamente, os direitos patrimoniais e sucessórios. Mas é função primordial da Justiça velar para que ela própria não contribua para agravar os traumas que a vida e os pais da criança lhe impuseram.

Ficou devidamente comprovada e reconhecida (fls. 104/106) a divergência jurisprudencial. Tomo a liberdade de fazer minhas as palavras transcritas dos dois acórdãos invocados como paradigmas, às fls. 117/120. E, na esteira do parecer do Curador de Família, Dr. Francisco Antônio Souto e Faria, constante de fls. 34/36, opino pelo conhecimento e provimento do recurso para prosseguimento do feito, realização das provas genética e sangüínea, e depoimentos pessoais do autor e da ré, esta na pessoa de seu representante legal e, mais, depoimento pessoal da mãe da ré”.

Outro, aliás, não era o que dispunha o art. 5º do anterior Código de Menores, que consagrava a denominada “regra de ouro do menorismo”, *verbis*:

“Na aplicação desta lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro interesse juridicamente tutelado” (cfr. “Notas Interpretativas ao Código de Menores”, Forense, 1980).

E outro também não tem sido o entendimento deste Tribunal, conforme se lê das ementas que se seguem:

CC nº 1.247-SC (DJ de 01.04.91), Relator o Ministro Nilson Naves:

“Guarda de menor/busca e apreensão de menor. Competência. 1. Considera-se prevento o juiz que despachou em primeiro lugar. 2. *Interesse do menor, conforme precedentes da 2ª Seção*. CC’s 677 e 1.229. 3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Regional da Família e Sucessões de Santo Amaro” (grifei);

CC nº 1.229-MG (DJ de 18.02.91), Relator o Ministro Nilson Naves:

“.....
2. *Busca e apreensão de menores. Competência territorial de Bebedouro, onde os menores se acham matriculados e freqüentes às aulas de colégio. Procedente: CC-677*” (grifei);

CC nº 677-MG (DJ de 17.12.90), Relator o Ministro Bueno de Souza:

“.....
6. *A natureza da causa mais recente, eminentemente menoril, convoca aplicação do disposto nos artigos 5º, 15, 70 e 141 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)*.

7. *Competência territorial de Belo Horizonte, onde os menores se achavam matriculados e freqüentes às aulas de colégio*” (grifei).

Ao concluir, pela pertinência com o tema, com vênia reproduzo considerações que expressei anteriormente:

“A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias.

A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valorização, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recaséns Siches).

Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o

texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém” (Apelação 68.829, TJMG, RT 618/169).

Em suma, não obstante melhor fosse que outros tivessem sido os dispositivos legais apontados como vulnerados, conheço do recurso pelo dissídio e o provejo, cassando as respeitáveis decisões para ensejar a produção de provas.

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): O que procurei demonstrar, Senhor Ministro Presidente, é que a espécie apresenta características peculiares e relevantes em face da evolução do Direito de Família, da nova ordem constitucional e do avanço científico na apuração da paternidade.

Tenho por configurado o dissídio em considerando que a própria Suprema Corte vinha, no sistema constitucional anterior, alargando a possibilidade da apuração da verdadeira paternidade e que a missão deste Tribunal é pronunciar-se nas grandes teses do direito infraconstitucional, mesmo que para tanto tenha que relegar a plano secundário os rigores dos óbices do juízo de admissibilidade.

O SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Pelo que V. Ex^a disse, a situação se faz dentro da semelhança dos casos e não da identidade dos casos.

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Em face da tese jurídica que está posta em julgamento.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação negatória de paternidade proposta por Marcelo de Lima e Silva contra a sua filha Marcele de Lima e Silva, sob os seguintes fundamentos: é casado com Maria Antoniete de Lima e Silva desde 4 de junho de 1983; na constância do casamento, nasceu a ré no dia 12 de junho de 1985; feito o registro da menor, sua mulher lhe contou não ser a criança sua filha e sim de outro homem, de estado civil casado.

Não contestada a pretensão, a sentença de fls. 40/45 julgou extinto o processo sem conhecimento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

O decisório de 1º grau foi mantido pela Superior Instância, em Acórdão que se acha assim ementado:

“Contestação de paternidade legítima.

A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar, provando-se uma das condições previstas no art. 340, I e II, do Código Civil. Se o marido, ao contrário, coabitou com a mulher no período da concepção e veio até a registrar, como seu, o filho, a negatória da paternidade legítima torna-se juridicamente impossível, não bastando o adultério, nem a confissão da mulher para ilidir a presunção legal de legitimidade e excluir a paternidade (arts. 343 e 346)” (fls. 66).

Daí o presente recurso especial manifestado pelo autor com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo contitucional, alegando negativa de vigência do art. 340, nº I, do Código Civil, e dissenso interpretativo com os arestos estampados na Rev. dos Tribs. 618/169 e RTJ 78/534.

O eminente Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, conhece do apelo excepcional pela letra *c* e o provê, para, cassando as rr. decisões proferidas, ensejar a produção das provas. S. Exª deu ênfase, tal como o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, à proteção aos interesses do incapaz.

Peço vênia para divergir do brilhante voto prolatado pelo nobre Relator.

A ré, menor impúbere, nasceu na constância do casamento. Conforme acentuou a r. sentença, a presunção de legitimidade da filiação conduz à outra, à da paternidade: *pater is est quem justae nuptial demonstrant*. Não bastasse, o autor reconheceu-a como filha no assento de nascimento (fls. 6).

A presente ação esteia-se, portanto, na mera afirmativa da mãe da criança, de que esta é filha de um outro homem. Assim mesmo, deixa claro o autor na peça vertribular que somente ingressou com a demanda porque a sua esposa abandonou o lar conjugal para dirigir-se à casa de uma tia.

A meu sentir, incensuráveis afiguram-se os decisórios ora hostilizados pelo apelo extremo.

Segundo magistério de Orlando Gomes:

“A contestação da paternidade não é livre. Há de se processar em ação judicial sujeita a pressupostos de direito material taxativamente enumerados. Fora dos casos previstos textualmente, não cabe, devendo fundamentar-se:

a) na impossibilidade física de coabitação nos primeiros 121 dias ou mais dos 300 que houverem precedido ao nascimento do filho;

b) na separação legal;

c) na impotência absoluta.” (Direito de Família, p. 314, ed. 1988)

Ora, o demandante não esteia o seu pedido em qualquer desses fundamentos. Alega, no recurso especial, negativa de vigência do art. 340, nº I, do CC, que o Tribunal *a quo*, em verdade, cumpriu às inteiras. No caso em exame, a ação ou cabe nos termos da lei ou simplesmente não cabe, inexistindo o meio termo que busca o autor, a fim de que, durante a fase instrutória, possa demonstrar a alegada impossibilidade física pela realização do exame hematológico.

Fora das hipóteses acima arroladas, descabe a contestação da paternidade, consoante, aliás, bem evidenciou o Ministério Público Estadual em parecer que se encontra encartado às fls. 60/63 dos autos, *in verbis*:

“Na verdade, merece ser confirmada a sentença, que bem apreciou os fatos e a eles aplicou corretamente o direito.

A presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* é de direito, e só cede diante das exceções expressa e taxativamente enumeradas em lei, e que são: a) impossibilidade física de coabitação no período da concepção; b) separação legal; c) impotência absoluta.

Nem a confissão da mulher, nem o adultério comprovado ilidem a presunção, se ocorreu ou poderia ter ocorrido a coabitação também com o marido no período indicado.

Desconhecemos qualquer interpretação, doutrinária ou jurisprudencial, que abrande ou afaste essa presunção, salvo algumas decisões, assim mesmo raras e isoladas, pretendendo equiparar a separação de fato à legal, para esse fim, mas ainda aí quando comprovada a inexistência de coabitação com o marido, o que levaria a hipótese para a incidência da letra *a* acima (art. 340, I, II, do CC).

Ora, no caso, nada disso ocorreu e segundo o relato do próprio autor, houve certamente a coabitação no período da concepção, tanto que ele acreditou ser o pai e procedeu ao registro.

Só depois do registro e apenas a partir da confissão da esposa, sem outro elemento de convicção, é que teria tomado conhecimento do alegado adultério e conseqüente paternidade de outro.

O caso serve, de certo modo, para mostrar o acerto com que andou o legislador, pois se a mãe da menor, no período da possível concepção manteve relações adúlterinas, mas também as manteve com o marido, nem ela própria poderá afirmar com segurança de quem seria o sêmem que a fecundou.

Nem se pode afastar a hipótese de que o adultério sequer tenha existido, e a mulher o tenha inventado como forma de agredir moralmente o marido de quem se separava, ou ainda um eventual conluio entre os dois. Enfim, a presunção permanece íntegra e o autor, ora apelante, não tem realmente o direito de questionar a paternidade da menor, ré neste processo, inclusive porque nem ele pode ter a certeza quanto a ser ou não o pai, e seus desentendimentos com a mãe da criança não podem servir de motivo para repudiá-la.

O pedido, portanto, em tese, conflita com a lei e como tal se torna juridicamente impossível, ou, em outras palavras, ainda que o autor pudesse provar tudo o que alegou, nem assim seu pedido poderia ser acolhido, pois vedado pela letra expressa da lei” (fls. 61/63).

Bem expressiva ainda é a lição de Arnaldo Wald, para quem:

“A presunção de paternidade de filho concebido na constância do casamento (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), só pode ser derrubada em casos específicos (art. 341 e 342) não sendo admitida confissão em contrário da mulher (art. 346) ou prova do seu adultério (art. 343). O direito de negar paternidade pertence exclusivamente ao pai (art. 344) devendo ser exercido em dois meses a partir do nascimento se estava presente (art. 178, § 3º) ou em três meses a partir da data em que tomou conhecimento do nascimento se a este não esteve presente (art. 178, § 4º, I).

Para contestar a paternidade é preciso provar que o marido, nos primeiros 120 dias dos 300 que precederem o nascimen-

to do filho, não teve relações sexuais com a esposa. Tal prova pode ser feita quando os cônjuges estavam em lugares diversos, por exemplo em países diferentes, ou quando um deles estava preso, ou quando havia por parte do marido *impotentia coeundi ou generandi*, devendo a impotência ser absoluta” (Direito de Família, pág. 169, 8ª ed.)

Compartilham dessa opinião doutíssimos civilistas pátrios (Clóvis Beviláqua, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, pág. 780, 8ª tiragem; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. V, pág. 187, 5ª ed.; Sílvio Rodrigues, Direito Civil, Direito de Família, vol. VI, pág. 294, 15ª ed.; Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 2º vol., pág. 240, 17ª ed.; Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. 5, pág. 348, ed. 1934).

Nem se invoque, como motivo para excepcionar a disposição legal, a proteção aos interesses da menor, que, por sinal, não são nitidamente perceptíveis na espécie em julgamento. Basta lembrar que a criança figura, no presente feito, como ré e que, acaso admitida a viabilidade da demanda, poderá restar despojada do estado de que desfruta.

Por derradeiro, não vejo configurado o dissenso pretoriano. Ambos os paradigmas trazidos à colação pelo recorrente dizem com tema distinto do que trata a presente causa. Neles, em hipótese de adulterinidade *a matre*, restou admitida a ação de investigação de paternidade independentemente da prévia ação negatória pelo pai presumido.

Ante o exposto e rogando vênias ao ilustre Relator, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, inclinava-me por me pronunciar contrariamente ao d. entendimento que está a predominar, porquanto se me afigura digno de atenção o risco de se abalar o princípio consagrado no art. 340 do Código Civil. Este princípio pode, certamente, comportar algumas atenuações (como, por exemplo, no caso do pai que se sente atingido pela declaração da esposa e sinta necessidade de ir à Justiça, valendo-se de meios de prova apropriados a sua pretensão). Neste ponto, foi oportunamente salientado que determinados meios, hoje disponíveis, não eram sequer considerados pelo legislador de 1916.

Observo, porém, que o Tribunal não está admitindo que a confissão (ou que outro nome tenha) da mãe possa constituir-se na causa determinante do reconhecimento da filiação ou da paternidade, assunto de tal relevo jurídico que, parece escusado insistir, somente pelos meios próprios poderia merecer decisão.

Cuida-se, tão-somente, de assegurar o processamento da demanda.

Por isso, ponho-me de acordo.

Nestes termos, conheço do recurso.

VOTO — VISTA

O EXM^o SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Como decorre dos votos já proferidos, cuida-se de ação negatória de paternidade proposta por homem casado e que registrou como sua filha menor nascida de sua esposa, tendo todavia esta, posteriormente, abandonado o lar e dito que a criança era filha de outro. Em julgamento antecipado da lide, o magistrado considerou o demandante carecedor de ação, e tal sentença veio a ser mantida em Superior Instância. Manifestando o autor recurso especial, ao mesmo deu provimento o em. relator Min. Sálvio de Figueiredo, recordando a lição clássica de Lessona, para quem “todo o progresso da ciência jurídica, em matéria de provas, estaria em substituir a verdade ficta pela verdade real”. Em sentido contrário, em exegese ortodoxa das normas do Código Civil relativas à questão, máxime os artigos 340, I, 343 e 346, posicionou-se o em. Min. Barros Monteiro.

Ante as posições discordantes, impende tomar partido. Compreende-se o rigorismo das normas do Código de 1916: à época, o princípio do *pater est quem nuptiae demonstrant* havia de ser observado com rigor máximo, não só ante as realidades sociais imperantes e a moral vigente, como porque a negativa de paternidade, então inexistentes meios técnicos a comprová-la, somente poderia alicerçar-se em fatos evidentes, tais a impossibilidade física de coabitação, a separação **legal** dos cônjuges ou a impotência absoluta do marido, não sendo a presunção afastada sequer pelo adultério da mulher com quem o varão vivesse sob o mesmo teto, ou pela confissão materna. Outros são os tempos, já agora a confissão materna, aludida no artigo 346, podendo ser corroborada por exames genéticos de máxima precisão e incontestável credibilidade. Pode atualmente dizer-se que “não basta o adultério da mulher com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole”, mas que basta a confissão do adultério quando comprovada pelos

exames genéticos que a ciência moderna proporciona em auxílio do jurista. Em assim sendo, a ação negatória de paternidade não deve ser liminarmente afastada, sobrepondo-se assim a verdade formal à possível verdade real. Diga-se, aliás, que o artigo 340 do CC tem merecido do Pretório Excelso exegese não restritiva, admitida, *v.g.*, a investigação de paternidade quando a notória separação dos cônjuges era **de fato**, e não separação **legal** como previsto no inciso II do mesmo artigo. Dentre muitos, cito o acórdão no RE 89.286, *in* RTJ 92/330.

Em suma, acompanho o voto do eminente relator, rogando muita vênua ao em. Min. Barros Monteiro.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Eminente Ministro Athos Carneiro, gostaria de uma informação do Eminente Relator, mas já que V. Ex^a está com os autos, talvez possa prestá-la.

Quais os dispositivos dados como violados?

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Pelo relatório, o dispositivo dado como violado foi o art. 341 do Estatuto Civil e trazido à colação com aresto do STF, no RTJ nº 78/534, e aresto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no RT nº 618/19, do qual o ora Eminente Ministro-Relator também foi o relator naquela Corte.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: V. Exa. está admitindo como violado o art. 341?

O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: O Eminente Relator conheceu o recurso pelo dissídio e lhe deu provimento, e acompanho o voto do Eminente Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: E V. Ex^a, Ministro Sálvio de Figueiredo?

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Estou conhecendo pelo dissídio. Argumenta-se que a legislação de 1916 não poderia perdurar em face dos meios científicos e técnicos de que hoje dispõe a sociedade.

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Então V. Exa. não está recebendo pela alegada violação da lei, mas só pelo dissídio.

O EXMO. SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Pelo dissídio.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, nesta hipótese em que o Eminentíssimo Relator dá por configurado o dissídio, acompanho as suas razões.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.987 — RJ — (90.0008966-2) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: Marcelo de Lima e Silva. Recda.: Marcele de Lima e Silva. Advs.: Dr. Bruno Lara Resende e outros, Dr. Peralta C. H. (Curador especial) e outros.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, tendo participado do julgamento o Sr. Ministro Bueno de Souza, que se declarou ciente do relatório. Vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro. (4ª Turma — 04.06.91)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.117 — PR (Registro nº 90.9225-6)

Relator: *Sr. Min. Américo Luz*

Recte.: *Expresso Princesa dos Campos S/A*

Recdos.: *J. Araújo e Cia. Ltda. e Estado do Paraná*

Advs.: *Eduardo Rocha Virmond, Maurício Souza Bochnia e outros, José Manoel de Macedo Caron e Pedro Gordilho*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ATO JUDICIAL QUE DETERMINA O CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE.

Divergência com as Súmulas 267 e 268 — STF. Inocorrência.

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 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, 15 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Suficiente à compreensão da controvérsia é a parte expositiva do parecer exarado pelo Ministério Público Federal junto à Suprema Corte, da lavra da ilustre Procuradora da República Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues. Transcrevo-a (fls. 357/360):

“O Recurso Extraordinário é interposto com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, fazendo alegação de ofensa ao art. 153, § 3º, da Carta Magna, e de discrepância do julgado em relação às Súmulas 267 e 268 e aos arestos apontados a fls. 294/296.

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela recorrida J. ARAÚJO & CIA. LTDA. contra ato judicial, constituído por decisão prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, da Comarca de Curitiba, Paraná, que, em outro mandado de segurança este impetrado, pela mesma Recorrida, contra ato da Chefia dos Serviços de Transporte Comercial do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, que determinava a suspensão da execução de linha de transporte intermunicipal, ao fundamento de estar cumprindo mandado expedido pelo mesmo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, em carta de sentença extraída de mandado de segurança concedido em grau de apelação pelo E. Tribunal *a quo* e, por sua vez, impetrado pela ora Recorrente EXPRESSO PRINCESA

DOS CAMPOS S/A, contra ato do Diretor do mesmo Departamento de Estradas de Rodagem —, assim decidiu:

“Não conheço, assim, do pedido, dada ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, e **por considerar da responsabilidade deste juízo a prática do ato.**”

Para melhor compreensão, ordenem-se, cronologicamente, as medidas postuladas:

a) primeiramente, EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS S/A impetrou perante a MM. 17ª Vara Cível da Comarca de Curitiba, Paraná, o mandado de segurança que tinha por impetrado o Diretor do Departamento de Estradas de Rodagem (fls. 28/40 e autos apensos), concedido, em grau de apelação, “... para declarar que a preferência na exploração da linha Curitiba-Guarapuava, via Irati, é do expresso Princesa dos Campos...” (fls. 41/48 destes autos e 153/155 dos apensos respectivos), havendo sido negado seguimento ao Recurso Extraordinário interposto (fls. 296/297 do apenso);

b) depois, extraída carta de sentença para execução do *mandamus* referido na alínea anterior, foi distribuída à MM. 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, que, atendendo a requerimento da Impetrante, expediu mandado determinando ao Departamento de Estradas de Rodagem que fosse retirado da linha direta Guarapuava-Curitiba o EXPRESSO ESTRELA DO SUL, nome de fantasia de J. ARAÚJO & CIA. LTDA. (fls. 57/60 destes autos e 63/70 da Carta de Sentença entranhada nos autos apensos);

c) executada pelo Departamento de Estradas de Rodagem — através de sua Chefia do Departamento dos Serviços de Transporte Comercial — a ordem judicial, impetrou J. ARAÚJO & CIA. LTDA., então, mandado de segurança contra tal ato (fls. 2/11 dos autos apensos);

d) distribuído o mandado de segurança ao mesmo MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, houve por bem negar-lhe conhecimento, “... por considerar deste juízo a prática do ato” (fls. 45/49 dos autos apensos);

e) impetrou, por fim, J. ARAÚJO & CIA. LTDA. novo mandado de segurança, agora voltado contra o MM. Juízo

da 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, à consideração de haver o mesmo assumido a autoria do ato coator (petição inicial destes autos);

f) superado o percalço processual resultante de não ter sido desde logo chamado ao feito EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS S/A, na qualidade de litisconsorte passivo necessário — o que se deu com o provimento, por essa Excelsa Corte, de Recurso Extraordinário (fls. 210/221) —, foi afinal concedida a segurança postulada por J. ARAÚJO & CIA. LTDA. através do V. acórdão recorrido, que ostenta a seguinte ementa, a espelhar o julgado:

“Mandado de Segurança. Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos de execução de outra segurança. Ato judicial de execução que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação. Ordem concedida.” (fls. 271)

Tudo posto, afigura-se evidente que toda a discussão de mérito girou em torno da interpretação a ser conferida ao V. *decisum* do E. Tribunal *a quo* que deu causa a este processo, (fls. 41/48), já que, conforme a extensão que lhe fosse emprestada, existiria, ou não, excesso de execução e, por isso, ilegalidade, no ato judicial tido como coator, vindo a entender o V. Acórdão recorrido que houvera demasia.”

Na Suprema Corte, o eminente relator, Ministro Celso de Mello, pela decisão de fls. 367, tendo em vista tratar-se de hipótese de cabimento de recurso, e ainda o fato de que as Súmulas 267 e 268 possuem base normativa constitucional e legal, converteu, *ipso juri*, o recurso em extraordinário e especial, determinando a remessa do processado a este Tribunal para apreciação do último.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Ao denegar seguimento ao apelo extremo, o eminente Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Des. Alceu Machado, assim motivou sua decisão (fls. 314/315):

“Inconformado com o v. acórdão majoritário de fls. 271/279 (declarado pelo de fls. 286/288), que restou assim oficialmente ementado, *verbis*:

“Mandado de Segurança. Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos da execução de outra segurança. Ato judicial de execução, que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação. Ordem concedida”,

interpõe o Expresso Princesa dos Campos S/A com apoio nas alíneas *a* e *d* da norma constitucional permissiva, o tempestivo recurso extraordinário de fls. 290-298, no qual alega ofensa ao § 3º do artigo 153 da Constituição (coisa julgada), mais divergência com as Súmulas 267 e 268 da Suprema Corte, ambas as alegações baseadas no fato de que ficou demonstrado no processo que a recorrida impetrou mandado de segurança contra ato do Chefe do Serviço de Tráfego do DER (apenso 1), sendo que, uma vez indeferido, a recorrida impetrou a presente segurança contra ato do Dr. Juiz de Direito que, tomando para si a responsabilidade do ato praticado pelo Chefe do Serviço de Tráfego do DER (impugnado na Segurança contida no apenso que determinou do mandado de segurança concedido por este Tribunal (que se encontra no apenso 2), sem, todavia, ingressar com qualquer recurso contra a decisão daquela segurança (a do apenso 1), da qual caberia recurso, mas que, uma vez não utilizado este, transitou aquela em julgado, motivos pelos quais, diz a recorrente, teria a decisão impugnada divergido das Súmulas supracitadas e ofendido a coisa julgada.

À espécie não é de se aplicar o óbice do inciso VI do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, conforme anotou o Ministro Néri da Silveira em seu voto, a fls. 216.

O ato do Ar. Juiz de Direito, encampando o praticado pelo Chefe do Serviço de Tráfego do DER, como bem demonstrou a impugnação, a fls. 302-304, erigiu-se em ato novo e autônomo, passível de ser atacado através do remédio heróico, porque fora do âmbito do decidido no mandado de segurança contido no apenso 2. Por isso, não há falar em ofensa à coisa julgada, nem em divergência com as Súmulas indicadas pelo recorrente. E se inexistentes tais increpações, via de consequência, também não há falar em dissídio com decisões que as reconheceram.

Quanto à parte do excepcional que se dirige ao mérito (fls. 297-298), nada há para ser apreciado, de vez que nela não se

fez nenhuma alegação objetiva com vistas a demonstrar o cabimento do recurso, quer pela alínea *a*, quer pela alínea *d* (nela não se alegou ofensa à Constituição, negativa de vigência à lei federal ou dissídio, quer jurisprudencial, quer sumular).”

Do parecer exarado pelo Ministério Público Federal destaque (fls. 360/363):

“A *quaestio juris* ora trazida à apreciação dessa Excelsa Corte, todavia, quer sob o manto da alínea *a*, quer sob a alínea *d* da permissão constitucional, está fundada na questão preliminar prejudicial pertinente à alegação de desrespeito aos princípios consubstanciados nas Súmulas 267 e 268, que lembre-se, rezam:

“Súmula 267. Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.”

“Súmula 268. Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”

Eis, a propósito de tal tema, as razões essenciais do Recorrente:

“Efetivamente, ficou demonstrado no processo que J. ARAÚJO (tal fato é confirmado pela própria narração do pedido de mandado de segurança) impetrou mandado de segurança contra ato do Chefe do Serviço de Tráfego do DER. Depois deste indeferido, impetrou mandado de segurança contra ato do Senhor Juiz, que ordenara o cumprimento do mandado de segurança concedido pelo Tribunal de Justiça.

Não ingressou com nenhum recurso específico nem agravo, nem apelação, nem correição parcial, nem reclamação.

A decisão do Juiz, pois, transitou em julgado”.

O que responde o acórdão a respeito desta questão? A fls. 277:

Não se trata de mandado de segurança contra resultado de mandado de segurança, mas sim de mandado de segurança contra os excessos de execução de decisão proferida em outro *mandamus*.

Adiante:

A segurança obtida pela litisconsorte, a par do excesso que caracterizou sua execução, ficou sem objeto, visto que o ato cuja desconstituição se pleiteou (licença provisória) exau-

riu-se de *per se*, absorvida pelo prazo, vez com limite temporal.

O acórdão dos embargos de declaração, que diz “não faz ele por merecer êxito”, *data venia* das “eruditas razões”, se reporta à ementa do acórdão, em que se diz:

Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos de execução de outra segurança. Ato judicial de execução que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação.

O acórdão, pois, é confesso em que o mandato de segurança foi concedido contra o outro mandado de segurança. O pretexto de que seria para se corrigir os seus “excessos”, que não existiram nenhum, é simples desculpa.

É uma desculpa, porque o acórdão dá outra justificativa, ao dizer que seria a mesma linha (depois de ter dito que era outra linha), mas que o “o contrato de concessão provisória já não mais existia...”.

E onde está a resposta para o fato de que o postulante do mandado não ingressou com recurso contra a decisão do juiz que ordenou a execução do antigo mandado?

Onde está o recurso, onde está a resposta do acórdão?

Em pretextos mal alinhavados, *data venia*, em que se procura cobrir o sol com a peneira. Não houve recurso, e daí a decisão recorrida entrar em conflito com o acórdão do Supremo Tribunal que, por sua vez, dá a verdadeira compreensão, *mens legis* exegese das Súmulas 267 e 268, na hipótese de um mau entendedor.” (fls. 293/294)

Assim posta a questão, afigura-se insuscetível de conhecimento o apelo extremo.

É que a inconformação extraordinária está centrada na inexistência da interposição de recurso contra a decisão judicial que determinara a execução do julgado, ao Departamento de Estradas de Rodagem.

Ora, qual é essa decisão judicial que não foi atacada, via de recurso, e, por isso, teria transitado em julgado, impedindo o uso do mandado de segurança?

Ei-la, a fls. 68 da Carta de Sentença (entrenhada nos autos apensos, após o mandado de segurança impetrado contra o Chefe do Departamento dos Serviços de Transporte Comercial):

“Notifique-se a autoridade requerida, nos termos do douto parecer de fls. 63/65.”

Constitui, tal *decisum*, “ato judicial passível de recurso ou correição” e apto a obter “trânsito em julgado”?

Afigura-se correto responder negativamente a essa indagação, porque, ao ordenar a notificação da autoridade coatora, para cumprir o Acórdão exequendo, estava o MM. Juízo procesante, certamente, apenas prolatando despacho de mero expediente. E dispõe o art. 504 do Código de Processo Civil:

“Dos despachos de mero expediente não cabe recurso.”

Ademais, o exame dos autos apensos permite também verificar que o Recorrido — contra quem, em última análise, estava sendo executado o Acórdão exequendo — não havia sido chamado a integrar o processo de execução contido na Carta de Sentença, sendo, por isso, demasiado que se lhe exigisse a interposição de recurso, se não integrava a relação jurídico-processual, resultando, assim, jurídico seu procedimento de se insurgir contra ato excessivo praticado pela autoridade administrativa e, subsidiariamente, pela autoridade judicial, dada a assunção da autoria.

Considere-se, ainda, que essa suprema Corte tem admitido temperamento à aplicação da Súmula 267 (RTJ 70/504, 72/743, 84/1.071), em casos — como o destes autos — nos quais o mandado de segurança é o único remédio apto à pronta defesa contra ato judicial.

Por fim, tratando-se de despacho de mero expediente, não produz preclusão ou coisa julgada, razão por que impossíveis seriam o dissídio com a Súmula 268”...

Por incurrer o alegado dissídio com as citadas súmulas, acolho o pronunciamento supra e não conheço do recurso, determinando o retorno dos autos à Suprema Corte.

É como voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, pedi vista dos autos para afastar dúvida acerca do exato conteúdo do v. acórdão que se acha em fase de execução.

Dissipada essa dúvida, trago o meu voto.

Havendo verificado que o v. acórdão exequendo, na verdade, se limitou a assegurar preferência à impetrante para exploração da nova linha de ônibus, sem ter em qualquer momento, determinado o cancelamento de concessão ou permissão de linha da espécie, desenganadamente, não podia o MM. Juiz expedir ordem de cancelamento.

A execução, assim, exorbitou os lindes traçados pela v. decisão exequenda, não podendo prevalecer.

A segurança foi concedida corretamente.

Não conheço do recurso, acompanhando, para isso, o voto do eminente Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, divirjo desta vez de V. Ex^a, e o faço porque a concessão da liminar no segundo mandado de segurança, para impedir a execução do primeiro, em verdade frustrou o direito já deferido no primeiro mandado de segurança, o que estabeleceu o direito de preferência, e o fez após terem caducado as duas concessões intermediárias. Se essas concessões remanescessem, não teria dúvida em acompanhá-lo, mas segundo depreendi do relatório, inclusive da exposição que fez o nobre advogado da tribuna, as concessões haviam se extinguido, não sei por que razão. Já não remanesciam as duas concessões de trechos intermediários.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: A segurança foi impetrada exclusivamente porque o Tribunal reconheceu o direito de preferência, e o Juiz, ao invés de comunicar ao Departamento de Estradas de Rodagem tão-somente essa conclusão, determinou que o DNER extinguisse as linhas que foram concedidas à outra empresa, embora disso não tenha cuidado o mandado de segurança. O acórdão não trata dessa matéria. Foi neste ponto que o Tribunal do Paraná entendeu exorbitante o ato de execução.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Pelo que entendi da tribuna, concedida a segurança, a ordem do Juiz teria sido dirigida ao Estado, que outorga a concessão, mas precisamente à autoridade concedente, a qual expedira, então, ato assegurando a preferência à Impetrante/Recorrente, contra o qual se pleiteou a concessão do segundo mandado de segurança e, volto a repetir, se as concessões primeiras dos trechos intermediários ainda estivessem em curso, muito bem, seria

de deferir-se o *writ*. Mas elas já não estavam vigendo mais, porque essas duas concessões, seja por fas, ou por nefas, já não existiam. Foi isso que ficou assentado da tribuna pelo nobre advogado.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: O eminente Ministro Peçanha Martins pediria vista para esclarecimento?

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Acho melhor.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Não. Estou suficientemente esclarecido e, por isso, divirjo, *data venia* da conclusão do voto de V. Exa.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: V. Exa. poderia reexaminar o voto para verificar que toda a controvérsia vem em torno de um segundo mandado de segurança impetrado contra despacho de mero expediente.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Veja V. Ex^a que sequer fiz voto escrito, porque, na verdade, só queria esclarecer esse problema da preferência. Esclareci e trouxe meu pensamento.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sim, e positivou tal fato. A autoridade reconheceu a preferência. E a consequência seria a cassação da linha, ou então não havia preferência...

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Mas a decisão do Tribunal não foi no sentido que V. Ex^a está presumindo ter sido. Competia ao Juiz apenas mandar cumprir o acórdão, e contra esse despacho foi impetrado um segundo mandado de segurança. Por isso é que não estou conhecendo.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: V. Ex^a não está conhecendo?

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Não estou conhecendo, porque contra despacho de mero expediente não cabe mandado de segurança. A questão já estava decidida.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Agradeço a V. Ex^a a intervenção e, no particular, com este esclarecimento, poderia estar de acordo com V. Ex^a, mas, no mérito, o que mais me impressionou foi a afirmação de que teria havido excesso de execução.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Caso V. Exa. não tenha apreendido essa implicação, *data venia*, aconselharia que pedisse vista dos autos.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Veja só, Eminente Relator, tendo o Eminente Ministro ILMAR GALVÃO declarado que divergira no particular da preferência e que o juiz tenha cometido ex-

cesso na execução do julgado, tendo sido o mandado de segurança requerido contra tal despacho, equívoco foi meu também; estou de acordo com V. Ex^a. Agora vou mais além e — para explicação ao eminente Ministro ILMAR GALVÃO — digo que entendia já inexistentes as duas vias, e o ato inclusive que deve ter cassado as duas linhas deve ter sido da autoridade, porque, se o despacho era de mero expediente, foi apenas de cumprimento, na linha de ordem do acórdão. Mas a consequência desse ato, sem dúvida, teria de ser o cancelamento dessas duas linhas secundárias.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Há um outro fator...

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: O despacho do Juiz contra o qual o mandado foi requerido foi exatamente “cumpra-se”? Foi contra o cumprimento do acórdão? A não ser assim que o segundo mandado de segurança tivesse sido interposto contra ato administrativo.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Não.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Não, o segundo foi contra ato do Juiz.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Se foi contra o ato do Juiz, não tenho dúvida. Estou em desacordo com V. Exa.

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Eu concluí o meu voto assim:

“Por inoquer o alegado... à Suprema Corte.”

Quer dizer, vão os autos à Suprema Corte, para encerrar o processo, porque há recurso extraordinário simultâneo.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Agradeço o esclarecimento de V. Ex^a. Meu propósito foi exatamente o de, aproveitando o voto do Ministro ILMAR GALVÃO, esclarecer esses aspectos de fato.

Pelo voto do Ministro ILMAR GALVÃO, entendia que o juiz tivesse, ele próprio, determinado que se fizesse isso ou aquilo no seu despacho.

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Foi o que aconteceu. O juiz, ao invés de mandar cumprir somente o acórdão, mandou cancelar as linhas.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Mandou ou não? Foi de mero expediente ou não?

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: É melhor V. Ex^a pedir vista...

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Não precisa pedir vista. Ele já se convenceu de que o mandado de segurança foi impetrado contra ato judicial de mero expediente, porque não cumprira ao juiz outra coisa senão mandar notificar à autoridade o resultado do julgamento pelo Tribunal.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, vou pedir vista dos autos para esclarecer em definitivo, embora já adiantando no mérito essas minhas opiniões, que irei ratificar.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Para exata compreensão da controvérsia, faz-se necessário transcrever o voto do ilustre Relator na Apelação no Mandado de Segurança nº 30/78-PR, interposto por Expresso Princesa dos Campos S.A.:

“A preferência, na forma dos dispositivos mencionados é do Expresso Princesa dos Campos S/A para linha direta entre Guarapuava-Curitiba, via Irati, com proibição de apanhar passageiros do Expresso Estrela do Sul nesse trecho por ter esta empresa direito à exploração da linha Curitiba-Irati, Irati-Guarapuava, fazendo o Expresso Princesa dos Campos S.A. o trajeto direto Guarapuava-Curitiba, via Irati, devendo esta empresa manter o serviço Curitiba-Guarapuava, via Ponta-Grossa com a manutenção desse itinerário para assistência aos habitantes das localidades abrangidas por essa linha.

É certo, assim, que o Expresso Estrela do Sul tem duas linhas distintas, tais sejam, Curitiba-Irati e Irati-Guarapuava, sendo os passageiros das localidades abrangidas por essa linha preferenciais das mesmas em relação à empresa Princesa dos Campos que faz o trajeto direto Curitiba-Guarapuava, via Irati.

Acordam os Juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para declarar que a preferência na exploração da linha Curitiba-Guarapuava, via Irati, é do Expresso Princesa dos Campos, conforme foi exposto, embora já vencida a licença provisória concedida ao Expresso Estrela do Sul. Honorários de advogado na base de 10% sobre o valor do pedido, além das custas judiciais” (fls. 46/47, dos autos).

Deferida a segurança nos termos do voto e acórdão proferido no MS nº 30/78-PR, foi requerida execução provisória do *mandamus* medi-

ante Carta de Sentença distribuída à 3ª Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas, tendo o MM. Juiz, após ouvida do Dr. Curador, determinado:

“Notifique-se a autoridade requerida, nos termos do douto parecer de fls. 63/65.” (fl. 45)

Diga-se, de logo, que o *writ* foi requerido contra ato do Diretor do DER.

De outro lado, o que recomendava o parecer do Ilmo. Sr. Curador? O fiel cumprimento do v. acórdão. Vale notar que, no próprio acórdão exequendo se declarava que “já vencida a licença provisória concedida ao Expresso Estrela do Sul”.

Recebida a notificação do MM. Juiz de Direito, o Diretor do DER determinou a cassação das concessões ou “licença provisória”. Contra tal decisão administrativa, J. Araújo e Cia. Ltda., cujo nome de fantasia é Expresso Estrela do Sul, interpôs o MS nº 30/78-PR, indeferido pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública “por considerar da responsabilidade deste Juízo a prática do ato” (fls. 48/49 dos autos apensos).

Impetrou, então, J. Araújo e Cia. Ltda., novo mandado de segurança contra o despacho do MM. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, sendo, afinal, concedida a segurança através do v. acórdão recorrido, cuja ementa assim declara:

“Mandado de Segurança. Viabilidade do remédio constitucional para corrigir os excessos de execução de outra segurança. Ato judicial de execução, que, por seu turno, poderia acarretar danos de difícil e incerta reparação. Ordem concedida.” (fl. 271)

Irresignada com o v. acórdão, Expresso Princesa dos Campos S/A interpôs recurso extraordinário para o STF ao argumento de que foram violadas as Súmulas 267 e 268 do Pretório Excelso, tendo o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, determinado a conversão, *ipso jure*, do recurso em extraordinário e especial, mandando os autos a este Tribunal para exame da matéria infraconstitucional.

Sorteado Relator, o eminente Ministro Américo Luz emitiu voto concluindo pela não incidência das Súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal, isto porque o despacho do Exmo. Sr. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública seria de mero expediente, pelo que contra ele não caberia recurso (art. 504 do CPC), restando, portanto, o remédio constituicional. Além disso, tratando-se de despacho de mero expediente,

não produziria preclusão ou coisa julgada, pelo que não se configuraria o dissídio com a Súmula 268.

Data maxima venia do eminente Relator, o despacho impugnado não é de mero expediente; é uma decisão e corresponde ao comando judicial imprescindível à execução do julgado. E mais: não se trata de decisão exorbitante. O parecer do ilustre Curador, de cujo teor o MM. Juiz, no seu despacho, manda notificar a autoridade coatora, enfatiza a recomendação contida no voto do Relator quanto à concessão das linhas intermediárias, embora o próprio acórdão ressalte que “já vencida a licença provisória concedida ao Expresso Estrela do Sul” (fls. 46/47 dos autos).

Vera decisão, contra ela deveria ser oposta reclamação. Não o fazendo o Impetrante, operou-se a preclusão, incidindo, *permissa venia*, as Súmulas 267 e 268 do STF. A admissibilidade do remédio heróico contra decisão judicial vem sendo admitida na jurisprudência do STJ e do STF com as cautelas e restrições recomendáveis à preservação do próprio instituto jurídico e das normas processuais. É que mandado de segurança não é recurso nem sucedâneo de ação rescisória. No caso dos autos, *data maxima venia*, não verifiquei excessos na execução do primeiro *mandamus*. Demais disso, se cassadas as concessões intermediárias ou licença pelo órgão público concedente, o ato administrativo foi por ele praticado em decorrência da lei e da preferência decretada pelo v. acórdão executado. O fato de ter sido praticado o ato por força de decisão judicial, não muda a autoria ou transfere legitimidade processual. O indeferimento, pelo MM. Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública, do segundo mandado de segurança, ao argumento de que o ato fora praticado por determinação sua, *data maxima venia*, não o transforma em autoridade administrativa nem elimina a responsabilidade e a legitimação passiva do preposto do Estado. O ato administrativo foi praticado pelo DER-PR e o seu Diretor era o legitimado para responder por ele no pólo passivo da relação processual.

A decisão prolatada pelo MM. Juiz, mandando notificar a autoridade do *mandamus*, nos termos exatos do parecer do Ilmo. Sr. Curador, não desbordou do comando do *decisum*.

Assim entendendo, conheço do recurso e lhe dou provimento para denegar a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.117 — PR — (90.9225-6) — Rel.: Min. Américo Luz. Rec-te.: Expresso Princesa dos Campos S/A. Recdos.: J. Araújo e Cia. Ltda.

e Estado do Paraná. Advs.: Eduardo Rocha Virmond, Maurício Souza Bochnia e outros, José Manoel de Macedo Caron e Pedro Gordilho.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Américo Luz), não conhecendo do recurso e determinando o retorno dos autos à Suprema Corte, pediu vista o Sr. Ministro Ilmar Galvão. Aguardam os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.” (2ª Turma — 06.05.91).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ilmar Galvão não conhecendo do recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, pediu vista o Sr. Ministro Peçanha Martins.” (2ª Turma — 08.05.91).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Peçanha Martins, a Turma, por maioria, vencido Sua Excelência, não conheceu do recurso.” (2ª Turma — 15.05.91).

Sustentaram, oralmente, os Drs. Pedro Gordilho, pelo recorrente, Maurício Bochnia, pelo 1º recorrido, e Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Subprocurador-Geral da República.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ilmar Galvão, Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.280 — RJ
(Registro nº 90.0009589-1)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Wilson dos Santos — Espólio — e outros*

Recorridos: *Wilson Antônio Dorneles e outro*

Advogados: *Drs. Esmelinda de Oliveira Madeiros e outro e Drs. Arethusa Figueiredo H. S. de Aguiar e outros*

EMENTA: Ação de investigação de paternidade. Falecido o que se pretende seja pai, como réus deverão figurar os herdeiros e não o espólio.

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 do espólio e lhe dar provimento e não conhecer do recurso especial dos herdeiros, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Trata-se de ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança ajuizada por Wilson Dorneles e outro, contra espólio de Wilson Santos e seus herdeiros.

Julgou-se procedente a ação, mantida a sentença em grau de apelação. Havendo voto vencido, foram manifestados embargos infringentes, decidindo-se pela inclusão dos herdeiros.

As partes recorreram extraordinariamente. O espólio sustentou que violado o art. 363 do Código Civil, dado que o acórdão recorrido teve-o como parte legítima para a investigatória. Os herdeiros alegaram que afrontados os arts. 125, I, e 267, § 3º, do CPC.

O Ministério Público opinou não fosse provido o recurso, reconhecendo a legitimidade do espólio, por compreender a demanda petição de herança.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ação de investigação de paternidade.

Falecido o que se pretende seja pai, como réus deverão figurar os herdeiros e não o espólio.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Três os recursos extraordinários apresentados. O primeiro deles, pelo espólio de Wilson dos San-

tos, contra a parte unânime do julgado (fls. 333/334). Este recurso foi inadmitido e o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, do Supremo Tribunal Federal, negou-lhe seguimento, salientando que o tema constitucional não foi prequestionado e, quanto às questões infraconstitucionais, verificou-se a preclusão.

Dele, por conseguinte, não há mais cogitar.

O segundo recurso do espólio impugna a decisão tomada no julgamento dos embargos infringentes. Alega que houve violação do disposto no artigo 363 do Código Civil, na medida em que se reconheceu o recorrente como parte legítima para a ação de investigação de paternidade.

Nesse passo, considero que tem razão. A ação de investigação de paternidade terá como réu aquele que se pretende seja o pai ou seus herdeiros. Não há pedido em relação ao espólio.

O Ministério Público entendeu que, cumulando-se petição de herança, justificava-se o chamamento do espólio. Assim não entendo. O que pleiteiam os autores é o reconhecimento da paternidade e, em consequência, figurar como co-herdeiros. A pretensão é opinável aos demais herdeiros, não havendo nada que pudesse ser atendido pelo espólio. Esse, enquanto universalidade, não é atingido pela decisão. Os herdeiros é que o são. Merece esse recurso ser provido.

O terceiro recurso foi interposto pelos herdeiros. Alegam contrariedade dos artigos 125, I, e 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

O primeiro dispositivo citado determina deva o juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”. De nenhum modo verificou-se violação dessa norma nem esclarecem os recorrentes em que teria consistido.

O § 3º do artigo 267 faculta ao juiz conhecimento de ofício de determinadas matérias, o que o acórdão também não negou.

Em vista do exposto, dou provimento ao recurso do espólio, interposto contra o acórdão que julgou os embargos infringentes, para excluí-lo do processo. A seu patrono os autores pagarão honorários, que arbitro em cinquenta mil cruzeiros, arcando eles com um quarto das despesas processuais.

Não conheço do recurso dos herdeiros.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.280 — RJ — (90.0009589-1) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Wilson dos Santos — Espólio — e outros. Recdos.: Wilson

Antônio Dorneles e outro. Advs.: Drs. Esmelinda de Oliveira Madeiros e outro e Arethusa Figueiredo H. S. de Aguiar e outros.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial do espólio e lhe deu provimento e não conheceu do recurso especial dos herdeiros.” (3ª Turma — 22.10.91)

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 5.331 — RJ

(Registro nº 90.0009739-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE*

Recorrida: *União Federal*

Advogados: *Drs. Dalva Aparecida Paschoa Mendonça e outros*

EMENTA: IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO — MERCADORIA IMPORTADA PELA UNIÃO — IMPOSSIBILIDADE DE SE RESPONSABILIZAR O TRANSPORTADOR.

O transportador não pode ser responsabilizado por tributo, em caso de avaria ou falta de mercadorias, se a importação foi isenta.

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 maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE, fundada no artigo 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial contra acórdão do E. TRF da 2ª Região, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO — IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO — RESPONSABILIDADE — TRANSPORTADOR — AVARIA.

Avaria de trigo a granel, em início de fermentação. Inexiste prova nos autos de que se trata de vício próprio da mercadoria.

O artigo 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, prevê a incidência do tributo, mesmo quando a importação foi beneficiada pela isenção.

Agravo retido não conhecido.

Recurso improvido.”

Alega negativa de vigência aos artigos 99, 175 e 176, do CTN, 60 e 94 do Decreto-lei nº 37/66, 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, bem como divergência jurisprudencial com acórdãos do extinto TFR que traz à colação.

Sustenta, em síntese, que no caso de importação isenta de tributos, havendo avaria ou extravio de mercadorias não há que se falar em responsabilidade do transportador, porque nada haveria a indenizar.

Aduz que o Decreto 63.431/68, aplicado ao caso pelo v. acórdão hostilizado, foi criado em regulamentação ao Decreto-lei nº 37/66 e qualquer dispositivo que contrarie o diploma a que pretendeu regular é extrapolativo (fls. 202/216).

Admitido o recurso (fls. 221), subiram os autos a este C. Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo desproviamento do recurso (fls. 225/228).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente — A Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE, transportou de Rouen-França para o Porto de Vitória-ES, uma carga de trigo a granel, importada pela União, com isenção fiscal. Na descarga constatou-se avaria e perda de parte da carga (397.200 Kg).

Estabeleceu o artigo 60 do Decreto-lei 37, de 18 de novembro de 1966, que:

“Considerar-se-á, para efeitos fiscais:

I — Dano ou avaria — qualquer prejuízo que sofrer a mercadoria ou seu envoltório;

II — Extravio — toda e qualquer falta de mercadoria;

Parágrafo Único — O dano ou avaria e o extravio serão apenados em processo na forma e condições que prescrever o regulamento, cabendo ao responsável, assim reconhecido pela autoridade aduaneira, indenizar a Fazenda Nacional do valor dos tributos que, em consequência, deixarem de ser recolhidos.”

Como se vê, o responsável por dano ou avaria só deverá indenizar a Fazenda Nacional pelos tributos que esta deixou de receber, em consequência dos danos ou avaria. Ora, no caso concreto, toda a carga de trigo a granel foi importada pela própria União, e esta, isenta, não cobra tributo dela própria. Se a União não pagou nenhum tributo da carga de trigo por ela importada e não seria também tributada a parte avariada, e se ela não teve nenhum prejuízo por falta de recolhimento de qualquer tributo sobre o trigo francês, não se pode cobrar do transportador o imposto de importação, ao qual não se sujeitou a União, por ser isenta. O transportador não pode ser responsabilizado por tributo, em caso de avaria ou falta de mercadorias, se a importação foi isenta. Neste sentido são os precedentes do TFR nas Apelações Cíveis nºs 102.168-SP, DJ de 09.04.87; 84.578-RJ, DJ de 14.08.88; 56.454-RJ, DJ de 13.11.80; 89.902-BA, DJ de 05.12.88, Recurso *Ex officio* nº 91.281-SP, DJ de 17.04.86, Embargos Infringentes na AC nº 90.419-RJ, DJ de 16.12.88 e AC nº 119.957-RJ, DJ de 14.11.88.

O artigo 30, § 3º, do Decreto nº 63.431/68, extrapolou a norma regulamentada (Dec.-lei 37/66, art. 60) e não pode prevalecer sobre esta, porque contra esta não tem qualquer eficácia.

Conheço do recurso pelas letras *a* e *c* e dou-lhe provimento para anular o crédito tributário concernente à avaria objeto desta ação, de-

terminar a devolução do depósito e condenar a União nas custas antecipadas e nos honorários de advogado de 10% (dez por cento) sobre a importância cobrada da autora como tributo pela avaria.

VOTO — VISTA (VENCIDO)

O EXM^o SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: O presente feito cuida da internação de mercadoria importada do exterior, sob a égide da isenção tributária.

Ocorre que, quando da aferição, na aduana, houve a constatação que a mercadoria — trigo em grão — achava-se afetada pela fermentação, não mais sendo própria para o consumo.

Razão de tal fato, o fisco houve por bem em responsabilizar o transportador pelo **extravio** de mercadoria e, de conseqüência, exigir-lhe o imposto como se devido fora.

Em síntese, esta a questão.

Da ótica do Ministro Garcia Vieira, a exigência tributária não tem razão de ser, porquanto ao transportador não se pode impingir a responsabilidade pela deterioração da mercadoria perecível.

Cumprе ressaltar que ao intérprete não cumprе distinguir onde a lei não distingue. Assim, se a lei fala em extravio, e em tal *nomens juris* enquadra-se a deterioração de mercadoria, cumprе seguir o preceito legal.

A jurisprudência sempre vem se mantendo firme no sentido de que, verificado o extravio, onde não se caracteriza ação ou omissão dolosa do transportador, este responde tão-somente pelos impostos, afastando-se a imposição pecuniária (multa ou equivalente).

Neste sentido temos enormidade de precedentes do extinto TFR, dos quais apraz-me nomear as AACC nº 46.859-RS e 78.652-RJ, das quais fui relator, tendo a extinta Quinta Turma, à unanimidade, prestigiado a opinião que ora expresso neste voto.

Diante do exposto, entendendo que o transportador se responsabiliza pela mercadoria sob sua guarda, enquanto em deslocamento e sob a tutela de um contrato, deve também se responsabilizar perante o fisco, (como bem faz ver o parecer da douta SGR), a fim de se evitar a fraude cambial, é que nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, peço vênia a V. Exa. para acompanhar o Ministro Garcia Vieira porque, se o transportador, na hipótese, seria responsável pelo pagamento do imposto e, se não há imposto a ser pago devido à imunidade da União, parece-me que a questão seria óbvia: se não há dano, não há responsabilidade.

A lei faz uma diferença quando na hipótese em que haja extravio, porque, no extravio, há a possibilidade de que alguém tenha se apropriado da mercadoria sem pagar imposto. Nesta hipótese é que haveria sentido em se cobrar alguma coisa, porque alguém, que não é isento, estaria com essa mercadoria. Mas, quando houve simples dano da mercadoria que está presente e conferida pelo destinatário, parece-me que não faz sentido a cobrança.

VOTO — VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pedi vista no presente processo, que trata da responsabilidade do transportador pelos tributos devidos à Fazenda Nacional em caso de dano ou avaria ou extravio de mercadoria (Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, artigo 60, parágrafo único).

Contudo, examinando melhor a questão, verifiquei ser de toda acertada a posição do eminente Relator, inclusive já acatada anteriormente por este órgão, no Recurso Especial nº 10.901-RJ (registro 91.9069-7), improvido à unanimidade por esta Primeira Turma, do mesmo Ministro GARCIA VIEIRA.

De fato, cuidando-se de mercadorias amparadas pelo regime isencional, mesmo havendo avaria ou extravio, não há o que indenizar, já que o Fisco nada receberia como receita tributária.

Assim, acompanho o ilustre Ministro Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.331 — RJ — (90.0009739-8) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Vale do Rio Doce Navegação S/A — DOCENAVE.

Recda.: União Federal. Advs.: Dalva Aparecida Paschoa Mendonça e outros.

1ª Decisão: Após o voto do Exmº Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso, pediu vista o Exmº Sr. Ministro Pedro Acioli. Aguarda o Exmº Sr. Ministro Geraldo Sobral. (1ª Turma: 22.05.91).

2ª Decisão: Após o voto do Exmº Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista o Exmº Sr. Ministro Pedro Acioli que lhe negava provimento, seguido pelo Ministro Gomes de Barros, que acompanhava o Relator, dando provimento. Após, pediu vista o Exmº Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. (1ª Turma — 02.09.91)

3ª Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencido o Exmº Sr. Ministro Pedro Acioli que lhe negava provimento. (1ª Turma — 11.09.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.453 — MS

(Registro nº 90.0010144-1)

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

Recte.: *José Antonio de Lima*

Recdo.: *Banco Brasileiro de Descontos S/A*

Advogados: *Drs. José Couto Vieira Pontes e outros e Sílvio de Jesus Garcia e outros*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO SUFICIENTE DE DECISÃO RECORRIDA INATINGIDO.

I — Ileso tendo ficado fundamento bastante da decisão impugnada, inviável mostra-se o recurso.

II — Apelo especial não conhecido.

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, 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, 06 de novembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação de consignação em pagamento sobre crédito rural.

A sentença de 1ª instância extinguiu o processo em face da decadência do direito à anistia da correção monetária sob o fundamento de que o depósito despacho da petição inicial da consignatária fora prolatado após o prazo estabelecido pelo art. 47, § 3º, inc. I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (fls. 277/279).

A decisão monocrática veio a ser confirmada pela Segunda Turma Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul em aresto assim ementado:

“DECADÊNCIA DO DIREITO À ANISTIA — APLICAÇÃO DO ART. 219, PARÁGRAFO PRIMEIRO, DO CPC — DESPACHO JUDICIAL ALÉM DO PRAZO — CORREÇÃO MONETÁRIA EM CRÉDITO RURAL — LEGALIDADE DA SUA INCIDÊNCIA — SENTENÇA MANTIDA.

O art. 219, parágrafo primeiro, do CPC, pode, perfeitamente, ser aproveitado nas hipóteses de decadência do direito à anistia.

A legalidade da incidência da correção monetária em créditos rurais vem se tornando pacífica, sobretudo em face da letra do art. 47 do ADCT.” (Fl. 332)

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 5º, II, da Lei Fundamental da República, bem como à Lei nº 4.829/65,

ao Decreto-lei nº 167 e, ainda, às Leis nºs 4.380/84, 4.686/65, 5.455/68, 5.670/71 e 6.899/81, além de dissídio jurisprudencial (fls. 335/343).

Pelo despacho de fls. 388/399, foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): Consoante vimos do aresto recorrido, este fundamentou-se, essencialmente, na decadência do direito à anistia da correção monetária do crédito rural, por ter o despacho na inicial da ação de consignação em pagamento sido prolatado após o prazo de 90 dias estipulado pelo art. 47, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Verifico que o recurso especial em petição-padrão xerocopiada limita-se, exclusivamente, a alegar que em crédito rural não incide correção monetária, sem, no entanto, atacar o fundamento básico da decisão, ou seja, a decadência.

Aliás, elucidativo é o aresto quando refere que a correção monetária em crédito rural não é questão a ser discutida em face da decadência.

Dele destaco as seguintes considerações:

“... no caso em tela, ocorreu a decadência do direito à anistia. É perfeitamente possível aplicar-se o disposto no artigo 219, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil, às hipóteses de decadência.

No caso, a consignatória foi ajuizada no dia 03.01.89, último dia do prazo para o benefício constitucional, mas o despacho que ordenou a citação foi exarado no dia seguinte, ou seja, 04.01.89, não interrompendo o prazo decadencial.

Em face do exposto, despicienda se torna a discussão sobre a legalidade ou ilegalidade da correção monetária nos créditos rurais.” (Fl. 330).

À vista, portanto, desse argumento suficiente — decadência —, que não foi atacado na petição de recurso especial, tenho como inviável a irresignação.

Devo ressaltar que esse entendimento já recebeu o *placet* da Suprema Corte, conforme se infere do RE nº 109.092, relatado pelo eminente Ministro FRANCISCO REZEK, em aresto assim ementado:

“Recurso extraordinário. Argumento suficiente, no acórdão sem censura.

É inviável o extraordinário se há argumento suficiente para manter a decisão impugnada, que escapou à censura do apelo extremo.”

Acrescento, outrossim, que — e somente para argumentar —, mesmo que se pudesse ultrapassar tal obstáculo, a jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de ser cabível correção monetária em cédula de crédito rural pignoratício (Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1.124 e REsp nº 2.122, relatados pelos eminentes Ministros BARROS MONTEIRO e SÁLVIO DE FIGUEIREDO, respectivamente).

E, ainda, o REsp nº 4.373, por mim relatado.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.453 — MS — (90.0010144-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: José Antônio de Lima. Recdo.: Banco Brasileiro de Descontos S/A. Advs.: Drs. José Couto Vieira Pontes e outros e Sílvio de Jesus Garcia e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma: 06.11.90).

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 5.567 — SP (Registro nº 90.0010436-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Marina Rodrigues e outros*

Advogados: *Drs. Tânia Graça Campi Maluf e Antônio Roberto Sandoval Filho*

EMENTA: PRESCRIÇÃO — PONTOS DE EVOLUÇÃO FUNCIONAL DEFERIDOS PELA L.C. 180/78 DO ESTADO DE SÃO PAULO — ENQUADRAMENTO NA L.C. 247/81 — DECRETO FEDERAL 20.910/32.

Não há vulneração ao art. 1º do Decreto 20.910/32 em decisão que rejeita argüição de prescrição, para julgar procedente pedido de reenquadramento funcional, assegurado pela legislação estadual, inexistente ato de indeferimento administrativo.

Recurso que não se conhece também pela alínea c. Paradigmas indicados originários do mesmo Tribunal da decisão recorrida. Súmula 13 do STJ.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Marina Rodrigues e outros propuseram ação ordinária contra o Estado de São Paulo, objetivando restituição de pontos de evolução funcional, deferidos na vigência da Lei Complementar estadual 180/78, e revisão de enquadramento, seguida de expedição e publicação das respectivas apostilas, assim como o pagamento de diferenças pecuniárias, não atingidas pela prescrição quinquenal, nos termos das Leis Complementares 247/81 e 318/83 e do Despacho Normativo, de 25-04-84, exarado pelo Governador do Estado.

A r. sentença (fls. 427-431), acolhendo argüição de prescrição deduzida pela Ré em contestação, decretou a extinção do processo, com apoio no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

À apelação dos autores seguiu-se impugnação da Fazenda Estadual referente à fixação da verba honorária.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão de sua Quarta Câmara Civil, à unanimidade, proveu o apelo dos autores para declarar a procedência do pedido, julgando prejudicado o recurso interposto pela Fazenda Pública (fls. 609/611).

A essa decisão manifesta o Estado de São Paulo recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): Discute-se, neste recurso especial, a incidência do art. 1º do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública. Questiona-se o alcance do preceito: atinge o direito de pleitear judicialmente vantagem decorrente de relação jurídica estatutária? Ou alcança apenas seus efeitos patrimoniais na forma do art. 3º do mencionado diploma federal?

Observe-se que a questão já mereceu amplo e detido exame desta Colenda Primeira Turma, que em casos semelhantes (REsp 2.806 e REsp 7.533 — Relator o eminente Ministro Garcia Vieira), assim dirimiu a controvérsia:

“CONSTITUCIONAL — ADMINISTRATIVO — REVISÃO DE ENQUADRAMENTO — PRESCRIÇÃO.

Não é passível de censura o v. acórdão recorrido ao consignar a prescrição relativa ao enquadramento dos cargos e funções — atividades dos autores nas referências numéricas das escalas de vencimentos criadas pela Lei Complementar nº 247, de 06 de abril de 1981, que, entanto, não engloba o pedido de restituição dos pontos desconsiderados e o conseqüente enquadramento a partir da vigência da Lei Complementar nº 318/83.

Recurso a que se nega provimento por unanimidade.”

“PROCESSUAL — PRESCRIÇÃO — FUNCIONÁRIO.

O pedido de aplicação de critério correto para a contagem de pontos, revisão de enquadramento e pagamento das diferenças resultantes, difere da vindicação do próprio direito.

Recurso conhecido para afastar a prescrição e determinar o exame do mérito.”

Não foi outra a orientação adotada no julgamento do REsp 1.333, lavrado pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, em ementa assim redigida:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. ENQUADRAMENTO FUNCIONAL DA LEI COMPLEMENTAR Nº 444/85. RETIFICAÇÃO DEFERIDA, AO FUNDAMENTO DE NÃO SE HAVER TIDO EM CONTA EVOLUÇÃO FUNCIONAL ASSEGURADA PELAS LEIS COMPLEMENTARES 180/79 E 247/81, DECISÃO QUE SE ACOIMA DE TER VIOLADO A NORMA DO ART. 10 DO DECRETO Nº 20.910/32 E ENTRADO EM CHOQUE COM JURISPRUDÊNCIA DO STF, INTERPRETATIVA DO MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL E DE NORMAS ADMINISTRATIVAS DA ESPÉCIE.

Prescrição não verificada, dado que a invocação de diplomas legais não teve, no caso, o efeito de fazer recuar para a época de sua edição o termo inicial do prazo extintivo.

Por outro lado, inexistente espaço, no âmbito do recurso especial, para apreciação de acórdão, no ponto em que interpretou norma estadual.

Recurso não conhecido.”

Com efeito, é pacífico o entendimento deste egrégio Tribunal, em reiterados precedentes, no sentido de que, se a pretensão funda-se em relação jurídica estatutária incontroversa, inexistente ato de expressa recusa administrativa, a prescrição incide progressivamente apenas sobre as prestações de trato sucessivo, anteriores ao quinquênio do ajuizamento da demanda.

Na hipótese, não se cogita do direito à vantagem em si, pois que atuante e reconhecido pela legislação estadual, o que se busca é o aproveitamento de pontos de evolução funcional conferidos pela LC 180/78, não computados quando do reenquadramento da LC 318/83 e do Despacho Normativo de 25-04-84.

Assinalo que o v. aresto recorrido reconheceu que alterações funcionais sucessivas se fizeram mediante diplomas legais, que ao entrelaçar sistemas retributórios, obrigam a nova reclassificação ou revisão na situação funcional dos servidores em geral, com amparo, ainda, em Despacho Normativo do Governador do Estado.

De outra parte, admitindo-se, apenas para argumentar, a incidência, na espécie, da regra do art. 1º do Decreto 20.910/32, nem assim estaria configurada a ocorrência de prescrição, vez que publicado o ato normativo supracitado em 25-04-84 e ajuizada a ação em 15-07-88, antes, portanto, de escoado o quinquênio.

Logo, revela-se totalmente infundada a pretensão recursal, a qual chega assumir feição procrastinatória, contrária ao objetivo de realização do Direito, verdadeiro escopo da função administrativa do Estado.

No concernente à alegada divergência de interpretação, a ensejar o cabimento do apelo pela alínea c, os paradigmas indicados não se prestam à confrontação, porquanto originários do mesmo Tribunal de onde provém a decisão recorrida.

Não conheço do recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, tenho apenas alguma coisa a acrescentar. Apesar de ter acolhido a Jurisprudência desta Egrégia 1ª Turma, nestas questões em relação à prescrição, posteriormente firmei um ponto de vista diferente quando se trata de interpretação ou aplicação da Lei Complementar nº 180 de 1978 e 247, de 1981, de São Paulo. O Eminentíssimo Ministro, ao julgar esse recurso especial, refere-se expressamente a uma lei que teria sido promulgada, posteriormente, em 1983, a Lei nº 318, e é exatamente sobre a aplicação de incidência dessa lei que se discute. Quando a ação foi proposta ainda não haviam sido decorridos os cinco anos, portanto não existe prescrição.

Acompanho o Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.567 — SP — (90.0010436-0) — Rel.: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdos.: Marina Rodrigues e outros. Advs.: Drs. Tânia Graça Campi Maluf e Antônio Roberto Sandoval Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 07.10.91 — 1ª Turma). Sustentação oral: Dr. Amir Sarti, Subprocurador-Geral da República.

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 5.752 — RJ

(Registro nº 90.0010807-1)

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

Recorrente: *Ataíde Ramos Braga*

Recorrido: *Walter da Silva Barros*

Advogados: *Drs. Felício Eduardo Taveira de Paulo e Damião Batista da Costa*

EMENTA: CIVIL — AÇÃO DE DESPEJO — RETOMADA PARA USO PRÓPRIO — MILITAR DA ATIVA — IMÓVEL SITUADO FORA DO DOMICÍLIO DO LOCADOR.

I — A exegese do art. 52, inciso X, da Lei nº 6.649/79, aplica-se tão-somente nos casos em que o retomante “residindo em prédio alheio ou dele se utilize, pedir, pela primeira vez, o prédio locado para uso próprio,...” se ou quando os imóveis referidos se situarem na mesma localidade.

II — Não poderia o recorrente justificar a pretendida retomada, se não trouxe aos autos a prova de sua transferência para cidade de outro Estado-Membro, que, aliás, resulta fundamental para o seu deferimento. Dando a decisão recorrida como ilidida a presunção da sinceridade e da necessidade do pedido, inaplicável, na hipótese, o enunciado da Súmula nº 483 — STF, por se tratar de primeira retomada.

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 dezembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Trata-se de Ação de Despejo proposta por Ataíde Ramos Braga, militar da ativa, servindo no Estado da Bahia, na Base Naval de Aratu, contra Walter da Silva Barros, a qual foi julgada procedente (fls. 68).

Apelou o réu (fls. 70/72), tendo a Sexta Câmara do Colendo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por unanimidade, dado provimento à apelação, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, por manifesta insinceridade do pedido (fls. 94/95).

Irresignado, ainda, interpôs o apelante Recurso Extraordinário, fundado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando que o Acórdão recorrido teria negado vigência do art. 52, X, da Lei nº 6.649/79, bem como divergido da jurisprudência de outros tribunais e da Súmula nº 483, do Pretório Excelso (fls. 98/100).

Sem impugnação, o nobre Presidente daquele Tribunal o inadmitiu pelas letras *a* e *c* (fls. 102).

Dessa decisão, interpôs o recorrente Agravo de Instrumento, e subindo os autos ao Pretório Excelso, o eminente Ministro Sepúlveda Perence exarou despacho determinando a remessa do processo a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, eis que instalado, afirmou Sua Exa., restaria a ser apreciado, apenas, o dissídio com a Súmula, de natureza infraconstitucional. Quanto às questões legais, ficaram preclusas, à falta de argüição de relevância, dado que a espécie não se enquadrava entre as hipóteses de cabimento previstas no art. 325, do RISTF.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Recurso Especial foi processado face à decisão, por despacho, que profere, determinando a subida dos autos para melhor exame (fls. 38, do Agravo em apenso).

Como lido no relatório, alega o recorrente que o aresto impugnado teria negado vigência do art. 52, X, da Lei nº 6.649/79, bem como divergido da jurisprudência de outros tribunais e da Súmula nº 483, do Relatório Excelso.

Contudo, não merece acolhida a pretensão.

O ponto em que se controverte neste Especial é a exigência da comprovação, em Juízo, da necessidade do pedido da retomada do imóvel, para uso próprio.

O autor, militar da ativa, presta serviços no Estado da Bahia, na Base Naval de Aratu, consoante declarado na inicial.

A retomada se embasou no art. 52, X, da Lei do Inquilinato, e na Súmula nº 483, do STF.

Todavia, sem apresentar qualquer justificativa ou nenhum indício de prova, pertinente a sua suposta transferência, afirma que deseja retomar o imóvel locado, na cidade do Rio de Janeiro, para nele residir.

Suscitada a questão pelo réu, ora recorrido, na réplica, em sua defesa, sustentou o autor que a transferência de um oficial da Marinha, atualmente, só é concedida a partir da viabilidade de acomodações do mesmo com sua família, na cidade para onde deseja se transferir. Tal afirmação, evidentemente, não tem consistência.

Em verdade, há que se ressaltar, a exegese desse dispositivo da Lei Inquilinária aplica-se, tão-somente, ao caso em que o retomante “residindo em prédio alheio ou dele se utilizando, pedir, pela primeira vez, o prédio locado para uso próprio,...”, se ou quando os imóveis referidos se situarem na mesma cidade. O que, consoante se infere, não é a hipótese dos autos.

Coloco em evidência, como poderia o recorrente justificar a pretendida retomada, se não trouxe aos autos a prova de sua transferência para aquela cidade, Rio de Janeiro, que, aliás, resulta fundamental para o seu deferimento.

E a jurisprudência da Suprema Corte não discrepa desse entendimento, consoante dispõe a Súmula nº 80, do STF:

“Para a retomada de prédio situado fora do domicílio do locador exige-se a prova da necessidade.”

Decidiu o Acórdão recorrido pela improcedência da ação, em face da manifesta insinceridade do pedido, diante das provas circunstanciais constantes dos autos, ressalvando-se ao recorrente, porém, comprovada sua transferência para aquela cidade, o direito de, novamente, postular a retomada, objeto da irresignação. E o fez corretamente, com base na jurisprudência firmada nos tribunais.

Na hipótese, como sustentado, a decisão recorrida deu como ilidida a presunção da sinceridade e da necessidade do pedido. Inaplicável, portanto, no caso, o enunciado da Súmula 483 — STF, por se tratar de primeira retomada.

Não vejo, assim, configurada a pretensa afronta ao art. 52, X, da Lei Inquilinária, bem como o dissenso com a Súmula 483, do STF.

Ante o exposto, não conheço, pois, do recurso, pelos fundamentos das letras *a* e *c*, do permissivo constitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.752 — RJ — (90.0010807-1) — Rel.: Min. Waldemar Zveiter. Recte.: Ataíde Ramos Braga. Recdo.: Walter da Silva Barros. Advs.: Drs. Felício Eduardo Taveira de Paulo e Damião Batista da Costa.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial” (3ª Turma — 04.12.90).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.811 — CE (Registro nº 90.0010909-4)

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

Rectes.: *Algodoeira Icoense Ltda. e outro*

Recdos.: *José Wagner Miranda de Lacerda e outro*

Advogados: *Drs. Cláudio Josino da Costa e Francisco Marcelo Brandão*

**EMENTA: VALOR DA CAUSA. IMPUGNAÇÃO.
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

I — A decisão do incidente de impugnação do valor da causa não comporta condenação em honorários de advogado.

II — Recurso especial a que se deu provimento.

III — Decisão 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, 04 de dezembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de incidente, em ação de rescisão contratual, sobre impugnação ao valor da causa.

O acórdão proferido pela 2^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará manteve a decisão agravada, no sentido de aceitar a impugnação sobre o valor da causa, condenando o agravante em 10% sobre o valor da causa, consoante se infere da seguinte ementa:

“Agravado de Instrumento.

Honorários de Advogado.

Agravante que deu causa à instrução de processo, arbitrando valor da causa incompatível com a ação proposta. Impugnação eficaz determinando mudança daquele valor.

Despacho confirmado.” (fl. 40)

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando violação do art. 20, § 1º, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 43 a 61).

Pelo despacho de fls. 77 a 78 foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 82 a 83, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): As instâncias ordinárias ao julgarem o incidente sobre impugnação ao valor da causa condenaram o ora recorrente em honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor desta.

Assiste razão ao recorrente porquanto, em se tratando de incidente processual — impugnação ao valor da causa —, não são devidos honorários advocatícios.

Aliás, tal entendimento foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal em aresto da lavra do eminente Ministro ALFREDO BUZAID, em cuja ementa se lê:

“Processo civil. Na decisão de incidente ou de recurso (Código de Processo Civil, art. 20, § único), são indevidos honorários advocatícios.

2 — O juiz imporá ao vencido a condenação em honorários advocatícios na sentença que põe termo ao processo, julgando ou não o mérito.

3 — Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RTJ — 105/388)

E, explicitando no seu voto, assim aduziu o eminente Relator:

“(...) o parágrafo primeiro do art. 20 determina que o Juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condene nas despesas o vencido. O confronto entre o art. 20 e o seu parágrafo primeiro mostra à evidência que o Código, naquele, abrange despesas e honorários e, neste, se limita a despesas. O ilustre Des. Yussef Said Cahali observou: “Entende-se, pois, — e, sob esse aspecto, nenhuma dúvida pode ser admitida — que, no caso do incidente, ou do recurso, o juiz, ao decidi-lo, condenará nas

despesas e só nelas, sem, portanto, a condenação em honorários de advogado (com base na regra da sucumbência do art. 20), aquele que provocou, que lhe deu causa inutilmente”. (Yussef Said Cahali, Honorários Advocatícios. Rev. Trib., 1978, p. 185).” (Op. cit. págs. 389/390)

Por sua vez, anota Theotônio Negrão que não são devidos honorários em impugnação ao valor da causa, citando os seguintes precedentes: (RT 478/196, 492/178, 501/142, 599/92; JTA 47/169, 48/36; R.F. 253/340) — *in* CPC Anotado e Legislação Processual em Vigor.

Ressalto, outrossim, que a decisão que julga questão pertinente à impugnação ao valor da causa é meramente interlocutória; logo, desca-be condenação em verba honorária.

Em face do exposto, conheço do recurso por ambos os fundamentos e lhe dou provimento para excluir do aresto recorrido a condenação imposta de verba honorária.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.811 — CE — (90.0010909-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: Algodoeira Icoense Ltda. e outro. Rec-dos.: José Wagner Miranda de Lacerda e outro. Advs.: Drs. Cláudio Josino da Costa e Francisco Marcelo Brandão.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 04.12.90).

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 6.044 — ES (Registro nº 90.0011470-5)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar*
Rectes.: *Fouad Elias Moussallem e cônjuge*

Recda.: *Joana Carolina Nippes Schneider — espólio*

Advogados: *Drs. Emanuel Antônio Santos Câmara e outros e Roberto Ribeiro de Castro.*

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

I — É inábil a ação rescisória para desconstituir sentença sem julgamento de mérito.

II — Recurso especial a que se deu, por maioria, provimento. Voto discordante não conheceu do recurso.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Trata-se de ação anulatória contra sentença que extinguiu a ação de embargos à execução, sem julgamento de mérito, pelo fato dos autores não terem feito o recolhimento da taxa judiciária.

As instâncias ordinárias julgaram improcedente a ação, por entenderem que o meio processual próprio era a ação rescisória, e não a anulatória, consoante se infere do aresto proferido pela Eg. 1^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em cuja ementa se lê:

“AÇÃO ANULATÓRIA — SENTENÇA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO — CASO DE AÇÃO RESCISÓRIA — SENTENÇA MANTIDA.

Tendo havido, no caso, uma sentença que extinguiu o feito por não terem os apelantes pago a taxa judiciária, decisão com trânsito em julgado, só através da rescisória é que poderia ser rescindida, a teor do art. 485 do CPC, vez que não somente às sentenças de mérito se aplica aquele dispositivo legal, cabendo a ação anulatória aos atos jurídicos em geral e aos atos processuais emanados das partes.” (fl. 109)

Houve embargos de declaração, porém foram rejeitados (fls. 123).

Inconformado, o recorrente interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 485 do Código de Processo Civil (fls. 127 a 129).

Pelo despacho de fls. 138 foi o recurso indeferido, porém veio a ser processado em virtude do provimento do agravo de instrumento, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A matéria dos presentes autos diz respeito à possibilidade, ou não, de ação rescisória da decisão que em ação anulatória de sentença julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, por falta de pagamento da taxa judiciária. Entenderam as instâncias ordinárias que cabível seria a ação rescisória, pelo que julgaram improcedente a anulatória.

À toda evidência somente de decisão de mérito é cabível a ação rescisória, consoante expressa de forma imperativa o art. 485 do Código de Processo Civil.

Com grande acerto preleciona BARBOSA MOREIRA:

“Rescindível é apenas, no sistema atual do Código, “a sentença de mérito.” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, p. 131, 3^a ed., Forense, Rio-1978).

E acrescenta, adiante, o referido processualista:

“(…) os dizeres do art. 269 servem de guia na interpretação do art. 485, *caput*, onde reaparece a expressão “de mérito.” Ao nosso ver, num e noutro texto figura ela em idêntica acepção, sempre a designar as sentenças sobre as quais se possa formar a *res indicata* material. Diversamente do que ocorria

sob o Código de 1939, parece-nos hoje inadmissível construir a ação rescisória como ação dirigida contra a coisa julgada no sentido puramente **formal**.” (*ibidem*, p. 133)

De sua vez, J. Frederico Marques assinala como uma das condições específicas da ação rescisória

“a existência de sentença de mérito passada em julgado.” (**Manual de Direito Processual Civil**, vol. III, p. 258, Sarai-va, São Paulo-1974)

No mesmo diapasão o escólio de Luiz Eulálio de Bueno Vidigal:

“O art. 485 só admite rescisão das sentenças de mérito...” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VI, p. 47, Ed. Rev. dos Tribunais, S.Paulo-1979).

O Supremo Tribunal Federal, em aresto da lavra do eminente Ministro MOREIRA ALVES, em sessão de pleno, assim decidiu:

“Ação rescisória. Só é cabível ação rescisória contra decisão de mérito.” (*in* RTJ 105/473)

Nessa mesma diretriz, são também outros julgados do Pleno do Supremo Tribunal Federal na AR 1.099 (RTJ 101-511), AR 1.139 (RTJ 107-930) e AR 1.115 (RTJ 117-461), relatadas pelos eminentes Ministros DJACI FALCÃO, RAFAEL MAYER e SYDNEY SANCHES, respectivamente.

Ali a melhor doutrina; aqui, a jurisprudência da Corte Suprema ao tempo que lhe cabia dizer da interpretação do direito federal ordinário. Conjugam-se.

Tenho como violado o art. 485 do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, afastando a hipótese de rescisória e determinando que se julgue a ação anulatória como se entender de direito.

É o meu voto.

VOTO — VENCIDO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Foi julgada procedente a ação ordinária de cancelamento e nulidade de escritura e registro movida pelo Espólio de Joana Carolina Nippes Schneider contra os ora recorrentes. Iniciada a execução da sentença, os réus-executados

opuseram embargos do devedor. O MM. Juiz de Direito, no entanto, extinguiu o processo de embargos, sem julgamento de mérito, pelo não recolhimento da taxa judiciária. Houve apelação interposta pelos executados, mas o recurso foi julgado deserto por falta de preparo.

Daí a presente ação anulatória do *decisum* que extinguiu os embargos, que veio explicitamente arrimada no art. 486 do CPC.

Reza o citado preceito legal:

“Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Ora, na espécie não se cuida de “atos judiciais que não dependem de sentença ou em que esta for meramente homologatória”. O que os autores, nesta demanda, pretendem, é a decretação de nulidade de uma decisão judicial, que extinguiu os embargos à execução em face do não recolhimento da taxa judiciária.

José Carlos Barbosa Moreira esclarece o que vêm a ser esses atos judiciais:

“A ação a que alude o dispositivo comentado visa à anulação de atos praticados no processo, aos quais ou não precisa seguir-se sentença alguma, ou se segue decisão homologatória, que lhes imprime eficácia sentencial, que os equipara, nos efeitos, ao julgamento da lide (cf. quanto ao conceito de homologação, o comentário nº 40 ao art. 483, supra). Não obstante chame “judiciais” a esses atos, quer a lei referir-se a atos processuais emanados das partes. Exemplo de ato que não depende de sentença é a outorga de poderes em procuração passada nos autos: exemplos de atos que se homologam por sentença são a desistência, a renúncia, o reconhecimento do pedido, a transação” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5, pág. 138, ed. 1974).

Diversa não é a lição de Pontes de Miranda, para quem:

“O art. 486 não se refere a atos jurídicos praticados fora do processo, salvo os que vêm a ele para a homologação. Os atos têm de ser atos das partes, e não do juiz, a despeito do adjetivo “judiciais” (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI, pág. 343, ed. 1975).

Mais adiante, o mesmo mestre do direito preleciona, *in verbis*:

“O que se faz sujeito à decretação de invalidade é o ato processual, praticado pelas partes, e não o ato do juiz, que pode

não ter existido (art. 486, *verbis* 'que não dependem de sentença'), ou ser transparente ("meramente homologatória" a sentença)" (ob. citada, pág. 356).

No caso em exame, trata-se sim de ato do juiz, de uma mera sentença, que deu pela extinção dos embargos à execução sem conhecimento do mérito.

De outro lado, não há — bem de ver — uma decisão meramente homologatória, esta sim sujeita à anulação prevista no art. 486 do Código de Processo Civil. Confirmam-se a respeito do conceito de sentença meramente homologatória os julgados insertos na RTJ 113/273 e Rev. dos Tribs. 554/248.

Deparando com a dificuldade resultante do texto legal por eles invocados (art. 486 do CPC), os autores da ação de anulação — os ora recorrentes — buscaram ao depois variar o fundamento do pedido, sustentando então que se cogita aqui de u'a ação declaratória de nulidade absoluta da sentença, uma vez que não foram chamados a suprir a falta nos termos do art. 267, § 1º, da lei processual civil. Chamaram à colação o aresto proferido no RE nº 97.589-6, *in* RT 588/245, Relator o eminente Ministro Moreira Alves. Ocorre que as hipóteses confrontadas são de todo dessemelhantes. Lá, no precedente invocado, se cuida da falta de citação, reminiscência, portanto, da *querela nulitatis insanabilis*.

Certo é que a ação, como proposta, fundada no aludido art. 486 do CPC, não era efetivamente de ser acolhida, por ausentes os seus pressupostos. Consoante magistério do Prof. José Frederico Marques, "quando o ato judicial depende de sentença, porque nela é que o ato se formaliza, não se aplica o art. 486: ou a sentença, por si só, pode ser objeto da rescisória, ou, então, não poderá ser anulada. Sentença meramente homologatória, por outro lado, é aquela em que o ato homologado somente se examina, para ser proferida a homologação, no seu tegumento formal e externo, isto é, no tocante às formalidades exteriores de que deve revestir-se" (Manual de Direito Processual Civil, 3º vol., pág. 264, ed. 1975).

Mais uma vez lembra o ensinamento de Pontes de Miranda:

"O art. 486 não é regra jurídica de exclusão, *a priori*, de ação rescisória de sentença; mas regra de permissão da ação de anulação (ou rescisão) dos negócios jurídicos ou simples atos jurídicos, trazidos ao âmbito do processo, ou nele concluídos" (ob. citada, pág. 357).

A remissão que o julgado recorrido fez ao art. 485 da lei instrumental civil não foi, realmente, das mais felizes. É que *in casu* descabida é a ação rescisória, visto não se tratar de sentença de mérito. Mas, a rigor, não necessitava o Acórdão ora sob censura de invocar, como seu

fundamento o citado dispositivo legal, pois que lhe bastava dizer que não se acham satisfeitos os pressupostos do art. 486 do mesmo diploma legal ou que da sentença que considerou extintos os embargos sem julgamento do mérito não cabia ação de nulidade.

Não vislumbro, por tais motivos, afronta à lei federal na espécie ora em apreciação desta C. Turma.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Sr. Presidente, também estou de pleno acordo com o Eminentíssimo Ministro-Relator. Aliás, devo mencionar que me causa espécie a exigência da lei estadual do Espírito Santo, com a cobrança de taxa judiciária em ação de embargos à execução. É que estes, embora revistam formalmente a aparência e tenham o “corpo” de uma ação, em verdade, substancialmente, constituem uma forma de defesa, são uma verdadeira **contestação**. Constituem a oportunidade única que o executado, réu na ação de execução, tem para se opor à existência, validade ou eficácia do título extrajudicial em que se baseia a demanda. Causa-me espécie, como disse, que o Estado exija uma contribuição, uma taxa, para que alguém possa exercer em Juízo o direito de defesa. Mas este, todavia, é aspecto relativo ao Direito local.

De mérito, *data venia*, a ementa do respeitável aresto recorrido contraria o art. 485 do CPC; a tese do acórdão é outra que a tese da lei. Caso, pois, de conhecimento do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.044 — ES — (90.0011470-5) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Rectes.: Fouad Elias Moussallem e cônjuge. Recda.: Joana Carolina Nippes Schneider — Espólio. Advs.: Drs. Emanuel Antônio Santos Câmara e outros e Roberto Ribeiro de Castro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, vencido o Sr. Ministro Barros Monteiro, que dele não conhecia (4ª Turma — 18.12.90).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 6.445 — SP
(Registro nº 90124131)

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

Recorrentes: *Jair Silveira e cônjuge*

Recorrido: *Portogalo — Empreendimentos e Participações S/A*

Advogados: *Drs. Aparicio Dias e outros e Maria Cristina Cruz*

EMENTA: Advogado. Mandato. Falta. Apelação.
1. No local onde praticado o ato, não usando o advogado da faculdade prevista no art. 37 do Cód. de Pr. Civil, caberá ao juiz marcar prazo para que a falta seja suprida, a teor do art. 13. 2. Não é raro a interposição de recursos em petições xerocopiadas. — Construção de edificações em condomínio. Hipótese em que ocorreu a sub-rogação a que se refere o art. 63, § 1º, da Lei nº 4.591/64. Inexistência de ofensa aos arts. 985-II e 988 do Cód. Civil. — 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, 05 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO NILSON NAVES: É deste teor o acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça de São Paulo (16ª Câmara Civil):

“Adquirente de unidade e garagem do Edifício Ouro Velho ajuizou ação para compelir incorporadora a lhe pagar o valor relativo à hipoteca que recaía sobre o imóvel, além do preço respectivo, e perdas e danos.

Julgada procedente, recorreu.

Nega-se provimento ao agravo retido, interposto contra decisão, que recebeu a apelação, sob alegação de que houve intempestividade do recurso.

Realmente, a ré interpôs apelação dentro do prazo mediante peça xerocopiada, e, posteriormente, fora do prazo, o recurso original.

Quando o recurso por xerocópia foi apresentado, o advogado que o subscreveu não tinha mandato, obtendo-o com a apresentação do recurso original, e substabelecimento da procuração.

Era recomendável que o recorrente expressamente ratificasse o ato processual, o recurso xerocopiado. Todavia, apresentando apelação posterior devidamente assinada, praticamente ratificou-o. Seria incivil e injusto não admiti-lo como tempestivo, e ratificado como fez o juiz, despachando-o.

Não tem sido fato raro regularizar-se petição não assinada, ou recurso com a mesma falha; nem por isso, deixa de produzir efeitos. É o que ocorreu no caso.

Assim sendo, nega-se provimento ao agravo.

Consta da escritura de fls. 206 *usque* fls. 209v., lavrada em 24 de maio de 1985, que a Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, adquiriu da ré incorporadora, as unidades constituídas pelo apartamento nº 71, localizado no 7º andar do Bloco ‘A’, do Edifício Ouro Velho, assumindo a responsabilidade pelo resgate da hipoteca que onerava tais unidades, hipoteca esta constituída em favor da financiadora Delfin S.A. Crédito Imobiliário — fls. 208v., *in fine*. Posteriormente, após a rescisão do compromisso de compra e venda de que era titular o autor — Jair Silveira — este mesmo acabou adquirindo as unidades em questão da Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho — fls. 200 *usque* fls. 213. Assim sendo, falta legitimidade ao autor para cobrar as verbas indicadas na inicial, fundada em compromisso de compra e venda rescindido nos termos do § 1º, do art. 63 da Lei nº 4.591/64, que a respeito dispõe (*sic*). ‘Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após a solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de ple-

no direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da cota do terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção'.

A escritura de fls. 208 relata expressamente o fato que ensejou a rescisão, e arrematação das unidades em leilão público pela Associação dos Condôminos — fls. 208. Ainda que o autor refira-se a artifício, a verdade é que ele próprio adquiriu da própria Associação as mesmas unidades, com obrigação de pagar e resgatar a hipoteca por sua conta — fls. 212v.

Dess'arte, não pode o autor — por faltar-lhe legitimidade — compelir por ação ajuizada em 31 de agosto de 1988, a Incorporadora a lhe pagar o preço do resgate da hipoteca, servindo-se de compromisso rescindido por deliberação da Comissão Executiva do Condomínio Ouro Velho — fls. 208.

Nem o contrato de compra e venda posterior convalesce qualquer direito relativo ao compromisso, pois pelo contrário, a compradora das unidades lhes vende com a obrigação de resgatar a hipoteca, passando-lhe a responsabilidade que tinha quando adquiriu as mesmas unidades da mencionada Incorporadora — v. supra.

Então, o autor não tem legitimidade para cobrar o resgate do preço, nem indenização pelo retardamento da obra, pois adquiriu as unidades da Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, que substituiu a ré na administração do condomínio — fls. 208.

E a sentença prolatada face à ação cominatória proposta contra a ré em janeiro de 1975, não lhe daria aqui legitimidade para tal cobrança, tendo em vista os fatos supervenientes acima relatados.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, para julgar o autor carecedor da ação, extinguindo-se o processo, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, condenado nas custas e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da causa corrigido.”

Na petição de recurso especial os autores-recorrentes alegaram que o acórdão, em preliminar (improvemento do agravo retido), contrariou os arts. 37 e 508 do Cód. de Pr. Civil, e no mérito (extinção do processo), ofendeu os arts. 985, II, e 988, do Cód. Civil. Conquanto o recurso tenha por fundamento a alínea *a* do permissivo, os recorrentes apresentaram acórdãos tidos por divergentes.

Admitido, o recurso veio ter ao Superior Tribunal de Justiça.
É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Quanto ao assunto preliminar, que diz com o agravo retido, o acórdão recorrido não contrariou o art. 37 do Cód. de Pr. Civil, ao ver de decisão tomada por esta Turma, no REsp-5.392, com essa ementa: “Embargos à execução — Advogado — Mandato — Falta. Não apresentando procuração o subscritor dos embargos, e não usando da faculdade prevista no artigo 37 do CPC, deverá o juiz marcar prazo razoável para que seja a falta suprida. Aplicação do disposto no artigo 13 do CPC”. Quando desse julgamento, fui voto vencido, porquanto aplicava o resolvido no REsp 3.190, com essa ementa: “Advocacia. Instrumento de mandato. Inexistência. 1. Sem instrumento de mandato, o advogado não se encontra habilitado para estar em juízo. 2. É havido por inexistente o recurso assinado por advogado que não apresentou instrumento de mandato. 3. Recurso especial não conhecido”. Só que a Turma, no julgamento daquele recurso, fez distinção, conforme essa passagem do voto do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: “Salientou o eminente Relator que esta 3^a Turma já deixou de conhecer de recursos especiais, por falta de instrumento de mandato. Não me parece que a hipótese seja a mesma. O suprimento daquela haverá de fazer-se onde praticado o ato. Não se coadunaria com o especial proceder-se à diligência neste Tribunal. Saliento que, como relator, não deixo de propiciar a apresentação do instrumento de mandato quando, por exemplo, neste Tribunal são apresentados embargos declaratórios”. Embora não convencido, pois o princípio é um só, sigo a orientação ultimamente tomada, com ressalva do meu ponto de vista.

Por igual, e pelas razões já apresentadas, o acórdão recorrido não ofendeu o art. 508 (prazo do recurso), até porque não é raro a interposição de recursos em petições xerocopiadas.

2. No que concerne ao assunto principal, alegaram os recorrentes:

“No mérito também o V. Acórdão contrariou dispositivo de lei federal, os artigos 985, inciso II, e 988, do Código Civil.

Em verdade, o Recorrente pagou duas vezes por seu apartamento, por culpa exclusiva da Recorrida. Pagou a primeira vez à Recorrida e a segunda vez à Associação de Condôminos para o acabamento do prédio e mais a hipoteca pendente com a Delfin S.A.

Na realidade, quando a Recorrida abandonou o prédio sem terminá-lo, os condôminos não tiveram outra alternativa senão constituir uma Associação de Condôminos para acabá-lo, destituindo a incorporadora culposa, nos termos da Lei 4.591/64.

Como o Recorrente possuía um compromisso de compra e venda totalmente quitado e não podendo obter a escritura definitiva da incorporadora destituída, a forma legal encontrada pela Associação de Condôminos foi promover o leilão extrajudicial de sua unidade, como se estivesse em débito com o condomínio. Referido imóvel foi arrematado pela Associação de Condôminos, que posteriormente 'vendeu' ao Recorrente a mesma unidade. Houve um artifício legal para que o Recorrente pudesse obter sua escritura definitiva."

Não têm eles razão, ao que penso, porquanto o compromisso de compra e venda, do ano de 1973, a que se referiram, acima, e que lhes serviu de fundamento do pedido, ao proporem, no ano de 1988, a ação guardada nestes autos, foi rescindido no ano de 1985, conforme se depreende da escritura de fls. 206/209v., nessa passagem de fl. 208/208v.:

"2.4 — Que, o então compromissário-comprador, Jair Silveira e sua mulher, encontrando-se em débito com o condomínio, foram notificados por editais publicados no DOE em 1º.09.1983, e, no Jornal O Dia em 1º.09.1983, em 12.09.1983 e, em 19.09.1983, a efetuar o pagamento da importância devida no prazo legal, pela Comissão Executiva do Condomínio Edifício Ouro Velho, nos termos da Lei nº 4.591/64, operando-se de pleno direito a Rescisão contratual, foi realizado o Leilão Extrajudicial das referidas unidades autônomas, indicadas e descritas no item '2.2' supra, pelo leiloeiro autorizado Sr. Flávio Carneiro de Mendonça, registrado sob o nº 152/52 da Junta Comercial do Estado de São Paulo, nos termos dos §§ 1º a 4º do art. 63 da Lei nº 4.591/64; que, em execução judicial reconhecida como lícita pela Representação nº 683/71 e, sentença prolatada em 22 de maio de 1972, pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Registros Públicos, em primeiro público o referido leiloeiro promoveu a venda das unidades autônomas, apartamento nº 71 (setenta e um) e uma vaga indeterminada do Bloco 'A', do Edifício Ouro Velho, indicadas e descritas no item '2.2' desta escritura, à Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, pelo valor de Cr\$ 1.500.000 (hum milhão e quinhentos mil cruzeiros), mais 2.750 (duas mil, setecentas e cinqüenta) UPC (Unidade Padrão de Capital do BNH), estas consideradas em data da paralisação das obras do Edifício Ouro Velho, ou seja, equivalente naquela

ocasião a Cr\$ 391.160 (trezentos e noventa e um mil, cento e sessenta cruzeiros), consoante auto de arrematação em leilão expedido pelo citado leiloeiro em 19 de setembro de 1983, estas UPC serão amortizadas em conformidade com o estipulado no item '4.1' adiante."

Destarte, ocorreu, aí, a sub-rogação a que se refere o art. 63, no § 1º, da Lei nº 4.591, de 16.12.64, tal em nome da Associação de Condôminos do Edifício Ouro Velho, e dela, exatamente dela, o recorrente Jair Silveira, pela escritura de fls. 210/213, com data idêntica à de fls. 206/209v., veio a adquirir, ou a tornar a adquirir, o imóvel em tela, obrigando-se a pagar o débito hipotecário, *verbis*:

"e, de outro lado, como outorgado-comprador, doravante designado simplesmente e, apenas como 'comprador', Jair Silveira, brasileiro, comerciante, ..."

.....
"... o comprador se compromete e se obriga a pagar, diretamente à credora hipotecária DELFIN S.A. — Crédito Imobiliário, na forma e na época oportuna, a ser contratada entre ele comprador e a citada empresa; quantia essa que corresponde ao débito hipotecário existente sobre os imóveis aqui objetivados."

Rescindido o primitivo compromisso e verificada a sub-rogação do aludido art. 63, § 1º, incensurável, ao meu pensar, o acórdão ao apontar a ilegitimidade ativa do autor, ora recorrente. Portanto, sem razão o apelo a este Tribunal, com base nos arts. 985-II e 988 do Cód. Civil.

3. Apesar do recurso ter vindo apenas pela letra *a*, como se colhe de suas primeiras linhas, não deixo de dedicar duas palavras ao fundamento da letra *c*, que tem a ver somente com o assunto preliminar. Sobre tal dissídio, os recorrentes, na sua demonstração, não cumpriram sequer o disposto na norma regimental; quando não, os padrões apresentados versaram tema diverso do dos autos.

4. Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.445 — SP — (90124131) — Relator: O Exmº Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Jair Silveira e cônjuge. Recorridos: Portugal — Empreendimentos e Participações S/A. Advogados: Drs. Aparicio Dias e outros e Maria Cristina Cruz.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma, 05/03/91).

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 6.467 — SP
(Registro nº 90.12473-5)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Afrânio Pires da Silveira*

Recorrida: *Ribeiro Franco S/A Engenharia e Construções*

Advogados: *Drs. Miguel Pereira Granito e outro e Sagi Neaime e outros*

EMENTA: LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE INEFICÁCIA DA NOTIFICAÇÃO.

1. Extemporânea a alegação de cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide se, quando do recurso de apelação, a parte nada argüiu a respeito.

2. Com a propositura da ação, a autora inequivocamente ratificou os poderes conferidos à sua procuradora para promover a notificação prévia.

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, 6 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO (Art. 101, § 2º do RISTJ), Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de despejo por denúncia vazia de imóvel não residencial julgada procedente em 1º grau através de sentença confirmada pela instância superior. Da decisão, o co-réu Afrânio Pires da Silveira opôs embargos declaratórios à consideração de que o v. Acórdão não se pronunciara: a) a respeito da falta de poderes da dra. advogada da autora para fins de promover a notificação premonitória; b) sobre o não recebimento da notificação; c) acerca da inexistência de oportunidade para provar a falsidade da certidão do Oficial de Cartório que certificou a entrega da notificação.

O Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil de S. Paulo acolheu parcialmente os embargos, anotando que a subscritora da notificação, tendo também firmado a inicial, tinha poderes para tanto, vez que é ela procuradora da autora na ação intentada. Acentuou, outrossim, que o Oficial do Cartório certificou a entrega da notificação, tendo o destinatário se negado a assinar o protocolo. Por derradeiro, asseverou, quanto à inexistência da fase probatória, que o co-réu não declinou — no momento oportuno — os motivos pelos quais seria necessária a instrução pretendida.

Daí o recurso especial manifestado pelo aludido co-réu com supedâneo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, aduzindo, em síntese, que a subscritora da notificação não tinha poderes para tal mister; que a circunstância de ser a mesma advogada da autora não ratifica a notificação; que não lhe foi entregue a notificação e, finalmente, que não lhe foi dado provar a falsidade da certidão do Oficial do Cartório. Apon-tou, em consequência de sua irressignação, ofensa aos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 4º, da LICC; 148, 149, 1.209, 1.296, parágrafo único, do Código Civil; 38, 126, 239, I e III, 330, I, do CPC; 70, §§ 3º e 4º da Lei nº 4.125/63, e divergência com arestos do Excelso Pretório insertos nas RTJs 78/308 e 113/416.

O recurso foi indeferido na origem, subindo a esta Corte por força do provimento de agravo regimental, nos termos do art. 259 do RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): Na sua contestação, o ora recorrente alegou, sem maiores considerações, não ter sido regularmente notificado nos termos do art. 1.209 do Código Civil.

A sentença repeliu tal assertiva, acolhendo, afinal, a pretensão vestibular. Ao apelar desse decisório, o referido co-réu insistiu na questão preliminar concernente à ausência de regular notificação prévia e, no mérito, voltou a abordar o tema relativo às benfeitorias.

Eis porque o v. Acórdão recorrido não tratou das matérias alusivas à falta de poderes da dra. procuradora da autora para promover as notificações, nem tampouco do cerceamento de defesa. Apenas em sede de embargos declaratórios é que o locatário veio agitar tais questões, em verdadeira inovação em relação ao que alegara anteriormente.

Assim, se com respeito à eficácia da notificação premonitória, o Tribunal houve por bem pronunciar-se quando do julgamento dos embargos de declaração, certamente por entender que poderia fazê-lo até mesmo de ofício, no atinente ao alegado cerceamento de defesa ocorrera o fenômeno da preclusão, uma vez que, na oportunidade do recurso de apelação, o recorrente não formulara nenhum reclamo a respeito. Por aí se verifica que afronta alguma se pode falar com referência ao art. 330, nº I, do CPC.

O mesmo é de ser dito no que tange à asserção de negativa de vigência de preceitos constitucionais, invocados indevidamente em via inábil (cfr. art. 102, nº III, *a*, da Lei Maior).

À autora era facultado proceder à notificação dos réus sem o rigor formal exigido pelo ora recorrente. É que inclusive o mandato pode ser outorgado tacitamente, de acordo com o que reza o art. 1.290 do Código Civil. Confirma-se nesse sentido o magistério de Carvalho Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XVIII, pág. 131, 11ª ed.). Válida, por conseguinte, a notificação mesmo quando desacompanhada do instrumento de mandato (cfr. Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, vol. RT 109, pág. 398; e vol. RT 112, pág. 251), máxime quando, como na espécie, a procuração é exibida pelo locador com a propositura da ação de despejo, ficando destarte ratificados os atos levados a cabo, nos termos do disposto no art. 1.296, parágrafo único, do Código Civil, que a Turma Julgadora, longe de malferir, observou às inteiras (cfr. Rev. dos Tribs. 593/183 e 598/160).

O afirmado prejuízo de terceiro é incorrente, porquanto se cuida aqui de uma mera denúncia, uma simples comunicação. Trata-se, aliás, de tema não prequestionado na decisão recorrida.

Em razão do que restou supra-exposto, não se dá no caso ofensa nenhuma aos arts. 148-149 do CC, 38 do CPC e 70, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.215/63.

Na verdade, ressaí o cunho protelatório dos assertos produzidos pelo recorrente, bastando atentar-se para a variação que deflagrou em sua defesa desde a contrariedade até agora, no recurso especial. O oficial do cartório, conforme assinalou o Acórdão recorrido, tem fé pública e certificou a entrega do documento ao destinatário, que se recusou a assinar o protocolo correspondente. Inaplicáveis nesse particular as regras próprias às intimações judiciais, como deixou remarcado o Tribunal *a quo* de modo incensurável, *in verbis*:

“Por ser válida e tratar-se de notificação extrajudicial não eram exigíveis os requisitos do parágrafo único do artigo 239 do Código de Processo Civil, destinado somente às intimações judiciais.

A notificação extrajudicial não exige formalidades especiais, sendo suficiente que chegue ao seu conhecimento a pretensão do locador. O embargante, em sua contestação, apenas alegou que ‘não foi regularmente notificado’ (fls. 99), sem negar ter conhecimento da intenção da locadora em retomar o imóvel locado. Realmente, não é crível que, sendo três os locatários, todos participantes de um mesmo escritório de advocacia, dois deles tenham recebido a notificação e o terceiro não chegue a ter conhecimento dos fatos” (fls. 193).

Do acima deduzido, resulta que o Acórdão hostilizado não vulnerou a norma de lei federal indicada e, de resto, não se apartou dos arestos trazidos à colação pelo recorrente, ainda porque o caso em tela registra o pormenor de que o cerceamento de defesa não foi invocado oportunamente, quando do oferecimento do recurso de apelação.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.467 — SP — (90.12473-5) — Rel.: Exmº Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Afrânio Pires da Silveira. Recda.: Ribeiro Franco S/A Engenharia e Construções. Advs.: Drs. Miguel Pereira Granito e outro e Sagi Neaime e outros.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso.” (4ª Turma, em 06.08.91).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o Sr. Min. ATHOS CARNEIRO.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.643 — SP
(Registro nº 90.0012909-5)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *FEPASA — Ferrovia Paulista S/A*

Recorrido: *Manoel Elias Sampaio e cônjuge*

Advogados: *Drs. José Martins Portella Neto e outros e Alexandra Zakie Abboud e outros*

EMENTA: *Processo Civil. Prescrição afastada no 2º grau. Impossibilidade do exame das demais questões no mesmo julgamento. Imprescindibilidade de nova sentença. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Exegese do art. 515, caput, CPC. Acidente. Indenização. FEPASA. Sociedade de economia mista. Prescrição vintenária. Recurso conhecido e provido.*

I — Reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, até porque a causa pode não estar suficientemente debatida e instruída.

II — Prosseguir o julgamento em tais circunstâncias agride a regra *tantum devolutum quantum appellatum*, suprime um grau de jurisdição e torna ainda mais complexa a compreensão do processo como instrumento de acesso à tutela jurisdicional.

III — Razões de ordem prática, aliadas às jurídicas, recomendam o retorno dos autos ao primeiro grau para que nova sentença seja proferida, afastada a preliminar.

IV — Segundo assente na Corte, é vintenária a prescrição concernente à indenização por acidente ferroviário postulada contra a FEPASA, sociedade de economia mista.

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, 11 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Ao julgar pedido indenizatório resultando de acidente de que foi vítima o filho pedreiro dos autores, que viajava em veículo ferroviário da FEPASA, a r. sentença deu pela prescrição quinquenal.

Em grau de apelação, o eg. 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, por unanimidade, afastou essa prescrição e, por maioria, apreciou as demais questões de mérito, acolhendo a pretensão ajuizada, com a seguinte ementa:

“Prescrição é exceção (mérito). Quando o juiz a acolhe, o autor apela e o Tribunal a afasta, fica ao Tribunal o julgamento das restantes questões de mérito (CPC, art. 515, parágrafo 1º). Precisoões técnicas”.

Mantida foi tal decisão em nível de embargos infringentes.

Inconformada, em maio de 1988 a ré interpôs recursos extraordinários, com arguição de relevância, tendo sido admitido, parcialmente, apenas o segundo, quanto à profundidade da apelação, a saber, se possível ou não o Tribunal da apelação ingressar nas demais questões de mérito não apreciadas em primeiro grau.

Deferido o processamento das arguições de relevância.

O col. Supremo Tribunal ensejou o desdobramento do apelo ante a nova ordem constitucional (fl. 407), sustado o agravo (fls. 412/413). Em consequência, dois recursos especiais foram manifestados.

No primeiro, fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, insurgiu-se a ré contra a prescrição vintenária, apontando negativa de vigência ao Dec. 20.910/32 e ao art. 2º do D.L. 4.597/42, impugnando também o limite de sobrevivência da vítima até 70 anos e o ressarcimento a título de dano moral.

No segundo, relativo aos embargos infringentes, com arrimo nas mesmas alíneas, alega ofensa aos arts. 128, 460, 512 e 515, CPC, por supressão de instância.

Somente o segundo, e pela alínea *a*, foi admitido.

Resignou-se a recorrente, expressamente, com essa decisão (fl. 457), tendo requerido o sobrestamento do recurso extraordinário.

Com as razões das partes, vieram os autos.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Com a resignação expressa da recorrente, em relação à inadmissibilidade do recurso especial que impugnava a parte unânime decidida na apelação, restou ao exame desta Turma o tema que foi objeto de apreciação nos embargos infringentes.

Destarte, após anotar que em pelo menos quatro (4) julgamentos unânimes (REsps 1.021-RJ, 1.232-SP, 2.647-SP e 2.993-SP, relatados respectivamente pelos Senhores Ministros Athos Carneiro, Carlos Mário Velloso, Barros Monteiro e Nilson Naves) este Tribunal firmou a tese da prescrição vintenária, passo ao exame da questão controvertida remanescente.

Debate-se, em última análise, se, tendo a sentença julgado extinto o processo pela prescrição, deve ou não o tribunal, reformada aquela decisão em grau de apelação, retornar o feito ao primeiro grau ou prosseguir no julgamento, apreciando a causa por inteiro.

O tema é dos mais inquietantes no atual processo civil brasileiro, bastando observar que por duas vezes (REsps 2.306-SP e 2.218-MT) a eg. Terceira Turma o enfrentou, sem unanimidade.

In casu, ao votar na condição de relator designado, nos embargos infringentes decididos por três votos a dois, assinalou o em. Juiz Raphael Salvador (por sinal, autor de estudo doutrinário na matéria, que se vê publicado em RT 634/226):

“No novo Código a prescrição é matéria de mérito, como se verifica do disposto no art. 289, IV, que diz que extingue-se o processo, com julgamento do mérito, quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.

Logo, se o juiz, após a instrução, reconheceu que havia ocorrido a prescrição, inegavelmente já examinou o mérito da demanda. Se o tribunal, em grau do recurso, afasta a prescri-

ção, passa a examinar a lide propriamente dita, prosseguindo no exame do mérito. Não mais devolverá os autos ao juiz de primeiro grau para esse exame, que não mais é ali possível.

Essa a solução que também nos oferece o prof. Barbosa Moreira, quando diz: “Não há aqui propriamente exceção à regra, segundo a qual a extensão do efeito devolutivo se mede pela extensão da impugnação. A “matéria impugnada é a declaração da improcedência do pedido e sobre isso há de manifestar-se o tribunal, muito embora, para fazê-lo, tenha de examinar questões que o órgão *a quo* deixou intactas. É o que se infere do § 1º do dispositivo ora comentado (art. 516 do CPC), de acordo com o qual serão “objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (“Comentários ao Cód. Proc. Civil”, Forense, vol. V, pág. 345).

O prof. Cândido R. Dinamarco tem a mesma opinião, dizendo: “Quando o juiz acolhe a prescrição, está julgando o mérito. Diz o CPC que em tais casos o processo é extinto com julgamento do mérito (art. 269, IV) e isso corresponde à melhor doutrina (v. Carnelutti, “Appunti sulla prescrizione”, *in Riv. dir. proc. civ.* 1928). O próprio Egrégio Tribunal o reconhece, quando manda que o juiz aprecie as demais questões de mérito. Então, já tendo o mérito sido julgado pelo juiz inferior, não fica ultrajado o princípio do duplo grau de jurisdição se o tribunal fizer como proponho. Ele apenas irá apreciar questões antes não apreciadas, mas não estará proferindo o primeiro julgamento do mérito. Quando o juiz reconheceu a prescrição, ele já julgou a lide, dizendo que estava extinto o eventual direito do autor (a prescrição é reconhecidamente um fato extintivo)”.

Em seguida examina o novo código, para reforçar sua argumentação, especialmente o § 1º do art. 515, concluindo: “A apelação só devolve ao tribunal a parte da lide a que se tenha referido, podendo então haver apelação integral ou parcial (art. 515, *caput*). Trata-se, aqui, da extensão da apelação. Mas, em profundidade, a apelação é sempre integral. Isto é, todas as questões vão ao tribunal”. (Parecer na Apelação de nº 24.310, de São Caetano do Sul, julgada pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo).

O professor Gildo dos Santos, em recente palestra na Faculdade Católica de Direito de Santos, deu a mesma solução a uma questão formulada, citando todos os argumentos acima e

acrescentando que ao reconhecer a prescrição o juiz julgou o mérito, pelo novo código. E, ainda segundo o art. 463, do mesmo Código de Processo Civil, “Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”.

Portanto, não pode o tribunal, ao afastar a prescrição reconhecida pelo juiz inferior, determinar a volta dos autos ao mesmo juiz, para julgar as demais questões de mérito. O mérito é um só, embora possa apresentar várias questões, mas o julgamento da lide é um só.

Se a sentença de primeiro grau não é anulada, se ela permanece, ainda que reformada, como se poderia exigir do MM. Juiz que proferisse nova sentença? O mérito já foi por ele examinado e decidido, como bem demonstrado no v. acórdão embargado”.

Não se me afigura essa, no plano da realidade, e mesmo jurídico, a melhor solução, impregnada, a meu juízo, *data venia*, de excessivo rigor técnico.

Na própria lição do exímio Barbosa Moreira, trazida à colação, impõe-se distinguir se a causa já estaria ou não “madura” no momento em que proferida a sentença, como se colhe do seguinte trecho dos seus comentários ao art. 515, CPC, pela Forense (5ª edição, 1985, nº 245, p. 429):

“Às vezes, o julgamento do mérito realiza-se em ocasião anterior àquela em que teria de realizar-se, caso o órgão judicial houvesse de apreciar outras questões. Assim, *v.g.*, a declaração da decadência, ou da prescrição, não sendo patrimonial o direito postulado, pode ocorrer no próprio despacho liminar, indeferindo-se a inicial (art. 295, nº IV, combinado com o art. 219, § 5º). Ora, é patente que, se isso acontece, o órgão *a quo*, ao proferir a sentença, não se encontrava em condições de resolver nenhuma outra questão de mérito, além da concernente à decadência ou à prescrição, de sorte que apenas esta se devolve ao conhecimento do tribunal; se a apelação for provida, o feito terá de prosseguir, na instância inferior, a sua marcha normal, para exame oportuno dos demais aspectos do *meritum causae*”.

Como se nota, o julgamento do mérito propriamente dito fica na dependência da presença dessas condições, dificultando ainda mais a compreensão do sistema processual, nem sempre de fácil percepção ou do domínio de quantos se utilizam do processo como instrumento de acesso à tutela jurisdicional.

Mais relevante, porém, que esse aspecto de ordem prática, se me apresenta outro, de natureza científica.

Com efeito, expressa o Código de Processo Civil, em seu art. 515, *caput*, que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Cuida-se, aí, da regra retratada no conhecido brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*. Ora, se a sentença extingue o processo pela prescrição, patrimonial ou não o direito reivindicado, à evidência que o autor não irá impugnar outros aspectos, de mérito, haja vista que sobre eles não terá havido decisão. Logo, se adentrar em outras questões de mérito, o órgão julgador da apelação estará não só indo além do recursalmente postulado como também estará agindo em atrito com o princípio maior do contraditório, uma vez que proferirá julgamento sobre aspectos a cujo respeito a parte recorrida, via de regra, não terá se manifestado.

Tal orientação, como se deduz, gera complexidade e incerteza, que não se afeiçoam com a instrumentalidade do processo, recordando-se ainda aqui que a prescrição e a decadência, não obstante incluídas no elenco das decisões que comportam extinção do processo com julgamento de mérito (CPC, art. 269, IV), não constituem o mérito propriamente dito, tanto assim que são apreciadas, como ensina o mesmo Barbosa Moreira (op. cit., nº 375/376), em preliminar, em obediência às regras dos arts. 560/561, CPC. A propósito desses dois enfoques, merece realce a decisão de admissibilidade do apelo na origem, quando disse:

“Quanto ao recurso especial oferecido nos embargos infringentes, aconselhável a manifestação da instância superior, sobre o tema relativo à superação da prescrição e o julgamento da questão de fundo.

Com efeito, embora a prescrição diga respeito ao mérito (artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil), esta não perde o caráter de questão prejudicial ao exame do direito material.

Assim, se a douta Turma Julgadora afastou a prescrição reconhecida em primeira instância e, imediatamente, conheceu e julgou todas as questões de mérito, apreciou matéria não impugnada pelo recurso de apelação.

Ora, se o juiz singular não aprecia o pedido, nenhum dos litigantes poderá recorrer, investindo contra o decisório pelo merecimento, porque não teriam base para sustentar gravame, pressuposto de qualquer recurso.

Apreciar o mérito, nestas condições, traduziria supressão de um grau de jurisdição a autorizar o reexame da questão pelo Superior Tribunal de Justiça”.

No mais, é de advertir-se não ser essencial à espécie, como poderia parecer ao primeiro exame, o disposto no § 1º do referido art. 515, CPC, que tem incidência quando o tribunal reforma sentença que eventualmente tenha julgado improcedente o pedido, deixando, por isso, de apreciar todas as questões, os pedidos subseqüentes.

Polêmica a matéria, como registrado no início, encontra ela processualistas de escol em ambas as posições, podendo-se exemplificar com Frederico Marques, que, em abono ao entendimento ora esposado, pontifica (“Manual”, vol. 3, Saraiva, 9ª edição, n. 620, p. 142):

“Por fim, o provimento da apelação, se ocorrer, atinge apenas a admissibilidade da tutela jurisdicional, pois o julgamento do mérito, que não houve, não pode ser subtraído do duplo grau de jurisdição. Aliás, o mesmo deve ser dito da apelação contra sentença definitiva que acolheu preliminar de mérito, ou que homologou negócio jurídico processual: provida a apelação, no primeiro caso, voltam os autos ao juízo *a quo* para o julgamento das outras questões concernentes ao mérito, e, no segundo caso, consistindo o provimento em anulação do ato de acusação, ou da sentença que o homologou, óbvio que tem o juiz de prosseguir no processo, e ali proferir outra sentença”.

Em síntese, sem maiores considerações sobre o alegado dissenso jurisprudencial (REsp 2.122-MS), conheço do recurso pela alínea *a* do autorizativo constitucional (art. 105-III), por ofensa ao art. 515 do Código de Processo Civil e o provejo para cassar o *v. acórdão* e ensejar que, afastada a preliminar de prescrição, nova sentença seja proferida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Senhor Presidente, coloco-me no mesmo posicionamento do eminente Ministro-Relator.

A matéria é sabidamente polêmica e há argumentos relevantes em prol de uma e outra corrente. Mas, o que realmente impressiona é a circunstância de que, afastada a prescrição, se não forem examinadas as demais questões, é suscetível de ocorrer a supressão de um grau de jurisdição. Há, além do mais, como aludiu o Eminentíssimo Ministro-Relator,

razões de ordem prática e ordem científica que recomendam o retorno do feito à 1ª instância para que se torne completo o julgamento.

Acompanho, portanto, o Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Também acompanho o eminente Ministro-Relator, quer pelas razões de ordem doutrinária, que S. Ex^a expôs com a precisão de costume, quer pelos motivos de ordem pragmática.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.643 — SP — (90.0012909-5) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: FEPASA — Ferrovia Paulista S/A. Recdo.: Manoel Elias Sampaio e cônjuge. Advs.: Drs. José Martins Portella Neto e outros e Alexandra Zakie Abboud e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (4ª Turma — 11.06.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministro 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 6.813 — RS

(Registro nº 90.13224-0)

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

Recorrente: *Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo*

Recorrida: *Kreybel Empreendimentos Imobiliários Ltda.*

Advogados: *Drs. Walter Torres de Leão e Noemia da Silva Lopes e outro*

EMENTA: REVELIA. RÉU COM PROCURADOR NOS AUTOS. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO.

Ainda que não tenha sido admitida a contestação, se o réu possui procurador nos autos, deve ser ele intimado dos atos processuais. Inteligência do art. 322, última parte, do CPC.

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, rejeitada a preliminar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de junho de 1991 (continuação da sessão iniciada em 25.6.91).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente, em exercício. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de rescisão de promessa de venda e compra, cumulada com pedido de perdas e danos. Na sentença, o MM. Juiz de Direito considerou intempestivas as contestações do réu Antônio Ivanir Azevedo e de sua mulher Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo, vindo a julgar procedente a demanda à consideração também de que caracterizado restou o inadimplemento dos compromissórios-compradores.

O co-réu Antônio Ivanir Azevedo apelou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Já em pauta de julgamento o recurso, a co-ré Mônica Beatriz acostou aos autos requerimento em que pleiteou a nulidade do processo em virtude de não haver sido intimada dos atos processuais que se seguiram ao seu comparecimento perante o Juízo.

A Terceira Câmara Cível indeferiu o pedido da co-ré, rejeitou as preliminares e, *de meritis*, confirmou o decisório de 1^o grau.

O apelante e a co-ré opuseram embargos declaratórios, ambos rejeitados.

Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo manifestou daí recursos extraordinário e especial. Tocante a este último, sustentou vulneração do art. 322, última parte, do CPC, e apontou divergência jurisprudencial com arestos emanados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Mato Grosso. Asseverou a recorrente, em suma, que, a partir do momento em que ingressou nos autos, deveria ter sido intimada de todos os atos processuais que se seguiram.

Também o co-réu Antônio Ivanir ofereceu recurso especial.

O Presidente do Tribunal *a quo* admitiu o apelo especial interposto pela co-ré pela alínea *c* do permissivo constitucional e, de outro lado, indeferiu o do réu varão.

Arrazoados, os autos subiram a esta Corte, com preliminar de intempestividade aventada pela recorrida.

É o relatório.

VOTO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. O apelo extremo aforou-se a tempo.

Assim é que a intimação do Acórdão prolatado na apelação se deu em 12.10.89, ao passo que os dois embargos declaratórios foram opostos no dia 17.10.89. Daí terem sido consumidos 4 dias de prazo, de vez que não se conta o dia da apresentação dos citados embargos (cfr. Theotônio Negrão, “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, nota 9 ao art. 180, pág. 138, 21^a ed., e RTJ 118/392; 119/370 e 112/383). Publicado o Acórdão dos embargos declaratórios em 2.3.90, os 11 dias remanescentes findaram no dia 15.3.90, dado que a contagem do prazo só recomeçou a correr na segunda-feira (dia 5), por ter sido o dia 2.3.90 uma sexta-feira. Tempestivamente, o recurso especial deu entrada no dia 15 de março de 1990 (fls. 234).

2. Através de procurador próprio, a co-ré contestou a ação. Essa contrariedade, no entanto, ficou inadmitida pelo MM. Juiz de Direito quando da prolação da sentença, por extemporânea.

Não foi ela intimada do decisório monocrático. Somente o foi na ocasião em que incluída a apelação do co-réu na pauta de julgamento do Tribunal de Justiça. O Colegiado não atendeu ao seu reclamo, então manifestado, sob o fundamento de que, revel, não havia necessidade de sua

intimação, nos termos do disposto no art. 322 do CPC (voto do Relator, Des. Mário Augusto Ferrari). Tal motivação foi reiterada na oportunidade em que apreciados os embargos de declaração (fls. 221).

A situação do presente feito é peculiar, não se subsumindo em verdade na previsão constante da 1ª parte do art. 322 da lei instrumental civil, mas sim em sua 2ª parte. É que a co-ré oferecera contestação e seu advogado exibira o competente instrumento de mandato (fls. 44).

A sua defesa tão-somente deixara de ser recebida, por oferecida a destempo. Conquanto pudesse ser submetida a litigante aos efeitos da revelia, a circunstância indicada não dispensava a sua intimação, mormente da sentença que houve por bem desconsiderar a contestação.

Da maneira como se processou a causa, acarretou-se inequívoca surpresa à co-ré ora recorrente, que não tomou conhecimento da decisão que declarara extemporânea a contradita por ela oposta.

J. J. Calmon de Passos leciona que “se o réu constitui procurador nos autos não se lhe aplica o art. 322, ainda quando tenha sido omissos no contestar. A revelia quanto à atuação tem suas conseqüências próprias; a revelia quanto ao comparecimento, igualmente. Uma não acarreta, necessariamente, a outra. Assim, o réu com procurador nos autos, tenha ou não contestado o pedido, deve ser intimado de todos os atos do processo.” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. III, pág. 445, nº 260, 6ª ed.).

De igual teor alinha-se a observação de Rita Giancesini, para quem “poderá ocorrer, assim, que o réu, em sendo citado, constitua advogado. Este anexe aos autos a procuração e requeira, por exemplo, vista dos autos fora de Cartório, para apresentar contestação. Entretanto, ao devolver os autos, não a apresente ou a protocole fora do prazo. Nestas hipóteses, o advogado será intimado na forma prescrita em lei (arts. 236 ou 237), embora o réu seja revel. Não se lhe aplica, em tal caso, o art. 322, primeira parte.” (“Da Revelia no Processo Civil Brasileiro” págs. 107/108, ed. 1977).

Portanto, ainda que a contestação não tenha sido admitida, o procurador da parte deve ser intimado, permanecendo a procuração nos autos para as intimações posteriores (cfr. Theotônio Negrão, ob. cit., pág. 213, nota 4 ao art. 322).

Nesses termos, desprezando a necessidade de intimação do Dr. patrono da co-ré recorrente, o Tribunal *a quo* afrontou o estabelecido na parte final do art. 322 do Código de Processo Civil, como também se apartou, ao menos, do julgado que se acha inserto na Rev. dos Tribs. vol. 591, págs. 187-189.

3. Ante o exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas do autorizativo constitucional e dou-lhe provimento, para anular o processo a partir da intimação da r. sentença.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator. Realmente, se o réu, embora não contestando a demanda, vier a constituir procurador e este comparece aos autos, a partir desse momento em diante o procurador deve ser regularmente intimado. E isto decorre da regra constante da parte final do art. 322, no sentido de que o revel que intervém no processo irá recebê-lo “no estado em que se encontra”, ou seja, daquele momento em diante ele deverá ser processualmente tratado em igualdade com os demais litigantes.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.813 — RS — (90.13224-0) — Rel.: O Exmo. Sr. Min. Barros Monteiro. Recte.: Mônica Beatriz Bianchimano de Azevedo. Recda.: Kreybel Empreendimentos Imobiliários Ltda. Advs.: Drs. Walter Torres de Leão e Noemia da Silva Lopes e outro.

Decisão: “Rejeitada a preliminar, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento.” (4ª Turma, em 27.6.91 — continuação da sessão iniciada em 25.6.91).

Votaram com o Relator os Srs. Mins. Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o Sr. Min. ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.833 — SP (Registro nº 90.13337-8)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Barros Monteiro*

Recorrente: *Projeto — Instituto de Educação Infantil S/C Ltda.*

Recorrido: *Millo Andreotti*

Advogados: *Drs. Sylvia Maria Mendonça do Amaral e outros e Caio de Faria Ognibene e outros*

EMENTA: LOCAÇÃO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CONCEITUAÇÃO PARA FINS DO DISPOSTO NA LEI 6.239/75 E NO ART. 41 DA LEI 6.649/79.

Considerada pela decisão recorrida a atividade da locatária como restrita à assistência maternal e recreativa de menores até a idade pré-escolar, não se pode reputar o prédio locado como estabelecimento de ensino.

Recurso especial conhecido pelo dissídio pretoriano, 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 do recurso mas 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, 27 de junho de 1991 (cont. da sessão do dia 25.6.91).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente. Ministro BARROS MONTEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação de despejo para uso próprio ajuizada por Millo Andreótti contra “Projeto — Instituto de Educação Infantil S/C Ltda.”, acolhida em 1^a instância. Apelou a ré, sustentando a carência da ação diante da renovação verbal da avença para outro biênio. Caso precedente a demanda, pugnou pela concessão do prazo de desocupação previsto no art. 41 da Lei nº 6.649/79, uma vez que em seus cursos regulares mantém o ensino primário.

A Sétima Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento ao apelo, afastando a alegada renovação do contrato e rechaçando a incidência do prazo de seis meses para a desocupação do imóvel, excluía que se acha a locação da proteção específica conferida pela Lei nº 6.239/75.

Daí o presente recurso especial interposto pela locatária com supedâneo nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Apontou contrariedade à Lei nº 6.239/75 e ao art. 41 da Lei nº 6.649/79, desde que o Acórdão recorrido não reconheceu tratar-se no caso de estabelecimento de ensino. Como julgados discrepantes, indicou o aresto inserto na publicação “Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul”, vol. 66/368, e outro, oriundo do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, estampado na Revista dos Tribunais 633/167.

Apelo extremo admitido na origem por ambas as alíneas, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A ré buscou conceituar o imóvel locado como estabelecimento de ensino com a finalidade exclusiva de ampliar o prazo de desocupação.

Tal pretensão restou repelida pelas instâncias ordinárias, considerando-se nelas inaplicável à espécie a Lei nº 6.239/75. O julgado recorrido assim deduziu seus fundamentos:

“A sociedade civil ‘Projeto Instituto de Educação Infantil S/C Limitada’ tem por objeto, segundo constituição de fls. 93, desenvolver escola maternal, pré-primário, jardim de infância e curso de datilografia’, não constando dos autos nem mesmo afirmação da existência de regular curso de ensino primário, assim definido o de primeiro grau. Aplicação da lei especial foi bem rechaçada porquanto reiteradamente se tem decidido, inclusive nesta Câmara, que ‘a proteção da Lei 6.239/75 destina-se aos estabelecimentos oficiais e particulares, destinados a cursos disciplinados pela legislação em vigor, abrangendo os de 1º e 2º graus, e os universitários, não os cursos de ensino livre, embora especializados’. Confira-se Apelação nº 219.904/5, relator o eminente Juiz Gildo dos Santos.

Como se verifica dos autos, corpo docente especializado, no caso, destina-se a proporcionar assistência maternal e recreati-

va aos menores até idade pré-escolar, bem como ministrar cursos de datilografia.

Excluída proteção especial, totalmente desamparado reclamo quanto ao prazo e época de desocupação do imóvel locado. O artigo 41 da lei do inquilinato apenas alterou, implicitamente artigo 4º da Lei 6.239/75, elevando prazo de restituição, além de indicar época própria para transferência da sede, sem ampliar, contudo, conceito de estabelecimento de ensino, já examinado” (fls. 140).

Pelos termos em que se encontra vazado o v. Acórdão, a atividade da empresa-ré adstringe-se a proporcionar assistência maternal e recreativa às crianças até a idade pré-escolar, incluindo curso de datilografia.

No apelo excepcional em tela, a recorrente defende uma outra qualificação dos cursos que ministra. Assevera, com efeito, que se cuida de uma escola regularmente inscrita na Secretaria da Educação e que a seu cargo se encontram os cursos pré-primário e de 1º grau.

O que está a pretender nesse passo, todavia, é o reexame de matéria probatória, inviável no campo estreito do apelo especial, a teor da Súmula nº 7 desta Corte. Basta dizer que o *decisum* ora hostilizado além das restrições acima aludidas, deu pela inexistência de regular curso de ensino primário.

Inocorre *in casu* afronta à lei federal. À citada Lei nº 6.239, de 19-9-75, há que se atribuir u’a interpretação estrita, visto restringir ela drasticamente os direitos do proprietário, a ponto de obstaculizar até mesmo a retomada para uso próprio. Nesse sentido, aliás, a orientação imprimida pela Eg. Terceira Turma desta Casa em precedentes de que foi relator o ilustre Ministro Eduardo Ribeiro (REsp’s nºs 1.147-RJ e 2.853-SP).

Tratando-se, assim, conforme salientado pelo decisório recorrido, de estabelecimento dedicado sobretudo à assistência maternal e recreativa de crianças, não se pode reputá-lo como “estabelecimento de ensino” com vistas ao objetivo da lei.

Prelecionam a respeito Rogério Lauria Tucci e Álvaro Villaça Azevedo que “como estabelecimento de ensino deve ser tido todo aquele de existência regular, em que se ministra curso disciplinado pela legislação em vigor, — seja de primeiro, de segundo ou superior grau; assim, também, o profissionalizante, — por pessoal docente especializado, a corpo discente contínuo” (Tratado da Locação Predial Urbana, págs. 512-513, ed. 1980).

No que concerne ao dissídio pretoriano, reputo-o configurado em face do aresto oriundo do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, pois a Quinta Câmara daquele Sodalício houve por bem reconhecer como “estabelecimento de ensino” o imóvel locado para “curso de idiomas”, sob o fundamento primordial de que basta seja o prédio utilizado para fins educativos, tal como é o caso de “jardins de infância” e de “creches” (Julgados do Tribunal de Alçada do R.G.S., vol. 66/págs. 368-369). Penso que, no entanto, pelos motivos supra expendidos, a melhor orientação está com o Acórdão recorrido.

Ante o exposto, conheço do recurso pela alínea c do permissivo constitucional, mas a ele nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.833 — SP — (90.13337-8) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Projeto — Instituto de Educação Infantil S/C Ltda. Recdo.: Millo Andreotti. Advs.: Drs. Sylvia Maria Mendonça do Amaral e outros e Caio de Faria Ognibene e outros.

Decisão: A Quarta Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento (em 27.6.91, cont. da sessão do dia 25.6.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Ausência justificada do Sr. Ministro Bueno de Souza. Presidiu o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.857 — SP (Registro nº 90.0013400-5)

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

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Ind. de Seda Rivaben S/A*

Advogados: *Drs. José Ramos Nogueira Neto e outros e José Luiz Matthes e outro*

EMENTA: O procedimento, tanto para a homologação de conta de liquidação como para a homologação

de cálculos de atualização, é o mesmo, ou seja, é dada às partes a oportunidade de impugnarem os cálculos antes da homologação, através de sentença, da qual cabe apelação.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e 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, 16 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com apoio no artigo 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpôs Recurso Especial ao v. acórdão, proferido pela 14ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, que decidiu que a apelação é o recurso cabível contra decisão homologatória de cálculos da liquidação.

Alega a Recorrente que a decisão atacada negou vigência ao artigo 522, do CPC, bem como divergiu da jurisprudência do Colendo STF e do extinto TFR.

O Recurso foi contra-arrazoado (fls. 193/194), admitido (fls. 196) e encaminhado a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou por seu provimento.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: O procedimento, tanto para a homologação de conta de liquidação como para a homologação de cálcu-

los de atualização, é o mesmo, ou seja, é dada às partes a oportunidade de impugnamem os cálculos antes da homologação, através de sentença, da qual cabe apelação.

Recurso desprovido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Compulsando os autos percebe-se que às fls. 154/v. houve promoção da escrevente informando não constar cálculo atualizado do débito, ordenando o MM. Juiz de Direito a sua elaboração (fls. 155), o que foi homologado, por sentença, às fls. 162.

Entendo que o procedimento, tanto para a homologação de conta de liquidação como para a homologação de cálculos de atualização, é o mesmo, ou seja, é dada às partes a oportunidade de impugnamem os cálculos antes da homologação, através de sentença, da qual cabe apelação.

Em favor deste entendimento, cito o RE nº 114.466/PR, relator o Sr. Ministro Octávio Gallotti, RTJ nº 124-02, pág. 840, que restou assim ementado:

“A apelação é o recurso cabível da sentença que julga a liquidação, assim entendidas, não só a homologação do primeiro cálculo, como também a das atualizações subsequentes (artigos 513 e 520, III, do Código de Processo Civil).

Voto vencido que não considerava configurada a divergência e, no mérito, reputava cabível o Agravo de Instrumento.

Recurso de que se conhece, pela letra *d*, para se lhe dar provimento, por maioria.”

Cito, ainda, o REsp nº 8.672/SP, relator o Sr. Ministro Américo Luz, DJ, 22/04/91, cuja ementa dispõe:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. RECURSO CABÍVEL.

Da sentença homologatória de conta de liquidação, bem como da de atualização, o recurso cabível é apelação.

Recurso provido.”

Em assim sendo, *data venia* do Ministério Público, que, tem posicionamento diverso, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.857 — SP — (90.0013400-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrida: Ind. de Seda Rivaben S/A. Advogados: Drs. José Ramos Nogueira Neto e outros e José Luiz Matthes e outro.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator (José de Jesus), conhecendo do recurso para negar-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Aguardam os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ. (2ª Turma, em 28.08.91)

VOTO (VENCIDO)

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O eminente Ministro relator conhecia do recurso, mas lhe negava provimento.

Pedi vista, para melhor exame do processo, porque já me manifestei contrariamente, tanto nesta Turma como na Seção. Venho sustentando, *data venia*, que das decisões sobre atualização de cálculo, o recurso admissível é o de agravo.

Em voto nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 4.450, de que foi relator o ilustre Ministro Ilmar Galvão, deixei assentado que em decorrência do disposto no art. 520, inciso III, e artigo 605, do Código de Processo, da sentença homologatória do cálculo cabe apelação. Sentença é o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo decidindo ou não o mérito da causa.

Ora, se a sentença homologa o cálculo, encerrando a liquidação que antecede a execução, é apelável. Já as decisões subseqüentes, que se manifestam sobre incidentes no curso da execução, inclusive sobre cálculos de atualização de contas, tendo o caráter de interlocutórias, são agraváveis (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rev. de Amagis, Vol. 2º, pág. 78; Min. Athos Carneiro, REsp nº 6.500-MG, DJ de 20.03.91, pág. 2.941).

Então, Sr. Presidente, pedindo vênica e respeitando a força dos argumentos do eminente relator, conheço do recurso e lhe dou provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, já tivemos oportunidade de votar, na Seção, matéria idêntica. Pacifi-

camos o entendimento de que o recurso deveria ser o de apelação, em benefício da própria parte, evitando-lhe maiores gastos na formação de instrumentos.

Sem dúvida, há casos de atualização de indenização em que realmente não temos uma nova sentença homologatória. Em todos os casos oriundos da Bahia, porém, havia que se repetir sentenças homologatórias, porque em todas as atualizações se discutiam os cálculos e os valores. Temos pelo menos um precedente, em que o Ministro Pádua Ribeiro conheceu do recurso de apelação da PETROBRÁS. Diante dessa realidade, creio que para a parte melhor será evitar-se a formação de instrumentos sempre onerosos e, não raro, incompletos, e subirem os autos em apelação.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Também tenho votado nesse sentido, embora reconheça que o Tribunal Federal de Recursos tenha adotado a tese do agravo. Depois me convenci, por razões de ordem prática, justamente as que causavam maior ônus às partes.

Peço vênua ao Sr. Ministro Mosimann, para acompanhar o Sr. Ministro-relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, no extinto Tribunal Federal de Recursos sustentei a tese de que toda decisão homologatória de cálculo consubstancia sentença e, como tal, é apelável e não agravável, com o apoio da maioria da sua 4ª Turma. Com os vários recursos extraordinários interpostos, o Supremo fixou essa mesma orientação, que a meu ver é realmente a mais adequada, porque hoje a atualização de cálculo não envolve meros cálculos aritméticos. O Juiz resolve muitas questões de direito e isso decorre, basicamente, das leis decorrentes da inflação. São numerosas as leis promulgadas. Por isso, como salientou o ilustre relator, sem essa liquidação, ensejadora de sentença final que acabe com os litígios acerca do próprio cálculo, não é possível proceder-se à execução. É necessário liquidar para executar. E, sem isso, realmente, não é possível acontecer a execução. Ademais, parece-me que, além desses aspectos jurídicos, há

também os aspectos práticos. Sempre gostei de estudar e lecionar processo, o que fiz durante muito tempo, e estou convencido cada vez mais de que o processo é instrumento de jurisdição, não é meio de ficar cerceando a aplicação do direito substancial, o direito maior, estabelecendo-se interminável discussão sobre se o recurso deve ser agravo ou apelação.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DE JESUS: V. Exa. me permite uma intervenção? Veja V. Exa. que da sentença que homologa, enseja a expedição de precatório para pagamento. Se houver dúvida, o recurso é apelação, porque examinou o mérito dos cálculos. A sentença é definitiva. Se não houvesse inflação, teríamos apenas a liquidação de cálculo, tradicionalmente no Processo Civil Brasileiro. Mas, com essa inflação, os problemas acumulados de variação de índices...

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Em outras palavras, pode-se fazer um raciocínio semelhante aos embargos declaratórios. Estes têm a mesma natureza do acórdão embargado, quer dizer, uma decisão integrativa. Então, esses cálculos de atualização constituem, em outras palavras, uma decisão integrativa. Se os primeiros são impugnáveis através de apelação, por que não os segundos?

Por isso, com essas breves considerações, embora, evidentemente, merecendo todo o respeito aqueles que pensam de maneira diversa, o Eminentíssimo Ministro Mosimann e os Eminentíssimos Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo, continuo ainda convencido desse posicionamento.

Acompanho, portanto o ilustre Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.857 — SP — (90.0013400-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrida: Ind. de Seda Rivaben S/A. Advogados: Drs. José Ramos Nogueira Neto e outros e José Luiz Matthes e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Hélio Mosimann conhecendo do recurso para dar-lhe provimento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e lhe negou provimento. (2ª Turma, em 16.09.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Pádua Ribeiro. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO ESPECIAL Nº 7.083 — RS
(Registro nº 90.0014210-5)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil*

Recorrido: *Expresso SS Ltda.*

Advogados: *Drs. Júlio Cezar Abrunhoza de Barros e outros e André Roberto Mallmann e outros*

EMENTA: Citação — Ausência — C.P.C., art. 215, § 1º.

Ausente, no sentido desse dispositivo da lei processual, é aquele que não se encontra no local em que normalmente deveria ser procurado para a citação.

Tendo domicílio certo e conhecido, aí deverá ser essa diligenciada. Não se justifica a citação na pessoa do gerente apenas por ter sido a ação ajuizada em comarca diversa daquela em que domiciliado o réu.

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, 28 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Nos autos de consignatória em pagamento, movida por Expresso SS Ltda. contra Bradesco Lea-

sing S/A, Arrendamento Mercantil, discute-se a validade da citação na pessoa do gerente da agência. Repousa a afirmativa da nulidade da citação em “não possuir o gerente da agência poderes para representá-la” e em não se poder confundir o Banco Bradesco S/A com a ré “que possuem CGC e estatutos diferentes.”

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, à unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, em decisão assim ementada:

“Ação de consignação em pagamento. Contrato de arrendamento mercantil. Discussão a respeito do reajuste de prestações em decorrência do congelamento determinado pelo Plano Verão. Citação feita na pessoa do gerente da agência do banco comercial. Alegação de nulidade de citação, por não possuir o gerente poderes para representar a arrendante. Nulidade reconhecida. Agravo interposto tempestivamente, entendendo válida a citação e pedindo a declaração de revelia. Validade da citação da demandada na pessoa do gerente do banco comercial. Interpretação da regra do artigo 215, §1º, do Código de Processo Civil. Embora sendo a demandada e o banco pessoas jurídicas distintas, pertencem ao mesmo conglomerado. Teoria da aparência ou dos *disregard*, admitindo a legitimação passiva do banco comercial, mesmo sendo diferentes as pessoas jurídicas, que se utilizam do mesmo prédio e dos mesmos funcionários, invocada ao caso para admitir como válida a citação do gerente que participou das tratativas e efetivou o negócio, tendo, inclusive, em nome da arrendante, assinado notificação para que fosse efetivado o pagamento de prestações, em prazo determinado, sob pena de rescisão do contrato. Sendo válida a citação, foi a contestação apresentada fora do prazo. Efeito da revelia, entretanto, deve ser examinado quando do julgamento da ação. Agravo provido.”

Foi interposto recurso especial, com base no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, pretendendo-se ter havido negativa de vigência da lei federal e dissídio jurisprudencial, afirmando-se não caber invocação do art. 215, § 1º, do CPC.

O Presidente do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, entendendo diversas as interpretações dadas ao art. 215, § 1º, do C.P.C., admitiu o recurso, subindo os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Citação — Ausência — C.P.C., art. 215, § 1º.

Ausente, no sentido desse dispositivo da lei processual, é aquele que não se encontra no local em que normalmente deveria ser procurado para a citação.

Tendo domicílio certo e conhecido, aí deverá ser essa diligenciada. Não se justifica a citação na pessoa do gerente apenas por ter sido a ação ajuizada em comarca diversa daquela em que domiciliado o réu.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Salientou o acórdão que o contrato, a cujo propósito se litiga, fora firmado na agência local do Banco Bradesco S/A e seu gerente participou das tratativas e efetivou o negócio. Ele também foi quem subscreveu a notificação dirigida ao autor da ação. A citação poderia ser feita em sua pessoa, tendo em vista o disposto no artigo 215, § 1º, do Código de Processo Civil.

Demonstrou-se suficientemente o dissídio com julgado do Egrégio Tribunal do Estado da Bahia que consignou não ser possível aplicar-se aquela norma legal, tratando-se de pessoa jurídica. É o que basta para que se conheça do recurso.

Admitiu o acórdão que, pertencendo o gerente do Banco ao mesmo conglomerado financeiro integrado pela recorrente e encarregando-se, de fato, de sua representação, era de ser tido como gerente desta. Face à ausência do citando, incidira o mencionado artigo ao Código de Processo Civil.

Tenho como aceitável a primeira parte das colocações feitas; não, entretanto, a segunda. Não me parece que se configure a ausência do réu, de maneira a ensejar que a citação se faça nos termos pretendidos.

Para que se tenha o réu como ausente, não basta que não se encontre na sede do Juízo em que proposta a ação. Sendo certo e conhecido seu domicílio, aí deverá ser procurado para a citação. Não poderá ser tido como ausente, se lá mesmo se encontra. A propósito do tema escreveu MONIZ DE ARAGÃO:

“Não basta que o citando não seja momentaneamente encontrado e tampouco que não o seja por ter domicílio certo e conhecido em outro lugar”. Comentários ao C.P.C., Forense, 1ª ed., vol. II, p. 179.

Esta, a meu ver, a boa doutrina. Ausente, no sentido do dispositivo em exame, é aquele que não se encontra no local em que normalmente deveria ser procurado para a citação. No caso, isso não se verificava.

Conheço do recurso, pelas letras *a* e *c*, e dou-lhe provimento para restabelecer a decisão de primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator, porque o acórdão está mal fundamentado. No caso, deve ser tomada como base para decidir a teoria da aparência, pois se trata de um conglomerado financeiro e certamente o gerente do banco foi quem contratou a operação. Mais do que isso, a parte é um banco múltiplo, com uma só denominação, englobando todas as suas empresas.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.083 — RS — (90.0014210-5) — Rel.: Sr. Min. Eduardo Ribeiro. Recte.: Bradesco Leasing S/A — Arrendamento Mercantil. Recdo.: Expresso SS Ltda. Advs.: Drs. Júlio Cezar Abrunhoza de Barros e outros e André Roberto Mallmann e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (28.06.91 — 3ª Turma).

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 7.178 — SP

(Registro nº 91.0000258-5)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Citibank N. A.*

Recorridos: *Antonio Accurti e outros*

Advogados: *Drs. José Rubens S. M. de Campos e outros, e Sérgio Marques da Cruz e outros*

EMENTA: Agravo de Instrumento — Retratação — Remessa dos autos ao segundo grau — C.P.C., artigo 527, § 6º.

No julgamento do agravo deverão ser apreciadas todas as alegações relevantes deduzidas pelo primitivo agravante, ainda que uma delas haja sido rejeitada ao exercer-se o juízo de retratação.

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: Em ação indenizatória, promovida por Antonio Accurti e outros contra o Citibank N. A., o MM. Juiz de Direito da 30ª Vara Cível, do Foro Central da Comarca de São Paulo, deferiu “o recolhimento da primeira parcela da taxa judiciária a final, de acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei Estadual nº 4.952, de 27.12.85”. Com o agravo de instrumento, pretendeu-se fosse recolhido desde logo “e sob as sanções do art. 257, do CPC”, entendendo-se não enquadrado o pleito nas exceções da lei referida. De qualquer sorte, seria esta inconstitucional.

O julgado de primeiro grau reformou a decisão, determinando o recolhimento, no prazo de cinco dias. A pedido dos agravados subiram os autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

A Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, à unanimidade, deu provimento ao agravo para permitir o diferimento. Entendeu-se estar a ação “fundamentada no art. 159 do Código Civil (...) e da inicial se dessume que resultou não de relação direta do banco com o cliente, mais, sim, de danos causados aos autores por atos ilícitos praticados por alegado preposto ou pessoa de confiança do banco”; daí “a figura da responsabilidade do banco, **extracontratual** (...) suficiente para autorizar o diferimento legal”.

Interpostos embargos declaratórios, por votação unânime, foram rejeitados os da parte ré e recebidos os dos autores, fls. 136/138. Adveio recurso especial, indeferido, “sem prejuízo da formação do instrumento de relevância da questão federal”, fls. 169; desdobrado o recurso em extraordinário e especial, este foi admitido. Foi alegada negativa de vigência aos seguintes artigos do CPC: 527, § 6º, e 515, § 2º, por não apreciada a inconstitucionalidade da Lei Estadual 4.952/85, 535, II, 19, *caput*, e 257.

Contra-arrazoado o recurso especial, subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Agravo de Instrumento — Retratação — Remessa dos autos ao segundo grau — C.P.C., artigo 527, § 6º.

No julgamento do agravo deverão ser apreciadas todas as alegações relevantes deduzidas pelo primitivo agravante, ainda que uma delas haja sido rejeitada ao exercer-se o juízo de retratação.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Concedido diferimento, para que fosse paga taxa judiciária, agravou o réu, alegando que não se verificara qualquer das hipóteses em que, segundo a lei estadual, isso seria admissível. De qualquer sorte, essa lei seria inconstitucional. Excercendo juízo de retratação, o MM. Juiz reformou a decisão. Repeliu o argumento de inconstitucionalidade mas entendeu que, realmente, não se realizara o suposto normativo, a autorizar o recolhimento do tributo, em fase posterior do processo. Valendo-se da faculdade prevista no artigo

527, § 6º, do C.P.C., pediu o agravado a subida dos autos ao Tribunal, sendo a decisão reformada. A Corte, para assim decidir, limitou-se a examinar o argumento acolhido em primeiro grau. Não considerou a alegação de inconstitucionalidade. E rejeitou pedido de declaração, com fundamento em que aquela argüição não estava em julgamento. Este haveria de referir-se apenas à matéria que, em primeiro grau, fora desfavorável aos agravantes que, por força da retratação, eram os primitivos agravados.

Com a devida vênia, discordo do sustentado no acórdão que decidiu os declaratórios. Afirmou o ora recorrente a inaplicabilidade do questionado benefício com base em dois argumentos. Ambos hão de ser examinados. Não procede a argumentação de que apenas a questão pertinente à inaplicabilidade da lei à hipótese estaria em causa. O primitivo agravante, modificada a decisão em primeiro grau, não tem outra oportunidade de manifestar-se. Nem isso se justificaria. Suas razões de agravante passam a operar como se de agravado fossem. E nelas explicitamente invocou-se o argumento da inconstitucionalidade.

Afirmam os recorridos que cumpriria ao recorrente agravar a decisão que, embora lhe sendo favorável, rejeitara um dos fundamentos deduzidos no agravo. Não têm razão. A decisão atendera-os inteiramente e nenhum proveito prático poderiam tirar do recurso. Faltava-lhes interesse de recorrer.

Conheço do recurso, por violação do disposto no artigo 535, II, do C.P.C., pois o acórdão deixou de suprir omissão que realmente existia, e dou-lhe provimento para que outro julgamento seja proferido, apreciando a alegação de inconstitucionalidade.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.178 — SP — (91.0000258-5) — Rel.: Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Citibank N. A. Recdos.: Antonio Accurti e outros. Advs.: Drs. José Rubens S. M. de Campos e outros, Sérgio Marques da Cruz e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (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 7.259 — CE
(Registro nº 91.0000397-2)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Rádio Jornal do Brasil Ltda.*

Recorrido: *TV Cidade de Fortaleza Ltda. e outro*

Advogados: *Carlos Henrique de Carvalho Froes e outros, e Joaquim
Jair Ximenes Aguiar e outro*

EMENTA: MARCA REGISTRADA DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO. EXCLUSIVIDADE GARANTIDA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL, ARTIGO 59 DO CPI. MARCA 'RÁDIO-CIDADE'.

Registrada pela autora a marca "RÁDIO-CIDADE", como nominativa de seus serviços prestados através de várias emissoras radiofônicas, tal marca, caracterizada pela *união das duas expressões*, não pode ser utilizada integrando o nome comercial de outras radiodifusoras, em todo o território do país.

O uso isolado da palavra 'Cidade' não está todavia defeso na composição do nome comercial de emissora de televisão.

Recurso especial conhecido, e em parte 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 parcial 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, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ações pelo procedimento ordinário, reunidas por prevenção, ajuizadas por RÁDIO JORNAL DO BRASIL LTDA. contra RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA LTDA. e TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA., e reconvenção desta, julgadas improcedentes no juízo monocrático (fls. 73/80).

Apreciando a apelação da autora-reconvinda, a eg. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, reportando-se a acórdão proferido pelo extinto TFR em apelação envolvendo as mesmas partes, negou provimento ao recurso sob a ementa seguinte:

“O USO DO NOME COMERCIAL que, em combinação, contenha uma única palavra já objeto de registro por outrem em cidade integrante de região distinta e longínqua, não sofre qualquer vedação, ainda mais quando, por tais condições, não se possa cogitar de erro, dúvida ou confusão.” (fls. 119/123).

Irresignada, manejou RÁDIO JORNAL DO BRASIL LTDA. recurso especial, fundamentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando contrariedade aos artigos 59, 65, nº 17, do Código de Propriedade Industrial e 175, I e II, do D.-lei nº 7.903/45, além de divergência do acórdão recorrido com arestos do extinto TRF, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara. Sustenta, em síntese, que na qualidade de detentora da marca “RÁDIO-CIDADE”, tem o direito de impedir o seu uso por terceiros posto que “o registro de marca lhe garante a propriedade e o uso exclusivo no **território nacional**” (grifo do original — fls. 125/131).

Admitido o recurso na origem (fls. 154/155), subiram os autos a este STJ, com contra-razões (fls. 143/152).

Opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não provimento do recurso especial (fls. 162/164).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): O v. aresto recorrido está assim fundamentando:

“No mérito, pertinente ao recurso intentado pela autora e que ora se aprecia, a insubsistência das razões oferecidas e que

atacam a solução que se deu à lide, já resulta de muito antes, muito mais pelas lúcidas ponderações jurídicas contidas no parecer da Subprocuradoria-Geral da República, opinando no Recurso de Apelação Cível nº 88.337 interposta pela ora Autora, irresignada com a sentença proferida nos autos de Ação Ordinária de Anulação de Registro, em que, inversamente, era autora a TV Cidade de Fortaleza, a ré a Rádio Jornal do Brasil Ltda.

O equilíbrio do parecer aludido, fez com que, ao apreciar o recurso interposto, a 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, adotando-o integralmente e embora fosse objeto da ação a anulação do registro antes conferido à ora apelante Rádio Jornal do Brasil, se mostrasse inconstante diante da necessidade de registrar que, mesmo dando provimento ao recurso intentado por esta, para declarar a validade do registro da marca padecia de poderes para impedir que a ora apelada pudesse utilizar em seu nome comercial a expressão Rádio Cidade Fortaleza.

É que — e assim está assentado no parecer e no corpo do acórdão proferido pela 4ª Turma do TRF, consoante xerocópias que repousam às fls. 182/194 dos autos não tem a ré (aqui autora) o direito de impedir que outras empresas de radiodifusão utilizem a palavra CIDADE em novas combinações que se distinguem suficientemente da marca por ela registrada, ainda mais quando a reprodução que se tem como proibida é aquela capaz de induzir o consumidor em erro, dúvida ou confusão quanto à origem do produto.

Acrescentou-se, ainda, no acórdão proferido que, tanto mais não podia a ora autora impedir o uso da expressão Rádio Cidade de Fortaleza, e, por extensão, TV Cidade de Fortaleza, compreende-se, na medida em que tais empresas transmitem em faixas distintas e operam em quilociclos não coincidentes, “apresentando programas direcionados a públicos diversos, com gostos, costumes e hábitos próprios, pelo que dificilmente, seriam confundidas” (fls. 189).

Foi exatamente essa a orientação seguida na sentença recorrida, que findou por concluir que, consoante entendimento do próprio STF “o nome comercial de um estabelecimento tem sua influência adstrita à região onde é exercida a sua atividade”, inexistindo a confusão, pela sua simples localização diferente.” (fls. 122/123).

Como vemos, o v. aresto impugnado escuda-se basicamente no parecer do Ministério Público Federal oferecido na ação de anulação do registro da marca “RÁDIO CIDADE”, em que foi autora a ora ré “TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA.” e ré ora autora “RÁDIO JORNAL DO BRASIL LTDA.”, demanda esta julgada improcedente em v. acórdão do antigo TRF, relator o em. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, porém com a afirmativa, lançada no parecer incorporado à motivação, de que “Não nos parece, assim, que a ré possa impedir a autora de utilizar em seu nome comercial, ou como marca de serviço, a expressão RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA, já que essas empresas de radiodifusão transmitem em faixas distintas e operam em quilociclos não coincidentes, apresentando programas direcionados a público diverso, com gostos, costumes e hábitos próprios, pelo que dificilmente seriam confundidas.” (fls. 57).

Necessário aqui sublinhar, prefacialmente, que os limites objetivos da coisa julgada não alcançam “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (CPC, art. 469, I).

2. De mérito, põe-se como fato basilar para a composição da lide o de que a expressão “RÁDIO-CIDADE” foi registrada pela autora como marca de serviço, a teor do artigo 61, 3), da Lei 5.772, de 21.12.71 — Código de Propriedade Industrial, para a especificação de seus serviços de “radiodifusão”, e isso “sem direito ao uso exclusivo da expressão ‘Rádio’ (fls. 11/12). A validade de tal registro, questionada ante o uso de palavra comum como ‘CIDADE’ foi impugnada na via jurisdicional pela ora ré “TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA.”, e, como vimos, resultou ao final mantido o registro.

Ora, mantido o registro, incide a norma do artigo 59 da citada Lei 5.772/71, pela qual “será garantida **no território nacional** a propriedade da marca e o seu **uso exclusivo** àquele que obtiver o registro de acordo com o presente Código, para distinguir seus produtos, mercadorias **ou serviços**, de outros idênticos ou semelhantes, na classe correspondente à sua atividade” (grifos nossos).

Registrada uma marca, não pode, pois, outra empresa industrial, comercial ou de serviços, utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades (Lei 4.726, de 13.07.65, art. 49), ou para “todas as classes”, em se cuidando de marca notória (CPI, art. 67). E a proteção aplica-se **no território nacional**, como está no próprio texto da lei, embora quiçá, *lege ferenda*, tal ampla proteção possa ser em certos casos menos adequada em país de dimensões continentais. Esta

observação, contudo, é menos pertinente no caso concreto, em que a autora expande sua rede de emissoras no território nacional, como se vê de fls. 13 e fls. 15.

O v. aresto, destarte, contrariou os artigos 59 e 65, nº 17, do Código de Propriedade Industrial.

3. Encontro, outrossim, dissídio com os arestos colacionados como paradigma, máxime o anotado a fls. 132, do antigo TFR na Ap. Cível 10.344, rel. o em. MIN. AMARÍLIO BENJAMIN, em cuja ementa lê-se: “O titular de marca registrada pode impedir o seu uso por terceiros, seja na atividade industrial, seja na composição do nome de empresa”.

4. Impende, todavia, apreciar questão não abordada com suficiente ênfase nos autos, embora implícita em todo o debate. É que a marca objeto da tutela é a expressão composta “RÁDIO-CIDADE”. Cuida-se de marca nominativa, e embora o uso exclusivo não se aplique, como está no registro, à palavra ‘Rádio’ (fls. 11), disso não se segue que esteja igualmente sob tutela o uso **isolado** da expressão ‘Cidade’. Em assim sendo, defeso é o uso do nome comercial “RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA LTDA.”, mas não encontro impedimento jurídico ao uso do nome comercial “TV CIDADE DE FORTALEZA”, onde a expressão composta ‘Rádio-Cidade’ não se encontra. Aliás, neste último caso não se cuida sequer de serviços de ‘radiodifusão’, mas de serviços de televisão, nos quais o elemento ‘imagem’ constitui o fundamental da comunicação.

Pelo exposto, conheço do recurso por ambas as alíneas e ao mesmo dou parcial provimento, para julgar procedente a ação ajuizada contra a RÁDIO CIDADE DE FORTALEZA LTDA., mantida, pelos motivos supra expendidos, a decisão de improcedência da demanda ajuizada contra a TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA., com os ônus de sucumbência como o direito.

É o voto.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, acompanho V. Exa. na integralidade do seu voto. Esta matéria — registro de marca — já foi objeto de julgamento nesta Turma, no Recurso Especial nº 3.230, de que fui relator, quando ficou constando como ementa:

“No estágio atual da evolução social, a proteção da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de ser-

viços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado.

A proteção legal à marca (Lei 5.772/77, art. 59), que busca reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com o esforço e o labor alheios, não se restringe às sociedades mercantis, alcançando também associações civis.

Não veda a lei que a marca seja registrada através de sigla com letras do alfabeto (*verbi gratia*, “SPC”) que possa distingui-la de congêneres.

Uma vez registrada a marca, a sua invalidade somente se dá nos termos da lei, através de revisão administrativa ou procedimento judicial”.

Tenho para mim que assiste inteira razão à recorrente quando diz da distinção entre marca e nome comercial e, também, quanto ao dispositivo do art. 59, do Código específico, que impõe a abrangência, em todo o território nacional, do registro da marca. A meu sentir, a expressão “Rádio Cidade”, poderia levar a população a confundir aquela emissora com outra de semelhante denominação, mesmo que colocada em outra região do País, indicando que pertenceria ao mesmo grupo de divulgação.

Acompanho, por inteiro, o voto do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, conquanto a marca em questão contenha palavra de domínio público, a verdade é que a impugnação formulada pela recorrida, quanto ao registro da mesma marca, mereceu a rejeição por parte do órgão competente.

Nestes termos, Sr. Presidente, entendendo também que há possibilidade, no caso, de confusão em relação ao nome da emissora de rádio, acompanho o voto de V. Ex^a, com os adinículos ora trazidos pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, qualquer alegação que buscasse apoio no artigo 65, IX (o mais apropriada-

do para respaldar alguma objeção), e que aludisse a nome ou indicação de lugar de procedência, estaria afastada, no caso presente, até mesmo em razão de coisa julgada, porquanto na apelação julgada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos a parte (agora ré) pleiteou a anulação desse registro e não a obteve, sendo, como salientou V. Exa., destituído de maior relevo o adminículo concernente a considerações de ordem meramente ocasional, constante do d. voto condutor do acórdão.

Por outro lado, o artigo 59 do Código de Propriedade Industrial está, de fato, em causa. E notadamente, em tema de radioemissora, parece de toda evidência que a proteção da marca legitimamente registrada em todo o Território Nacional é imposição inarredável, não se podendo admitir a limitação de sua eficácia apenas a trecho do território do país.

Acompanho, portanto, o d. voto de V. Exa.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.259 — CE — (91.0000397-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Rádio Jornal do Brasil Ltda. Recorridos: TV Cidade de Fortaleza Ltda. e outro. Advogados: Carlos Henrique de Carvalho Froes e outros; Joaquim Jair Ximenes Aguiar.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 12.08.91)

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

Sustentaram, oralmente, os Drs. Carlos Henrique de Carvalho Froes, pela Recorrente, e Joaquim Jair Ximenes Aguiar, pelos Recorridos.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.064 — PR (Registro nº 91021105)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Nilson Naves*

Recorrente: *Adélia Ortega dos Santos*

Recorrido: *Banco Real S/A*

Advogados: *Drs. Romeu Saccani e outros e Júlio Barbosa Lemes Filho e outros*

EMENTA: Caderneta de poupança. Rendimentos de janeiro/89. Medida Provisória nº 32/Lei nº 7.730/89. Legitimidade passiva do banco depositário. É o banco parte legítima para a causa, porquanto o contrato de depósito o vincula ao despositante. Recurso especial conhecido pelo dissídio 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 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, em 07 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Trata-se de ação ordinária proposta por depositante em caderneta de poupança contra o Banco Real S.A., inconformada com os rendimentos creditados em sua conta no mês de janeiro do ano de 1989. A sentença julgou o pedido procedente. Entendeu que a Lei nº 7.730/89, em que se convertera a Medida Provisória nº 32/89, não atingiu a conta da autora (“... já contava com o direito adquirido para receber a correção do mês de janeiro de 1989, de conformidade com as regras em vigência até então,...”). Mas o acórdão, provendo a apelação, deu pela ilegitimidade passiva do Banco, conforme esta ementa:

“Ação ordinária — Depósito em caderneta de poupança — Atualização dos saldos em Obrigações do Tesouro Nacional substituídas pelo índice de preços ao consumidor — Medida provisória convertida em lei e que alterou a for-

ma de correção — Ilegitimidade passiva do apelante — Posição da União.

Proposta nominada ação ordinária colimando manter, como forma de atualização do saldo de caderneta de poupança da apelada, a evolução das Obrigações do Tesouro Nacional, substituídas pelo Índice de Preço ao Consumidor, e não aquela determinada pela Medida Provisória nº 32, convertida em Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, evidente a ilegitimidade passiva do apelante, mera associação de poupança e empréstimo (Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966) certo que, nos termos do artigo 22, XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, compete, privativamente, à União legislar sobre 'sistemas de poupança, captação e garantia da poupança particular'.

Conseqüentemente, editada uma Medida Provisória (artigo 62, da Carta Magna), transformada em lei, regulando de outra forma a correção dos saldos das cadernetas de poupança, a ação que vise isso obstaculizar terá que ser dirigida contra a União, pessoa jurídica de direito público interno (artigo 18, da Lei Maior), podendo o apelante, quando muito, figurar como litisconsorte, sujeito isso, por evidente, à apreciação judicial.

Recurso provido.”

Veio aos autos o recurso especial, pela alínea c, art. 105-III, colacionando a autora julgados para os quais o banco fora havido como parte legítima, em casos assemelhados, recurso assim admitido pelo Presidente Abrahão Miguel:

“Acena a recorrente com dissídio jurisprudencial com julgados de outros tribunais, cujas cópias xerográficas acostou à peça recursal, tendo em vista que o aresto increpado entendeu ser a instituição bancária parte passiva ilegítima enquanto os acórdãos colacionados, que tratam de casos idênticos, segundo sustenta, claramente se orientam em sentido oposto, qual seja, o de considerar os estabelecimentos creditícios portadores da *legitimatío ad causam*.

Impressionou-me a divergência pretoriana sustentada pela recorrente, pois, segundo penso, é flagrante o conflito entre o decidido pelo acórdão atacado e as conclusões contidas nos arestos paradigmas.

Enquanto este Tribunal se posicionou pela ilegitimidade passiva do estabelecimento bancário, apontando a União como pólo passivo deste tipo de ação, os acórdãos trazidos como dissidentes asseveram a legitimidade passiva do agente financeiro.

Ante o exposto, entendendo configurado o dissídio de jurisprudência, ousou admitir o recurso especial.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Realmente, a exemplo do despacho de origem, é evidente o dissenso com os arestos citados, entre os quais, o referente à AC-590017380, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Cível), com essa ementa, no ponto em causa: “Caderneta de poupança. Postulação atinente aos rendimentos de janeiro de 1989. Medida Provisória nº 32/89. Legitimidade passiva do banco para a demanda”. Em seu voto, afirmou o Des. Fernando Koch:

“A questão da ilegitimidade de parte passiva e o pedido de denunciação à lide da União, foram, igualmente, corretamente decididos. O banco é parte legítima para a demanda, pois que o contrato, atinente à caderneta de poupança, vincula os autores e o demandado. Este é quem procede a captação do dinheiro e o administra. O fato das regras disciplinadoras do investimento serem elaboradas pelo Conselho Monetário Nacional não desconfigura a legitimidade passiva do banco. Não significa, por outro lado, que a ação devesse ser dirigida contra o Banco Central ou contra a União, os quais, no caso, nenhum vínculo têm com os autores.”

Conheço, pois, do recurso especial, e adiro à posição do acórdão divergente. Neste Tribunal superior temos examinado casos com tese jurídica idêntica à destes autos, envolvendo os diversos planos econômicos, sempre com banco, ou instituição financeira, num dos pólos da relação processual. Mais a mais, a espécie, qual a colocação que lhe atribuiu a petição inicial, é perfeitamente examinável nestes autos para se atingir provimento de mérito, como procedeu a sentença.

Dou provimento ao recurso especial, a fim de que, afastada a preliminar então acolhida, o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação, como for de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.064 — PR — (91021105) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Adélia Ortega dos Santos. Recorrido: Banco

Real S/A. Advogados: Drs. Romeu Saccani e outros e Júlio Barbosa Le-
mes Filho e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (3ª 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.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL

Nº 8.100 — SP

(Registro nº 90.0003537-6)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Embte.: *Bolsa Mercantil e de Futuros*

Embdo.: *V. Acórdão de fls. 244*

Advogados: *Drs. Roberto Quiroga Mosquera e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

1. Ausência de dúvida ou omissão a ser esclarecida ou suprida.

2. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: BOLSA MERCANTIL E DE FUTUROS interpõe embargos de declaração contra v. acórdão assim ementado (fls. 244):

“CIVIL E COMERCIAL. DEFLATOR (TABLITA). “PLANO BRESSER” (DECRETOS-LEI 2.335, 2.336 e 2.337/87). MERCADO DE CONTRATOS FUTUROS.

1. Inadmissibilidade da aplicação do deflator por obra de mero ofício circular expedido pela recorrente, de modo a antecipar a vigência do Decreto-lei 2.337/87.

2. Recurso especial não conhecido.”

A embargante resume sua pretensão recursal nos seguintes termos (fls. 261/264):

(a) — a controvérsia diz respeito a Recurso Especial onde, a par de se alegar negativa de vigência aos arts. 13 e 14 do Decreto-lei 2.335/87 e art. 2º do Decreto-lei 2.337/87, se deixou assente ter a Embargante agido no cumprimento de ordens insuperáveis da Administração Pública, consubstanciando hipótese do chamado fato do príncipe;

(b) — a realidade de tal argüição está presente na petição de Recurso, não só com citação de precedente do E. Tribunal de Justiça de São Paulo onde a questão foi enfrentada, como também em observações constantes do arrazoado, além de representar matéria prequestionada desde a contestação;

(c) — no entanto, *data venia*, o v. acórdão embargado deixou de se manifestar sobre a questão, incorrendo em omissão, dando azo à articulação destes Embargos de Declaração, com fundamento no art. 535, II, do CPC;

(d) — a jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive do Pretório Excelso e desse C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é no sentido de que possam tais Embargos de Declaração modificar o resultado anteriormente proclamado, acaso acolhidos, desde que, sanada a omissão, essa deva ser a consequência; aliás, caso assim não se entenda, pouca valia terão os Embargos de Declaração.

(e) — a Embargante, ao aplicar o fator de deflação a todos os contratos em aberto em 12 de junho de 1987, apenas cumpriu determinação cogente de órgãos governamentais, especialmente, Banco Central do Brasil, referendada pela Comissão de Valores Mobiliários. Determinação esta transmitida, inclusive, por “telex”;

(f) — ao aplicar o fator de deflação, a Embargante agiu com a devida prudência e cautela e tal incidência foi feita em todos os contratos em aberto, na observância do princípio da perfeita igualdade de tratamento a todos os contratantes;

(g) — na análise da mecânica dos negócios realizados em Bolsa, se verifica que o fundamental é a existência, no final de cada dia, encerrando o pregão, do equilíbrio em relação aos direitos e obrigações de todos os contratos “comprados” e de todos os “vendidos”, correspondendo a cada contrato “comprado” um “vendido”;

(h) — daí porque, na conformidade das posições dos contratos em aberto, no final de cada dia, há a obrigação do pagamento dos “ajustes diários”, cabendo à Embargante, apenas, receber tais ajustes das posições perdedoras e pagar, correspondentemente, esses mesmos ajustes às posições ganhadoras;

(i) — portanto, ao fim de cada pregão, o montante pago a título de ajuste pelas posições perdedoras tem que ser exatamente igual ao valor recebido a esse mesmo título pelas posições ganhadoras, assumindo, inclusive, a BOLSA débito de algum inadimplente sendo que o detentor de posição comprada desconhece quem possui posição vendida e vice-versa.

(j) — o fato do príncipe esta presente na determinação imposta pelo Banco Central do Brasil, inclusive, transmitida por telex e referendada pela Comissão de Valores Mobiliários, no sentido de aplicar o fator de deflação a todos os contratos em aberto em 12.6.1987;

(k) — agiu a Embargante, pois, no respeito ao fato do príncipe e no estrito cumprimento de dever legal;

(l) — o fato do príncipe, conforme se demonstrou no decorrer desta petição, representa um dos principais casos de força maior, pois se trata de fato irresistível a excusar qualquer culpa e esta, acaso existente, *ad argumentandum*, teria sido praticada pelo Poder Público, o único responsável pela exteriorização da ordem ou determinação.”

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, alega a embargante, em síntese, que o v. acórdão omitiu apreciação da ocorrência de fato do príncipe, porquanto, ao aplicar o deflator, a embargante não obrou com culpa ou *contra legem*; mas sim, em atendimento ao comando do legislador federal e à determinação do Banco Central.

Contudo, do voto que proferiu no v. aresto embargado, com a unânime adesão de meus doutos Pares, colho o seguinte tópico (fls. 240/241), *verbis*:

“Esta Corte, aliás, por sua Terceira Turma, em acórdão de 12.06.90 proferido no Agravo Regimental interposto no Agravo de Instrumento nº 3.406, de que foi Relator o Senhor Ministro WALDEMAR ZVEITER, decidiu na consonância desta ementa (DJU, 13.08.90):

“AGRAVO REGIMENTAL — NORMA REGULAMENTAR — EFEITO RETROATIVO — TABLITA (DEFLATOR).

I — Decreto-lei que expressamente estendeu a aplicação do deflator às obrigações oriundas do mercado de capitais. Não há como emprestar efeito retroativo à norma quando esta de si mesma regulou a matéria.

II — Recurso conhecido e não provido.”

O d. voto condutor do aresto expõe:

“Todavia, demonstra o contrário o despacho de fls. 203, eis que diz:

“Com efeito, o artigo 13 do Decreto-lei 2.335/87 com a redação do Decreto-lei 2.336/87 não se aplicava aos contratos futuros em bolsa, sendo que, o artigo 16 expressamente delegava ao Conselho Monetário Nacional a adaptação aos mercados financeiros e de capitais. Somente em 18.06.87, com o advento do Decreto-lei 2.337 é que foi estendida a aplicação do deflator a obrigações contratuais com a dos autos”.

Não há, por conseguinte, argumentar com o caráter meramente interpretativo da norma posteriormente editada, certo que, disciplinada a matéria pelo subseqüente Decreto-lei 2.337, não se há de admitir a aplicação da regra nela contida por obra de mero ofício circular expedido pela recorrente, de modo a

antecipar a vigência de decreto-lei ainda inexistente a fato anteriormente ocorrido.

Ante o exposto, não se podendo imputar ao acórdão recorrido a infringência das normas dadas por vulneradas, desde que editadas somente após a ocorrência do fato ensejador da demanda, não conheço do recurso.”

Assim, tendo o v. acórdão concluído pela inexistência de norma legal autorizativa da deflação consumada, descabia, por incongruente, qualquer consideração sobre o chamado *fait du prince*.

Por outro lado, a questão ora suscitada (fato do príncipe) não mereceu enfrentamento por parte do v. acórdão que julgou a apelação, tendo transcorrido *in albis* o prazo para oposição de embargos declaratórios. E não foi enfrentada porque nunca fora suscitada.

Ante o exposto, tenho como nítido o caráter de infringência dos presentes embargos, ante a manifesta ausência, no v. acórdão, de dúvida ou omissão a ser esclarecida ou suprida.

Eis porque os rejeito.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

EDcl no REsp nº 8.100 — SP — (90.0003537-6) — Rel.: O Senhor Ministro Bueno de Souza. Embte.: Bolsa Mercantil e de Futuros. Embdo.: V. Acórdão de Fls. 244. Advogado: Drs. Roberto Quiroga Mosquera e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração (em 08.10.10 — 4ª Turma).

Os Srs. Ministros Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.259 — SP

(Registro nº 91.0002570-4)

Relator: O Sr. Ministro José Dantas

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: *Robson Claudinei Gaspar ou Paulo Roberto Gaspar*
Advogado: *Dr. Silvio Artur Dias da Silva*

EMENTA: PENAL. ROUBO. VIOLÊNCIA À PESSOA.

***Trombada.* Tal modalidade de assalto urbano, ainda que levíssima a lesão corporal resultante, e discreta a diminuição da resistência da vítima, classifica-se como roubo, e não como simples furto. Precedentes do STF.**

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 e lhe dar provimento, para restabelecer integralmente a sentença de primeiro grau, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ DANTAS, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Com base na divergência jurisprudencial aduzida, trata-se de recurso especial do Ministério Público, irresignado com a decisão apelatória, de desclassificação do crime, pelo qual foi condenado o recorrido, de roubo (art. 157, § 2º, II, do Cód. Penal) para o de furto qualificado (art. 155, § 4º, IV). Colecionam-se acórdãos do STF, afirmativos de que:

“Crime de roubo. Violência física. Art. 157 do Código Penal. A violência física, caracterizadora do crime de roubo, consiste no emprego de força sobre a vítima, tolhendo a liberdade de seus movimentos como meio para a subtração da coisa, não sendo necessário ocorra lesão corporal, bastando a via de fato. Recurso extraordinário criminal conhe-

cido e provido”. (RE 103.239-1-SP, 1ª Turma, rel. Min. RAFAEL MAYER, j. 18.12.84, v.u., DJU 15.2.85, p. 1.274).

“Crime de roubo. Violência física. Art. 157 do CP. Caracteriza-se o crime de roubo com violência física quando são arrancados da vítima objetos presos a seu corpo, ainda quando esse arrebatamento se faça por ação rápida e sem que haja necessariamente lesão corporal”. (RE 115.647-3-SP, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 13.12.88, Revista dos Tribunais, 647/382).” — fls. 96/97.

Do acórdão recorrido, lavra do **Juiz Alceu Machado**, 12ª Câmara do TACr-SP, destacar-se-iam, à base da divergência, estas considerações:

“Trombada” em grupo, como a descrita pela vítima e corroborada por sua acompanhante, é ação por demais conhecida, já apelidada de “arrastão”, tendo até sido objeto de filmagem por repórteres de televisão.

Trata-se de ataque sincronizado, para mais desnortear a vítima ou para garantir a rapina, se não conseguida na primeira investida.

Não é sequer razoável pretender, no caso, ações isoladas, sem vínculo psicológico, sem combinação de vontades, sem ajuste prévio.

No que respeita, contudo, à classificação do delito, tem-se por melhor a figura do furto.

É grande a divergência sobre a classificação da chamada “trombada”.

Decorre isso, principalmente, da preocupação em que a pena não seja desmesurada em relação ao fato delituoso.

Assim é que se tem entendido que o esbarrão, ligeiro toque, a provocação de pequeno desequilíbrio, o arrancamento de finas e frágeis correntes de adorno, não tipificam roubo, mas furto.

É que não parece possível reconhecer, nesses casos, violência contra a pessoa.

A vítima não descreveu, seja no flagrante (fls. 6), seja em juízo (fls. 45), qualquer violência contra sua pessoa, que não fato de ter puxadas, do pescoço, as correntes, o que causou eritema (vermelhidão da pele) descrito no laudo de fls. 19.

Igualmente, a única testemunha presencial não descreve violência física à vítima, referindo-se, evidentemente, a “trombada” como denominação desse tipo de rapina, não como encontro de dois corpos (fls. 5 e 47).

Pouco razoável, para tal fato, o apenamento, ainda que no limite mínimo, para roubo.

No tipo descrito no art. 157, do Código Penal, e grave ameaça ou a violência à pessoa, dizem respeito às razões impeditivas de resistência.

Na “trombada”, o que impede a resistência é a rapidez do evento, é a surpresa, muito mais que qualquer outro elemento fático, como o rápido desequilíbrio. É a falta de tempo para reação”. — fls. 88/91.

Nesta instância, o parecer do Ministério Público Federal é pelo desprovimento do recurso, *verbis*:

“2.2. Em verdade, a discrepância dos julgados é das mais variadas, no tocante à caracterização da violência, da qual resultaria ou o furto qualificado (CP, art. 155, § 4º, I) ou o roubo próprio (CP, art. 157, *caput*). Portanto, cada caso é um caso e as circunstâncias se diversificam ao infinito.

Portanto, a chave para uma melhor solução é o conceito fundamental diferenciador do objeto ao qual se dirige a violência: a *vis in personam* para caracterizar o roubo; e a *vis in rem*, para o furto qualificado.

Ora, no presente caso a violência se dirigiu direta e primordialmente contra as correntes de ouro, puxando-as do pescoço da vítima, cujas leves lesões foram consequência não premeditada.

Por outro lado, “trombada” contra o corpo da vítima não visa propriamente a feri-la, mas tão-só a desequilibrá-la, retirando-lhe tempo para reagir — configurando antes o fator surpresa, pelo inopinado do evento. É um expediente utilizado com vista à subtração do bem, muito diferente daquela “grave ameaça ou violência a pessoa”, impossibilitando-lhe a resistência, de que fala o art. 157 do CP. É preciso, para caracterizar o roubo próprio, que o agente produza temor na vítima, aterrorizando-a a ponto de obter sua total inibição (TACrSP, ACr 186.899, RT 523/401). Mas, se se tratar de um mero esbarrão, atrapalhando os movimentos da vítima, exsurgirá apenas o furto (RT 571/358, 574/376, 578/357; JTACrSP 68/476, 75/242, 78/357), mesmo que venha aquela a ser atingida pela repercussão da violência dirigida contra a coisa (RT 608/352; JTACrSP 84/251).

3. Por isso é que julgamos seja mais condizente com o *justum et aequum* o posicionamento do V. Acórdão recorrido, ante sua equilibrada “preocupação em que a pena não seja desmesurada em relação ao fato delituoso” (fls. 89).

3.1. Pelo desprovimento do recurso, mantendo-se os termos do V. Acórdão, inclusive na manutenção do regime inicial fechado — ante a fuga do recorrido (fls. 62vº e 69).

Brasília, 09 de maio de 1991

Vicente de Paulo Saraiva

Subprocurador-Geral da República” — fls. 110/11.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, conquanto respeitável a colocação de que, na chamada “trombada”, a ação pouco compromete a integridade física da vítima, dirigindo-se a violência primordialmente contra a coisa e não contra a pessoa, convenha-se em que, mesmo assim, *de lege lata*, a asserção defensora da desclassificação do roubo esquece o fator **redução da possibilidade de resistência da vítima**. Essa elementar, também, seria residualmente tipificadora do roubo, ainda que considerada a violência apenas no seu mínimo de comprometimento físico da pessoa, no caso, simples “eritema”.

Por seu lado, em face desses resultados concretos da violência (lesão corporal mínima, mas diminutiva da resistência da pessoa, tal o método empregado pelo réu para arrancar do pescoço da vítima as correntes de ouro que usava), d.m.v., não há dizer-se que a chamada “trombada” ou “arrastão” apenas se situa nos limites entre o furto e o roubo, salvo se divagada essa geografia criminal a simples pretexto *de lege ferenda*. À luz do consultado direito positivo, porém, por mais que à insegurança das ruas venham se habituando os cidadãos, conformados ao risco de sua penosa vida moderna, é de dizer-se que o analisado tipo de assalto invade, e muito, aqueles limites, integrando-se plenamente da elementar da violência pessoal, aliando-a, ademais, à circunstância da diminuição da resistência da pessoa atacada.

Daí os louvores merecidos pelos precedentes trazidos à colação, diametralmente opostos aos examinados fundamentos do v. acórdão impetrado.

Pelo exposto, conheço do recurso e o provejo, para restabelecer integralmente a sentença de primeiro grau.

VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, esta egrégia Turma tem alguns precedentes a respeito do tema, de minha relatoria, a saber:

“PENAL. ROUBO. ARREBATAMENTO DE JÓIAS PRESAS AO CORPO DA VÍTIMA, ACARRETANDO LESÕES CORPORAIS.

Acórdão que, em embargos infringentes, acolhe voto vencido desclassificando o crime para furto simples em curso formal com lesões de natureza leve.

Caracterização, contudo, do roubo próprio, já que as lesões, no caso, foram a *conditio sine qua non* da consumação da subtração.

Provimento ao recurso especial do Ministério Público para restabelecimento da condenação por roubo (art. 157, *caput*).” (REsp 1.860 — SP).

“PENAL. ROUBO. Arrebatamento de jóias presas ao corpo da vítima, acarretando lesões corporais.

Acórdão que, confirmando sentença de primeiro grau, mantém desclassificação do crime para furto qualificado (art. 155, § 4º, IV).

Caracterização, contudo, do roubo próprio, já que as lesões, no caso, foram a *conditio sine que non* da consumação da subtração.

Provimento ao recurso especial do Ministério Público para condenação por roubo, nos termos da denúncia.” (REsp 6.436 — SP).

Na linha desses precedentes, acompanho a conclusão do voto de V. Ex^a.
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.259 — SP — (91.0002570-4) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo.

Recorrido: Robson Claudinei Gaspar ou Paulo Roberto Gaspar (réu preso). Advogado: Dr. Silvio Artur Dias da Silva.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer integralmente a sentença de primeiro grau (em 03.06.91 — 5ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 8.468 — SP
(Registro nº 9130716)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Instituto Nacional de Previdência Social — INPS*

Recorrida: *Elizabete Aparecida Bueno*

Advogados: *Drs. Paulo Roberto Cacheira e outro e Jarbas Miguel Tortorello e outros*

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. ACIDENTE DO TRABALHO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 7º.

I — Considerando que o novo Texto Constitucional expungiu do horizonte jurídico a odiosa distinção entre o trabalhador do campo e o da cidade, aplica-se, àquele, legislação mais benéfica.

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, 18 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro GERALDO SOBRAL, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Cuida-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL — IAPAS ao v. aresto da egrégia Primeira Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que, julgando apelação, negou-lhe provimento para manter a r. sentença monocrática no sentido de estender a trabalhador rural os benefícios da lei da infortunistica, *id est*, aposentadoria por invalidez, equivalente a 100% (cem por cento) do salário-contribuição da requerente.

Diz a autarquia, em síntese, que o v. aresto recorrido negou vigência à Lei 6.195/74 e entrou em testilhas com a Súmula nº 612/STF. Naquela instância, o douto Ministério Público do Estado opinou pelo desprovimento do recurso.

Sem contra-razões, subiram os autos. Dispensei a ouvida da douta Subprocuradoria-Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): O r. aresto recorrido, no que interessa, assim decidiu a contenda:

“Quanto ao mérito, esta Eg. Câmara, pelo voto do Exmo. Juiz FRAGA TEIXEIRA, já julgou questão semelhante, quanto à aplicação da legislação acidentária ao rurícola, para concluir que: “importa reconhecer que o argumento de que lançou mão o recorrente já não tem, a rigor, a esta altura, maior relevância por força, precisamente, de inovação trazida pelo artigo 7º da Constituição Federal em vigor que deu a JOSÉ AFONSO DA SILVA azo para tecer a seguinte consideração: “A questão de distinguir sobre o que são trabalhadores urbanos e rurais perde

boa parte da importância que tinha antes, porque todos gozam dos mesmos direitos” (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, Editora Revista dos Tribunais, S. Paulo, 5ª Edição, 1989, p. 255).

Nem se raciocine com a impossibilidade de retrooperância da lei nova, mesmo porque, como lembra TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO NASCIMENTO, com amparo, inclusive, em precedentes da Suprema Corte (RE 64.878, 1ª Turma, rel. Ministro DJACI FALCÃO, v.u., j. 28.2.69, *in* RTJ 49/133 e RE 70.736, Pleno do STF, rel. Ministro LUIZ GALLOTTI, v.u., j. 3.11.70, *in* RTJ 55/807), “objetivamente, os casos pendentes são alcançados pela nova lei, nas hipóteses das regras mais benéficas que as anteriores, regras estas de direito material” (“Comentários à Nova Lei de Acidentes do Trabalho”, Editora Síntese, Porto Alegre, 1976, p. 189)”, resultando inócua a alegação de carência pretendida pelo D. Procurador da Justiça, ora falecido.

Ante esta sólida argumentação, resta apenas examinar se a obreira faz jus ao benefício pleiteado e, assim é, ante a conclusão do laudo pericial de fls. 61, repetido a fls. 68, de que a incapacidade é pertinente, ante a “rigidez de tornozelo”, que a torna capaz **apenas** de deambular pequenas distâncias, não tendo condições de continuar a exercer a mesma atividade (i.é. lavradora). Não há críticas ao laudo.

Desnecessário repetir-se a fundamentação do *decisum* da lavra do Juiz SILVIO MOURA SALES que, não fossem as alegações repelidas, mereceria confirmação nos termos da Emenda Regimental nº 5, ante as razões desprovidas de cunho médico-científico.

Nega-se provimento.” (Fls. 113/114).

Estou em que merece mantido o v. aresto recorrido. A uma, porque novo o texto constitucional expungiu do horizonte jurídico a odiosa distinção entre os desafortunados do campo e os infelizes obreiros urbanos; os infortúnios os igualaram. E se igual o infortúnio, não há porque não se lhes aplicar a legislação que melhor os ampara. Tal raciocínio, para escapar aos argumentos tocantes à negativa de lei valem, também, no que concerne à divergência com a Súmula nº 612/STF. Veja-se que em sua referência legislativa traz ela menção expressa à Constituição Federal de 1969, derogada.

Isto posto, conhecendo do recurso, nego-lhe provimento.
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.468 — SP — (9130716) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Instituto Nacional de Previdência Social — INPS. Recda.: Elizabeth Aparecida Bueno. Advs.: Drs. Paulo Roberto Cachoeira e outro e Jarbas Miguel Tortorello e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (em 18.03.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus e Garcia Vieira participaram do julgamento. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GERALDO SOBRAL.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.933 — SP (Registro nº 91.0004199-8)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Margherita Mascarenhas da Silva Duarte e Nelson Bispo*

EMENTA: VEÍCULOS — APREENSÃO E VENDA COERCITIVA.

A dívida ativa da Fazenda Pública e autárquica está regulada pela Lei 6.830/80, que não autoriza a autoridade administrativa apreender, reter e leiloar mercadorias para receber multas e taxas.

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, 25 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Eduardo Conde Soares e outro impetraram mandado de segurança contra ato do Sr. Delegado da Polícia, Diretor do DETRAN, que apreendeu seus veículos, em razão de infração de trânsito, no pátio do DETRAN, objetivando retirá-los sem o exigido pagamento das despesas com o estacionamento e remoção.

Em primeira instância a segurança foi denegada ao argumento de haver casos “em que a lei, excepcionalmente, permite a retenção de bem, até mesmo por particulares, para o recebimento de determinado crédito”, no caso em espécie a Lei Federal nº 6.575/78, artigo 2º, incisos I e II (fls. 35/36).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença, concedendo a segurança por entender que a Lei nº 6.830/80 revogou a Lei nº 6.575/78 e, ainda, não existir natureza contratual, no caso em exame, portanto, não se trata de modo lícito de cobrança (fls. 67/68).

Inconformada a Fazenda do Estado interpõe o presente recurso especial apoiada no artigo 105, inciso III, letra a, da Constituição Federal.

Sustenta, em síntese, que o v. acórdão recorrido negou vigência ao artigo 2º, incisos I e II, da Lei Federal nº 6.575/78 (fls. 72/74).

Deferido o processamento do recurso (fls. 81), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Nesta Instância a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso (fls. 86/87).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente — A Lei 6.575/78, que autorizava o Poder Público a apreender, reter e leiloar

veículos para receber as multas e taxas devidas, além de contrariar o art. 150, item IV, da vigente C.F., foi revogada pela Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, que regula totalmente a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas Autarquias (art. 1º), e dívida ativa da Fazenda Pública é a tributária e não tributária (art. 2º). Esta norma legal não autoriza a autoridade administrativa apreender, reter e leiloar mercadorias para receber multas e taxas e, pela Súmula 323 do C. S.T.F.,

“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo”.

A Fazenda Pública só poderá cobrar seus créditos através de execução fiscal e na forma da citada Lei 6.830/80 e não por execução extrajudicial. Com razão o Dr. Procurador de Justiça, em seu bem lançado parecer de fls. 59/62, do qual destaco o seguinte trecho:

“A utilização do meio coercitivo para o recebimento de tais verbas pelo Poder Público conserva, como no caso de penhor legal trazido à colação, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, “um resquício de justiça feita pelas próprias mãos do interessado” (Instituições de Direito Civil, vol. IV, pág. 289, 3ª ed., Forense). Caracteriza-se o condicionamento da entrega dos veículos ao pagamento dos débitos como manifestação de auto-executoriedade com relação à matéria para a qual a Constituição assegura, ainda, a apreciação jurisdicional. Escreve Hely Lopes Meirelles, com base em advertência de Bielsa, que se faz necessário “distinguir os atos próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, dos que lhe são impróprios, e, por isso mesmo dependentes da intervenção de outro poder como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que, em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos” (Direito Administrativo Brasileiro, pág. 128, 3ª ed. refundida, RT).

Ensina José Afonso da Silva que a cobrança dos créditos da Fazenda Pública pode ser efetivada por dois modos, “por via amigável, que é a cobrança administrativa mediante aviso ou notificação ao devedor, convidando-o a liquidar seu débito”, ou por via judicial, que se faz por meio de ajuizamento de ação judicial de cobrança”, pois se “o Estado é assim submetido à lei, e, como pessoa jurídica, suas relações de crédito e débito se subordinam aos ditames das normas legais, significa que não

pode, por si, executar suas dívidas *manu militari*, pois também ao Estado-Administração, ao Estado-Fisco, à Fazenda Pública, está vedado fazer justiça pelas próprias mãos. Essa é, aliás, uma característica do Estado de direito: ficar sujeito ao controle judiciário, razão por que as lides, de que seja um dos sujeitos, não de ser solucionadas pela atuação jurisdicional da vontade concreta da Lei” (Execução Fiscal, págs. 11/12, 2ª ed., RT).

É mister reconhecer, portanto, que a cobrança compulsória atacada afronta não somente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas também e fundamente, as garantias constitucionais ao patrimônio e à propriedade”. (fls. 61/62).

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.933 — SP — (91.0004199-8) — Rel.: Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Fazenda do Est. de SP. Recdos.: Eduardo Conde Soares e outro. Advs.: Drs. Margherita Mascarenhas da Silva Duarte e Nelson Bispo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (1ª Turma: 25.9.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 8.960 — PR

(Registro nº 91.0004228-5)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Paraná em favor de Sandra Aparecida Soares (ré presa)*

Recorrida: *Justiça Pública*

EMENTA: RESP — APELO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI — FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL — SUA ADMISSIBILIDADE.

A falta de indicação dos dispositivos legais em que se apóia o termo da apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri não impede o seu conhecimento, desde que nas razões se encontrem os fundamentos que ensejaram o recurso e as pretensões da recorrente estejam perfeitamente delineadas.

Jurisprudência do E. S.T.F.

Recurso conhecido e provido para que o Tribunal *a quo* receba o apelo e aprecie o mérito.

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 e lhe dar provimento, a fim de que o Egrégio Tribunal *a quo* aprecie o mérito, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná que veio a esta Superior Instância e mereceu parecer da lavra do culto Subprocurador-Geral da República, Dr. Vicente de Paula Saraiva. Do relatório que fez, consta o seguinte, *verbis*;

“SANDRA APARECIDA SOARES, considerada culpada pelo Tribunal do Júri (fls. 120/v^o), foi condenada pela sentença de fls. 117/118 a 13 (treze) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa, pela prática de homicídio qualificado contra descendente e ocultação de cadáver, em concurso material (art. 121, § 2º, III e 211, c/c os arts. 61, II, e e 69, do Código Penal).

Apelou, então, pleiteando novo julgamento, objetivando a desclassificação do delito de homicídio qualificado para infanti-

cídio, visto como três dos jurados haviam entendido encontrar-se ela sob influência do estado puerperal (fls. 121 e 123/126).

O Eg. TJPR, em votação majoritária, não conheceu do recurso, porquanto, no pedido de sua interposição (fls. 121), não fora indicado o fundamento legal específico do apelo, mas tão-só, genericamente, “nos termos do art. 593, do C.P.P.”; e ainda, porque havia sido apresentado fora do quinquídio recursal (fls. 126).

Em favor da apelante SANDRA, o Ministério Público interpôs os embargos infringentes de fls. 164/180, esteando-se no art. 85, I, do RITJ/PR; no art. 609, parágrafo único do CPP; e nas Súmulas 281 e 335/STF, porquanto “A falta de indicação dos fundamentos do recurso não impede o conhecimento da apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri” — consoante defendido no d. Voto Vencido (fls. 160).

O Eg. Grupo de Câms. Crims. do Col. Colegiado paranaense rejeitou, por maioria, os embargos, visto como “... este egrégio Tribunal de Justiça, em composição das duas Câmaras Criminais, já firmou entendimento de que a apelação de decisão do Tribunal do Júri, de caráter restrito, pode ter seu fundamento delineado nas razões, e não no prazo próprio para o ato, desde que apresentadas no prazo legal (Apelações nºs 430/82; 30/82; 440/82 e 448/81; relator Des. Eros Gradowski; Apelações nºs 4/80 e 261/81, relator Des. Jayme Munhoz Gonçalves e tantas outras” (fls. 191/196).

Novamente o Ministério Público, continuando a favor da ré SANDRA, com fulcro no art. 105, III, *a* e *c*, da CF, interpôs o RECURSO ESPECIAL de fls. 198/211, invocando contrariedade ao art. 593, II, *a/d* e §§, bem como ao art. 599 do CPP, além de dissídio jurisprudencial.

Em conclusão ao seu parecer, o douto Subprocurador-Geral da República opina pelo provimento do recurso e, em decorrência, que a E. Corte local conheça da apelação, para fins de apreciar-lhe o mérito.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: RESP — APELO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI — FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL — SUA ADMISSIBILIDADE.

A falta de indicação dos dispositivos legais em que se apóia o termo da apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri não impede o seu conhecimento, desde que nas razões se encontrem os fundamentos que ensejaram o recurso e as pretensões da recorrente estejam perfeitamente delineadas.

Jurisprudência do E. S.T.F.

Recurso conhecido e provido para que o Tribunal *a quo* receba o apelo e aprecie o mérito.

O EXMO. SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Srs. Ministros, o recurso foi interposto com base em contrariedade à lei federal e dissídio pretoriano, a fim de ser reformado o v. acórdão do Grupo de Câmaras Criminais do E. Tribunal de Justiça do Paraná para que seja conhecida a apelação interposta pela ré.

Quanto ao conhecimento do recurso no que pertine sobre a necessidade, ou não, de ser delimitada, no quinqüídio legal, a apelação contra decisão do Tribunal do Júri, se é verdade que as alíneas *a/d* do inciso III delimitam os motivos que ensejam o recurso, ao contrário da formulação genérica dos anteriores incisos I e II, “Não significa isso, porém, que interposta sem referência específica, no requerimento, ao motivo que a haja determinado, se torne nulo o recurso e a superior instância o deva repelir sem dele tomar ciência. São as razões complemento do recurso, e nelas necessariamente se hão de encontrar os fundamentos que delimitam o alcance do apelo e fixem as pretensões do recorrente”, conforme palavras do Des. Ivan Righi no voto divergente de fls. 160/162, proferido por ocasião do julgamento do apelo da ré, no TJPR.

Este entendimento foi esposado pelo E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RECr nº 18.333-RJ, Rel. Min. Nelson Hungria (julg. 5/7/51) (cit. às fls. 162).

Entendo que o motivo do recurso, exposto na apelação (fls. 125) reside na letra *d* do inciso III do art. 593 do CPP, tanto que se alega que a ré fora condenada sem provas concretas, razão para que “seja anulada a decisão do Conselho de Sentença para que a ré possa ser novamente julgada perante o Tribunal do Júri” (fls. 126).

Conforme art. 593, III, *d*, temos:

“Art. 593. Caberá a apelação, no prazo de cinco (5) dias:
III — das decisões do Tribunal do Júri, quando:

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.”

Se bem que não expressamente explicitado o artigo do CPP, “todavia, denegar o direito constitucional de ampla defesa (CF, art. 5º, XXVIII, a) por um tecnicismo oco, atinge as raias da aberração e do *non sense*, *d.m.v.* como bem diz a douta Subprocuradoria-Geral da República (fls. 224).

Se o recurso, a meu ver, pode ser conhecido pela negativa de vigência de lei federal, com muito mais razão, o seu conhecimento, se atentarmos para o dissídio pretoriano, conforme acórdão proferido no RECr nº 18.333-RJ da E. Suprema Corte *in* DJ de 23/2/53), Rel. o eminente Ministro Nelson Hungria, cuja ementa preleciona:

“Se o réu apela da decisão do Júri, referindo-se ao *quantum* da pena aplicada, esta apelando, também, da sentença do juiz presidente, que é quem calcula e fixa a pena”.

No mesmo sentido, a Apelação 65.827-3, da 6ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (julg. 21/12/88 — RT 638/281-283), cuja ementa tem o seguinte teor:

“Interposta apelação de decisão condenatória do Tribunal do Júri em termos genéricos, sem indicação do preciso permissivo legal, desde que a bem da defesa, o conhecimento se impõe, por obediência ao preceito constitucional que assegura ao réu amplitude de defesa. É que o motivo poderá perfeitamente ser indicado nas razões de apelação, ou, caso não o seja, poderá o tribunal encontrá-la em seu conteúdo.” (fls. 207)

Os dissídios jurisprudenciais apontados se prestam perfeitamente ao caso presente.

Quanto à extemporaneidade da apresentação das razões da apelação, sustentada no v. acórdão recorrido, a petição de incorfomismo da ré, foi apresentada no prazo do quinquídio legal (fls. 121) e, se as razões da mesma foram apresentadas posteriormente, trata-se de mera irregularidade que não deve levar ao não conhecimento do apelo, pelo mesmo princípio da ampla defesa que não se pode negar ao réu.

Desta forma, conheço do recurso com base na letra *c* do inciso III do art. 105 da CF, e dou-lhe provimento a fim de que a E. Corte *a quo* conheça da apelação interposta e lhe aprecie o mérito.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.960 — PR — (91.0004228-5) — Rel.: Exmº Sr. Ministro Flaquer Scartezzini. Recte.: Ministério Público do Estado do Paraná em favor de Sandra Aparecida Soares (ré presa). Recda.: Justiça Pública.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento a fim de que o Egrégio Tribunal *a quo* aprecie o mérito. (5ª Turma — 07.08.91)

Votaram de acordo os Srs. Mins. José Dantas, Costa Lima, Assis Toledo e Edson Vidigal. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.188 — PR

(Registro nº 9149107)

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

Recorrentes: *Jorge Mauro Parreiras e cônjuge*

Recorrida: *Alice Cardoso dos Santos*

Advogados: *Drs. Helena Maria Regis Araújo — Geraldo Munhoz de Mello e outros*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO. PROVA FALSA. DOCUMENTOS NOVOS.

1. Sem demonstração da existência de dolo e de falsidade da prova não há lugar para desconstituir a coisa julgada.

2. O documento novo que ensejaria rescisão de sentença é aquele que, ainda que produzido anteriormente, não pode ser obtido pela parte, por ignorar a sua existência e, além de tudo, quando, por si só, pudesse ensejar pronunciamento favorável a quem o produz, descaracterizado como tal o documento extraído de assentos públicos.

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, 13 de maio de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorrem JORGE MAURO PARREIRAS e outra com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pelo Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Paraná que julgou improcedente a ação rescisória proposta pelos ora recorrentes sendo recorrida Alice Cardoso dos Santos.

Sustentam os recorrentes que o acórdão negou vigência ao art. 485 III, IV, VII, do Código de Processo Civil, ao julgar improcedente a ação rescisória entendendo que o equívoco na indicação do nome de avô da parte não é considerado dolo ou falso testemunho e que, “em se tratando de documento público, não é novo aquele produzido antes da sentença rescindenda”.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ação rescisória, sob triplo fundamento: dolo da parte vitoriosa na ação; prova falsa; documentos novos.

O acórdão descartou, com base na prova, os dois primeiros fundamentos, por não reconhecer dolo da parte vitoriosa e nem reputar falsa a prova oral produzida na ação possessória, assim como desconsiderou como novos os documentos, por se tratar de papéis públicos, à disposição da parte.

Recurso especial, por negativa de vigência dos dispositivos em que se funda a própria ação rescisória e dissídio de sua interpretação.

Recusada admissão do recurso especial, determinou o Sr. Ministro GUEIROS LEITE que subissem os autos, tão-somente para exame em derredor do conceito de “documentos novos”.

É ação possessória e a increpação de dolo da parte vitoriosa residiria em que fez constar a autora da ação como seu ascendente pessoa com o nome de PEDRO CARDOSO GOMES, quando o seu nome seria PEDRO ALVES CARDOSO, a dizer que não haveria a transmissão da posse desde aquele avô da autora da reintegratória.

Nesta parte o Tribunal de origem disse da desinflência do equívoco, em se tratando de ação possessória, protegida não apenas porque transmitida desde priscas eras pelos ascendentes, senão pela sua atualidade.

De relação à falsidade da prova, cabível o seu exame, para essa constatação não há decisão incidente a respeito, antes, ao contrário, afirma o acórdão da inexistência de falso testemunho a respeito de declaração sobre a ascendência da autora, com a errada nomeação daquele avô, posto que demonstrada a existência de posse da autora sobre a área, destacando pronunciamento do Ministério Público com atuação na Corte a respeito da desinflência da declinação de parentesco, nestes termos:

“Ademais, a ação objeto desta rescisória é de natureza possessória e não reivindicatória, assim não tem cabimento essa discussão sobre a linha genealógica da requerida, como bem esclareceu o parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça”.

Daí é que não tendo sido declarada a falsidade de prova em processo criminal e nem provada essa falsidade na própria ação rescisória, não há possibilidade de aceitar-se como violado o inciso VI do art. 485 do Código de Processo Civil.

Em relação aos “documentos novos”, embora não se possa admitir para o seu conceito que a sua feitura seja posterior à sentença, pois que basta que a sua obtenção se tenha verificado após ela e fosse ignorada a sua existência. Aqui, no entanto, os documentos trazidos com a inicial desta ação rescisória, sob a indicação de que seria “novos”, são tirados de autos de processos existentes em cartórios públicos, que bem poderiam ser obtidos pelos autores, no curso do próprio processo possessório, de sorte a descaracterizá-los como “novos”, para os fins indicados.

Além de que, tais documentos não serviriam a ensejar pronunciamento favorável aos autores da rescisória, se produzidos na possessória,

pois que serviriam a comprovar aquela erronia na ascendência da autora da mesma ação, sem, contudo, desconstituir a prova da sua posse, afinal protegida.

É de dizer que, afastada a ocorrência de dolo, de falsidade de prova e de documentos novos, estes últimos de natureza pública e disponíveis a todos, a depender de simples diligência dos interessados, o objetivo dos recorrentes é rediscutir a prova, o que sequer seria possível no âmbito da rescisória, menos ainda em sede de recurso especial.

O dissídio não se acha demonstrado, posto que limita-se a petição em indicar ementas, de caráter genérico, insusceptíveis de demonstrar as situações fáticas que ensejaram as decisões, além de se acharem publicadas em repositórios não credenciados.

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.188 — PR — (9149107) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Rectes.: Jorge Mauro Parreiras e cônjuge. Recdo.: Alice Cardoso dos Santos. Advs.: Drs. Geraldo Munhoz de Mello e outros; Helena Maria Regis Araújo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 13.05.91 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.775 — RS

(Registro nº 9163398)

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

Recorrente: *Cenelão Mengel*

Advogados: *Drs. Geraldo Feix e outro*

EMENTA: PENAL. NULIDADE. OMISSÃO DE FORMALIDADE, FALTA DE ASSINATURAS NOS TERMOS DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE ARGÜIÇÃO.

A omissão de formalidade (art. 564, IV, do CPP), tal como deve ser concebida a falta de assinatura dos jurados e do juiz em atos do julgamento, deve ser considerada sanada se não argüida no tempo oportuno (art. 572, I, do CPP).

O Tribunal não pode acolher a nulidade e, em consequência, anular o julgamento que absolveu o réu se o recurso da apelação a ela não se referiu, no tempo oportuno.

Recurso Especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento para cassar o acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Leio, no parecer de fls. 852/854:

“CÉLIO MENGEL, inconformado com a decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em julgamento de apelação, interpôs, tempestivamente, recursos extraordinário (art. 102, inciso III, alínea *a*, da CF) e especial (art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c* da CF).

Sustenta que o acórdão, ao anular o julgamento do Tribunal do Júri, pela decretação de nulidade não suscitada, afrontou os princípios constitucionais da soberania do Júri, ampla defesa e devido processo legal (fundamentos do extraordinário),

além de violar os arts. 181, inciso IV, 563, 564, 566, 571 e 572, do Código de Processo Penal, e esposar orientação divergente do Supremo Tribunal Federal, veiculada pela Súmula nº 160 (fundamentos do especial).”

A admissibilidade dos recursos foi examinada no despacho de fls. 855/857, a saber: ao extraordinário foi negado seguimento, “uma vez que a alegada violação não se fez da forma direta e frontal, como exige a Corte Suprema (Ag 125.514-5-SP, *in* DJ de 18.05.88, p. 11.726).” Quanto ao recurso especial, foi ele admitido, com fundamento nas letras *a* e *c*, do permissivo constitucional.

Subindo os autos a esta Corte, a douta Subprocuradora-Geral da República, Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, representando o Ministério Público Federal, manifestou-se pelo provimento do recurso por ambos os fundamentos (fls. 864/865).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O fato que deu origem ao recurso especial relaciona-se com uma única circunstância, qual seja a falta de assinatura do Juiz e dos Jurados em documentos pertinentes à decisão (termo de votação e sentença), acolhida pelo Tribunal *a quo* para o fim de declarar nulo o julgamento que absolveu o réu.

A irregularidade, tal como ocorrida e diante das conseqüências operadas, não poderia conduzir ao resultado conhecido.

Na verdade, trata-se de omissão de formalidade (art. 564, IV, do CPP), que se considerou sanada nos moldes do art. 572, *caput*, ocorrente a hipótese prevista no item I, isto é, a falta de argüição, no tempo oportuno, consoante dão notícia os autos.

Como se não bastasse, nenhum prejuízo aconteceu e sequer foi alegado, o que importa em recusar a argüição desse tipo de vício, nos termos dos arts. 563 e 566, do mesmo Código.

Para finalizar, demonstrou o Recorrente que o acórdão dissentiu da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, uniformizada no texto da Súmula nº 160, *verbis*:

“É nula a decisão do Tribunal que acolhe contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”

A recomendação respalda-se no princípio *tantum devolutum quantum appellatum* — A ausência ou a omissão do recurso da acusação impede que o Tribunal reconheça a nulidade, em prejuízo do acusado, conforme aconteceu na espécie.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para cassar o acórdão recorrido.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.775 — RS — (9163398) — Rel.: O Sr. Ministro William Patterson. Recte.: Cenelio Mengel. Recdo.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advs.: Drs. Geraldo Feix e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento para cassar o acórdão recorrido, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (21.05.91 — Sexta Turma).

Votaram os Srs. Ministros José Cândido, Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 10.038 — MS

(Registro nº 9169345)

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

Recorrentes: *Leônidas Vieira Martins e cônjuge*

Recorridos: *Joaquim Franco Gomes e outros*

Advogados: *Drs. José Goulart Quirino e outro — Oswaldo Mochi Júnior e outros*

EMENTA: CIVIL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. NULIDADE. USUCAPIÃO COMO DEFESA.

1. A venda de ascendente a descendente, sem o consentimento expresso dos demais descendentes, é nula e prescreve em vinte anos a ação para declarar essa nulidade.

2. A posse do imóvel em virtude de alienação em fraude da lei não se apresenta apta à aquisição do domínio, por usucapião ordinário, por lhe faltar o requisito do justo título e da boa-fé.

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, 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): LEÔNIDAS VIEIRA MARTINS e cônjuge interpõem recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que negou provimento à apelação interposta em autos de ação movida por Joaquim Franco Gomes e outros, visando a nulidade de venda de ascendente a descendente, realizada por interposta pessoa.

Sustetam os recorrentes violação aos arts. 177, 178, § 9º, V, *b*, e 1.132, do Código Civil, por não acolhimento do prazo prescricional de quatro anos para a referida ação, tratando-se de caso de anulabilidade, e não de nulidade; aos arts. 551 e 490 do Código Civil, face ao não reconhecimento em favor dos mesmos da prescrição aquisitiva; bem como dissídio jurisprudencial com julgado do Supremo Tribunal Federal.

Processado o recurso vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Ação de herdeiros para obter declaração de nulidade de venda feita pela autora

da herança a descendente, sem o assentimento dos demais, em infração ao art. 1.132 do Código Civil, acolhida pelas instâncias ordinárias.

O recurso especial está posto sob a alegação de negativa de vigência dos dispositivos legais mencionados no relatório e em dissídio pretoriano, fundamentos que examino a seguir:

A primeira indagação é a respeito da prejudicial de prescrição, que os recorrentes entendem se verificou em quatro anos, segundo o art. 178 § 9º, *b*, do Código Civil, dado que, tratando-se de venda simulada, é caso de anulabilidade e não de nulidade.

Já se encontra superada a velha discussão, travada entre juristas e aplicadores do direito, a respeito da simulação como fundamento da nulidade da venda de ascendente a descendente, quer a feita diretamente, quer a que se perfaz por interposta pessoa, orientação que conduziu o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula 152, estabelecendo como prescritível, a ação correspondente, em quatro anos, da data da morte do vendedor, a partir de quando nascia a mesma para os herdeiros, em defesa das respectivas legítimas.

É que veio a nortear o entendimento pretoriano, as lições doutrinárias, que, a partir do fundamento que orientou as Ordenações, de prevenir querelas entre herdeiros, para proibir as vendas de ascendentes a descendentes, indicam como da essência do próprio negócio o exame da capacidade para nele intervir pessoa que se acha proibida de realizá-lo.

Assim é que CLÓVIS BEVILÁQUA, ao comentar o art. 1.132, com a concisão de sempre, diz da razão do dispositivo:

“A razão desta proibição é evitar que, sob color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas”.

E, adiante:

“As vendas realizadas contra esta proibição são nulas.”
(Código Civil... Comentado”, Vol. IV, pág. 298 — Ed. F. Alves — 1952).

E ORLANDO GOMES sintetiza com precisão, a propósito do tema:

“Ao lado da capacidade, é preciso considerar a legitimação. Há pessoas que não podem comprar ou vender de outras. Dizia-se que eram afetadas por uma **incapacidade especial**, hoje diz-se que não têm **legitimação** para contratar determinado vínculo.

São partes ilegítimas para figurar num contrato de compra e venda como vendedores: a) o ascendente...

.....
Assim o **ascendente** não pode vender ao **descendente**, SALVO se os outros descendentes expressamente consentirem...” (Contratos, pág. 262, For., 6ª Ed.).

E PONTES DE MIRANDA, mais explícito, diz da existência de fraude da lei:

“A compra e venda ou a troca é nula, e não anulável, como erradamente escreveram alguns comentários.”

E, depois:

“É lamentável que, na discussão dos casos de violação do art. 1.132, com interposta pessoa, se aluda à anulabilidade por simulação (Código Civil, art. 102). Trata-se de *fraus legis* (Tratado de Direito Privado — Tomo 39, pág. 80).

Seja, portanto, pela prática de ato em fraude da lei, seja porque o consentimento expresso dos demais ascendentes se reputa como formalidade essencial à validade da venda, o certo é que estamos diante da verdadeira nulidade, dado que, embora de direito privado a regra do art. 1.132 do Código, contém ela carga de ordem pública indisfarçável, desde a sua introdução na legislação do reino, para afastar “enganos e demandas”.

Não há, pois, como invocar a simulação para dizer da invalidade do contrato assim feito, em oposição ao que quer a lei, daí porque não há como aplicar a regra prescricional do art. 178, § 9º, b, do Código Civil, mas a apreciação vintenária, como está expresso na Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, com este enunciado:

“A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em 20 anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152”.

De relação a outra prejudicial, relacionada com a argüição de usucapião, tenho que o acórdão recorrido decidiu com acerto, ao dizer que a posse dos recorrentes sobre as áreas objeto da venda proibida não se baseia em boa-fé, em face mesmo da fraude praticada.

De qualquer sorte, o exame dos elementos que ornaram a posse e lhe dão o caráter de apta à aquisição do domínio, por usucapião, diz com matéria fática e probatória, que se exaure nas instâncias ordinárias.

Quanto ao mérito, o acórdão recorrido, após análise da prova, com reprodução da que foi levada a efeito pelo julgador singular, afirma a existência de venda proibida, em que as pessoas interpostas dizem que não se vincularam ao negócio e apenas prestaram favor aos outros figu-

rantes, vendedora e comprador, ascendente e descendente, com destaque para as condições econômico-financeiras desses intermediários, que lhes não permitia aquisições que tais.

E para o reexame de provas não serve o recurso especial, como comanda a Súmula 07 da jurisprudência deste Tribunal.

O dissídio não restou comprovado, posto que se limita a petição de recurso a fazer alusão a acórdão bastante anterior à revogação da Súmula 152/STF, sem sequer transcrever a sua ementa e, menos ainda, proceder à análise determinada em norma regimental.

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

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Senhor Presidente, peço vênias ao nobre Advogado, uma vez que o acórdão dirimiu toda matéria com base na análise da prova dos autos, extraíndo dela os seus elementos de convicção para afastar os fundamentos deduzidos na apelação veda, agora, o conhecimento do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.038 — MS — (9169345) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Rectes.: Leônidas Vieira Martins e cônjuge. Recdos.: Joaquim Franco Gomes e outros. Advs.: Drs. José Goulart Quirino e outro — Oswaldo Mochi Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 21.05.91 — 3ª Turma).

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.513 — SP (Registro nº 91.0008154-0)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Alves Azevedo S/A — Ind. Com.*

Advogados: *Urubatan Salles Palhares e outro*

EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO DE DIREITO COMUM. EXCLUSÃO OU LIMITAÇÃO, SÚMULA 229. LIMITE DE IDADE DO DEPENDENTE. DIREITO DE ACRESCEER.

Nos termos da Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal e art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, a percepção de indenização acidentária não exclui, nem restringe ou limita, a de direito comum fundada no dolo ou culpa do empregador.

A idade-limite para os dependentes receberem suas quotas da pensão é, *de regra*, coincidente com a maioria civil, presumivelmente reveladora da emancipação econômica.

Emancipado economicamente um dos dependentes, maiores as possibilidades do mantenedor relativamente aos demais. Direito de crescer afirmado.

Recurso especial conhecido pela alínea c e provido, restabelecendo-se a sentença.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Supremo 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, 13 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Em ação de indenização por acidente do trabalho, ajuizada com fundamento na res-

ponsabilidade civil da empregadora ALVES, AZEVEDO S/A, a eg. 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento à apelação da ré, para reduzir a fixação da indenização mensal a um terço do último salário líquido recebido pela vítima, “sendo que, dessa quantia, a metade será carreada aos filhos menores, sem acrescer a parte da co-autora, quando os mesmos filhos completaram dezoito anos de idade (sendo a parte de cada menor, portanto, de um doze avos cada, excluída ao completar dezoito anos cada um)”. (fls. 97/99; fls. 107/109)

Irresignado, manejou o MINISTÉRIO PÚBLICO estadual recurso especial, fundamentado na alínea c do permissivo constitucional, alegando divergência do acórdão recorrido com a Súmula nº 229 e arestos do eg. STF, bem assim com decisões de 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Sustenta, em síntese, a possibilidade de cumulação da indenização acidentária com a de direito comum e o direito dos menores a perceberem a indenização até a maioridade civil, quando então as verbas passariam a acrescer à indenização devida ao cônjuge do falecido (fls. 112/118).

Admitido o recurso (fls. 144), subiram os autos a este STJ, com contra-razões (fls. 140/142).

Opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso (fls. 148/149).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: 1. O v. aresto tem a seguinte fundamentação:

“Ação de reparação civil ajuizada por esposa e filhos de pedreiro falecido quando, em serviço, veio a falecer, ao cair ao solo, quando estava complementando a alvenaria de tijolos da parede externa da casa de máquinas do Laticínio, cujo telhado havia sido elevado em relação ao piso, perdendo o equilíbrio.

As conclusões dos peritos criminais (laudo emprestado de fls. 21/25) são expressivas no sentido de que “no local não foram encontrados materiais destinados à confecção de andaimes, equipamentos de proteção individual como cinto de segurança e capacete”, necessários para o trabalho em altura bem superior

a dois metros, pois o sinistrado caiu de cerca de quatro metros e trinta centímetros.

Essa conclusão pericial encontra amparo na prova judicIALIZADA. Mesmo em se considerando que a infeliz vítima se conduziu imprudentemente, como transparece nos indícios dos autos, não há dúvida que o andaime de proteção aos obreiros fora retirado porque o encarregado de nome "Mineiro" mandou que fosse retirado porque "atrapalhava o trânsito de caminhões" (fls. 40v. e 39).

Além disso, também não exigira a empregadora que os obreiros, que efetuavam serviços nos telhados, usassem ou cintos de segurança ou capacete. Nenhum deles o utilizava no dia do evento.

Relevante civilmente a culpa da ré, impunha-se a procedência, acolhidos os argumentos da Douta Procuradoria de Justiça (fls. 90/92) como parte integrante deste.

Cabe, contudo, reduzir-se a fixação da indenização em um terço do maior salário-mínimo do país, sendo que, dessa quantia, a metade será carregada aos filhos menores, sem acrescer a parte da co-autora, quando os mesmos filhos completarem dezoito anos de idade (sendo a parte de cada menor, portanto, de um doze avos cada, excluída ao completar dezoito anos cada um). Essa redução se impõe dado se cuidar de ressarcimento civil e os autores já receberam verbas indenizatórias da empresa e devem estar percebendo a tarifada acidentária. E os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre as verbas devidas até a liquidação, e mais um ano de vincendas.

Em razão disso, reduz-se à metade a importância fixada na sentença e corrigível a partir desta, a que deva ser depositada". (fls. 97/99)

2. Em embargos declaratórios, interpostos pelo Ministério Público, restou corrigido erro material, revelando-se que o salário a ser considerado seria o "último salário líquido mensal pago ao falecido". No alusivo ao montante da indenização, foi tido como relevante o fato de estar a família "amparada pelas prestações acidentárias, além da indenização laborativa recebida da mesma pessoa jurídica que deverá complementar, por esta, as necessidades alimentares dos demandantes, já que, caso a caso, deve ser examinada a reparação integral a ser paga. E esta re-

gra é absolutamente imprescindível, porque, quando editado o Código Civil, não só era inexistente a legislação trabalhista, como também e, principalmente, o seguro acidentário obrigatório, além do socorro previdenciário” (fls. 108). Quanto à idade-limite para os menores receberem suas quotas na indenização, o aresto afirmou evidente “o dever dos pais de criar e educar os filhos, mas esta imposição legal fica restrita à capacidade laborativa dos descendentes, atingida, via de regra, quando estes completam dezoito anos, dado que aí cessam as necessidades dos alimentandos (art. 400, CC). Contrária a ordem material das coisas determinar-se o contrário” (fls. 109).

3. A Súmula 229 do Pretório Excelso realmente acolhe o princípio da cumulação das indenizações: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

A adjetivação “culpa **grave**” deixou aliás de viger ante o disposto no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que alude simplesmente ao “dolo ou culpa”. De qualquer forma, a mera narrativa do acórdão já deixa incontestemente culpa realmente notável do empregador, através do ato de seu preposto que mandou retirar o andaime de proteção aos obreiros.

No caso em julgamento, o v. aresto, ao reduzir a pensão tendo em vista receberem os autores o benefício acidentário, operou realmente uma **parcial exclusão** do ressarcimento com base no direito comum, com infringência ao preceito sumulado. Entrou em testilha, outrossim, com o v. aresto do STF no RE 94.429 (RTJ, 115/741), apontado como paradigma e de que foi relator o em. Min. Néri da Silveira; não assim, no entanto, com o aresto no RE 90.870 (RTJ 96/817), notando-se aqui que o trecho citado na petição de REsp consta não do voto do relator, mas sim do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Destarte, impende restaurar a sentença (fls. 62; fls. 67), com a condenação da ré ao pagamento aos autores de pensão mensal igual a dois terços do maior salário pago pela empresa.

4. No que concerne à idade-limite para os filhos receberem a indenização, podem ser aceitos como paradigma, para confronto com aresto do Tribunal de Justiça, arestos do Tribunal de Alçada do **mesmo** Estado, afastado assim o posicionamento restritivo adotado no parecer de fls. 148/149.

Arredada esta prefacial, verifica-se que realmente ocorre dissídio entre o aresto impugnado e os trazidos por cópias às fls. 119/134, do eg. 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. De mérito, não afirmada

comprovação de que os menores, dependentes do extinto progenitor, tivessem possibilidade de alcançar sua plena emancipação econômica anteriormente à data em que completariam a maioria civil, igualmente neste particular conhecimento do recurso e lhe dou provimento, restabelecendo a decisão monocrática.

5. No pertinente ao “direito de crescer”, igualmente adoto os fundamentos da orientação traçada nos arestos paradigmáticos, o do Pretório Excelso no RE 73.463 (RTJ, 79/142) e o do 1º TACSP na Ap. 421.310-9 (fls. 134), por consentânea com o *quod plerumque accidit*: emancipado economicamente um dos dependentes, maiores as disponibilidades do mantenedor relativamente aos demais. Era, aliás, nesse sentido a jurisprudência do antigo Tribunal Federal de Recursos, revelada na Súmula 57 daquela Corte.

Por todo o exposto, conheço do recurso, especial e ao mesmo dou provimento.

VOTO (VOGAL)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Senhor Presidente, acolho a exposição do voto de V. Exa. e pelos motivos revelados eu o acompanho. Parece-me que não seria ajustado à ética considerar-se a parcela percebida do INPS para fazer-se o cálculo da indenização devida em decorrência de culpa do empregador. O direito à parcela do INPS é próprio do empregado, nada tendo a ver com o desembolso do empregador ao indenizar.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.513 — SP — (91.0008154-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Alves Azevedo S/A — Ind. Com. Advogados: Urubatan Salles Palhares e outro.

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 Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 13.08.91).

RECURSO ESPECIAL 11.080 — SP
(Registro nº 91.0009662-8)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Francisco Adalberto Turri*

Advogado: *Dr. Humberto Gallo*

EMENTA: Penal. Loteamento irregular. Lei 6.766/79.

Não se justifica o trancamento da ação penal em face de o loteamento haver sido regularizado antes do recebimento da denúncia. Cuida-se, *in casu*, de crime formal, que se caracteriza pela simples potencialidade de dano à administração pública, sendo irrelevante a ausência de prejuízo para os adquirentes dos lotes, porquanto a tutela jurídica alcança o bem particular *per accidens*. Recurso conhecido e 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 do recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo por ambas as alíneas 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, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

O presente acórdão deixa de ser assinado pelo Exmo. Sr. Ministro-Presidente, por motivo de férias (art. 101, § 2º do RISTJ).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Por bem resumir a espécie, adoto, à guisa de relatório, a parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal nestes termos:

“Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo, alegando que o v. acórdão de fls. 99/101, em concedendo o trancamento da ação penal que tramita perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Suzano-SP, não só negou vigência ao artigo 50, parágrafo único, inciso I, da Lei 6.766/79 que dispõe sobre o parcelamento de solo urbano como, também, discrepou da orientação adotada pela Colenda Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em poucas linhas vê-se que o Ministério Público Paulista, entendendo infringidos os artigos 50, parágrafo único, inciso I, e 51, ambos da Lei 6.676/91, denunciou FRANCISCO ADALBERTO TURRI e outros porque, à míngua da devida regularização junto à Prefeitura Municipal de Suzano e do respectivo registro perante o Cartório de Registro de Imóveis da mesma Comarca, procedeu-se à **formalização da aquisição de lote** no empreendimento imobiliário denominado Jardim Ikeda, de propriedade do recorrido.

Objetivando o trancamento da referida ação penal, impetrou-se o HC que se vê às fls. 02/08, *writ* este que o E. Colegiado Paulista houve por bem acolher ao argumento de que à época da *opinio delicti* já havia sido regularizada a respectiva documentação, tanto perante a Municipalidade quanto perante o Cartório imobiliário.

A finalizar, o recorrente traz à colação acórdão exarado pela Egrégia 2ª Câmara Criminal Gaúcha que fala da irrelevância do posterior registro à consumação delitiva”.

Opinando, o parecer é pelo reconhecimento e provimento do recurso.

Este é o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): A melhor exegese é a estampada no v. acórdão da e. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul trazido a confronto pelo recorrente. Com efeito, está-se diante de crime formal, não exigin-

do, pois, para a sua consumação, a verificação de um resultado. O tipo constrói-se apenas com base na ação, caracterizando-se o crime pela simples potencialidade de dano à administração pública.

É de sabença comum que o Poder Público não raramente se vê contingenciado a regularizar loteamentos, a despeito de todos os inconvenientes que possam representar em termos de política urbanística, em razão dos aspectos sociais envolvidos.

Como dito nas razões recursais, “a prosperar o entendimento sufragado pela decisão recorrida ter-se-ia uma situação muito cômoda para os violadores da lei: inicia-se o parcelamento, cria-se uma situação de fato e só depois, com a intervenção das autoridades, procura-se regularizar o empreendimento, sem que os transtornos causados à população em geral e à administração pública seja objeto de censura penal”.

A apontada ausência de prejuízo para os adquirentes dos lotes não tem a relevância que lhe conferiu o acórdão vergastado, mesmo porque cuida-se de crime contra a administração pública.

Na verdade, como acentua Marco Aurelio S. Viana, “a ação do agente atinge um bem público diretamente, e secundariamente o do particular, porque aquele que pratica atos delituosos relativamente à área que loteia está atentando contra um bem (representado pela exigibilidade do Poder Público de ver respeitadas as suas determinações), sobre o qual o interessé máximo pertence ao Poder Público”, para concluir, em passo seguinte, de modo irrecusável, que “a tutela jurídica alcança o bem particular *per accidens*, levando-se em conta a sua participação na comunhão social” (Comentários à Lei sobre Parcelamento do Solo Urbano, Saraiva, 2^a ed., pág. 142).

Com a Lei 6.766/79, como pondera Marino Pazzaglini Filho, “o objeto da tutela penal passou a ser o interesse público referente ao desenvolvimento urbano e o interesse coletivo representado pela defesa do agrupamento dos adquirentes de lote”, arrematando com a nota de que “o delito se consuma com o simples comportamento do agente, independentemente da ocorrência de prejuízo para qualquer indivíduo” (JUSTITIA, São Paulo, 43/114, 141/144).

Assim sendo, Senhor Presidente, conheço do recurso por ambas as alíneas, e lhe dou provimento, para cassar o v. acórdão recorrido, de modo a que a ação penal prossiga como de direito. É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.1080 — SP — (91.0009662-8) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Francisco Adalberto Turri. Adv.: Humberto Gallo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo por ambas as alíneas e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma — 03/09/91)

Votaram os Srs. Ministros José Cândido e Carlos Thibau. Ausentes, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar e, justificadamente, o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.779 — MS

(Registro nº 9100116700)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Relator p/Acórdão: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS*

Recorrido: *Francisco Pieretti — Espólio*

Advogados: *Solange Maria C. de Souza Campello e outros, Nelson Pereira e outros*

EMENTA: FGTS — FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA JURÍDICA NÃO-TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL.

As contribuições pertinentes ao FGTS não têm, na origem como na finalidade, feição de tributo, mas se definem como de caráter eminentemente social, o que já foi proclamado pela egrégia Suprema Corte do país.

Não se podendo defini-las como tributo, às ditas contribuições não se aplicam, no dizente à prescrição, as normas previstas no Código Tributário Nacional (artigos 173 e 174).

Recurso vencido por maioria.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O Instituto de Administração Financeira e Assistência Social — IAPAS interpõe recurso extraordinário com argüição de relevância fundado na Constituição Federal anterior, artigo 119, inciso III, alínea *a*, em face do v. acórdão de fls. 181/187, proferido pelo extinto TFR.

Sustenta, em síntese, a Autarquia, que com o advento da Emenda Constitucional nº 08/77, deixou, definitivamente, de se considerar o caráter tributário dado às contribuições devidas ao FGTS.

Inadmitido o extraordinário subiram os autos por força do agravo de instrumento ao STF, e este, em despacho de fls. 79 (apenso) determinou a remessa dos autos ao TRF da 3ª Região para o exame da admissibilidade do recurso convertido.

Às fls. 214/215 foi admitido o processamento do recurso especial, dando-se vista ao recorrido, que não se utilizou do prazo (folhas 217vº).

Trata-se de Embargos à Execução Fiscal proposta pelo Espólio de Francisco Pieretti, na execução que lhe foi intentada pelo recorrente.

A decisão monocrática (fls. 82/85) julgou procedente os Embargos, fundado na decadência do direito de constituição do crédito tributário.

O v. acórdão afrontado (fls. 181/187) deu provimento parcial ao apelo para excluir da condenação o pagamento das custas, havendo, entanto, afastada a decadência e reconhecida a prescrição.

É o relatório.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Sempre entendi que as contribuições previdenciárias, inclusive o FGTS, têm natureza tributária, porque se enquadram na definição de tributo, do art. 3º do CTN. Não passam elas de uma prestação pecuniária compulsória, criadas por lei, cobradas mediante atividade administrativa, plenamente vinculada e têm como hipótese de incidência um fato lícito e são reguladas pelo art. 217, IV, do CTN. Na sua cobrança aplica-se o disposto no art. 174 do CTN que revogou o art. 144 da Lei nº 3.807/60. Era este o entendimento predominante no TFR e já está consagrado neste E. Superior Tribunal de Justiça, nos Recursos Especiais nº 1.311-PI, DJ de 06.08.90, 2.111-SP, DJ de 01.07.91, 2.252-SP, DJ de 23.04.90 e 5.043-SC, DJ de 12.11.90. No caso, os períodos das contribuições julgadas extintas pelo julgador monocrático em sua bem lançada sentença de fls. 30/37, são anteriores à Emenda Constitucional nº 08/77 e à Lei 6.830/80, sendo irrelevante a discussão, se prescreve em cinco ou trinta anos a ação para a cobrança das contribuições previdenciárias, inclusive do FGTS. Sempre sustentei que uma lei ordinária (Lei 6.830/80), não tem força para alterar uma lei complementar (Lei 5.172/66) e se a matéria de prescrição das contribuições previdenciárias, inclusive para o FGTS é regulada pelo Código Tributário Nacional, ela só poderia ser alterada por outra lei complementar e não por uma lei ordinária. Do contrário, teríamos de admitir a possibilidade de uma lei ordinária ser alterada por um decreto, uma lei complementar ser alterada por uma lei ordinária ou mesmo a Constituição por uma lei complementar e isso é inadmissível. A vigente Constituição Federal, em seu art. 146, III, *b*, dispõe que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência. Com isto cai por terra, o argumento, às vezes usado, de que matéria tributária sobre prescrição não é de lei complementar.

Por isso, peço vênia para continuar entendendo que as contribuições previdenciárias continuam com seu caráter tributário e, como tal, na sua cobrança, sujeitam-se ao prazo prescricional de cinco anos, mesmo após o advento da Lei 6.830/80.

Nego provimento ao recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Pedi vista no presente processo, que apresenta recurso especial contra a declara-

ção judicial da prescrição quinquenária para a ação de cobrança das contribuições do FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

O eminente relator, Ministro GARCIA VIEIRA, subscreveu a tese de serem tais contribuições de índole tributária, aplicando-se-lhe em consequência o prazo do artigo 174 do Código Tributário Nacional (CTN).

Em que pesem os doutos argumentos do Ministro relator, peço vênia para deles discordar.

No Recurso Extraordinário nº 100.249-2-SP, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 02 de dezembro de 1987, julgou por maioria de votos, vencido o Ministro relator, que ditas contribuições não têm natureza jurídica de tributo. O insigne Ministro NÉRI DA SILVEIRA, que proferiu o voto condutor do acórdão, assim o ementou:

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Sua natureza jurídica. Constituição, art. 165, XIII. Lei nº 5.107, de 13.9.1966. As contribuições para o FGTS não se caracterizam como crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Constituição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ao fundo de garantia equivalente. Dessa garantia, de índole social, promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido, na forma prevista em lei. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, deflui do fato de ser ele o sujeito passivo da obrigação, de natureza trabalhista e social, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica torná-lo titular do direito à contribuição mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, quando aciona o empregador, valores a serem recolhidos ao Erário, como receita pública. Não há, aí, contribuição de natureza fiscal ou parafiscal. Os depósitos da FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina no Direito do Trabalho. Não se aplica às contribuições do FGTS o disposto nos arts. 173 e 174, do CTN. Recurso extraordinário conhecido, por ofensa ao art. 165, XIII, da Constituição, e provido, para afastar a prescrição quinquenal da ação.”

Releva salientar que esse entendimento vale mesmo para o interregno anterior à Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977. Já a Emenda nº 18, de 1º de dezembro de 1965, à Constituição de 1946, estabeleceu que o sistema tributário nacional compunha-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria, no que foi seguida pela Carta de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, e pelo Código Tributário Nacional, de 1966.

Por evidente exclusão, a contribuição em causa só poderia ser, com esforço, considerada imposto. As taxas requerem o exercício do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e indivisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Já as contribuições de melhoria pressupõem obra pública de que decorra valorização imobiliária. Não se prestam, portanto, à caracterização do instrumento *sub examen*.

A inclusão, no CTN, do artigo 217, operada pelo Decreto-lei nº 27, de 14 de novembro de 1966, não tem o condão de convolar as contribuições ali citadas em entes tributários. Não se pode dizer que esse dispositivo determine o tratamento delas como tributos nem que estejam reguladas pelo artigo.

Apenas diz-se, no artigo 217 do CTN, que as disposições daquele Código não excluem a incidência e exigibilidade das contribuições que menciona, dentre as quais a referente ao FGTS (inciso IV).

O próprio Decreto-lei nº 27/66, em seus *consideranda*, trata as contribuições em questão como “contribuições para fins sociais”, justificando-se para que não restasse dúvida de que elas remanesciam em vigor, ou seja, que não estavam incluídas no sistema tributário então redesenhado pelo novel Código.

Após a Emenda nº 1/69, o artigo 21, § 2º, consignou em seu inciso I que a União poderia instituir contribuições no interesse da Previdência Social, não lhes mandando aplicar as disposições constitucionais tributárias, ao inverso do que fez com os empréstimos compulsórios, referidos logo a seguir, no inciso II.

Note-se que a orientação do Pretório Excelso, no sentido de considerarem-se como de caráter tributário as contribuições previdenciárias no período entre o Decreto-lei nº 27/66 e a Emenda nº 8/77 (Revista Trimestral de Jurisprudência nº 87, pp. 273/274), não se aplica ao FGTS, que tem feição diversa.

E discorre o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, naquele recurso:

“Não há compreender, desse modo, as contribuições para o FGTS como caracterizando crédito tributário ou contribuições a tributo equiparáveis. Sua sede está no art. 165, XIII, da Consti-

tuição. Assegura-se ao trabalhador estabilidade, ou fundo de garantia equivalente. Dessa garantia promana, assim, a exigibilidade pelo trabalhador do pagamento do FGTS, quando despedido. Cuida-se de um direito do trabalhador. Dá-lhe o Estado garantia desse pagamento. A contribuição pelo empregador, no caso, é obrigação que deflui do fato de de ser ele o sujeito passivo da obrigação, que encontra, na regra constitucional aludida, sua fonte. É garantia de índole social do trabalhador, assim inscrita no art. 165, XIII, da Lei Maior. Ao Estado cumpre fazê-la respeitada e cumprida por quem obrigado a satisfazê-la; no caso, o empregador. A atuação do Estado, ou de órgão da Administração Pública, em prol do recolhimento da contribuição do FGTS, não implica, qual se referiu, torná-lo titular do direito à contribuição mas, apenas, decorre do cumprimento, pelo Poder Público, de obrigação de fiscalizar e tutelar a garantia assegurada ao empregado optante pelo FGTS. Não exige o Estado, na espécie, para si, a contribuição. Em realidade, não há, aí, contribuição de índole fiscal ou parafiscal.

“Disse-o, com precisão, o saudoso Ministro RODRIGUES ALCKMIN (RTJ 68/243):

“Aliás, o próprio reconhecimento da legitimidade ativa do empregado para reclamar depósitos a serem feitos em seu nome (Lei 5.107/66, art. 21) exclui, a meu ver, a pretendida adequação da natureza tributária a esses depósitos”.

“É de ver, outrossim, que os depósitos do FGTS pressupõem vínculo jurídico, com disciplina no Direito do Trabalho. À empresa, nessa linha, cabe complementar o depósito para ser atingido o valor da indenização devida ao empregado (Lei 5.107/66, art. 16. § 1º). Quanto ao tempo anterior à opção pelo FGTS, há responsabilidade da empresa pela indenização. Como direito social do trabalhador, *ut* art. 165, XIII, da Lei Maior, não é possível atribuir ao *quantum* do depósito do FGTS natureza tributária. Os órgãos da Previdência Social, enquanto representam o Estado, na fiscalização e garantia desse direito, com vistas à efetivação regular dos depósitos e inclusive sua cobrança, não se transmudam em sujeito ativo do crédito daí proveniente. O Estado intervém, para assegurar o cumprimento da obrigação por parte da empresa em proteção ao direito ao trabalhador. Não se cuida, aí, de crédito tributário, nem previdenciário, este a semelhança das contribuições para atender aos encargos previstos no art. 165, XVI, da Constituição. No caso, se se quisesse encurtar o prazo para exigir o recolhimento das contribuições para o FGTS, o que, em realidade, se estaria atingin-

do era o direito do trabalhador, cujo depósito de que titular, assim, resultaria desfalcado.”

Por fim, cito ainda trecho do sucinto voto-vogal do Ministro FRANCISCO REZEK nesses autos:

“Invoco, aqui, o ensinamento doutrinário do Ministro Balleiro. Receita pública é todo ingresso que, adentrando o erário, o tesouro público, sem nenhuma condição ou correspondência no passivo, vem acrescer seu vulto como elemento novo e positivo. Penso ser essa, quase que literalmente, a lição do grande mestre. Dessarte, eu não saberia como vislumbrar tributo naquilo que sequer é receita pública. O só fato de tratar-se de algo que se deve recolher obrigatoriamente não basta para determinar a natureza tributária do recolhimento.”

Destarte, por todo o exposto, não considero aplicável às contribuições para o FGTS o prazo prescricional de cinco anos do artigo 174 do CTN, prevalecendo a prescrição trintenária (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, artigo 144; Consolidação das Leis da Previdência Social — Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976 —, artigo 221; Lei de Execuções Fiscais — Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 —, artigo 2º, § 9º).

Por conseguinte, com a vênia do eminente relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É como voto.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Também acompanho o Eminentíssimo Ministro Demócrito Reinaldo, *data venia* do entendimento do Ministro Garcia Vieira, Relator. Para tal farei juntar voto nesse sentido. (REsp nº 10.667-SP).

É como voto.

ANEXO

RECURSO ESPECIAL Nº 10.667 — SP
(Registro nº 91.85804)

VOTO — VISTA

O EXMº SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Em 11 do mês em curso, foi trazido à baila, através de dois feitos — REsp 12.801-MG e REsp

10.667-SP, cujos relatores respectivamente são os Exmos Srs. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo, a questão atinente do FGTS e sua conceituação jurídica: se tributo ou contribuição de caráter social.

Defende o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, com a juridicidade que sempre orna seus pronunciamentos o caráter jurídico de Tributo do FGTS, devendo, portanto, submeter-se ao regime Tributário, sofrendo de consequência, os efeitos da prescrição quinquenal.

D'outra parte, o Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo faz coro a jurisprudência emanante do eg. S.T.F., onde se firmou o entendimento de que ditas arrecadações configuram contribuições de caráter eminentemente social, não se subornando ao quinquênio prescricional e sim ao prazo trintenário.

Dada a divergência, e em caráter de preventividade, pedi vista dos autos para melhor apreciar a *quaestio*.

Na existência do egrégio Tribunal Federal de Recursos, em razão de discussões congêneres, editaram-se as Súmulas nºs 107 e 108 que aplicavam o prazo prescricional de 05 anos às contribuições previdenciárias, nelas inseridas aquelas destinadas ao FGTS.

Tal entendimento perdurou uniformemente por grande lapso de tempo, até que em dado momento o Exmo. Sr. Ministro Pádua Ribeiro, levantando a hipótese jurídica do cunho social de tais contribuições (FGTS) resgatou a impossibilidade de os mesmos submeterem-se ao crivo do CTN, já que não se destinavam ao Estado, com finalidade de bem coletivo, mas eram individualizados à conta do respectivo titular, destinados a garantir a reparação de possível infortúnio profissional do beneficiário.

Neste mesmo diapasão posicionou-se o Eg. Supremo Tribunal Federal, como se observa dos precedentes transcritos no REsp 12.801-MG, v.g. — fls. 88/89 —

“Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Natureza da contribuição social, prevista no número X do artigo 43, da Carta da República, para custeio do encargo previsto no nº XIII do seu artigo 165.

Definida a natureza do FGTS, pelo Plenário da Suprema Corte, no julgamento do RE 100.249, em sessão de 02.12.87, pacificado fica o entendimento que não se aplica às contribuições a prescrição quinquenal prevista no Código Tributário Nacional, mesmo para os créditos relativos ao período anterior à Emenda Constitucional nº 8, de 1977.

Recurso conhecido e provido” (RE 114.386-0-RJ — Rel. Min. Carlos Madeira — DJ de 12.02.88 — pág. 1.933).

“Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Natureza Jurídica. Prescrição. Decadência.

Ao julgar, recentemente, o RE 100.249, o Plenário desta Corte, por maioria de votos, entendeu que as contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) não são contribuições previdenciárias, mas, sim, contribuições sociais, que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 8/77 não tinham natureza tributária, razão por que não se lhes aplica o disposto nos artigos 173 e 174 do C.T.N.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 114.252-9-SP — Rel. Min. Moreira Alves — DJ de 11.03.88 — pág. 4.747).

“Contribuições devidas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, não configuram espécies de tributo, sendo alheias, à sua disciplina, as normas estabelecidas, pelo Código Tributário Nacional, a respeito da prescrição e da decadência. Precedente do Tribunal Pleno (RE 100.249).

Recurso provido, para afastar a prescrição (art. 174 do C.T.N.)” (RREE 112.888-7-SP e 112.697-3-MG — Rel. Min. Octávio Gallotti — DJ de 11.03.88 — pág. 4.746).

“Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Contribuição estritamente social, sem caráter tributário. Inaplicabilidade à espécie do art. 173 do C.T.N., que fixa em cinco anos o prazo para constituição do crédito tributário.

R.E. conhecido e provido para se afastar a declaração de decadência.

Precedente do Plenário. (RE 110.012-5-AL — Rel. Ministro Sydney Sanches — DJ de 11.03.88 — pág. 4.745).

“FGTS — Recusada a natureza tributária da contribuição, não ocorre a prescrição quinquenal do art. 174 do Código Tributário Nacional (julgamento do RE 100.249 — Pleno).

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (REE 114.372-0-RN e 109.613-6-SP-Rel. Min. Oscar Corrêa — DJ de 26.02.88 e 12.02.88 — págs. 3.195 e 1.991.”

É incontestado que à jurisprudência do eg. STF pode-se opor inconformismo, mas desconhecê-la é albergar dissenso jurídico nas decisões emanadas desta Casa.

Diante do exposto, entendendo que as contribuições para o FGTS guardam o caráter restrito de Contribuição Social, e, por isso, não se submetem ao prazo prescricional da CTN, voto no sentido de expurgar tal quinquênio prescricional sobre o FGTS.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.779 — MS — (9100116700) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Rel. p/Acórdão: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS. Recdo.: Francisco Pieretti — Espólio. Advs.: Solange Maria C. de Souza Campello e outros e Nelson Pereira e outros.

Decisão: A Primeira Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro-Relator, deu provimento ao recurso (julgado em 02.10.91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.873 — SP

(Registro nº 9100119415)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorridos: *Leonor Frungillo e outro*

Advogados: *Drs. Ana Shirley Macedo Falcão (recte.), Maria Elena Miranda Vedovato e outros (recdo.)*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. ADICIONAIS DE MAGISTÉRIO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA.

PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. SUPRESSÃO. OFENSA AO ART. 475 DO C.P.C. CARACTERIZAÇÃO.

I — No caso, não se acha caracterizada a prescrição do fundo do direito. Inocorrência de ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910, de 1932.

II — Afastada a prescrição declarada pelo Juízo de primeiro grau, não pode o Tribunal, entendendo não prescrita a ação, adentrar no exame dos demais aspectos da causa não apreciados e decididos por aquele Juízo. Se assim fez, excedeu os limites da devolução, negando vigência ao art. 475 do C.P.C.

III — Recurso especial parcialmente provido.

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, dar parcial provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: LEONOR FRUNGILLO E AURORA FRUNGILLO GUERRA propuseram ação sumaríssima contra a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em que pediram fosse a ré condenada a retificar o seu enquadramento no regime da Lei Complementar nº 444, de 1985, de modo que os pontos obtidos antes do advento da Lei Complementar nº 180, de 1978, fossem consignados nos seus prontuários a título de adicionais de magistério e, ainda, a pagar-lhes as diferenças de vencimentos, vencidas e vincendas, com os acréscimos legais.

A sentença julgou a ação prescrita (fls. 122-124) e o acórdão da Segunda Câmara de Férias da Primeira Seção Civil do Tribunal de Jus-

tiça deu provimento à apelação para julgar a ação procedente, considerando prescritas apenas as parcelas pleiteadas anteriores ao quinquênio (fls. 148):

A ação, portanto, é julgada procedente, devendo a Fazenda proceder ao reenquadramento das autoras, como pedido na inicial, pagando os atrasados, observada a prescrição quinquenal das parcelas, com correção desde o ajuizamento e juros da mora a contar da citação, devendo as autoras serem reembolsadas das custas, corrigidas de cada desembolso, computando-se sobre o total apurado em liquidação a verba honorária que fica arbitrada em 10%.

Daí o presente recurso especial, pelas letras *a* e *c*, manifestado pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sob a alegação de que o acórdão impugnado, ao afastar a prescrição, contrariou o art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, e deu-lhe interpretação divergente da que lhe tem atribuído o Supremo Tribunal Federal; e, ao julgar procedente a ação, decidindo o seu mérito, negou vigência aos arts. 475 e 515 do C.P.C., suprimindo um grau de jurisdição.

Contra-arrazoado (fls. 173-178), o recurso foi admitido (fls. 180), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO. ADICIONAIS DE MAGISTÉRIO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA.

PROCESSUAL CIVIL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. SUPRESSÃO. OFENSA AO ART. 475 DO C.P.C. CARACTERIZAÇÃO.

I — No caso, não se acha caracterizada a prescrição do fundo do direito. Inocorrência de ofensa ao art. 1º do Decreto 20.910, de 1932.

II — Afastada a prescrição declarada pelo Juízo de primeiro grau, não pode o Tribunal, entendendo não prescrita a ação, adentrar no exame dos demais aspectos da causa não apreciados e decididos por aquele Juízo. Se assim fez,

excedeu os limites da devolução, negando vigência ao art. 475 do C.P.C.

III — Recurso especial parcialmente provido.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Quanto à prescrição da ação, bem decidiu o aresto impugnado, ao afastá-la. No sentido de que a prescrição, no caso, é apenas das parcelas vencidas, anteriores ao quinquênio contado da propositura da ação, não atingindo o próprio fundo do direito, o acórdão da 1ª Turma, proferido no Recurso Especial nº 2.140-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO — FUNCIONÁRIO — REVISÃO DE PROVENTOS — PRESCRIÇÃO — CÁLCULO DE GRATIFICAÇÃO.

O litígio não envolve a própria gratificação, sim a aplicação de critério para fixação do *quantum* devido. O venerando aresto hostilizado, afastando a prescrição e determinando ao julgador de primeiro grau o exame de mérito, não merece censura. Não houve a prescrição do fundo do direito.

Recurso conhecido unanimemente e negado provimento por maioria.”

Todavia, o aresto recorrido, ao afastar a prescrição e desde logo julgar procedente a ação, suprimiu o duplo grau de jurisdição, violando os arts. 475 e 515 do C.P.C. A propósito, o decidido por esta Turma no REsp 292-SP, Relator Ministro Carlos M. Velloso, onde se lê na ementa do respectivo acórdão o seguinte tópico:

“Se o Juízo *a quo* deu pela ocorrência da prescrição, não pode o Tribunal *ad quem*, entendendo não prescrita a ação, apreciar os restantes aspectos da causa não apreciados e decididos pelo Juízo de 1º grau, pois estaria a suprimir o exame obrigatório deste último, assim excedendo os limites da devolução”.

Isto posto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, em parte, a fim de que os autos voltem ao Juízo de 1º grau, para o exame das questões de mérito propriamente dito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.873 — SP — (9100119415) — Rel.: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorri-

dos: Leonor Frungillo e outro. Advogados: Dra. Ana Shirley Macedo Falcão (Recte.) e Drs. Maria Helena Miranda Vedovato e outros (Recdos.).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 07.10.91 — 2ª Turma).

Os Srs. Ministros José de Jesus, Peçanha Martins e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 12.765 — SP

(Registro nº 91.0014621-8)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *União Federal*

Recorrido: *Gabriel de Oliveira Fontão*

Advogados: *Drs. Samira de Vasconcellos Miguel 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 manifestação do Tribunal.

A decisão monocrática que acumula dispositivos favoráveis e desfavoráveis ao Estado é sentença na parte que o contraria. Os dispositivos favoráveis, quando não atacados em 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 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, 23 de outubro 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 Gabriel de Oliveira Fontão contra a União Federal, objetivando a restituição de importâncias recolhidas, a título de empréstimo compulsório, instituído pelo DL nº 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 Fedederal da 13ª Vara, SP, julgou procedente a ação, condenando a ré nos termos do pedido, arbitrando-se honorários de 8% (oito por cento) do valor da condenação, juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado, além de correção monetária, fls. 38.

Apelou a ré e a Terceira Turma do TRF, da 3ª Região, à unanimidade, negou provimento à apelação e, por maioria, deu provimento parcial à remessa *ex officio*, reformando a sentença para fixar os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação, fls. 56. Sustentando-se constituir-se a decisão em *reformatio in pejus*, com ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, foram opostos embargos infringentes, rejeitados, por maioria, pela Segunda Seção do Tribunal, fls. 85.

Adveio 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, 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.

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 de 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, § 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 prejudicial 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 escallão apesar de investido dos mesmos poderes para reconhecer 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 recorre 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. 114/115, 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 re-

duzir os honorários à taxa de 5% (cinco por cento), e, a 10% (dez por cento), como a exemplo, as Apelações Cíveis nº 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 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 116.582-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 108/1.266.

“Remesa *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 Galloti, 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 13-5-77, pág. 3.089.

O Tribunal Regional Federal ao majorar os honorários contradita a inteligência do § 4º do art. 20, do CPC, a que invoca no acórdão, e se insere no § 3º, que não diz respeito à fixação dos honorários nas causas em que a Fazenda Pública é vencida. Este entendimento é consoante, aliás, ao voto do Ministro Rodrigues Alckimin, RE 82.133 de que foi relator, onde sustenta:

“(…) se o *caput* do § 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 § 4º, pois bastaria o § 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 § 4º em questão.”

Desse entendimento decorreu o seguinte acórdão:

“Honorários de Advogado — O § 3º, *caput*, não incide nos casos excepcionais do § 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).

Ressalvando ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* e constituir-se a decisão majoritária dos honorários em *reformatio in pejus*, acautelou-se a União, na interposição de Embargos Infringentes, rejeitados, por maioria.

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 12.765 — SP — (91.0014621-8) — Relator: O Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: União Federal. Recdo.: Gabriel de Oliveira Fontão. Advs.: Samira de Vasconcellos Miguel e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (Primeira Turma, 23-10-91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Pedro Acioli e Demócrito Reinaldo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECUROS ESPECIAL Nº 13.399 — RJ
(Registro nº 91.0015749-0)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrido: *Eliseu Franklin de Andrade*

Advogados: *Drs. Rubem de Farias Neves Júnior e outros, Mário Carvalho de Jesus e outros*

EMENTA: PROCESSO CIVIL — AÇÃO RESCISÓRIA — FUNDAMENTO LEGAL DIVERSO DAQUELE INDICADO PELO AUTOR — ART. 485 DO CPC.

Ao juiz incumbe dizer o direito aplicável aos fatos.

Não merece reparo o acórdão que, sem delirar da narrativa nem do conjunto probatório, fundamenta-se em dispositivo legal diverso daquele indicado na inicial.

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, 21 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Eliseu Franklin de Andrade ajuizou ação rescisória contra a Caixa Econômica Federal, com base no art. 485, incisos III, V e VII, do Código de Processo Civil, objetivando a desconstituição de julgado do Tribunal Federal de Recur-

sos, que considerou legítima a anulação de sua reintegração como funcionário estatutário da Ré, entendendo-a ordenada após consumada a prescrição quinquenal.

Em juízo rescindente, declarou-se, por maioria de votos, a procedência do pedido, sob a fundamentação do voto proferido pelo E. Ministro Gueiros Leite, lavrado o acórdão pelo E. Ministro Adhemar Raymundo nestes termos:

“PROCESSUAL CIVIL.

Ação rescisória. Não obstante ter o autor, na inicial, indicado o inciso 7º do art. 485 do C.P.C., da exposição fática, ali ínsita, se colhe, indubitavelmente, tratar-se de erro de fato. O fundamento jurídico da demanda (*causa petendi*) não “é a indicação do dispositivo de lei”, mas “o fato ou a série de fatos com que se compõe o direito”. Obrigatoriedade, para o julgador, de fazer a aplicação de lei ao caso concreto, dentro do panorama fático ínsito na inicial. Erro de fato, resultante de atos e documentos da causa” (fls. 472).

A essa decisão opôs o autor embargos de declaração, postulando a admissão da rescisória, com suporte nos incisos III, V e VII, do art. 485 do CPC, invocados na inicial.

Os embargos foram rejeitados às fls. 495-502, ao entendimento de que o recurso implicaria em reexame da causa, situada sob o ângulo do inciso IX do citado artigo.

Com apoio nos votos vencidos opôs a Caixa Econômica Federal embargos infringentes, rejeitados em aresto assim resumido:

“Ação rescisória. Hipótese de “erro de fato, resultante de atos e documentos da causa”. Ação julgada procedente, pela 1ª Seção, por maioria de votos. Embargos infringentes rejeitados” (fls. 610).

Ao v. acórdão opôs a sucumbente embargos declaratórios, por igual rejeitados às fls. 616-621.

Inconformada, interpôs a Caixa Econômica Federal recurso especial, fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, sustentando negativa de vigência ao art. 485, incisos III e VII, do Código de Processo Civil.

Às fls. 656-660 oferece o recorrido objeção de incompetência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região para processar a execução provisória e proferir juízo de admissibilidade do recurso especial.

Não acolhida a objeção, manifestou o autor agravo regimental, ao qual negou-se provimento, ao fundamento de que a competência para o exame de admissibilidade dos recursos especiais, interpostos de decisão do extinto TFR, é da Presidência do TFR (fls. 684).

No Tribunal de origem, admitido o apelo especial, subiram os autos a esta Corte para apreciação da questão federal suscitada.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O presente recurso especial busca fomento em argüição de negativa de vigência à Lei 5.869/73, art. 485, incisos III e VII, que tratam da rescindibilidade da decisão de mérito, transitada em julgado, nas hipóteses, a saber: dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; e obtenção de documento novo pelo autor, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

No entanto, como ressaltado nas contra-razões do recurso, as normas invocadas não guardam pertinência com a matéria dirimida no acórdão impugnado.

Do articulado na petição recursal induz-se, porém, que o cerne do inconformismo reside na afirmação pelo aresto atacado da possibilidade de conhecimento do pedido em ação rescisória, com base em disposição legal diversa da indicada pelo autor, em face da exposição fática da causa.

Ao que sustenta a recorrente o acórdão recorrido “ao modificar o fundamento jurídico da inicial, desenquadrando o pedido dos incisos III e VII para o inciso IX, do art. 485, do CPC, o fez ilegalmente, pois não pode o juiz dar nova definição jurídica ao que foi lançado na inicial, ocasionando assim um total cerceamento de defesa ao réu” (fls. 625).

O douto voto condutor do v. acórdão na ação rescisória, prolatado pelo Eminentíssimo Ministro Gueiros Leite, analisa magistralmente a espécie, *verbis*:

“Sr. Presidente, o autor propôs a presente ação rescisória nos termos do art. 485, inciso VII, por mero engano, ao confundir a ignorância de documento novo com a ocorrência de erro de fato, resultante igualmente de atos ou documentos da causa.

Daí porque resolvi admitir a ação com apoio no inciso IX, do mesmo artigo, sem me desviar do roteiro dos fatos identificadores da *causa petendi* e que me levaram a esta convicção, em face do princípio de que é indiferente que a lei tenha sido invocada ou não no processo principal, porque nem por isso deixará de ter aplicação.

Se isso ocorre em tema de violação de literal disposição de lei (o que não é a hipótese dos autos), quando o autor deve indicar o texto postergado na decisão rescindenda, tanto melhor em se tratando de mera adequação do remédio judicial ao texto formal, isto é, quando ao invés de se ajuizar a demanda **nos termos** do art. 485, IX, indica-se o inciso VII.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o requisito do prequestionamento não se aplica à rescisória (S.T.F., Pleno, EAR nº 732-8-RJ e outros). Ora, se isso ocorre quanto ao lenho verde o que não se dará no seco. Se o prequestionamento do **fundamento** legal pode ser dispensado, não será por mero equívoco do autor que se lançará fora o seu direito. Acho que o ideal de justiça sobrepujará o princípio da segurança do julgado, tanto mais porque não mais nos encontramos no período formulário do direito imperial romano.

Não estou incorrendo, tampouco, na alteração do **fundamento** jurídico do pedido, nem pretendo aplicar ao caso os aforismos *jura novit curia* ou da *mihi factum dabo tibi jus*, impossíveis com a rescisória. Isso porque não pretendi aplicar o **direito ao fato**, mas utilizar-me de um simples **veículo formal**, pois somente se reputa alterado o pedido se alterado foi o próprio **objeto** da causa.

A explicação encontra-se em CALMON DE PASSOS, o mestre da Bahia:

“Conclui-se, portanto, que, após a qualificação das partes, deve o autor narrar os fatos. Feita a narração dos fatos, seguir-se-á a exposição dos fundamentos jurídicos do pedido, isto é, de como os fatos narrados justificam que o autor peça o que pede. Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, por conseguinte, nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento. A causa de pedir, ensina PONTES DE MIRANDA, supõe o fato ou série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou

se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo de demandar.”

(Comentários, vol. III, Forense, pág. 143)

E esclarece:

“O *nomen juris* que se dê a essa categoria jurídica ou o dispositivo de lei que se invoque para caracterizá-la SÃO IRRELEVANTES, se acaso erradamente indicados. (*Omissis*). Se o fato narrado na inicial e o que foi pedido SÃO COMPATÍVEIS com a CATEGORIZAÇÃO JURÍDICA nova, ou com o novo dispositivo de lei invocado, não há porque falar em modificação da causa de pedir ou inviabilidade do pedido. (*Omissis*). Se invoco o art. 317, II, do Código Civil, e peço desquite por abandono do lar, mas narro os fatos que caracterizam sevícias ou injúria grave, pode-se decretar o desquite com apoio no art. 317, III, sem ofensa ao princípio da INALTERABILIDADE da causa de pedir. (*Omissis*). Fundamento jurídico da demanda não é a INDICAÇÃO do dispositivo de lei em que se apóia o pedido do autor, sim a natureza do direito pleiteado.” (Autor e obra citados, pág. 144)

Daí porque admito a ação rescisória, nos termos do art. 485, inciso IX, §§ 1º e 2º, para no mérito julgá-la procedente, por achar que a respeitável decisão da Egrégia 1ª Turma está fundada em erro de fato resultante de documentos e atos da causa, ao arrepio do que considerou inexistentes fatos que efetivamente ocorreram, alguns, e outros não.

Senão, vejamos.

O presidente da Caixa Econômica Federal, julgando recurso interposto pelo autor, que pretendia **além** da reintegração já concedida pelo Conselho Administrativo da empresa, efeitos patrimoniais em atraso, **reformou** totalmente a decisão do Conselho, em julgamento de recurso parcial do servidor. Assim, transformou recurso de defesa em recurso de acusação, com inquestionável *reformatio in pejus*. A iniquidade consubstanciou-se na Portaria nº 293/71, ferindo aquele tradicional e sempre consagrado princípio. A demissão, resultante do ato e devido a um pretendido abandono de emprego, entende-se como **penalidade**, mesmo de índole administrativa disciplinar.

No recurso do autor — conforme foi acentuado de início — só se questionavam os efeitos patrimoniais da reintegração. Desse

modo, outra matéria não poderia ser ventilada, mas foi. O presidente da C.E.F., tendo em vista resolução da Diretoria tomada em sessão de 1º de abril de 1971, reexaminando o próprio mérito da decisão do antigo Conselho Administrativo resolveu restabelecer a remota demissão do autor. Mas, na dúvida sobre a procedência desse fundamento, acrescentou a seguinte razão:

“... decorridos aproximadamente 7 (sete) anos, recorreu o ex-servidor, solicitando revisão de inquérito, a qual, embora sem fundamentação legal, pois não aduziu fatos ou circunstâncias que justificassem sua inocência (art. 233 da Lei nº 1.711, de 1952), foi aceita e processada (*Omissis*).” (Fls. 106)

A ilustre Dra. MARIA RITA SOARES DE ANDRADE, quando ainda juíza federal no Rio de Janeiro, concedeu mandado de segurança ao servidor malgrado, decretando a nulidade da Portaria nº 293//71, sem mencionar o detalhe pertinente à suposta prescrição administrativa do pedido revisional. Observou apenas que, se a Administração pode rever os seus próprios atos, por certo o fará, mas não subvertendo princípios jurídicos (fls. 203/204).

Mas ao ser submetida a sentença ao crivo da Egrégia 1ª Turma, eis que a mesma, por maioria, decidiu confirmar o ato do presidente da C.E.F., sob o fundamento de que, estando a revisão do inquérito administrativo sujeita à prescrição quinquenal, legítimo seria o ato que anulou a reintegração de funcionário, ordenada depois de consumada a prescrição (fls. 192). Para tanto fazer, a Turma alegou inexistir a *reformatio in pejus*, na anulação *ex officio* pelo Presidente da Caixa, **ao tomar conhecimento do ocorrido**, embora através de recurso interposto pelo funcionário contra u'a condição imposta para a reintegração (fls. 192).

Data venia da ilustre maioria na Turma, essa foi, na realidade, uma das mais melancólicas decisões judiciais com que me tenho deparado nestes últimos tempos. Não questionarei, contudo, a sua iniquidade, mas tenho o dever de repeli-la por duas inelutáveis razões, que se enquadram no art. 485, inciso IX, §§ 1º e 2º, do CPC, a saber:

a) Não é verdade, *data maxima venia*, que o antigo presidente da C.E.F., Sr. GIAMPAOLO MARCELLO FALCO, desconhecesse os fatos que deram lugar à decisão do Conselho Administrativo. A fidelidade aos **fatos existentes** nos manda recordar

que esse mesmo cidadão compunha aquele Conselho e votou pela reintegração, juntamente com outros membros do mesmo colegiado, a saber: os doutores AGUINALDO RODRIGUES DE CARVALHO, ANTONIO RIBEIRO DE ANDRADE e MILTON RODRIGUES DE OLIVEIRA, este relator do voto e também diretor. A duplicidade de procedimento ficou provada nos autos judiciais, por meio do procedimento administrativo apensado. Esses fatos não foram examinados pela 1ª Turma, sendo por isso que incidiu na censura do art. 485, IX, § 1º. Fundou-se em erro de fato, ao admitir um fato inexistente. É melancólico — repita-se — tal comportamento, quando é sabido que a reintegração já estava administrativamente esquecida. E que o único motivo da *reformatio in pejus* teria sido a responsabilidade de alguns dos Conselheiros pelo possível desfalque patrimonial da Caixa, com o pagamento de vencimentos atrasados ao servidor;

b) Não é verdade, tampouco, que, estando a revisão do inquérito administrativo sujeita à prescrição quinquenal, legítimo seria o ato anulatório e aqui impugnado. Essa fundamentação do venerando acórdão cai pela base diante da prova, feita nos autos judiciais. O autor comprova, às fls. 58, haver entregue o documento nº 1, devidamente xerocopiado em catorze folhas, a Da. ALEXANDRA FARES, em 7 de agosto de 1964. Pelo documento nº 2, dirigido igualmente ao presidente da CEF, comprova-se que o autor requereu a remessa dos documentos 1 e 3, conforme recibo assinado também pela mesma funcionária, em 26 de agosto de 1964. O documento 4, subscrito pelo Dr. HELIO BARRETO MATEUS, então presidente da CEF, evidencia a interrupção da prescrição, que somente se consumaria em fins de setembro de 1969, conforme o disposto no art. 169, da Lei nº 1.711, de 1952, tanto mais porque, nos termos do art. 171, da mesma Lei, o pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, interrompem a prescrição até duas vezes. Tendo o autor ingressado com o pedido de revisão em 29 de setembro de 1969, conforme consta dos autos (fls. 60), é evidente a interrupção em fins de setembro de 1964, sendo, pois, tempestivo, o pedido, tanto mais que acolhido à unanimidade pelo Conselho Administrativo (fls. 58/59).

Não foi à míngua de advertência e ponderação que tão lamentáveis erros vieram viciar a respeitável decisão rescindenda. Basta ler-se o voto vencido do eminente Ministro PEÇANHA MARTINS, que é auto-explanatório:

"Data venia do eminente Ministro Relator, nego provimento ao recurso para confirmar a decisão recorrida, que examinou e bem decidiu de tudo. E assim decido por também entender que no caso, o ato de demissão foi anulado em virtude de revisão do processo administrativo que lhe deu motivo, revisão que podia ser requerida em qualquer tempo, na forma do art. 233 do Estatuto, nestes termos: "A qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que resultou pena disciplinar, quando se aduzam fatos ou circunstâncias susceptíveis de justificar a inocência do requerente". A lei reguladora das atividades entre o impetrante e a impetrada não fixou prazo para revisão", que podia ser requerida em "qualquer tempo", inclusive pelos herdeiros do funcionário falecido, ou simplesmente desaparecido, como ainda prescreve o parágrafo único do referido artigo. Não há, pois, como falar-se em prescrição de revisão de inquérito administrativo requerida sete anos após a expedição do ato de exoneração. O disposto no artigo 169 do Estatuto não se refere à revisão do inquérito administrativo, cujo processo, por inteiro, está regulado por um capítulo especial da Lei 1.711. Contudo, mesmo que fosse possível aplicar-se a prescrição quinquenal, a decisão que determinou a reintegração teria implicado em renúncia da prescrição, "ato jurídico pelo qual o titular de um direito dele se despoja", como leciona Clovis. Nem se argumente, por outro lado, que a Diretoria da Caixa impetrada revogou a decisão que reintegrou o impetrante, um ato resultante da má vontade e do capricho que não pode produzir efeitos. É que a Administração pode rever os seus próprios atos, mas desde que eivados de vícios que os tornem ilegais, vícios que se não configuram no que deliberou reintegrar, ato que de nada padece, pois além de praticado por autoridade competente, o Conselho Administrativo obedeceu à forma legal e teve em vista, como motivo para a sua prática, os abusos e irregularidades constantes do inquérito administrativo que serviu de base à exoneração ilegal, como acentuado no voto de fls. 7, *usque* fls. 12, do Sr. Conselheiro Relator." (Fls. 190/191)

Por isso, e com a devida vênia dos colegas que votaram diferentemente, admito a rescisória nos termos do art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC, e lhe dou provimento para rescindir a respeitável decisão da Egrégia 1ª Turma, revigorando a jurídica e

humana sentença de 1º grau. Aplico à hipótese o art. 494, quanto à restituição do depósito, e condeno a ré em honorários advocatícios, a base de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa (fls. 16), bem como ao reembolso das custas do processo.

É como voto.”

Não merece censura tão respeitável decisão judicial. Ao revés, como se colhe de sua brilhante fundamentação, lastreada no magistério de grandes mestres do Direito Processual, homenageou o princípio da instrumentalidade do processo, dando-lhe escorreita aplicação em defesa da tutela da liberdade.

A jurisdição distancia-se de sua função social, constitucionalmente definida, ameaçando a própria ordem jurídica, nos momentos em que os juízes, apegados ao formalismo do procedimento, desviam-se do real escopo da prestação jurisdicional.

A meu ver não há no acórdão recorrido cerceamento de defesa, nem tampouco modificação do fundamento jurídico do pedido, pois, este não se expressa pelo dispositivo de lei apontado, mas pelas conseqüências jurídicas decorrentes dos aspectos fáticos narrados pelo autor.

Assim, na relação jurídica processual, a defesa do réu às alegações do autor se faz, fundamentalmente, em razão dos fatos embaixadores da pretensão fundada no direito objetivo.

Acerca do tema preleciona o festejado Barbosa Moreira:

“Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção de efeito jurídico por ele afirmado”. E acrescenta o mestre que não há alteração da *causa petendi*, quando o autor, sem modificar o fato ou o conjunto de fatos narrados, naquilo que bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido, “invoca em seu favor norma jurídica diversa da primitivamente invocada, desde que o efeito jurídico atribuído à incidência da nova norma sobre o fato ou o conjunto de fatos seja idêntico ao efeito jurídico atribuído na inicial à incidência da norma primitivamente invocada.” (O Novo Processo Civil Brasileiro, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, pág. 19 e 21).

Aliás, esse o entendimento consagrado na jurisprudência desta Corte, consoante se extrai de passagens dos seguintes julgados.

“Inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial.” (REsp 1.844 — Relator Ministro Eduardo Ribeiro).

“Causa de pedir — Irrelevância de o acórdão fundar-se em dispositivo legal diverso do indicado pelo autor, desde que considerou os mesmos fatos.” (REsp 1.925 — Relator Ministro Eduardo Ribeiro)

“Segundo esmerada doutrina, *causa petendi* é o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor.

Não se verifica alteração da causa de pedir quando se atribui ao fato ou ao conjunto de fatos qualificação jurídica diversa da originariamente atribuída.

Incumbindo ao juiz a subsunção do fato à norma, ou seja, a categorização jurídica do fato, incorre modificação da *causa petendi* se há compatibilidade do fato descrito com a nova qualificação jurídica ou com o novo enunciado legal.” (REsp 2.403 — Relator Ministro Sálvio de Figueiredo).

Poder-se-ia, contudo, objetar que o princípio não tem aplicação no tocante à ação rescisória, vez que revestida de maiores exigências, ante à sua relevância em contrapor a necessidade de segurança das decisões judiciais e o respeito à coisa julgada.

Sobre a questão, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Rescisória 1.037, Relator o Eminentíssimo Ministro Alfredo Buzaid, do qual destaco o seguinte trecho constante da ementa:

“3. Ação rescisória fundada no art. 485, V. Sendo o fundamento da ação rescisória violação a literal disposição de lei, não é possível conhecer do pedido por erro de fato, que é outro fundamento legal (Cód. Proc. Civ. art. 485, IX). As causas de rescindibilidade estão expressamente enumeradas no artigo 485 do Código de Processo Civil. Sendo invocada uma causa de pedir, não pode ser acolhida a ação por outra causa de pedir.

4. As ações se identificam pela causa de pedir, pelas partes e pelo pedido. Não é lícito à parte alterar a causa de pedir, nem ao juiz julgar procedente a ação por causa diversa da invocada pelo autor.” (RTJ-119/506)

Todavia, do exame dos votos proferidos na assentada de julgamento, percebe-se que as alegações deduzidas na inicial não ensejavam a admissão da rescisória por outro fundamento.

Na confirmação de voto do Eminentíssimo Ministro Relator lê-se:

“Ora, toda argumentação da autora se desenvolve não em relação a um erro de fato, mas em vista da violação a literal disposição de lei.

A fundamentação do meu voto está em que ele só poderia propor uma ação rescisória com fundamento em erro de fato, que foi, efetivamente, o que ocorreu. Mas, dando como *causa petendi* a violação literal de disposição de lei — que, na verdade, não ocorreu, — a ação não poderia ser julgada procedente.” (RTJ-119/526)

No mesmo sentido é o pronunciamento do Eminentíssimo Ministro Soares Muñoz, *verbis*:

“Ocorre que a causa de pedir, expressa na petição inicial, não se ajusta a esse defeito do acórdão. O erro em que incidiu a petição inicial não foi só de capitulação do fundamento jurídico do pedido rescisório, mas, também, da narração do fato, uma vez que não o descreve com os requisitos do erro de fato expresso nos §§ 1º e 2º do art. 485 do Código de Processo Civil. Havia em mim a preocupação de examinar a possibilidade de adequar o fundamento dos fatos expresso na petição inicial, à errônea qualificação. Mas essa minha inclinação desapareceu em face da leitura da petição inicial da ação rescisória.” (RTJ-119/527).

No caso dos autos, como bem assinalou o insigne Ministro Gueiros Leite, o autor não obstante postular a desconstituição do acórdão do TFR com base no inciso III, do art. 485 do CPC, desenvolve argumentação consentânea à previsão do inciso IX do citado artigo.

Com efeito, apesar de invocada, na petição inicial, a hipótese de documento novo, o arrazoado deduzido conduz à rescindibilidade do julgado pelo fundamento de erro de fato resultante de documentos da causa, porquanto dirigida a impugnação à decisão rescindenda, por considerar existente um fato não ocorrido.

Na espécie, o aresto recorrido, entendendo que o fundamento jurídico do pedido não se confunde com o artigo de lei apontado, confirmou a decisão proferida na ação rescisória, a qual declarou a procedência do pedido, fundada em pressuposto de erro de fato.

Não há vulneração à lei processual civil em tal decisória. A atividade do juiz, na composição de litígios, está adstrita à causa de pedir, compreendida nos aspectos fáticos a que o autor atribui conseqüências jurídicas, não vinculando-se aos incisos legais invocados, pois a ele incumbe dizer o direito aplicável ao caso concreto.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.399 — RJ — (91.0015749-0) — Rel.: Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Recdo.: Eliseu Franklin de Andrade. Advs.: Drs. Rubem de Farias Neves Júnior e outros, Mário Carvalho de Jesus e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (Em 21.10.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pedro Acioli e Demócrito Reinaldo. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.555 — SP

(Registro nº 910007263-0)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Elias Calil Jorge*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Dr. Milton Paulo de Carvalho e Dra. Maria Schutzer Del Nero Poletti*

EMENTA: Penal. Crime comissivo por omissão. Negligência. Queda de operário no poço do elevador. Precariedade e inadequação das medidas de proteção. Negligência do engenheiro responsável pela obra. Inobservância do dever de cuidado imposto pelo art. 173, da CLT, consistente em manter as aberturas nos pisos e paredes protegidas de forma a impedir a queda de pessoas ou objetos.

Inexistência de contrariedade à NR-18, baixada pela Portaria 3.214/78, do Ministério do Trabalho, de natureza complementar. O caráter de provisoriedade não significa que a proteção não deva ser projetada de maneira a evitar a queda de pessoas. Ao exigir a proteção provisória dos vãos de acesso às caixas dos elevadores, a norma regulamentar o fez precisa-

mente no sentido de tornar efetivo o comando do art. 173, da CLT.

Dissídio jurisprudencial não caracterizado.

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, 30 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: A espécie foi assim sumariada e decidida na instância de origem:

“Irresignada com a r. sentença de fls. 299, que absolveu o réu ELIAS CALIL JORGE da imputação que lhe foi irrogada como incurso no artigo 121, § 3º, do Código Penal, apela tempestivamente a Justiça Pública pleiteando a condenação do apelado, insistindo na conduta negligente do acusado como causa do acidente no qual encontrou a morte Antônio Ferreira de Souza.

Contra-arrazoado o apelo, em seu parecer a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça opinou por seu improvimento.

É o relatório, suscinto, adotado, no mais o da r. sentença.

Verifica-se através da análise dos elementos de prova colhidos que, no dia 02 de fevereiro de 1986, no prédio em construção, localizado à Avenida Brigadeiro Faria Lima, 2.100, bairro de Pinheiros, nesta Capital, o servente de pedreiro Antônio Ferreira de Souza, que ali também residia, veio a cair por uma abertura na parede, no fundo do fosso destinado à colocação de elevador, que seria, ainda, instalado naquele local, vindo a falecer em razão das lesões corporais que experimentou.

A materialidade do delito encontra-se atestada pelo laudo de exame necroscópico de fls. 10.

Quando do ocorrido era o acusado Elias Calil Jorge o engenheiro civil responsável pela obra (cf. fls. 150, verso).

Pois bem. Constata-se que o réu houve-se no episódio com inafastável negligência, eis que, deixou de observar, nas circunstâncias do caso concreto, o dever de cuidado a que estava obrigado e consistente em manter as aberturas nos pisos e paredes protegidas de forma a impedir a queda de pessoas ou objetos (artigo 173 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação da Lei 6.514, de 1977).

Na qualidade de engenheiro responsável pela obra onde se deu o acidente, cumpria ao réu observar a norma acima mencionada, agindo no sentido de que as aberturas porventura existentes fossem protegidas de molde a evitar a queda de pessoas. Poder-se-ia argumentar que o acusado assim agira determinando a colocação de faixas de madeira (cf. fotografias de fls. 20/23 e 35). Todavia, o que é certo é o fato de que esse tipo de proteção resultou claramente impróprio ao fim a que se destinavam. Tais faixas não poderiam em circunstâncias normais evitar a queda de uma pessoa adulta. Essas proteções deveriam ter sido projetadas, como exige a lei, aliás, de forma a impedir a queda de pessoas ou a de objetos. Como, porém, deixou consignada a perícia técnica (fls. 69/72 com o complemento de fls. 85 e 97) as condições de segurança no local do ocorrido eram precárias e inadequadas.

Portanto, o descumprimento pelo acusado do dever de cuidado a que estava vinculado possibilitou desse ele causa ao evento, que, nessa conformidade, lhe era previsível objetiva e subjetivamente.

Lembre-se, ainda, que o fato comprovado da vítima encontrar-se embrigada (fls. 11) em nada elide a responsabilidade do réu no ocorrido. Além de, em sede penal, inexistir compensação de culpas, tal circunstância, comum em canteiros de obras, estava a demonstrar a necessidade de meios de proteção realmente eficientes e próprios a se evitarem fatos lamentáveis, como aquele ora examinado.

Nestas condições, dá-se provimento ao apelo da Justiça Pública para ter-se o réu ELIAS CALIL JORGE como incurso nas penas do artigo 121, § 3º, do Código Penal.

Atendidas as circunstâncias do artigo 59 do estatuto repressivo, à personalidade do réu e sua culpabilidade, fica a pena corporal fixada em um ano de detenção e, nessa quantidade, definitivamente concretizada à falta do que a modifique.

Estando preenchidos os requisitos legais, defere-se ao acusado a suspensão da pena privativa da liberdade pelo prazo de dois anos. Durante o primeiro ano do período de prova deverá o réu prestar serviços à comunidade em estabelecimento ou instituição que lhe for determinada pelo Juízo da execução. Audiência admonitória em primeira instância.

Custas na forma da lei.”

Com espeque nas alíneas *a* e *c*, do permissivo Constitucional, o réu interpôs recurso especial, alegando, em suma, que a decisão recorrida contrariou o item 18.10.20 da NR-18, baixada pela Portaria 3.214/78, do Ministério do Trabalho, aplicável à espécie, em vez do art. 173, da CLT, por tratar-se de norma específica, além de dissentir de julgados de outros Tribunais.

Sobrevindo juízo negativo de admissibilidade, na origem, manifestou-se agravo de instrumento, nos autos do qual oficiou o Ministério Público Federal, pelo improvimento.

Em petição juntada nesta instância, à guisa de memorial, o recorrente aponta a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em virtude do que pede seja declarada extinta a punibilidade.

Pelo despacho de fls. 166, dei provimento ao agravo, para melhor exame. Contendo o instrumento os elementos necessários ao julgamento do recurso especial, determinei a autuação do agravo como tal, procedendo-se a inclusão em pauta, nos termos do art. 28, § 3º, da Lei 8.038/90 c/c o art. 254, § 2º, do RISTJ.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Cumpre examinar, em primeiro lugar, pela carga de prejudicialidade que encerra, a questão atinente à prescrição.

Na verdade, assiste razão ao recorrente, quando sustenta que o recebimento da denúncia, sendo esta substitutiva de portaria, não tem virtude de interromper o lapso prescricional. De igual modo, ao dizer

irrelevante a circunstância de a denúncia, *in casu*, ter sido recebida já na vigência da nova ordem constitucional, que, entre as atribuições institucionais do Ministério Público, incluiu a de promover, privativamente, a ação penal pública. *Tempus regit actum*.

Sucedo, porém, que a denúncia, na espécie vertente, não se revela substitutiva da portaria, mas genuína. Com efeito, o fato data de 03 de fevereiro de 1986, tendo a autoria permanecido ignorada por prazo superior ao que alude o § 1º do art. 1º da Lei 4.611, de 1965, como ressuma das cotas do órgão do Ministério Público, que se encontram a fls. 23, 24 e 27, dos autos, postos em requerer diligências, na fase inquisitorial, exatamente para estabelecer a autoria do crime, lançadas, respectivamente, em 21.02.87, 29.06.87 e 30.08.88.

Não tendo se operado, pois, a prescrição, por isso que interrompida pelo recebimento da denúncia, passo ao exame das questões suscitadas no recurso.

A alegação de que o acórdão recorrido contrariou o item 18.10.20 da NR-18, baixada pela Portaria 3.214/78, do Ministério do Trabalho, que, ao ver do recorrente, seria aplicável à espécie, em vez do art. 173, da CLT, por tratar-se de norma específica, pende desarrazoada.

Primeiramente, não se cuida de norma específica, e sim de norma complementar, como ressaí do art. 200, da CLT, não arredando, pois, a aplicação do mencionado art. 173, do Código Obreiro.

Em segundo lugar, não se divisa a alegada contrariedade. Eis a disposição inserta no item 18.10.20 da NR-18:

“Os vãos de acesso às caixas de elevadores devem ter proteção provisória até a colocação definitiva das portas.”

Ora, o caráter de provisoriedade não significa que a proteção não deve ser projetada de maneira a evitar a queda de pessoas. Ao exigir a proteção provisória, a norma regulamentar o fez precisamente no sentido de tornar efetivo o comando do art. 173, da CLT.

Certo é, de outra parte, que a conclusão do acórdão encontra apoio na prova técnica produzida, indicativa da precariedade e inadequação da proteção.

Alega, ainda, o recorrente, que a decisão vergastada dissentiu de julgados de outros Tribunais, deixando, no intuito, de observar o disposto no parágrafo único do art. 255, do Regimento Interno deste Tribunal, transcrevendo apenas as ementas dos acórdãos paradigmas.

De qualquer modo, percebe-se prontamente que se distinguem os suportes fáticos.

Tais as circunstâncias, não conheço do recurso. É como voto, Senhor Presidente.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: A infração penal gera relação jurídica entre o Estado e o agente. Em conseqüência, reúnem-se os direitos e deveres contrapostos. Além disso, regem-se pelo princípio — *tempus regit actum*. Há somente uma exceção, por força de mandamento constitucional, ou seja, quando a lei posterior, de qualquer forma, beneficiar o réu.

A prescrição, sem dúvida, é instituto favorável ao delinqüente. A modificação legislativa jamais prejudicará o réu.

A denúncia é fato interruptivo da prescrição. Não o era a portaria, no processo regido pela Lei nº 4.611/65, afetada pela Constituição da República que elegeu como função institucional do Ministério Público — promover, privativamente, a ação que publica, na forma da lei (art. 129, I). A única restrição decorre do art. 5º, LIX, relativa à ação privada (*rec-tuis* — ação penal pública de iniciativa privada).

O crime é a causa da relação jurídica. No dia, é definida também a ação penal. O instituto apresenta aspecto de direito material e direito processual. O primeiro, gera ao delinqüente o direito público subjetivo de ser processado por quem tenha legitimidade para fazê-lo. O segundo enuncia as normas procedimentais.

A portaria (Lei nº 4.611/65), no tocante à prescrição era mais favorável ao réu do que a denúncia, dado não interromper o prazo.

A modificação resultante da Constituição, assim, não alcança as relações jurídicas anteriores à vigência da Lei Maior.

Há, porém, um pormenor relevante ressaltado pelo eminente Relator. A autoria da infração penal, quando ocorrida, não fora determinada. A autoridade policial promovera diligência nesse sentido. Esclarecida a particularidade, em decorrência da data, a ação penal dependeria de denúncia. A legitimidade deslocara-se da autoridade policial para o Ministério Público, pelo comando do art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.611/65, *verbis*:

“Quando a autoria do crime permanecer ignorada por mais de quinze dias, proceder-se-á a inquérito policial e o processo seguirá o rito previsto no art. 539.”

Os dados fáticos não favorecem, *data venia*, o Recorrente.

Houve instauração de inquérito policial, no dia 4/2/86 (fls. 15).

A denúncia ofertada em outubro de 1988 (fls. 14).

Dessa forma, a relação jurídica encerrava, para o caso, o início do processo por denúncia.

Nesse quadrante, jamais foi hipótese de o processo iniciar-se pela portaria. Inexiste, em consequência, afronta ao princípio de incidência incondicional da lei penal mais benigna. Ao tempo do fato, não restou prevalecente a hipótese normativa invocada pelo Recorrente. Não é, pois, caso de denúncia substitutiva. Afasta-se, logicamente, também a adequação da Súmula 607 STF (“Na ação penal regida pela Lei nº 4.611/65, a denúncia, como substitutivo da portaria não interrompe a prescrição”).

Denúncia substitutiva resultou da construção jurisprudencial, com abono do Supremo Tribunal Federal, de admitir denúncia, nos casos típicos do art. 1º, da Lei nº 4.611/65. Raciocinou-se com o princípio da aproveitabilidade dos atos processuais, inexistido prejuízo. Ilustrativamente, o RHC nº 55.501-SP, Relator o Ministro Bilac Pinto. A propósito, fundamentou o ilustre Ministro Soares Muñoz:

“Trata-se de uma construção pretoriana, nascida do princípio processual da fungibilidade das formas, que tem como teto intransponível o art. 563 do Código de Processo Penal: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Ora, atribui-o ao recebimento da denúncia, quando oferecida em substituição à portaria, efeito, contra o réu, que esta não tem, importa em violentar a razão processual que possibilita a utilização da denúncia em lugar da portaria” (RTJ 85/503).

Nessa diretriz, o RE nº 87.260-SP. Relator o saudoso Ministro Cunha Peixoto, exibido pelo Recorrente.

Colho esta passagem:

“Examinando agora com maior profundidade a matéria, vejo que esta é a melhor interpretação a se dar ao art. 117, I, do Código Penal, ficando este inciso, no que se refere à denúncia, restrito aos casos em que a ação penal forçosamente tenha de ser instaurada por ato do Ministério Público, vez que, na hipótese dos autos, tem ela o caráter meramente supletivo da Portaria policial, ajustando-se, conseqüentemente, à natureza técnico-jurídica desta última” (fls. 148).

Denúncia substitutiva se caracteriza porque apresentada em hipótese de portaria. Assim, conhecida a autoria, contudo, não ofertada a portaria no prazo legal. Caso não se desse, na espécie, à denúncia efeitos iguais à portaria, fácil seria prejudicar o réu. Todavia, se a autoria foi desconhecida, outra é a hipótese normativa.

Entender-se-á por autoria desconhecida quando a autoridade não dispuser de elementos para ofertar a portaria. Evidentemente desconhecimento jurídico, ou seja, desde que não fosse imputar a infração penal a alguém.

No caso dos autos, foi instaurado inquérito (fls. 02). Não houve, porém, indiciamento de ninguém. Além disso, o recorrente só foi ouvido por solicitação do Promotor de Justiça, conforme requerimento de 29.06.87 (fls. 24). Aliás, o mesmo órgão do Ministério Público lançou esta cota às fls. 27:

“Observado que os fatos ocorreram há mais de dois anos, e que no período busca-se esclarecer a responsabilidade geral pela morte (cf. desde fls. 35 e 74), **sendo certo que houve crime** (cf. fls. 83), roga-se urgência.”

O v. acórdão colecionado pelo Recorrente às fls. 140/146, *data venia*, não se ajusta ao caso. Não há identidade do fato. Realçou o eminente Ministro Moreira Alves, em seu douto pronunciamento, deixou expresso que ocorrera a prisão em flagrante.

Ora, no flagrante, a autoria é determinada. Conhecido, pois, o agente.

O *Habeas Corpus* nº 56.169-SP, Relator Min. Cunha Peixoto, também exibido pelo Recorrente, padece do mesmo defeito. O relatório noticiava:

“Alega o impetrante — e as informações de fls. 39/40 o confirmam — que o fato delituoso ocorreu no dia 24 de agosto de 1973, sendo desde logo conhecida a autoria...” (fls. 150).

O REC nº 91.402-RJ, Relator Min. Cunha Peixoto, também não favorece o Recorrente. Registre-se:

“Trata-se de delito de trânsito cuja autoria era conhecida desde o fato” (fls. 152).

Os demais acórdãos também não socorrem o Recorrente.

Acompanho o eminente Relator.

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.555 — SP — (910007263-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recorrente: Elias Calil Jorge. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Advs.: Dr. Milton Paulo de Carvalho e Dra. Marisa Schutzer Del Nero Poletti.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (Sexta Turma 30/09/91).

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.