

RECURSO ESPECIAL

RECURSO ESPECIAL Nº 40 — SP
(Registro nº 89.0008175-6)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Recte.: *Ângelo Paganini*

Recdo.: *Brasilmetal S/A — Massa Falida*

Advogados: *Drs. Adelmario Formica e Jacob Timoner*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRÉDITO TRABALHISTA HABILITADO EM FALÊNCIA.

1 — Pretensão de atualização monetária do crédito privilegiado no período que medeia da data da quebra até a vigência da Lei nº 6.899/81.

2 — A ação rescisória não deve ser concebida como mero instrumento voltado, eminentemente, a cercear interpretações construtivas da norma legal, pela jurisprudência, ao argumento de que tais interpretações sempre configurariam violação à disposição literal, como se a ordem jurídica brasileira estivesse formalmente comprometida com a tendência formalista ou mecanicista de revelação do direito concreto.

3 — Inaceitável demora na conclusão do processo falimentar, tendo em consideração que a falência foi decretada em 30.12.1968.

4 — A correção monetária, como tem amplamente proclamado a jurisprudência, nada acrescenta ao débito, constituindo-se, nos dias atuais, em providência hábil a evitar o enriquecimento sem causa.

5 — Recurso especial conhecido e provido, sem discrepância de votos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: O v. acórdão do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo assim resumiu a espécie (fls. 129/130):

“O demandante teve habilitado seu crédito trabalhista, junto à falência da demandada, com correção monetária até a data da quebra (30.12.68), nos termos do Dec.-lei nº 75/66, bem como correção monetária a partir da Lei nº 6.899/81. Viu indeferida, no entanto, sua pretensão a obter correção de seu crédito no período intermediário, que é longo, de mais de doze anos, ou seja, de 1969 a março de 1981. Daí a presente rescisória, que se volta contra o v. Acórdão com cópia às fls. 71/2; o aresto indeferiu a pretensão por dois motivos: em primeiro lugar, por entender que ela encontra obstáculo em dispositivo legal expresso (§ 2º do art. 1º do Dec.-lei nº 75/66), que faz cessar a correção monetária dos créditos trabalhistas “a partir do deferimento do pedido de falência”; e de outra parte porque a matéria já havia sido discutida anteriormente, tendo o Dr. Juiz de Direito deixado estatuído que os juros e a correção monetária só incidiriam até a data da de-

cretação da falência, fazendo remissão à decisão de fls. 63 (fls. 36 destes autos). “Conseqüentemente — arrematou o v. Acórdão — a pretensão dos habilitantes ofende a coisa julgada.”

A rescisória tem por fundamento o art. 485, V, do Código de Processo Civil, e expressamente menciona como violado o art. 469 do mesmo estatuto; depreende-se da leitura da inicial, no entanto, que admite ter sido violado igualmente o citado § 2º do art. 1º do Dec.-lei nº 75/66.”

Depois de aludir a aspectos meramente formais, sem relevo para o momento, prossegue (fls. 130/134):

“No mais, o art. 496 do Código de Processo Civil — único dito expressamente como violado pela decisão rescindenda — é o que diz não fazerem coisa julgada os motivos da sentença, a verdade dos fatos por ela estabelecida e a questão prejudicial, decidida incidentemente. Realmente, na sentença (sem recurso) que julgou a habilitação dos créditos, que se lê por cópia às fls. 35/37 e a que se reporta o acórdão rescindendo, o Dr. Juiz de Direito tomou a questão dos juros e correção monetária como exatamente uma das duas questões a que se propôs decidir. Releia-se o início do item 2º da sentença, fls. 36: “Duas são as questões a serem debatidas. A primeira, se os débitos devem ser pagos com juros e correção monetária e a segunda...”.

No entanto, afigura-se evidente que a correção monetária em discussão e sobre a qual deveria manifestar-se o magistrado era **tão-só** aquela que, afinal, veio a ser deferida por Sua Excelência, isto é, a correção devida até a data da quebra — pois até mesmo essa era negada pela falida, como se pode constatar pela leitura do relatório da sentença (fls. 35: “Pela falida...”); entendeu o magistrado que juros e correção monetária, até a data da decretação da quebra, eram devidos — e por isso os deferiu. Não consta tenha sido pleiteada a correção posterior à data da quebra, nem sobre isso decidiu o MM. Juiz. Aliás, a sentença era de março de 1974 e não se podia esperar que em 1981, ao dispor a lei que a correção incidiria sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, os créditos dos habilitantes ainda não estivessem pagos.

Destarte, com a devida vênia, enganou-se a douta Turma Julgadora do V. Acórdão rescindendo ao decidir que a pretensão dos credores, de obter correção monetária relativa a período posterior à data da quebra, encontrava obstáculo intransponível no

princípio da coisa julgada. Havia coisa julgada, sim, no que diz com a então indiscutida correção monetária devida até a data da decretação da falência; quanto à relativa a período posterior, não.

Conseqüentemente, o V. Acórdão rescindendo violou o disposto nos arts. 467 e 468 do Código de Processo Civil (não o 469, como defende o autor), por estender a proteção da coisa julgada a questão que não estava “nos limites da lide” decidida pela sentença reproduzida às fls. 35/37.

O engano na menção ao texto da lei violado não pode prejudicar o autor, pois da leitura da inicial se deduz que o raciocínio que o demandante quis transmitir era esse mesmo.

A rescisória, porém, nem assim está em termos de receber provimento favorável, eis que a questão da coisa julgada, como se disse, foi apenas um dos argumentos embutidos no aresto rescindendo. Quanto ao outro, não há como dar razão ao autor.

Ainda que se tenha a boa vontade de aceitar que, não obstante a omissão da inicial, o autor tenha considerado violado também o § 2º do art. 1º do Dec.-lei nº 75/76, — não se pode dizer ter ocorrido literal violação a esse dispositivo legal. Pelo contrário, ao negar correção monetária sobre o período imediatamente posterior ao dia da decretação da quebra, o V. Acórdão em tela nada mais fez que obedecer à risca o enunciado do texto em questão, que, ao ordenar a incidência da correção monetária “aos créditos dos empregados nos processos de liquidação, concordata ou falência”, foi claro quanto ao termo final dessa mesma correção, fixando-a na “data do deferimento do pedido de falência”.

É grande a simpatia que provoca a tese do autor, no sentido de que a lei foi elaborada na previsão de que o processo de falência tivesse andamento normal, com relativamente rápido desfecho, não sendo esse o caso da falência da Brasilmetal S/A. Assim, injusto será o congelamento do crédito por mais de doze anos (desde a data da quebra, 30.12.78, até a entrada em vigor da Lei nº 6.899, em abril de 1981). Aliás, em seu abono traz o autor brilhante decisão da E. 6ª Câmara Civil deste Tribunal, na Apelação Cível nº 48.079-1, de 16.8.84, Relator o eminente Des. Camargo Sampaio, em que se deferiu correção monetária de crédito trabalhista habilitado em processo de falência, mesmo após a data da decretação da quebra. Entendeu-se que o dispositivo em exame “é de ser entendido em termos, isto é, desde que a

falência tenha se concluído dentro do prazo legal fixado” (cf. fls. 12. Boletim nº 1.356 da Associação dos Advogados de São Paulo, de 12.12.84, pág. 295).

Por mais adequada que se possa ter tal interpretação, há de se convir que ela foge à literalidade da lei. Na lição de SÉRGIO RIZZI: “Só é grave o erro da sentença, para fins do art. 485, V, do Código, quando afronte norma que conste literalmente dos textos normativos” (“Ação Rescisória”, Ed. RT, 1979, nº 63, pág. 105). Não será demais insistir em que a **literalidade** da lei é exatamente no sentido oposto ao preferido pelo autor e, por conseguinte, na exata linha do raciocínio desenvolvido pelo V. Acórdão rescindendo, que, para fundamentar sua decisão, citou expressamente o dispositivo legal em exame (cf. fls. 72).

Não há como ser aceito o argumento do autor, de que o crédito em tela é dívida de valor e por isso a correção se impõe; sob esse ângulo, a matéria não pode ser analisada em termos de ação rescisória.

Por fim, consoante a Dra. Procuradora de Justiça que oficiou no feito, será possível entender-se que, não obstante omissa a inicial o autor terá considerado violada também a Lei nº 6.899/81 (cf. fls. 102). Não parece que seja assim. De resto, já de há muito se consolidou o entendimento jurisprudencial de que inviável será a ela atribuir-se efeito retroativo. Por isso, a correção monetária com base na lei citada só poderá ser admitida a partir de sua vigência.

Destarte, persistindo um dos fundamentos do V. Acórdão impugnado, há de prevalecer o seu dispositivo, impossível a rescisão pretendida.”

2. Interposto recurso extraordinário com argüição de relevância em 8.X.87 (fls. 136), acolhida esta, processou-se o recurso (fls. 150/169).

3. Na resolução de questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro MOREIRA ALVES, decidiu o Supremo Tribunal Federal, consoante esta ementa (fls. 176).

“Questão de ordem relativa à competência para o julgamento de recurso extraordinário fundado em alegação de negativa de vigência a dispositivo legal, e que subiu a esta Corte pelo acolhimento de argüição de relevância quanto ao tema “correção monetária em concordata e falência”.

Questão de ordem que se decide no sentido de que, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso ex-

traordinário fundado em alegações de ofensa a dispositivos legais se converte, *ipso iure*, em recurso especial com fundamento na letra *a* do inciso III do artigo 105 da atual Constituição, nos exatos limites do tema tido como relevante pela acolhida da argüição de relevância, motivo por que dele não se conhece, determinando-se sua remessa àquela Corte que é a competente para julgá-lo nos limites acima mencionados.”

4. Distribuídos os autos, facultei o pronunciamento do Ministério Público, que, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral, Yedda de Lourdes Pereira, opina pelo não conhecimento do recurso, por falta de condições de admissibilidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, observo, desde logo, que o recurso extraordinário interposto pelo autor da ação rescisória busca a reforma do v. acórdão unânime do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. o Des. LUÍS DE MACEDO (v. fls. 129/134), com invocação do art. 119, III, *a*, da Constituição de 1967, Emenda de 1969, achando-se sua fundamentação concebida nestes termos, no essencial (fls. 138/140):

“O recorrente teve habilitado o seu crédito trabalhista junto à falência da firma Brasilmetal S/A (recorrida), calculado com correção monetária até a data da quebra (30/12/78), nos termos do Decreto-lei nº 75/66. Posteriormente esse crédito passou a ser corrigido pela Lei nº 6.899/81. Assim, o recorrente viu indeferida a sua pretensão de obter a correção do crédito no período intermediário, da data da quebra até a data da entrada em vigor da Lei nº 6.899/81.

São mais de doze anos que esse crédito permaneceu sem ser corrigido, em vista disso ingressou com ação rescisória de v. acórdão que indeferira a pretensão por dois motivos, sendo o primeiro por entender que após a quebra não corre correção monetária, e de outra parte porque a matéria já havia sido discutida anteriormente, tendo o MM. Juiz deixado estatuído que os juros e correção monetária só incidiriam até a data da decretação da falência, no que, a pretensão do recorrente iria ofender a coisa julgada.

Com relação a ofensa da coisa julgada o v. acórdão recorrido deu razão ao recorrente, sustentando que esse fato não acontecia.

Todavia, relativamente a correção monetária, nos casos de falência, só se opera até quando a falência é decretada. Sustenta o v. acórdão que a tese, no sentido de que a lei teria sido elaborada na previsão de que o processo de falência tivesse andamento normal, com desfecho rápido, é de grande simpatia. Sustentou ainda o v. acórdão, que seria injusto o congelamento do crédito por mais de doze anos, em virtude da demora no processo da falência. Lembrou ainda o v. acórdão que foi trazido à colação, decisão da E. 6ª Câmara Civil do próprio Tribunal de Justiça, em que a interpretação dada ao § 2º, do artigo 1º do Decreto-lei nº 75/66, é de ser entendida em termos, isto é, desde que a falência tenha se concluído no prazo legal fixado.

Mas essa interpretação foi convelida sob o argumento de que atenta contra a literalidade da lei, que é exatamente no sentido oposto daquilo pretendido pelo autor.

Assim, o recurso extraordinário visa a elucidação da questão de direito de se equacionar se a correção monetária é devida ou não a partir da decretação da falência, relativamente aos créditos habilitados, quando o seu processamento é, excepcionalmente, tardinho, a ponto de tornar os créditos absolutamente residuais e desvalorizados, não valendo a pena sequer o seu reclamo.

A questão agora trazida para discussão, envolve problema de exegese prática para evitar situações absolutamente anômalas e distantes da realidade lógica.

A r. decisão recorrida, firmada numa interpretação, apenas literária, manifesta-se absolutamente contrária à sindérese, ao bom senso e ao calor que deve emanar de interpretações sustentadas pela razão.

O C. Supremo Tribunal Federal, analisando este caso singular de cuja hermenêutica dependerá não só a possibilidade da realização do direito do próprio recorrente, mas outros sete empregados da empresa falida que se encontram na mesma situação, além de milhares de outros casos semelhantes, que ficarão com os seus créditos trabalhistas reduzidos ao zero absoluto, bastando apenas que o processo de falência tenha uma demora superior àquela concebida pelo legislador.”

2. A pretensão do recorrente está assim articulada:

“Assim, o recorrente aguarda que o recurso venha a ser conhecido e provido, para efeitos de que o cálculo da correção monetária venha a ser concedida a partir do momento em que houve a sua declaração na falência, até o momento do efetivo pagamento.”

3. A este esclarecimento, devo acrescentar que, ante o obstáculo à admissibilidade do recurso extraordinário (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 325, V, *a*), a petição de sua interposição também argüiu a relevância da questão de direito federal suscitada (fls. 136); e, em capítulo próprio, fundamentou-a (fls. 144/5):

“Pelo valor dado à causa, sem apreciação da questão de relevância, o recurso extraordinário iria incidir nos impedimentos determinados pelo artigo 325, inciso V, letra *a* do Regimento Interno do C. Supremo Tribunal Federal. Mas está absolutamente claro que a questão discutida é de absoluta relevância, seja porque atinente a direitos de pessoas hipossuficientes, que estão sendo lesadas em direitos vitais, trabalhistas e de indiscutível transcendência para os interessados.

Ainda assim a discussão envolve problemática, que pela sua colocação, poderá atender situações jurídicas análogas em quantidades de absoluta relevância.

Outrossim, a maior parte dos pareceres encartados no processo favorecem o entendimento esposado pelo recorrente, e a própria decisão recorrida, não esconde a injustiça da situação existente em face da interpretação apenas literal da lei.

Vale a pena, nesta oportunidade, relembrar as palavras do velho Rui, quando dizia que a lei de má índole e iníqua tem que ser interpretada com abertura e inteligência pelos Magistrados por isso que: “Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, durezza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele).

Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juizes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, — em sendo justas, lhes manterão eles a sua

justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até no seu tanto, corrigir a injustiça.”

Aguarda-se o provimento da argüição de relevância para efeitos de que venha ser processado o recurso extraordinário intentado, como medida de esperada JUSTIÇA.”

4. O v. acórdão do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, Relator o eminente Ministro MOREIRA ALVES, decidiu na conformidade desta ementa (fls. 176):

“Questão de ordem relativa à competência para o julgamento de recurso extraordinário fundado em alegação de negativa de vigência a dispositivo legal, e que subiu a esta Corte pelo acolhimento de argüição de relevância quanto ao tema “correção monetária em concordata e falência”.

Questão de ordem que se decide no sentido de que, com a instalação do Superior Tribunal de Justiça, o recurso extraordinário fundado em alegações de ofensa a dispositivos legais se converte, *ipso iure*, em recurso especial com fundamento na letra *a* do inciso III do artigo 105 da atual Constituição, nos exatos limites do tema tido como relevante pela acolhida da argüição de relevância, motivo por que dele não se conhece, determinando-se sua remessa àquela Corte que é a competente para julgá-lo nos limites acima mencionados.”

5. Para que não paire dúvida sobre o teor da *causa petendi* da rescisória que dá ensejo a este recurso especial (e, por conseguinte, sobre qual seja a norma legal cuja literalidade se dá como contrariada), é oportuno atentar para estes tópicos que se colhem da petição inicial (fls. 02, 3/4, 5/6, 8/9):

“O suplicante e mais sete companheiros de trabalho, em virtude da concordata e posterior falência da empresa onde trabalharam, BRASILMETAL S/A, habilitaram-se para receberem os seus direitos trabalhistas de acordo com a certidão expedida pela 5ª Junta de Conciliação e Julgamento, em 28 de julho de 1969.

.....
Quando da feitura da conta de liquidação em 1982, para se ter uma idéia, o contador judicial corrigiu — a partir da Lei nº 6.899/81, e o crédito do suplicante, que em 1967 era de Cr\$ 9.166, passou para Cr\$ 14.299. Isso significa que se aplicada a correção monetária a partir da instituição do crédito o valor era de Cr\$ 17.518.333, aproximadamente, e o efeito ocorreu com os outros

colegas do suplicante. Quando homologada a conta o requerente e seus colegas impugnaram-lhe, por recurso de apelação, e o E. Tribunal de Justiça, através a sua C. 3ª Câmara negou provimento à apelação, confirmando a sentença de Primeira Instância, sustentando que:

“Em primeiro lugar porque o Decreto-lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, em que os Apelantes procuram lastrear seu direito, tem disposição expressa mandando cessar a correção de débitos oriundos de relação empregatícia “a partir da data do deferimento do pedido de falência” (art. 1º, § 2º).

De outra parte, o problema já havia sido discutido, na fase de habilitação; e o Dr. Juiz de Direito, acolhendo manifestação do Dr. Curador Fiscal, deixou estatuído que os juros e a correção monetária só incidiriam até a data da decretação da falência, como está a fls. 63. Conseqüentemente, a pretensão dos habilitantes ofende a coisa julgada.”

Manifestaram os apelantes Recurso Extraordinário que foi indeferido em virtude do veto estabelecido pelo artigo 325, inciso V, letra c, do Regimento Interno do Colendo Supremo Tribunal Federal, mas como a decisão, *veniam petimus*, viola literal disposição da lei, consoante a seguir ficará devidamente comprovado, o recorrente afora a presente ação rescisória na qual pretende a anulação da r. sentença homologatória da conta de liquidação, para que outra conta seja efetivada computando-se a correção monetária para todos os reclamantes, na formalidade da lei que estabelece atualização das contas de créditos.

Em primeiro lugar o artigo 469 do Código de Processo Civil foi violado, por isso que, estabelece que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Assim, embora a sentença de fls. 64 dos autos principais, tenha revelado que declarava habilitados os créditos trabalhistas pelas importâncias solicitadas na inicial, redigida em 25 de setembro de 1969, com relação à correção monetária apensa estabelecer que o seu cálculo deveria estar implícito na conta. Deixou, assim de decidir a respeito da correção a partir do momento da constituição do crédito até o seu julgamento por sentença.

No tocante ao mérito do pedido, propriamente dito, os créditos trabalhistas estão sujeitos à correção monetária específica, quer sejam declarados ou não em processo de qualquer natureza, mesmo os falenciais.

Na realidade, os créditos trabalhistas possuem lei de correção monetária específica, a qual dissipa qualquer possibilidade de dissídio a seu respeito. Trata-se do Decreto-lei nº 75, de 21/11/66, em cujo art. 1º lê-se:

“Art. 1º — Os débitos de salários, indenizações e outras quantias devidas a qualquer título pelas empresas abrangidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Estatuto do Trabalhador Rural, a seus empregados, quando não liquidados no prazo de noventa dias, contados das épocas próprias, ficam sujeitos à correção monetária, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia”.

“§ 2º — A correção de que trata este artigo aplica-se também aos créditos dos empregados nos processos de liquidação, concordata ou falência, cessando, porém, sua fluência a partir do deferimento do pedido da falência”.

A despeito da invocação do momento do término dos efeitos da correção monetária nos créditos trabalhistas, de fato não existe possibilidade de admitir-se esses efeitos, diante do princípio de que “as indenizações como dívidas de valor são sempre corrigidas monetariamente.”

.....
Nenhuma culpa tiveram os empregados da Brasilmetal S/A na demora de tantos anos na liquidação de uma falência, máxime tendo em consideração que seus créditos, se somados, na época valeriam mais de 50% da estimativa do imóvel que pertence a falida. E hoje se corrigidos como fixados na r. decisão rescidenda não dariam sequer para comprar um ladrilho do chão desse imóvel.”

6. Tenho, pois, como certo e indubitado que a ação rescisória pôs em debate a determinação do verdadeiro alcance do preceito contido no art. 1º e seu § 2º, do Decreto-lei nº 75, de 21.XI.1966, em termos de sustentar que a norma limitadora da incidência da atualização do valor devido deva ser entendida aplicável, somente no caso em que a satisfação do crédito tenha efetivamente ocorrido dentro do prazo legal para processamento e encerramento da falência.

Não há, portanto, negar que o exato significado do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 75, de 1966, citado, se constitui como *thema decidendum* da rescisória; bem assim que, ao lado do art. 469 do Código de Processo Civil, compôs o elenco das questões a reclamar o almejado pronunciamento jurisdicional.

Sequer seria necessário, por conseguinte, trazer à colação os precedentes desta Corte, que se contentam com o prequestionamento implícito da norma legal dada por contrariada (Resp 294-SP, DJ 18.12.89, Resp 1.608-RJ, DJ 26.11.90, Resp 1.881-SP, DJ 09.04.90), certo que nestes autos, desde o início, se deduz, sustenta e reitera pretensão de atualização monetária de crédito trabalhista a incidir também sobre o período em que a mesma foi afastada.

Veja-se, a propósito, que o parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo assim logo compreendeu o sentido da postulação, ao expor (fls. 102):

“Cuida-se de Ação Rescisória promovida por Ângelo Paganini contra a Massa Falida de Brasilmetal S/A, objetivando desconstituir v. acórdão prolatado pela 3ª Câmara Civil desse Egrégio Tribunal de Justiça, na Apelação nº 32.717-1, que confirmou a r. sentença do douto Juízo da 19ª Vara Civil da Capital, homologatória de cálculo efetuado nos autos da Falência, quando da habilitação dos créditos.

Fundamenta-se a rescisória no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, embora não aponte, expressa e claramente, qual a norma legal violada, mas ao que parece seria o art. 469 do mesmo *Codex*, além da Lei nº 6.899/81, e Decreto-lei nº 75/66.

Insurge-se, em síntese, o autor, contra o cálculo, por não ter sido abrangido o interregno que medeia de 30/12/68, data da decretação judicial da falência, a abril de 1981, data de promulgação da Lei nº 6.899/81, que rege a matéria atinente à correção monetária.

Pretende ele que em tal período incida também a correção monetária, por se tratar o crédito de dívida de valor, a qual é sempre atualizada.”

7. Pronunciando-se a propósito de preliminar de carência de ação, o recorrente (autor da rescisória) voltou a explicitar o escopo da demanda (fls. 111/113):

“O autor pretende desconstituir a r. decisão que homologou o cálculo dos seus direitos trabalhistas da firma BRASILMETAL S/A, em processo de falência. A decisão irá beneficiar todos os

empregados da empresa, a maior parte deles com mais de 10 e 20 anos de trabalho.

O cálculo foi feito de forma a não contar correção monetária de mais de dez anos de tempo, e o resultado foi que se a pretensão do autor não vier a ser acolhida, o seu direito e o dos demais companheiros de trabalho, reduzir-se-á a valores insignificantes, hábeis para a aquisição de três guaranás e um maço de cigarros.

Foi apresentado como vulnerado o artigo 469 do Código de Processo Civil, isto porque a r. decisão desse E. Tribunal, objeto da rescisória, afirmou que o problema enfocado anteriormente já havia sido discutido na fase da habilitação, e o Dr. Juiz de Direito sustentou na r. sentença:

“De outra parte, o problema já havia sido discutido, na fase de habilitação; e o Dr. Juiz de Direito, acolhendo manifestação do Dr. Curador Fiscal, deixou estatuído que os juros e a correção monetária só incidiriam até a data da decretação da falência, como está a fls. 63. Conseqüentemente, a pretensão dos habilitantes ofende a coisa julgada.”

Ora, o artigo 469 do Código de Processo Civil estabelece que não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Desta forma, embora a sentença de fls. 72 dos autos principais e constantes a fls. 35 do traslado, tenha declarado que estavam habilitados os créditos trabalhistas pelas importâncias descritas na inicial, redigida em 25/09/69, com relação a correção monetária, afirmou que estava ela implícita no cálculo.

Deixou, assim, de decidir a respeito da correção monetária a partir do momento da constituição do crédito até o seu julgamento por sentença, nada menos do que doze anos na data de hoje.

No que diz respeito ao mérito, indiscutivelmente os créditos trabalhistas estão sujeitos à correção monetária, independentemente façam parte de processo incidente em habilitação de falência. O artigo 1º da Lei nº 75/66 assim determina:

“Art. 1º — Os débitos de salários, indenizações e outras quantias devidas a qualquer título pelas empresas abrangidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Estatuto do Trabalhador Rural, a seus empregados, quan-

do não liquidados no prazo de noventa dias, contados das épocas próprias, ficam sujeitos à correção monetária, segundo os índices fixados trimestralmente pelo Conselho Nacional de Economia.”

A despeito da invocação do momento do término dos efeitos da correção monetária nos créditos trabalhistas, diante do princípio de que “as indenizações como dívida de valor são sempre corrigidas monetariamente.”

A respeito vale a pena reeditar palavras do Ministro Xavier de Albuquerque ao relatar primoroso acórdão unânime do Colendo Supremo Tribunal Federal:

“Entendo legítima a pretensão dos autores recorrentes e nada vejo de estranho na ação que, para pedirem correção monetária não postulada na demanda anterior, ora propõem. Muitos foram os casos que aqui julgamos de ações autônomas que expropriados propuseram contra expropriantes, em busca de correção monetária, não contemplada em precedentes ações de desapropriações. Por outro lado, já não remanesce dúvidas em nossos julgados sobre a admissibilidade da correção monetária nas reparações por atos ilícitos.”

8. Acresce que o v. aresto recorrido, reconhecendo, embora, incabível a alusão ao art. 469 do CPC, contida no v. acórdão rescindendo (ao se recusar a rever a matéria objeto da apelação, em face da coisa julgada), deixou de acolher a rescisória daquela decisão por considerar suficiente para sustentá-la a literalidade do mencionado art. 1º, § 2º do Decreto-lei nº 75, de 1966, citado, que aquele acórdão persevera em acatar.

Permanece, portanto, a questão concernente ao exato significado desse preceito legal; questão cujo exame, nesta assentada, em recurso especial, tenho por franqueada a esta Turma julgadora, por tudo quanto venho de expor; questão, ademais, que se impõe seja aqui devidamente enfrentada: a) ou para se considerar correta a aplicação na norma à espécie, pelo v. acórdão recorrido, ao sufragar o entendimento literal da lei, preconizado pelo v. acórdão rescindendo, proferido em apelação; b) ou, ao contrário, para se concluir que o v. acórdão recorrido somente rechaçou a rescisória (assim, mantendo o v. acórdão da apelação), mercê de interpretação literal da norma controvertida: interpretação literal que, contudo, não se deva identificar ao pressuposto da rescisória, a consistir em violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V).

9. Tenho para mim que é imperiosa a distinção que venho de resumir, de modo a não se identificar, necessariamente, a ação rescisória, meio adequado a assegurar a decisão da causa por aplicação da lei à espécie litigiosa, com a exigência de observância, pelo julgado, do teor literal da norma legal aplicada.

Em outras palavras, a ação rescisória não deve ser concebida como mero instrumento voltado, eminentemente, a cercear interpretações construtivas da norma legal, pela jurisprudência, ao argumento de que tais interpretações sempre configurariam violação à disposição literal, como se a ordem jurídica brasileira estivesse formalmente comprometida com a tendência formalista ou mecanicista de revelação do direito concreto.

O que o art. 485, V, do CPC, reclama para a procedência da rescisória é que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa (portanto, ao fazer incidir sobre o litígio **norma legal escrita**) tenha **violado seu sentido, seu propósito**: sentido e propósito que, como não pode deixar de ser, admitem e até mesmo impõem variada compreensão do conteúdo do imperativo legal, ao longo do tempo e ao sabor de circunstâncias diversas da ordem social, que a jurisprudência não pode simplesmente ignorar ou mesmo negligenciar.

É o que há de ocorrer, de modo especial, a propósito dos direitos subjetivos mais relevantes, por isso mesmo objeto de expressa tutela constitucional (como, no caso dos autos, o direito do trabalhador ao salário *ex vi* do art. 7º, IV, VI, VII, X).

10. É bem o caso da aplicação do art. 1º, § 2º, do Decreto-lei nº 75, de 1966, à espécie dos autos, em que se pleiteia a atualização monetária de crédito trabalhista reconhecido judicialmente, em 28 de julho de 1969 (fls. 2 e 15), até o presente momento pendente de pagamento por ter sido decretada a falência da empresa empregadora, em 30 de dezembro de 1968 (fls. 102). Constitui fato notório que, ao longo dos vinte e dois anos transcorridos, houve período de intensa inflação monetária que reclamaram reajustes de preços e salários, freqüentemente mediante direta intervenção do poder público.

Ignorar essa realidade ou mesmo desprezá-la, ao se decidir sobre a incidência de correção monetária do crédito trabalhista habilitado em falência (como no caso dos autos), a ponto de somente admiti-la até o momento do decreto judicial da quebra, mediante leitura linearmente literal do art. 1º e § 2º do Decreto-lei nº 75, citado, não corresponde, *data venia*, nas circunstâncias da causa, tais como se revelam pela leitura das decisões postas em confronto, às exigências inarredáveis do pronunciamento jurisdicional sobre o litígio, que reclama a cognição da realidade

concreta e sua apreciação à luz de comando que emerge do ordenamento jurídico, como discurso racional, necessariamente congruente.

11. É, aliás, o que a jurisprudência vem reiteradamente proclamando, como se pode contatar à luz de numerosos julgados do extinto Tribunal Federal de Recursos (AC 168.848-RS, DJ 20.03.89; AC 110.446-DF, DJ 10.04.89; EI na AC 52.971-RS, DJ 04.12.80), bem como deste Tribunal (REsp 4.120-PE, DJ 18.03.91; REsp 9.261-RS, DJ 10.06.91; REsp 6.990-SP, DJ 29.04.91) e, enfim, do Supremo Tribunal Federal (RE 97.639-6-SP, DJ 30.09.83 e RE 10.794-4-SP, RTJ 117/1.335).

12. Cumpre observar que o enunciado 8 da Súmula da Jurisprudência desta Corte não interfere com a espécie:

“Aplica-se a correção monetária aos créditos habilitados em concordata preventiva, salvo durante o período compreendido entre as datas de vigência da Lei nº 7.274, de 10.12.84, e do Decreto-lei nº 2.283, de 27.02.86.”

Certo é que o período a que se reporta a pretendida correção monetária correspondente a aspectos da situação de fato que as instâncias locais reconhecem, de que os precedentes jamais cogitaram, uma vez que estes lidaram com o que deve normalmente ocorrer, nos processos de falência.

Ante o exposto, conheço do recurso, tal como interposto, pela letra *a*; e dou-lhe provimento, para julgar procedente a ação rescisória e determinar que seja efetuada a correção monetária do débito trabalhista a que se reporta a inicial.

Condeno a ré (recorrida) a custas e honorários, estes de 10% do valor que se apurar devido, em liquidação.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentes Colegas, nas circunstâncias do caso concreto, a exegese dada pelo conspícuo Relator à lei questionada é a única que se coaduna com os superiores interesses da Justiça, com a equidade e com as exigências do bem comum. Aliás, o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil manda que sejam considerados tais princípios na aplicação da lei.

Negar a um crédito trabalhista a correção monetária plena — que como aqui, e em outros pretórios, já foi tantas e tantas vezes reconhecido que nada acresce ao crédito, mas apenas impede que ele diminua,

correção que não é um *plus* que se acrescenta mas um *minus* que se evita, — e isso durante um longo lapso de tempo em País que passa por sucessivas crises quase de hiperinflação, negar a atualização, repito, ao crédito, será reduzi-lo a uma expressão verdadeiramente irrisória, ou, quando menos, apenas a uma pequena parcela daquilo que efetivamente é devido.

Isso, a meu sentir, inclusive ofende as garantias constitucionais, que asseguram a todo direito violado a sua integral reintegração, através do acesso pleno e eficaz às vias jurisdicionais. Não é possível que o acesso às vias jurisdicionais termine com sentença reconhecendo um crédito, mas em realidade deferindo ao vencedor uma vitória de Pirro.

Acompanho o lúcido voto do Eminente Relator.

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Eminentíssimas Colegas, um dos motivos pelos quais se tem reconhecido a correção monetária, de uma maneira geral, nas habilitações de crédito contra massas falidas, é ligado à questão da isonomia, porque o patrimônio da massa falida — terrenos, casas ou máquinas — acompanha, pelo menos presumivelmente, as variações do valor real da moeda, resultantes da inflação.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 40 — SP — (89.0008175-6) — Relator: Exmo Sr. Ministro Bueno de Souza. Recte.: Ângelo Paganini. Recdo.: Brasilmetal S/A - Massa Falida. Advs.: Adelmario Formica e Jacob Timoner.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 29/10/91).

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

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.400 — RJ

(Registro nº 8900117599)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Elmídia Cardoso da Rocha*

Recorrido: *Antônio José Ferreira de Fraga Rocha*

Advogados: *Drs. Ricardo Autran de Gusmão e Lucas Antônio da Fonseca Costa*

EMENTA: CIVIL — AÇÃO DE DESPEJO — RETOMADA — ARTS. 52, X, E 37, DA LEI Nº 6.649/79.

I — Inexiste negativa de vigência dos artigos 12, V, 283 e 515, § 1º, do CPC, quando sequer foram eles mencionados no Acórdão atacado, resultando, assim, não prequestionada a matéria a eles pertinente.

II — Inocorre, também, ofensa ao art. 52, X, da Lei nº 6.649/79, eis que o aresto recorrido, diante dos fatos e das provas traduzidas aos autos, decidiu corretamente a controvérsia, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência predominante nos tribunais.

III — Quanto à alegada afronta ao art. 37, da nova Lei do Inquilinato, por igual, não se configurou. Isso porque, entre a data da citação e a da decretação do despejo medearam mais de seis meses, aplicando-se, à hipótese, o mesmo princípio inserto no art. 53, §§ 4º e 5º, da Lei Inquilinária.

IV — Defeso no âmbito do Especial o simples reexame de matéria de fato já discutida nas instâncias ordinárias, a teor do enunciado da Súmula nº 07, do STJ.

V — Dissenso jurisprudencial não demonstrado, por falta de identidade entre os julgados confrontados (art. 255, parágrafo único, do RISTJ).

VI — 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, à 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, 7 de agosto de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: A controvérsia está sumariada às fls. 59-v., nos seguintes termos, pelo Dr. Juiz Enéas Mendes da Silva, da Nona Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro:

“Cuida-se de ação de despejo proposta por Antônio José Ferreira da Fraga Rocha em face de Elmídia Cardoso da Rocha, dizendo que o imóvel da Rua Washington Luiz, 20, Apto. 602, foi dado em locação a esta pelo falecido Antônio da Fraga Rocha, sendo certo que tal imóvel é hoje do autor por força da sucessão testamentária, e necessita dele para fixar a sua residência, nos termos da lei. Com a inicial vieram os documentos de fls. 04/12. Citada, a ré ofereceu a contestação de fls. 31/34, alegando que o autor não teria provado a propriedade, que não teria se operado com a morte do anterior proprietário, dizendo, no mérito, que o pedido não era sincero”.

Acrescento que a sentença julgou improcedente a ação (fls. 59-v./60).

Interposta apelação (fls. 102/108), a Primeira Câmara do Colendo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, deu-lhe provimento para, reformada a sentença, julgar procedente a ação, decretando-se o despejo do imóvel, objeto da demanda, no prazo de 30 (trinta) dias (fls. 124/125).

Opostos Embargos de Declaração (fls. 127/128), os mesmos foram rejeitados (fls. 130).

Inconformada, interpôs a embargante Recurso Especial, fulcrado no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição, no qual alega negativa de vigência dos artigos 12, inciso V, 283 e 515, § 1º, do CPC; 52, X, e 37, da Lei nº 6.649/79, bem como divergência de julgado de outro Tribunal (fls. 133/140).

O nobre Presidente daquela Corte o admitiu, apenas, pela letra *a*, do permissivo constitucional (fls. 170/172).

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

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):
Examino o Recurso Especial pelos fundamentos das alíneas *a* e *c*, do permissivo constitucional.

É ler, no essencial, o Acórdão recorrido (fls. 124/125):

“Na audiência de fls. 59-v., o inquilino disse ser outro o apartamento a ele locado, o de número 602.

Poderia fazê-lo, a teor do artigo 267, § 3º, do CPC.

O Dr. Juiz acolheu sua pretensão e julgou improcedente o pedido.

Na apelação, veio a documentação do inventário. Por ela, se vê que foi avaliado o apartamento 602 (fls. 83-v.), esboçada sua partilha a fls. 95 e julgada por sentença transitada em julgado a fls. 98-v.

Expedido o formal de partilha, foi ele registrado (fls. 107), constando o apartamento 602 em nome do Apelante. Assim, é este o atual proprietário desse apartamento.

Se o Juízo da Vara de Órfãos se enganou e não deveria ter agido como fez, é questão a ser decidida por ação própria, não nesta de despejo, descabendo, também, officiar a ele para que explique o sucedido.

O nome de Délio, colocado a fls. 93, não se sabe de quem seja e não é definitivo para o deslinde dessa causa.

A linguagem usada pelo Apelante a fls. 39 não chega a merecer a aplicação do artigo 15, do CPC.

Por isso, se dá provimento ao apelo para, reformada a sentença, julgar procedente o pedido e decretar o despejo do apartamento 602 da Rua Washington Luiz nº 20, no Centro-RJ; fixado o prazo de 30 dias para sua desocupação.

Fica a Apelada condenada ao pagamento das custas e da verba honorária de 20% sobre o valor da causa”.

Por sua vez, sustenta a recorrente que o Aresto impugnado teria negado a vigência dos artigos 12, inciso V, 283 e 515, § 1º, do CPC; 52, inciso X e 37, da Lei nº 6.649/79, bem como divergido de julgado de outro Tribunal.

Contudo, o recurso não merece acolhido.

Quanto à negativa de vigência dos artigos 12, V, 283 e 515, § 1º, do CPC, ao contrário do que se alega os mesmos sequer foram mencionados no Acórdão atacado, resultando, assim, não prequestionada a matéria a eles pertinente.

Inexiste, também, ofensa ao artigo 52, X, das citada Lei 6.649/79, pois que o Aresto recorrido, diante dos fatos e das provas trazidas aos autos, decidiu corretamente a controvérsia, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência predominante nos Tribunais.

Por derradeiro, quanto à alegada afronta ao art. 37, da aludida nova Lei do Inquilinato, por igual, não a vejo configurada. Isso porque, entre a data da citação e a da decretação do despejo, determinado pelo Acórdão recorrido, medearam mais de seis meses. Aplicando-se à hipótese o mesmo princípio inserto no art. 53, §§ 4º e 5º, da Lei 6.649/79.

Daí deflui que a recorrente, na verdade, pretende é o simples reexame de matéria de fato já discutida nas instâncias ordinárias, defeso no âmbito do Recurso Especial, a teor do enunciado da Súmula nº 7, deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Inadmito-o, portanto, pela letra *a*.

Quanto ao dissenso jurisprudencial não logou demonstrado, por falta de identidade com o julgado trazido a confronto (art. 255, parágrafo único, do RISTJ). Inadmissível, também, assim, o recurso pela letra *c*.

Ausentes os pressupostos de admissibilidade previstos tanto na alínea *a* quanto na alínea *c*, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, não conheço do recurso.

EXTRATO DE MINUTA

REsp nº 1.400 — RJ — (89.0011759-9) — Rel.: Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Elmídia Cardoso da Rocha. Recdo.: Antônio José Ferreira de Fraga Rocha. Advs.: Ricardo Autran de Gusmão e Lucas Antônio da Fonseca Costa.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 7.8.90 — 3ª Turma).

Os Senhores Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro votaram com o Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.604 — SP (Registro nº 89.0012435-8)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*
Recorrente: *FEPASA — Ferrovias Paulista S/A*

Recorridos: *Mário Baltazar Ribeiro e outros*

Advogados: *Hezena Mendes de Oliveira Gorgulho e outros; Ademar Oddône e outros*

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE EM CONSEQÜÊNCIA DE ATROPELAMENTO POR COMBOIO FERROVIÁRIO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM DOS JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO DO RESSARCIMENTO PELOS DANOS MATERIAIS COM A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL.

Prescrição vintenária, e não quinquenal, por não satisfazer a FEPASA, sociedade de economia mista, os pressupostos estabelecidos no art. 2º do D.-lei nº 4.597/42, pois sua fonte básica de receitas são as tarifas, portanto preço público, e não impostos, taxas ou contribuições exigíveis por lei.

A expressão *delito*, posta no art. 962 do Código Civil, abrange os atos ilícitos em geral, de natureza não contratual, contando-se assim os juros de mora desde o evento danoso.

Dano moral. Reparabilidade. Cumulabilidade. Se existem dano material e dano moral, ambos ensejando indenização, esta será devida cumulativamente com o ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundos do mesmo fato.

Recurso especial conhecido, mas não 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 negar-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, Barros Monteiro e Bueno de Souza.

Custas, como de lei.

Brasília, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Ação de indenização aforada por MÁRIO BALTAZAR RIBEIRO, por si e assistindo e representando filhos menores púberes e impúberes, contra FERROVIAS PAULISTAS S/A — FEPASA, como sucessores de CÍCERA COSTA RIBEIRO, falecida em acidente ferroviário, ocorrido em 17 de julho de 1973. Requereram os autores reparação atualizada constituída de parcelas vencidas e vincendas à razão de 2/3 do salário da vítima, inclusive 13º salário e FGTS, indenização autônoma por dano moral, despesas de luto, funeral e sepultura, com juros de mora a partir do evento (vol. I — fls. 02/26).

Em defesa, a ré alegou a prescrição quinquenal, nos termos do Decreto nº 20.910/32 e Decreto-lei nº 4.597/42, considerada a FEPASA empresa paraestatal subsumida ao preceito legal invocado. De mérito, argüiu culpa da vítima que “estava em local terminantemente proibido, caminhando pelos trilhos da ferrovia”, aduzindo que “dessa forma, não pode ser caracterizado o infeliz evento como ato ilícito, já que pelas evidências ficou provado e demonstrado que a culpa deveu-se pura e exclusivamente à imprudência da própria vítima”. Ao final, sustenta que os juros de mora serão devidos a partir do conhecimento do débito pela conta de liquidação (vol. I — fls. 104/117).

Da decisão que afastou a preferencial, os autores manifestaram agravo retido (vol. I — fls. 144/147).

A demanda foi julgada procedente pelo MM. Juiz de Direito, pela culpa da ré em virtude da inexistência de sinalização ou outras medidas de segurança no local do acidente, lembrando decisões que estabelecem presunção *hominis* de culpa, gerada “pela observação do que ordinariamente acontece”, com o que, invertido o ônus da prova, “à ré competiria provar a não culpa, o que não o fez”. Ponderou o magistrado que não comprovada atividade econômica da vítima, e considerando o entendimento do STF (RE 110.996-3-RJ, DJU de 08.05.87) de que “o dano moral consistente em *pretium doloris*, é insuscetível de indenização”, deveria a demanda ser julgada improcedente. Não obstante, tendo em vista o prejuízo pelos filhos menores com a perda da mãe, a estes deferiu indenização de 1 salário-mínimo por mês, auferível em conjunto por todos os beneficiários, até completarem 18 anos, com reversão aos beneficiários remanescentes, incidindo sobre os atrasados juros de mora a partir da citação, sem correção monetária, posto que “os atrasados serão calculados com base no salário-mínimo vigente no momento do cálculo” (fls. 328/338).

As partes apelaram. A FEPASA reiterou o agravo retido, afirmando outrossim a culpa da vítima e o não cabimento da indenização, conforme concedida (fls. 341/353). Os autores argüíram, quanto aos rendimentos da vítima, a incidência do art. 334, III, do CPC, “face à presunção de veracidade decorrente da ausência de impugnação específica ao fato narrado pelos autores”. Insistiram, ainda, na concessão de indenização também ao viúvo, despesas com funeral e sepultura, a reparação autônoma pelo dano moral, juros de mora a partir do evento, a teor do art. 962 do Código Civil, com a elevação da verba honorária para 20% (fls. 355/367).

A eg. 3ª Câmara Especial do 1º TACSP, à unanimidade, proveu em parte a apelação dos autores, negando provimento ao agravo retido e ao apelo da ré. Julgou aplicáveis a prescrição ordinária e, quanto aos juros, o art. 962 do Código Civil, denegando pensão ao viúvo por falta de provas quanto aos rendimentos da vítima. De outro lado, deferiu o pedido de reparação pelas despesas com funeral e sepultura, a serem comprovadas na execução, e concedeu indenização por dano moral, no valor de 50 vezes o piso salarial (fls. 426/428).

A ré opôs embargos de declaração, recebidos pelo Tribunal de origem para declarar adotados, no tocante à culpa e à indenização, os fundamentos da decisão monocrática (fls. 437).

Inconformada, a ré manifestou recurso extraordinário com argüição de relevância, onde alegou, em síntese, contrariedade aos arts. 8º, inciso XV, letra *d*, e 153, § 3º, da Constituição Federal anterior; negativa de vigência ao Decreto nº 20.910/32 e Decreto-lei nº 4.597/42, no tocante à rejeição da prescrição quinquenal; ofensa aos arts. nºs 1.536, § 2º, do Código Civil, e 219, do CPC, além de contrariedade à Súmula nº 163 do eg. STF, quanto à incidência de juros de mora a partir do evento e não da citação. Invoca como paradigmas pela letra *d*, arestos do Pretório Excelso (RTJ 85/149 — 87/948) e outros acórdãos (RT 574/274, 549/205, 564/265), relativamente à indenização por dano moral, segundo a recorrente insuscetível de ser cumulada com o pensionamento (fls. 439/464).

Admitido o recurso (fls. 473/477), após respostas dos recorridos (fls. 504/530) subiram os autos ao STF, onde foi desdobrado *ipso jure* em recurso especial e em recurso extraordinário, vindo o processo a esta Corte para apreciação da matéria infraconstitucional. A ilustrada Subprocuradoria-Geral da República ofereceu parecer pelo “parcial provimento do recurso pela letra *d*, a fim de que a contagem de juros mo-

ratórios incida a partir da citação” (fls. 545/551). Autos conclusos em 30 de julho pretérito.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): No alusivo à prescrição quinquenal, a recorrente dela não se beneficia, como bem afirmado na decisão do apelo extremo:

“Todavia, a FEPASA é sociedade de economia mista, mantida por dotações e subvenções atribuídas pelo Poder Público e por tarifa que cobra de seus usuários, para a execução do serviço de transporte ferroviário de carga e passageiros. Tarifa (ou preço) não integra a categoria do gênero tributo; é objeto de relação jurídica de direito privado; tem natureza contratual. As subvenções ou dotações conferidas pelo Estado têm natureza administrativa. Na expressão “quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei”, do artigo 2º do Decreto-lei nº 4.597/42, está o legislador referindo-se a outra espécie do gênero tributo.

Dessa forma, não reconhecido o privilégio à época da instituição da empresa e ausentes os requisitos para a incidência da lei restritiva, afasta-se a hipótese de prescrição em cinco anos para as ações contra a FEPASA” (fls. 475).

Aliás, a orientação do Pretório Excelso relativamente à própria FEPASA é neste sentido, como se verifica do v. aresto proferido no RE 112.292 (RTJ, 126/1.066), relator para o acórdão o em. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, de cujo voto condutor consta o seguinte excerto:

“Não basta, por outro lado, para acarretar o benefício da breve prescrição, a qualidade de sociedade de economia mista, mesmo com a peculiaridade, assinalada pelo eminente Relator, de pertencerem 96,5% de seu capital ao Estado de São Paulo e o restante a outras entidades governamentais.

Assim concluo porque, mesmo as empresas públicas, em sentido estrito, que, segundo o modelo de administração federal, são as dotadas de capital exclusivo da União (art. 5º do Decreto-lei nº 200/67), estão sujeitas, pela Constituição (art. 170, § 2º), “às normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”.

Cabe, por último, perquirir a satisfação do requisito concernente à manutenção da entidade “mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas por lei”.

Penso que, desse conceito de imposto, taxa ou contribuição, pode ser, de plano, excluída por manifesta distinção de natureza, a tarifa decorrente da execução do serviço de utilidade pública.

No tocante aos impostos, taxas e contribuições (a Recorrente argumenta com o próprio ICM), para configurar a situação prevista no Decreto-lei nº 4.597/42, seria necessário que estivessem diretamente vinculados às finanças da entidade, não bastando que, do produto da receita do Estado (compreendendo a tributária, a patrimonial, a industrial e outras, além das de capital), se efetuem transferências ou subvenções destinadas a cobrir o *deficit* de operação de ferrovia.

Até porque a necessidade de comprovação do montante desses recursos transferidos, a cada ano, em função dos contingentes e das necessidades da Estrada, geraria um estado de incerteza, incompatível com a segurança que se espera da aferição dos prazos prescricionais.”

Assim também este Superior Tribunal de Justiça, *v.g.* nos arestos proferidos no REsp 1.314, eg. 2ª Turma, rel. o em. Min. CARLOS VELLOSO, relativamente a demanda similar promovida contra a CBTU (‘Lex — STJ E TRFs’, 8/112); no REsp 1.516, da eg. 3ª Turma, rel. o em. Min. CLÁUDIO SANTOS, recorrente a RFF; no REsp 1.761, da mesma 3ª Turma, rel. o em. Min. NILSON NAVES, recorrente a própria FEPASA (fls. 548/549).

Nesta eg. 4ª Turma, lembro por similitude o precedente do REsp 1.021, de que fui relator, recorrente a CBTU (‘Lex — STJ e TRFs’, 22/66), com a ementa de que:

“Em se tratando de indenização sob a forma de pensão mensal, a prescrição se regula pelo art. 177, e não pelo artigo 178, § 10, I, do Código Civil, pois a alusão a ‘alimentos’, no artigo 1.537, II, do mesmo Código, representa simples ponto de referência para o cálculo do ressarcimento devido, não alterando, portanto, a própria natureza da obrigação de indenizar o dano decorrente do evento.”

Quanto ao *dies a quo* de fluência dos juros moratórios, desde o *leading case* do que foi relator o em. Min. BARROS MONTEIRO (REsp 1.437), esta 4ª Turma, em reiterados pronunciamentos, adota o entendimento de que a expressão ‘delito’, do artigo 962 do Código Civil, compreende os atos ilícitos em geral, contando-se os juros de mora desde o evento — assim em atropelamento de pedestre ou abalroamento de veículo por composição ferroviária; apenas se o ilícito decorre de mau adimplemen-

to ou inadimplemento do contrato de transporte — *v.g.*, passageiro cai de trem superlotado, imputando-se culpa à empresa —, então os juros correm da citação inicial, a teor do art. 1.536, § 2º, do CC (REsp 1.762; REsp 3.951).

Quanto ao dano moral, assim está fundamentado o *v. aresto* impugnado:

“Ainda com referência ao dano moral os apelantes merecem recebê-lo, como compensação econômica para a dor sofrida, embora não se trate, evidentemente, de valorar uma vida, que não tem preço, mas apenas porque uma boa importância em dinheiro irá, naturalmente, minorar as agruras da família, fazendo com que em melhor situação econômica, sirva de lenitivo para outros interesses na vida, esquecendo um pouco a tristeza pela perda irreparável, fazendo com que sirva, de um lado, para estímulo para novos interesses e de outro, para também estimular a coletividade em geral e em especial, para que tenha maior consideração com a vida humana, procurando evitar a indenização e acautelando-se mais nos meios de evitar tais danos.

Fixa-se tal indenização, a exemplo de casos anteriores (Cód. Bras. de Telecomunicações, maior pena pecuniária penal) em 50 vezes o piso salarial” (fls. 427/428).

O recurso é de ser conhecido pelo dissídio jurisprudencial, face arestos do Excelso Pretório apontados pela recorrente — RE 98.399; RE 111.223. Aliás, notória a orientação do Supremo Tribunal Federal pela não cumulação da indenização do dano material e do dano moral, quando autores os sucessores ou dependentes da vítima.

Em tema de indenização do dano moral, em favor de sucessor de menor vítima de acidente, desejo incorporar a meu voto considerações expedidas pelo eminente Desemb. OSCAR GOMES NUNES, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como relator de aresto prolatado aos 2 de maio de 1978 (“Rev. de Jurisp. do TJRS”, 72/309), sublinhando o seguinte excerto:

“A reparabilidade do dano moral, como observa Aguiar Dias, é hoje admitida em quase todos os países civilizados. A seu favor e com o prestígio da sua autoridade, pronunciaram-se os irmãos Mazeaud, afirmando que não é possível, em sociedade avançada como a nossa, tolerar o contra-senso de mandar reparar o menor dano patrimonial e deixar sem reparação o dano moral (conforme Aguiar Dias, ‘A Responsabilidade Civil’, Tomo II, p. 737). E

concluem esses mesmos autores: 'Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, no fato de não ser possível estabelecer equivalente, exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas'. Nem afastaria a reparabilidade do dano não patrimonial a consideração tantas vezes repetida de que é repugnante à consciência jurídica atribuir equivalente pecuniário a bem jurídico da grandeza dos que integram o patrimônio moral, operação que resultaria em degradação daquilo que se visa a proteger. A argumentação só serve ao interesse do ofensor e não deixa de ser, até certa medida, simplista.

O inolvidável Pedro Lessa mostrou, em mais de uma ocasião, segundo lembra Aguiar Dias em rodapé à p. 727, que 'o fato da inconversibilidade do dano moral, em moeda, por falta de denominador econômico para o direito violado, não podia ter por efeito deixá-lo sem reparação.

'De fato, não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. A condenação do responsável visa apenas resguardar, de certo imperfeitamente, mas pela única forma possível, o direito lesado' (acórdão do STF, 18.8.91, 'Revista de Direito', nº 61, p. 90). Aliás, nem mesmo no dano patrimonial há perfeita equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Os irmãos Henri e Léon Mazeaud, em seu clássico 'Tratado Teórico e Prático da Responsabilidade Civil', advertem, rebatendo esse argumento dos inimigos da responsabilidade do dano moral, que 'o direito, ciência humana, deve resignar-se às soluções imperfeitas como a da reparação, no verdadeiro sentido da palavra. Cumpre ver, nas perdas e danos atribuídos à vítima, não o dinheiro em si, mas tudo que ele pode proporcionar no domínio material ou moral'.

Adriano de Cupis, notável jurista e professor italiano em sua obra 'El Daño — Teoría General de la Responsabilidad Civil', edição espanhola, ao tratar da medida do dano não patrimonial, às p. 364 e 365, ensina: '*Sin embargo, aunque se admita que la función más apropiada del dinero sea la de medir los valores económicos, no puede negarse que los hombres tratan de ampliar la medida pecuniaria mas allá de los mismos valores económicos. Parece exagerado sostener que medir un valor no económico por medio del dinero, sea algo así como una imposibilidad racional insuperable; así como es también exagerada la opinión que quiere ver con ello la infiltración de un sentido moral relajado, utilitario y materialista. Lo más oportuno sería limi-*

tarse a hablar de una *extensión*, o, si se quiere, de una *dereva-*
ción, de la función del dinero (...) De todas formas no puede
negarse que, dentro de los estritos límites en que se admite la
resarcibilidad del daño no patrimonial, el legislador no ha sen-
tido el menor impedimento por las críticas realizadas a su valo-
ración pecuniaria’.

E prossegue o eminente professor: ‘*El justo arbitrio del juez*
supera, en aras a una finalidad superior de justicia, el obstácu-
lo intrínseco que corresponde a la naturaleza de los bienes y sus
correlativos intereses, suministrando una reparación que, más
que un equivalente exato del interés afectado, pretende ser una
compensación aproximada’. (...) ‘*El derecho debe valorar la lógi-*
ca y la racionalidad e la luz de la equidad; y no puede negarse
que constituye una aplicación de las reglas de iquidad atribuir
la reparación por el daño no patrimonial, originado al interés
correspondiente a alguno de aquellos preciosos bienes que afec-
tan al hombre’.

É de se convir que, no plano doutrinário, a responsabili-
dade do dano não patrimonial é hoje pacificamente aceita e defen-
dida pelos mais eminentes e acatados juristas do mundo. No pla-
no jurisprudencial, a evolução se acentua cada vez mais,
constituindo hoje jurisprudência sumulada do STF ser indenizá-
vel a morte de menor, ainda que não exerça trabalho remunerado
(verbete nº 491).”

Neste mesmo aresto do tribunal sul-rio-grandense, em meu voto,
como integrante então daquela Corte, tive oportunidade de dizer:

“Folgo muito com os rumos que vai adotando o presente
julgamento porque coincide, como disse o eminente Revisor, com
o posicionamento que sustento há algum tempo, pelo menos no
plano doutrinário, de que é chegado o momento de superarmos
limitações decorrentes do texto legal e nos curvarmos às exigên-
cias da ética e da vida hodierna. Aliás, os tribunais vezes muitas
têm feito isso, adotando orientação que, em tempos idos, seria
considerada até abertamente *contra legem*. Veja-se, por exem-
plo, em matéria de obrigações por atos ilícitos, o que dispõe o
art. 1.523, do C.C., no sentido de que terceiros serão responsá-
veis pela reparação civil, provando-se que ‘concorreram para o
dano por culpa, ou negligência de sua parte’. Face à redação do
art. 1.523, a jurisprudência teve que excogitar modalidades de
culpa das empresas, das pessoas jurídicas, criando ficções de culpa
in eligendo ou *in vigilando*, quando realmente, verdadeiramen-

te, as empresas não incorriam em culpa alguma pelos acidentes causadores dos danos.

A culpa dos acidentes, e dos danos, cabia exclusivamente aos prepostos. A empresa se torna co-responsável porque, auferindo os lucros dos negócios, deve arcar com os prejuízos que a exploração cause a terceiros. O fato é que, já de muitos anos, foi abandonada qualquer ficção ou presunção de culpa, e hoje se admite tranqüilamente que os preponentes respondem pela culpa dos prepostos, bastando comprovar o liame da preposição. Tal orientação à primeira vista, quiçá contra a letra da lei, satisfaz a função criadora da jurisprudência tão bem exposta por Puig Brutau, na obra magnificamente traduzida pelo Colega Lenice Nequete e que integra a 'Coleção AJURIS'. Se o legislador está em mora, o juiz proverá na satisfação das exigências de justiça.

Estou, portanto, inteiramente conforme com a orientação dos eminentes Colegas Relator e Revisor, no sentido da indenizabilidade do dano moral puro, apenas variando, de acordo com as contingências de cada caso concreto, o critério mais adequado para o arbitramento a que alude o art. 1.533, do C.C. Esta aliás, se a memória não me falha, a diretriz preconizada no Projeto do Código das Obrigações, de que foi Relator o eminente Caio Mário da Silva Pereira, com artigo dispondo que nos casos de dano apenas moral o juiz arbitraría com equidade e moderação a indenização devida pelo agente do dano. A reparação pelo dano moral encontra aliás exemplos muitos, com maior ou menor amplitude, no direito comparado, como por exemplo no Código federal suíço das obrigações." (rev. cit., p. 317/318).

Já especificamente quanto ao tema da cumulação dos danos materiais com os danos morais, reporto-me a aresto *leading* da eg. 3ª Turma deste STJ, no REsp nº 4.236, em que depois de longos e doutos argumentos pela reparabilidade do dano moral, o relator designado para lavrar o acórdão, em. Min. EDUARDO RIBEIRO, assim se manifestou:

"Transpostas as questões pertinentes à possibilidade de indenização do dano moral em nosso direito, e especificamente em caso de homicídio, resta a que diz com a cumulação daquela, com a relativa ao dano material.

A jurisprudência do Supremo Tribunal, como salientou o eminente Relator, inclinava-se no sentido da inadmissibilidade do cúmulo. Disso são exemplos os julgados trazidos pela recorrente. No REsp 1.974, julgado por esta Terceira Turma, de que

foi relator o ilustre Ministro GUEIROS LEITE, aquele douto magistrado manifestou seu ponto de vista no mesmo sentido. Cumpre, entretanto, salientar peculiariedade. O recurso não foi conhecido, por não comprovado regularmente o dissídio, não havendo decisão do colegiado sobre o tema, mas apenas manifestação do Relator, que terminou por não servir de fundamento para o veredito.

Malgrado todo o respeito devido ao entendimento limitativo, não consigo, *data venia*, vislumbrar-lhe o fundamento lógico. A ele já aderi, quando exercia as funções de desembargador, cedendo à força da jurisprudência dominante na Suprema Corte. Entendo que, já agora, com novas responsabilidades, devo revê-lo.

Se há um dano material e outro moral, que podem existir autonomamente, se ambos dão margem a indenização, não se percebe porque isso não deva ocorrer quando os dois se tenham como presentes, ainda que oriundos do mesmo fato. De determinado ato ilícito decorrendo lesão material, esta haverá de ser indenizada. Sendo apenas de natureza moral, igualmente devido o ressarcimento. Quando reunidos, a reparação há de referir-se a ambos. Não há porque cingir-se a um deles, deixando o outro sem indenização.

Note-se, a propósito, que vários julgados do Supremo Tribunal — não todos, cumpre reconhecer — em que se rejeita a cumulação, referem-se ao caso, já examinado, de morte de menor, em que o dano moral foi indenizado, sob color de reparação de lesão patrimonial. Nesse caso, obviamente, não se podem sobrepor. É que o dano, em verdade, era apenas moral, não se podendo conceder outra verba a esse título.

Na causa em julgamento, a vítima era pessoa que exercia trabalho remunerado, vivendo a autora a suas expensas. O dano material, em virtude da morte, é evidente, e devido nos termos do artigo 1.537 do Código Civil. O dano moral é distinto, não se confundindo a hipótese com aquela outra de que resultou a Súmula 491 do STF.”

O voto do Min. Eduardo Ribeiro foi acompanhado pelos em. Ministros Dias Trindade e Cláudio Santos, este último inclusive com as ponderações seguintes:

“Vitoriosa, assim, na doutrina e no direito positivo, bem como na jurisprudência, é a tese do ressarcimento do dano moral.

Persistem, porém, no âmago da questão, algumas controvérsias, tais como, na hipótese de homicídio, saber-se se o dano moral está afastado, assim como, a respeito da liquidação do dano, e finalmente, se a indenização do dano moral é absorvida pela reparação do dano material.

Tenho para mim, *concessa venia*, não terem respaldo legal quaisquer restrições ou limitações ao ressarcimento moral, seja qual for a espécie de dano, serem ou não cumulativas as indenizações.

Se a vítima sofre dano de ordem moral e dano de natureza material, não vejo razão para a absorção daquele por este. O ressarcimento dos prejuízos deve ser o mais amplo e perfeito possível. Este é o princípio e se apenas parte dos danos é indenizável, a solução não terá sido justa.

Carlos Alberto Bittar, em monografia atual sobre responsabilidade civil, é categórico:

“Também são cumuláveis os pedidos de indenização por danos patrimoniais e morais, observadas as regras próprias para o respectivo cálculo em concreto, cumprindo-se frisar que os primeiros se revestem de caráter ressarcitório, e os segundos, reparatórios, de sorte que insistimos na necessidade de, quanto a estes, na respectiva fixação, adotar-se fórmulas que venham a inibir novas práticas atentatórias à personalidade humana, para cuja defesa se erigiu a teoria do dano moral, que vem sendo aplicada, ora com tranqüilidade, nos tribunais do país” (“Responsabilidade Civil, Teoria e Prática”, Rio, Forense Universitária, 1989, pág. 90).”

Restaram vencidos os eminentes relator originário, Min. Nilson Naves, e o Min. Waldemar Zveiter.

Conheço, portanto, neste particular, do recurso especial, mas ao mesmo, pela motivação exposta, nego provimento.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 1.604 — SP — (89.0012435-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrente: FEPASA — Ferrovia Paulista S/A. Recorridos: Mário Baltazar Ribeiro e outros. Advogados: Hezena Mendes de Oliveira Gorgulho e outros; Ademar Oddone e outros.

Decisão: A 4ª Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento (em 09.10.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Fontes de Alencar, Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 2.081 — SP

(Registro nº 909294)

Relator: *Ministro William Patterson*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorridos: *João Roberto Marsal e Carlos Antonio Mariano*

Advs.: *Drs. Orlando Calvielli e outros.*

EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. MENOR. COMPROVAÇÃO DA IDADE. FURTO QUALIFICADO. PENA. SUBSTITUIÇÃO.

A menoridade, para fins de prescrição da pena, deve ser comprovada por meio de documento, não bastando, para isso, a simples alegação contida no termo de interrogatório.

A substituição da pena, na forma prevista no § 2º, do art. 155, do CP, é aplicável ao furto simples (art. 155, *caput*), quando ocorrentes, especificamente, as circunstâncias ali previstas. A faculdade não se estende ao furto qualificado (§ 4º, do art. 155).

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Visto 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 especial e dar-lhe provimento para cassar a decisão recorrida e, em consequência, restabelecer a sentença de primeiro grau em relação ao réu João Roberto Marsal, determinando ainda

que o Tribunal se pronuncie quanto à apelação de Carlos Antonio Mariano, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 15 de maio de 1990 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: À guisa de relatório, leio o r. despacho de fls. 109/110, vazado nestes termos:

“João Roberto Marsal e Carlos Antonio Mariano foram condenados, pelo Juízo da Primeira Vara Criminal da Comarca de Bauru, por incursos no art. 155, § 4º, nºs I e IV, c.c. os arts. 29 e 14, nº II, todos do Código Penal, a 8 meses de reclusão e a 3 dias-multa, concedido o *sursis* por 2 anos.

Desta decisão apelaram os condenados, tendo a E. Décima Câmara desta Corte, por votação unânime, de ofício, declarado prescrita a pretensão punitiva, prejudicada a apelação, com relação a Carlos Antonio Mariano e acolhido parcialmente o recurso de João Roberto Marsal para reconhecer o privilégio e reduzir sua pena a 4 meses de detenção, mantida, no mais, a sentença.

Com apoio no art. 105, nº III, letra c, da Constituição da República, a douta Procuradoria-Geral de Justiça interpõe recurso especial. Alega, em síntese, que o v. acórdão atacado — ao reconhecer a menoridade do réu Carlos Antonio Mariano, sem prova idônea nos autos, reduzindo o prazo prescricional e ao conceder ao co-réu João Roberto Marsal, condenado por furto qualificado, o benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal dissentiu de julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Não foram apresentadas as impugnações.

Manifesto o dissídio jurisprudencial.

Para os arestos trazidos à colação, a menoridade do réu, para que se diminua o lapso prescricional, somente pode ser reconhecida mediante a devida comprovação documental nos autos, enquanto o v. acórdão atacado espousa tese divergente.

Com relação à aplicação do privilégio ao furto qualificado, também procede a divergência, já que os julgados apontados a

fls. consideram incompatível o benefício do § 2º do art. 155 do Código Penal com o furto qualificado, enquanto a v. decisão recorrida acolhe tese diversa.

Pelo exposto, defiro o processamento do recurso especial.”

Recorrente e Recorrido ofereceram suas razões às fls. 112/120 e 124, respectivamente.

Nesta instância, a digna representante do Ministério Público Federal, tendo em vista as circunstâncias que envolveram o fato concreto — primariedade dos réus e a não consumação do delito (fls. 128/129) — opinou pelo conhecimento do recurso mas pela confirmação da decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO WILLIAM PATTERSON: O v. acórdão recorrido, no primeiro aspecto combatido, está assim fundamentado:

O recurso de CARLOS ANTONIO MARIANO está prejudicado face à ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Menor ao tempo dos fatos, beneficia-se ele do disposto no art. 115 do Código Penal, com a redução para um ano do prazo de prescrição. E esse prazo decorreu entre a data do recebimento da denúncia (06.01.87) e a da publicação da r. sentença (04.04.88).”

É certo que não indica a peça comprobatória da circunstância de ser menor o acusado. Em momento algum isso foi pelo mesmo alegado, sequer na apelação (cfr. fls. 71/73). Os únicos dados que levam a tal conclusão só poderiam ser aqueles constantes do interrogatório (fls. 23 e 24), consoante lembra o MPE, em suas razões (fls. 98).

Ora, se assim é, manifesta-se flagrante a divergência jurisprudencial, porquanto o aresto impugnado afrontou consagrada orientação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, refletida nos seguintes acórdãos paradigmáticos:

“Para que se diminua pela metade o prazo prescricional, em razão da menoridade, é preciso que esta esteja devidamente comprovada, não bastando, para caracterizá-la, simples alegação da parte” (RE 80.298-SP, 2ª T., Rel. Min. LEITÃO DE ABREU — RTJ — 78.227).

“Prescrição da ação penal. Menoridade não comprovada. Inteligência do art. 115 do CP.

“A menoridade, para os efeitos previstos no art. 115 do CP, não basta ser alegada pelo paciente, sendo necessário, para o seu reconhecimento, que ela esteja documentalmente comprovada nos autos” (HC 53.862-SP, 1ª T., rel. Min. CUNHA PEIXOTO, RTJ, 79/74).

“Prescrição decretada com base na menoridade do réu, sem que conste no processo certidão do seu registro de nascimento. Recurso reconhecido pela letra *d* e provido”. (RE 93.113-9-SP, 1ª T., rel. Min. SOARES MUÑOZ, DJU de 6.2.81, p. 515).

“Criminal. Menoridade do réu. Só pode ser reconhecida através de seu registro de nascimento ou outra prova hábil” (RE nº 106.458-7-PR, 2ª T., rel. Min. CARLOS MADEIRA, DJU de 14-3-86, p. 3.391.”

In casu, nem mesmo se pode discutir aspectos que envolveriam a natureza e a validade do documento oferecido como prova de idade, por isso que inexistente qualquer elemento nesse sentido. Parece óbvio que a simples declaração do Réu não pode ser tomada como base de sustentação do fato.

Aliás, a necessidade de uma efetiva e eficaz comprovação foi reconhecida em recente acórdão da Colenda Quinta Turma deste Colegiado, da lavra do Ministro Costa Lima (REsp nº 1.039-SP), consoante se infere da respectiva ementa, *verbis*:

“PENAL. PRESCRIÇÃO PUNITIVA. MENOR DE VINTE E UM ANOS. COMPROVAÇÃO DA IDADE.

1 — Comprovado, através de documento oficial, que o réu era menor de vinte e um anos de idade à época do fato delituoso, deve ser aplicado o art. 115 do Código Penal vigente, reduzindo-se à metade o prazo prescricional.

2 — Dissídio jurisprudencial não configurado.

3 — Recurso Especial não conhecido.”

A outra parte do decisório que recebeu impugnação diz respeito à concessão, ao Réu João Roberto Marsal, do benefício do § 2º, do art. 155, do Código Penal.

Razão assiste ao Recorrente. Na verdade, o Pretório Excelso vem entendendo que o citado benefício não se aplica ao furto qualificado. Cita-se, a propósito, esse aresto:

“Furto privilegiado e furto qualificado. É firme a jurisprudência do STF no sentido de que não é cabível dar-se o privilégio do § 1º do art. 155 do CP em sendo o crime qualificado.

Se é certo, assim, que o furto foi considerado qualificado, não é possível, mesmo sendo o bem subtraído de pequeno valor, que se faça a aplicação da regra do aludido dispositivo da lei penal.

Precedente. Recurso extraordinário conhecido e provido para restabelecer-se a sentença de 1ª instância". (RE 114.179-4-SP, 1ª T., v.u., rel. Min. ALDIR PASSARINHO, DJU de 6.11.87, RT 627/375)."

Acerca da questão já posicionei-me no sentido de adotar a linha conceptiva, predominante na Suprema Corte, conforme se infere no voto que proferi ao julgar o REsp nº 44-SP, assim ementado:

PENAL. FURTO QUALIFICADO. PENA. SUBSTITUIÇÃO.

A substituição da pena, na forma prevista no § 2º, do art. 155, do CP, é aplicável ao furto simples (art. 155, *caput*), quando ocorrentes, especificamente, as circunstâncias ali previstas.

A faculdade não se estende ao furto qualificado (§ 4º, do art. 155), hipótese destes autos.

Jurisprudência do STJ.

Recurso especial conhecido e provido."

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para cassar a decisão recorrida e, em conseqüência, restabelecer a sentença de primeiro grau, em relação ao Réu João Roberto Marsal, determinando, ainda, que o Tribunal se pronuncie quanto à apelação de Carlos Antonio Mariano.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.081 — SP — (909294) — Rel.: Ministro William Patterson. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdos.: João Roberto Marsal e Carlos Antonio Mariano. Advs.: Drs. Orlando Calvielli e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento para cassar a decisão recorrida e, em conseqüência, restabelecer a sentença de primeiro grau em relação ao réu João Roberto Marsal, determinando ainda que o Tribunal se pronuncie quanto à apelação de Carlos Antonio Mariano (em 15.05.90 — 6ª Turma).

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

RECURSO ESPECIAL Nº 2.654 — SP
(Registro nº 90.30137)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Fenícia S/A Arrendamento Mercantil*

Recorrido: *Município de São Paulo*

Advogados: *Drs. José Carlos Graça Wagner e outros e Carlos
Oswaldo Teixeira do Amaral*

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉ-
BITO. CONTRIBUINTE. REPERCUSSÃO.**

**I — Comprovada a não repercussão do tributo, o
contribuinte de direito tem legitimidade para pleitear
a repetição.**

II — Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indica-
das:

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

Custas, como de lei.

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

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO
ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso
especial interposto por Fenícia S/A — Arrendamento Mercantil ao v.
acórdão do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que julgou
a recorrente carecedora do direito de ação a repetição do indébito rela-
tivo ao ISS.

O voto condutor às fls. 531 está posto nestes termos:

“Sustenta a apelante, em seu longo arrazoado, em suma, que “se houve restituição do imposto indevido, que tenha repercutido no preço, poderá haver um aumento de lucro, mas absolutamente legítimo e legal, podendo ser alcançado apenas pela incidência do imposto de renda”. E conclui: “Basta provar o pagamento indevido para se ter direito à devolução em favor de quem tenha sido o seu efetivo pagador, não em razão de repercussão econômica, mas de efetivo desembolso”.

Nada obstante o respeito que merece a tese defendida pelos ilustres patronos da recorrente, tenho que correto foi o entendimento da r. sentença recorrida.

Como deixou assentado o MM. Juiz o contribuinte de direito cobrou do contribuinte de fato, o valor do tributo, logo não lhe cabe o direito de repetir.

Nas razões do apelo foi dito que a questão até hoje vem sendo “atropelada” pela doutrina e pela jurisprudência.

Apesar do esforço do digno signatário das referidas razões para assim demonstrar, não me convenço que aquele apenas pagou o imposto e depois recuperou do contribuinte de fato o valor despendido, tenha legitimação para pleitear a repetição do pagamento que considera indevido.

A questão, ao contrário do que considera o apelante em seu recurso, está, a meu ver, corretamente posta na jurisprudência. A Súmula 546 do STF define que “cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo”.

Essa orientação jurisprudencial parece-me consentânea com o disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional, ainda que a apelante procure interpretar de forma diversa esse dispositivo legal.

Por isso, entendo que a sentença não merece qualquer crítica.”

No recurso extraordinário a recorrente apresentou em capítulo próprio a argüição de relevância, a qual fez processar o apelo extremo — fls. 548 e 570.

Na argüição a recorrente pede seja definido “com exatidão o alcance do disposto no artigo 166, do CTN”.

Afirma a recorrente que está legitimada para a ação porque provou o pagamento indevido do imposto, tendo direito à devolução em favor de

quem tenha sido o seu efetivo pagador, não em razão da repercussão econômica, mas sim do efetivo desembolso.

Processou-se regularmente o recurso.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso — fl. 616.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Sempre entendi, mesmo com o advento da Súmula 71, que os tributos indiretos não podem ser repetidos, mas após grandes estudos conclui que existem exceções nos casos em que o contribuinte de direito não recuperou do contribuinte de fato o *quantum* respectivo, ou seja, nos casos em que o contribuinte de direito comprova ter inexistido a repercussão tributária.

Portanto, diante desta prova de que não houve o repasse ou não houve a repercussão tributária é que admito a repetição dos tributos indiretos.

Neste caso, provado o não repasse ou a não repercussão do tributo ao terceiro ou consumidor final, o contribuinte de direito tem legitimidade para pleitear a repetição do indébito.

Nos presentes autos houve perícia para verificação dessa repercussão, quando a r. sentença de primeiro grau destacou o seguinte — fl. 477:

“As discriminações anexas aos contratos *ex vi* (fl. 275), colocam fora de qualquer dúvida que o ISS era cobrado da arrendatária havendo até mesmo discriminação.

As considerações feitas pela perícia em torno do que seja custo, preço e lucro, perdem qualquer sentido diante do que foi escrito no contrato e praticado pela autora, através do que não se pode chegar a outra conclusão que não seja a de não ter sido ela a pessoa que efetivamente sofreu a tributação, consistindo a prova mais evidente da separação entre o valor do preço e do tributo, o constante nos documentos por ela própria juntados e nos dizeres expressos do contrato.

Não será o simples fato de ser lícito à autora almejar lucro maior, que lhe conferirá legitimidade, para reclamar a repetição de tributo pago por outra pessoa, em que pese tenha sido ela a praticante do ato mecânico de levar o dinheiro ao cofre público.

De se recordar no caso dos autos o teor da Súmula nº 546, do Pretório Excelso:

“Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo.”

Ora, aqui o que se vê é que o contribuinte de direito cobrou do contribuinte de fato, o valor do tributo, logo, não lhe cabe o direito de repetir.

Se já mereceu crítica a vedação ao contribuinte do direito de repetir valor de tributo, quando não prove o consentimento do contribuinte de fato. Maior crítica haverá se receber a repetição por quem não desembolsou o valor do tributo. Pois a ninguém é dado vir a Juízo reclamar direito alheio (art. 6º, do CPC). Já se disse que o critério que considera o tributo em tal circunstância indireto, não seria jurídico. Ouso discordar, pois entendo, que se não é possível prestigiar a tributação “indevida”, também não se pode permitir a quem evidentemente não desembolsou o valor do tributo, vir a disputá-lo com o Fisco, que poderá ao depois vir a ser acionado por quem realmente o pagou e ter de tornar a devolver na hipótese de procedência. Trata-se de questão de legitimidade ativa para a ação e de interesse, inarredáveis, por maior que seja o esforço de interpretação.

O Código Tributário Nacional veio a disciplinar definitivamente a questão da repetição do indébito:

“Art. 166 — A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.”

A conclusão no caso dos autos deve voltar-se ao acolhimento da preliminar de carência da ação, por se encontrar expresso nos documentos juntados com a inicial, que o contribuinte de fato não foi a autora, mas sim os arrendatários, dos quais a mesma não tem autorização para repetir os valores por eles desembolsados, carecendo, pois, de interesse e legitimidade, para em seu próprio nome reclamar direito alheio.

Esta posição trago comigo desde os julgamentos do então TFR e a Súmula 546, do STF, representa esse pensar, na qual está *verbis*:

“CABE A RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO PAGO INDEVIDAMENTE, QUANDO RECONHECIDO POR DECISÃO QUE O CONTRIBUINTE DE *JURE* NÃO RECUPEROU DO CONTRIBUINTE DE *FACTO* O *QUANTUM* RESPECTIVO.”

Concluo, portanto, que a recorrente é parte ilegítima para pleitear a repetição do ISS.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 2.654 — SP — (9030137) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Fenícia S/A — Arrendamento Mercantil. Recorrido: Município de São Paulo. Advogados: Drs. José Carlos Graça Wagner e outros e Carlos Oswaldo Teixeira do Amaral.

Decisão: Por unanimidade, negou-se provimento ao recurso (em 05.11.90 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Geraldo Sobral, José de Jesus, Garcia Vieira e Armando Rollemberg. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.229 — RJ

(Registro nº 90.4792-7)

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

Relator p/Acórdão: *O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Rede Ferroviária Federal S/A*

Recorrido: *Guilherme Evaldo da Silva*

Advogados: *Antônio Carlos Tavares de Oliveira e outros e Marco Aurélio Monteiro de Barros e outros, Aquiles da Conceição Silva Dias*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL E DANO PATRIMONIAL. CUMULAÇÃO. DISSÍDIO. RECURSO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO.

É acumulável a indenização por dano moral com a indenização por dano patrimonial.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas não 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, pelo dissídio, e, por maioria, negar-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, 10 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator p/acórdão.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: A controvérsia está sumariada pelo eminente Juiz Barros Perlingeiro nestes termos (fls. 275):

“Trata-se de Embargos Infringentes no Acórdão da Segunda Câmara que, por maioria de votos, deu provimento à primeira Apelação para reformar a decisão do Juízo da 25ª Vara Cível desta Comarca, julgando improcedente a ação.

Apoiou-se o Embargante no voto vencido do Eminentíssimo Juiz PAULO SÉRGIO FABIÃO que dava provimento ao segundo apelo para julgar procedente o pedido, com reconhecimento exclusivo da culpa da Ré, nos valores pactuados na inicial, fixando dano moral em 50 OTN's, custas e honorários de 10% (dez por cento) sobre a soma das prestações vencidas e uma anuidade das vindendas. Alega em suas razões o dever da ferrovia na manutenção de sistema eficaz de segurança, e a inexistência dessas medidas basta para caracterizar a responsabilidade da Rede Ferroviária Federal, não havendo *in casu* a concorrência de culpa. Não pode se afigurar do mesmo modo, a culpa dos pais do

menor, de pouca idade, em decorrência do citado acidente, e sim, da Rede, que não cercou a linha férrea, tomando as devidas cautelas com o trânsito de pedestre sobre a linha férrea.”

Acrescento que o Quarto Grupo de Câmaras do Colendo Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, por maioria de votos, acolheu “os embargos, nos termos do voto vencido, considerando, porém, o dano estético como absorvido pelo dano moral concedido, vencido, em parte, o Dr. Juiz Semy Glanz que, também, concedia o dano estético.” (fls. 280/283).

Inconformada, interpôs a embargante Recurso Extraordinário, com a arguição de relevância, com base no art. 119, III, *a* e *d*, da Constituição precedente, no qual sustenta negativa de vigência dos artigos 384, do Código Civil, 333, I, do CPC, 10 e 70, § 1º, do Decreto nº 2.089/63, bem como, divergência jurisprudencial (fls. 286/296).

Impugnado, o nobre Presidente, após converter o Extraordinário em Recurso Especial (art. 105, III, *a* e *c*, da Carta Magna vigente) o inadmitiu. Quanto à arguição, julgou-a prejudicada, por não mais contemplada na nova Constituição, todavia, permanecendo as razões nela deduzidas quanto à matéria infraconstitucional (fls. 308/309).

Dessa decisão agravou de instrumento a recorrente; vindo-me os autos conclusos, exarei, então, despacho, determinando a subida do Especial, com razões e contra-razões, para melhor exame (fls. 56 — Ag nº 1.123-RJ — em apenso).

Devidamente processado, subiram os autos a este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento do recurso, dando-lhe parcial provimento, para o fim de excluir-se da condenação o pagamento de dano moral, do 13º salário, de correção monetária para a pensão alimentar fixada em salário mínimo, e para considerar-se como termo *a quo* dos juros a citação inicial. (fls. 343/345).

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O Recurso Especial, em que se convertera o Extraordinário, foi processado face à decisão que proferi, por despacho, determinando a subida dos autos para melhor exame (fls. 56 — Agravo nº 1.123-RJ — em apenso).

O nobre Dr. Juiz Paulo Sérgio Fabião, em voto vencido, proferido no Acórdão embargado, asseverou (fls. 244):

“Concluiu o acórdão pela improcedência do pedido, fundamentado na negligência dos pais do dever de vigilância a que estão obrigados, decorrente do pátrio-poder (Cf. fls. 241, *in fine*).

Admitindo-se que os pais tenham concorrido culposamente para o dano, haveria mais de um ofensor, circunstâncias que gerariam a solidariedade prevista no art. 1.518, parte final, do Código Civil, ficando todos os autores da ofensa responsáveis pela reparação do dano.

Há, *in casu*, total impossibilidade jurídica de induzir-se a concorrência de culpas previstas nos artigos 1.518, parágrafo único, e 1.521, I, do Código Civil, pelo fato de os pais do menor vítima não figurarem no pólo passivo da relação jurídico-processual.

Indiscutível a responsabilidade aquiliana da ré uma vez que o local do acidente era desprovido de instalações ou de vigilância ferroviária de segurança para transeuntes (Cf. fls. 13/24), contrariando, assim, as disposições do Regulamento para as Estradas de Ferro (Cf. Dec. nº 2.089, de 18 de janeiro de 1963), substanciadas nos artigos 25 e 26.

Ainda que se pudesse admitir, tão-somente para argumentar, haver culpa concorrente, a da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A é **anterior** a dos pais, motivo pelo qual faz desaparecer a destes.

Com tais considerações é que dei provimento ao segundo apelo para julgar procedente o pedido, reconhecendo a culpa exclusiva da ré, com os quantitativos postulados na inicial, fixando o dano moral em 50 (cinquenta) OTN's, custas e honorários de 10% sobre a soma das prestações vencidas e uma anuidade das vincendas.”

Quanto à alegada ofensa aos artigos 10 e 70, do Decreto nº 2.089/63, não se configura, eis que a decisão recorrida, diante das circunstâncias e das provas dos fatos trazidos aos autos, deu correta aplicação à lei e, aqui, não cabe reapreciá-la, a teor do enunciado da Súmula nº 7, deste Egrégio Superior Tribunal.

No que pertine à negativa de vigência dos artigos 384, do Código Civil, e 330, I, do CPC, por igual, não ocorreu, uma vez que não foram eles sequer mencionados ou discutidos, nem suprida a omissão através dos embargos declaratórios (Súmulas nºs 282 e 356, do STF).

Referente ao dissídio, resultou demonstrado. E, assim, examino o recurso pela letra c, do permissivo constitucional.

Em verdade, nesta Egrégia Corte, consolidou-se o entendimento segundo o qual é incabível a inclusão de verba autônoma para o dano moral, cumulativamente com o dano material. Excepciona-se, apenas, nos casos em que não havia possibilidade, por falta de elementos, para se apurar os ganhos da vítima, quando se tratasse de menor sem remuneração. O que, convencionalmente, se denominou de *pretium doloris* concretizando-se em percentual fixo do salário mínimo, que corresponderia à parcela pecuniária presumível, com que o menor pudesse contribuir para a economia do lar, dentro das famílias mais necessitadas. Nesse mesmo sentido, confira-se o Acórdão proferido quando do julgamento do REsp nº 1.974-RJ, relator Sr. Ministro Gueiros Leite — DJ de 14.9.90, cujo ementa está, assim posta:

“ACIDENTE FERROVIÁRIO. DANO MORAL.

Não cabe a inclusão de verba autônoma para o dano moral cumulativamente com o dano material, exceto nos casos em que a vítima é menor e sem ganhos, quando então o preço da dor concretiza-se em percentual fixo correspondente à parcela pecuniária presumível, como se a vítima pudesse contribuir para a economia doméstica, no seio das famílias menos favorecidas.

Recurso não conhecido.”

Tocante ao 13º salário, não assiste razão ao recorrente. Trata-se de uma gratificação instituída por lei e definida como salário, concedida ao trabalhador no cômputo à base de 1/12 avos da remuneração de dezembro, por mês de serviço, deferida, também, aos aposentados e pensionistas (REsp nº 1.153-RJ, relator Sr. Ministro Gueiros Leite — DJ 19.2.90).

Por igual, incabível a atualização do salário mínimo, já que este se altera quando há desvalorização da moeda. Sua incidência implicaria em se estabelecer correção sobre correção.

Quanto aos juros, consolidou-se na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o entendimento segundo o qual estes contam-se, como ordinários ou simples e não como compostos, a partir da citação inicial (art. 1.536, § 2º, do Código Civil) consoante Acórdão prolatado no REsp nº 1.761-SP, relator Sr. Ministro Nilson Naves (DJ 6.8.90). No mesmo sentido, REsp nº 2.067-SP (DJ de 4.6.90), com a ressalva de meu entendimento de contá-lo a partir do evento, eis que proveniente de ato ilícito.

Conheço, pois, do recurso pelo dissídio e dou-lhe provimento parcial para, reformando o Acórdão recorrido, excluir da condenação o

pagamento do dano moral, da correção monetária sobre a pensão fixada, com base no salário-mínimo, bem como, determinar que os juros sejam computados a partir do evento.

É como voto.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: A idéia de que o dano simplesmente moral não é indenizável pertence ao passado.

Na verdade, após muita discussão e resistência, acabou impondo-se o princípio da reparabilidade do dano moral.

Quer por ter a indenização a dupla função reparatória e penalizante, quer por não se encontrar nenhuma restrição na legislação privada vigente em nosso País. Ao contrário, nos dias atuais, destacáveis são os comandos constitucionais quanto ao agravo através dos meios de comunicação e a violação da intimidade, respectivamente estabelecidos nos incisos V e X, do art. 5º da Constituição da República, *in verbis*:

“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material, ou moral decorrentes de sua violação”.

O nosso envelhecido Código Civil de 1916, aliás, em seu conhecido art. 159, já não estabelecia limitação à obrigação de indenizar ante a violação de qualquer direito admitindo, em seu art. 76, o interesse meramente moral para a propositura da ação. A propósito, Clóvis Bevilacqua, intérprete de justo prestígio da lei civil brasileira, lecionava: “Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprime em dinheiro. É por mera necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e, não raro, grosseiros, que o Direito se vê forçado a aceitar que se computem em dinheiro o interesse de afeição e outros interesses maiores” (“Código Civil Comentado”, vol. 1, comentários ao art. 76).

Vitoriosa, assim, na doutrina e no direito positivo, bem como na jurisprudência, é a tese do ressarcimento do dano moral.

Persistem, porém, no âmago da questão, algumas controvérsias, tais como, na hipótese de homicídio, saber-se se o dano moral está afastado, assim como, a respeito da liquidação do dano, e finalmente, se a indenização do dano moral é absorvida pela reparação do dano material.

Tenho para mim, *concessa venia*, não terem respaldo legal quaisquer restrições ou limitações ao ressarcimento moral, seja qual for a espécie de dano, serem ou não cumulativas as indenizações.

Se a vítima sofre dano de ordem moral e dano de natureza material, não vejo razão para a absorção daquele por este. O ressarcimento dos prejuízos dever ser o mais amplo e perfeito possível. Este é o princípio e se apenas parte dos danos é indenizável, a solução não terá sido justa.

Carlos Alberto Bittar, em monografia atual sobre responsabilidade civil é categórico:

“Também são cumuláveis os pedidos de indenização por danos patrimoniais e morais, observadas as regras próprias para o respectivo cálculo em concreto, cumprindo-se frisar que os primeiros se revestem de caráter ressarcitório, e os segundos, reparatórios, de sorte que insistimos na necessidade de, quanto a estes, na respectiva fixação, adotar-se fórmulas que venham a inibir novas práticas atentatórias à personalidade humana, para cuja defesa se erigiu a teoria do dano moral, que vem sendo aplicada, ora com tranqüilidade, nos tribunais do país.” (“Responsabilidade Civil, Teoria e Prática”, Rio, Forense Universitária, 1989, pág. 90).

Diante do exposto, conheço do recurso, pelo dissídio, mas para negar-lhe provimento.

VOTO (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: No caso presente, mantenho-me ainda fiel ao meu ponto de vista pessoal, que deduzi no REsp nº 4.236. Com a vênua devida ao Sr. Ministro Cláudio Santos, acompanho o voto do Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.229 — RJ — (90.4792-7) — Relator: O Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Relator para acórdão: o Sr. Ministro Cláudio Santos. Recorrente: Rede Ferroviária Federal S/A. Recorrido: Guilherme Evaldo da Silva. Advogados: Antônio Carlos Tavares de Oliveira e outros e Marco Aurélio Monteiro de Barros e outros, Aquiles da Conceição Silva Dias.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pelo dissídio, e, por maioria, negou-lhe provimento (em 10/06/91 — 3ª Turma).

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 3.804 — RJ
(Registro nº 90.0006136-9)

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

Recorrente: *Jonas Gomes de Souza Filho*

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

EMENTA: PENAL. CONTRAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONFISCO.

Ressalta do artigo primeiro da Lei das Contravenções Penais a possibilidade de confisco da arma de fogo, inexistindo, nessa lei, disposição sobre os efeitos da condenação.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Armado com um revólver que lhe foi dado por um dos moradores, Jonas Gomes de Souza

Filho, 22 anos, exercendo o serviço de vigia em vários prédios, fez ver a um dos motoristas de uma empresa de terraplanagem, cujos caminhões passavam constantemente fechando o tempo com poeira insuportável, que aquela movimentação iria ter um fim.

O motorista passou a estória à empresa, que passou à Polícia, que chegando à Rua Herculano Aquino, em Campos, Rio de Janeiro, prendeu o vigia em flagrante e lhe apreendeu a arma.

Jonas Gomes de Souza Filho foi condenado por porte ilegal de arma à pena de 10 dias-multa no valor de 1/30 do salário vigente à época do fato (fls. 28).

O Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro negou provimento à apelação em decisão mantida no julgamento de embargos infringentes afinal rejeitados (fls. 85). No seu Recurso Especial o Réu alega negativa de vigência aos arts. 118 e seguintes e 122 do CPP e 91, II do CP, além de dissídio jurisprudencial com as decisões que transcreve às fls. 97/98.

Admitido o recurso — fls. 103.

O parecer do Ministério Público, lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pelo improvimento do recurso.

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, sustenta o Recorrente a impossibilidade de, em contravenção, haver confisco, pois o CP, art. 91, II, cuida de crime.

Ressalta da Lei das Contravenções Penais, art. 1º, a solução da espécie.

Diz o citado artigo:

“Aplicam-se às contravenções as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo contrário.”

Naquela lei inexistente disposição sobre os efeitos da condenação.

Havendo, porém, dissídio caracterizado, conheço do recurso pela letra c do permissivo constitucional, negando-lhe provimento no mérito.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.804 — RJ — (90.0006136-9) — Relator: Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Jonas Gomes de Souza Filho. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: A Turma por unanimidade, reconheceu do recurso, mas lhe negou provimento.

Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator, os Srs. Ministros José Dantas, Costa Lima e Assis Toledo. Ausente do Sr. Ministro Flaquez Scartezini.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 3.941 — SP (Registro nº 90.0006466-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter*

Recorrente: *Encol S.A. — Engenharia, Comércio e Indústria*

Recorridos: *Izilda Mendes Paulo de Freitas e outro*

Advogados: *Drs. Cláudio Manoel Alves e outro e Nanci Gama e outros*

EMENTA: CIVIL — IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO — COMPRA E VENDA — PAGAMENTO — INDEXAÇÃO DO VALOR — NORMA DE ORDEM PÚBLICA.

I — Na venda de imóvel em construção, bem como nos negócios jurídicos em geral ou contratos no valor da prestação, cabe a incidência da correção monetária para evitar a corrosão da moeda.

II — A norma que impõe tal indexação monetária, sendo de ordem pública, como aliás é toda e qualquer legislação que disciplina a ordem econômica, tais as que estabelecem o plano econômico do governo, por ser também dirigista, aplica-se imediatamente, sem que possa ser paralisada pela invocação de supostos direitos adquiridos.

III — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 04 de setembro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: ENCOL S/A — Engenharia, Comércio e Indústria, intenta o Especial (art. 105, III, *a*) de fls. 99, por entender que o acórdão de fls. 72 ao dar provimento à apelação de Izilda Mendes Paulo de Freitas e outro (ora requeridos) teria violado o art. 14 do Decreto-lei nº 2.335/87, bem como o art. 6º da LICC e as normas do Decreto-lei nº 2.290/86.

Trata-se de ação de consignação em pagamento (contrato particular de compra e venda, tendo por fim a aquisição de imóvel em construção). A ação foi ajuizada porque, contra a insurgência da ré, ora recorrente, os autores pretendem pagar a prestação devida, calculada na forma prevista no Decreto-lei nº 2.335/87.

No exame de admissibilidade, o despacho do eminente 4º Vice-Presidente do Tribunal, atento a que “Quando a interposição de recurso extraordinário ventila relevantes teses de direito, sobre as quais ainda não há jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, recomenda-se a tolerância na admissão para melhor exame de matéria.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator): O acórdão recorrido (fls. 73) decidiu a controvérsia demonstrando que “quer se trate de venda de bens para entrega futura (ainda que de imó-

vel em construção), quer se trate de contrato “cujo objeto seja a realização de obras (apartamento em edifício ainda em construção), é aplicável o Decreto-lei 2.335/87, porque qualquer das situações se enquadra perfeitamente na norma genérica do referido artigo 1º”.

Nesse sentido o julgado bem decidiu a espécie, eis que o indigitado Decreto-lei além de conter normas genéricas é de aplicação imediata porque de ordem pública, já que se trata de programação de plano econômico.

Lei dessa natureza, com esse conteúdo, já foi apreciada por este Supremo Tribunal de Justiça, em precedente (REsp 1.816-SP, julgamento de 06.03.90), em voto, cujo Relator, o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, assim se manifestou:

“Sendo o Decreto-lei nº 2.322/87 norma de ordem pública, de conteúdo eminentemente econômico, imediata seria sua aplicação.

A propósito, leciona Paul Roubier que as leis monetárias incidem sobre os contratos vigentes, acentuando:

“Et précisément, si elle a effet dans les contrats en cours, c'est parce qu'elle n'est pas une loi relative à une situation contractuelle, mas une loi relative à un statut légal, le statut de la monnaie; la loi, considérée comme loi de droit public, atteint aussi bien dans leur contrats qu'en dehors de tout contrat.” (“Le Droit Transitoire”, Dalloz et Sirey, 2ª ed., Paris, 1960, pág. 426).

Com suporte nessa obra clássica de direito transitório, Orlando Gomes sustenta, por igual modo, a aplicação imediata da lei nova de caráter econômico aos contratos em curso, afirmando:

“... tal como sucede com as leis clássicas de ordem pública, as disposições normativas impugnadas de espírito de ordem pública, notadamente dirigista, aplicam-se imediatamente, sem que possam ser paralisadas pela invocação de supostos direitos adquiridos. Assim o contrato não lhe deve ser contrário ou discrepante, quer na sua formação, quer quando produz seus efeitos.

As cláusulas discordantes do mandato legal são substituídas automaticamente pelas disposições normativas.”

E, adiante, arremata seu pensamento:

“Largo domínio da atividade contratual acha-se sob o protetorado ao direito econômico, exercido através de leis e regulamentos que estreitam cada vez mais a esfera da auto-

nomia privada, como sucede com a relação de trabalho e a relação de inquilinato, dentre outros. Diz-se que o contrato se objetiva. Ora, o estatuto legal dessas relações jurídicas impõem-se em cláusulas que perderam a contratualidade, subtraídas, como foram, à liberdade de estipulação.” (“Questões de Direito Civil”, 5ª edição, Saraiva, 1988, pág. 358).

Também a jurisprudência tem se inclinado no sentido da imediata aplicação da norma de ordem pública, notadamente as de caráter econômico (ou de “ordem pública de direção”, consoante lição de Farjat, citado por Orlando Gomes na obra referida) e conforme se verifica de recentes decisões desta Corte (cfr. REsp’s 03, 29, 557, 602, 667, 692, 815, 819, 1.287, 1.290).”

Tais os fundamentos pelos quais não conheço do recurso pela letra *a* do permissivo constitucional.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 3.941 — SP — (900006466-0) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Encol S/A — Engenharia, Comércio e Indústria. Recdos.: Izilda Mendes Paulo de Freitas e outro. Advs.: Cláudio Manoel Alves e outro e Nanci Gama e outros.

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

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

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro GUEIROS LEITE.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.312 — PR (Registro nº 90.0007408-8)

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

Recorrente: *Hélio de Oliveira*

Recorridos: *Júlio Edson Lagini e cônjuge*

Advogados: *Moacyr Correa Filho e outro*

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. PROVA. ART. 214 do CP. VÍTIMA MENOR. NULIDADE. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTO.

A nulidade, no caso, haveria de ser argüida no prazo legal, sob pena de convalidação do ato, este que contou, até, com a aquiescência da defesa (arts. 500, 571, II, e 572, do CPP).

Impossibilidade de reexame da prova, disfarçada de valoração dela, na via especial.

Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quinta 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, 24 de outubro de 1990 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: A ementa do acórdão atacado é a seguinte:

“APELAÇÃO CRIME — Art. 214, do CP — Delito configurado.

Conhecimento do recurso, pois, embora determinado o regime fechado para cumprimento inicial da pena, o Dr. Juiz *a quo* não se manifestou sobre a faculdade do Réu poder ou não apelar em liberdade. Demais, recebendo o recurso, implícito está que o magistrado tacitamente concordou com o pálio de sombreamento protetor do art. 594, do CPP.

Preliminar de nulidade rejeitada, porquanto apresentada a destempo.

Garoto, com nove anos de idade, constrangido pelo Réu a cópula anal. Decisão amplamente embasada na prova concludente do processo, da qual exsurge declaração coerente do menor ofendido, em precisa consonância com a evidência pericial e demais elementos constantes dos autos.

Pretensão alternativa de regime aberto para cumprimento inicial da pena inacolhida, por evidenciado, nos autos, que o Réu demonstra desvio de comportamento moral, insensibilidade e perversão, circunstâncias denunciadoras de periculosidade.

Apelo improvido.”

A preliminar referida diz respeito à ratificação de depoimentos anulados, tida pelo acórdão por pouco recomendável, mas sanada a nulidade pela aquiescência do Defensor — art. 571, II, do CPP (fls. 252).

No seu recurso especial, o Réu Hélio de Oliveira, brasileiro, solteiro, radialista, afirma negativa de vigência aos arts. 33, §§ 1º e 2º, c, e 59 do CP e 110 da LEP, além de dissídio jurisprudencial com os acórdãos transcritos às fls. 263/264 e 269/271. Alega ausência de elementos nos autos que conduzam à pecha de alta periculosidade de que seria portador o Recorrente.

Os acórdãos citados como divergentes dizem da imprestabilidade de depoimento da mãe do menor como elemento embasador de um decreto condenatório e, também, das testemunhas infantis, quando há suspeita de indução por terceiro, além da prova referencial.

Recurso admitido — fls. 279/280.

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

Relatei.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, não enxergo nulidade na ratificação em comento, porque a defesa estava presente, aquiesceu com o ato não o impugnando no momento próprio (art. 500, c/c art. 571, II, e 572, do CPP). Imprestável, pois, tal fato para caracterizar ofensa ao princípio do contraditório e, também, a divergência com o acórdão transcrito às fls. 264.

Quanto à ausência de prova suficiente ao decreto condenatório, embora afirme pretender apenas valoração da mesma, o Recorrente, às

claras, adentra-lhes o mérito, o reexame detalhado, o que é vedado na via especial (S. 279-STF).

Não conheço, pois, do recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.312 — PR — (90.0007408-8) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal. Recorrente: Hélio de Oliveira. Recorridos: Júlio Edson Lagini e cônjuge. Advogados: Moacyr Correa Filho e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 24/10/90 — 5ª Turma).

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

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



RECURSO ESPECIAL Nº 4.589 — PR (Registro nº 90.0007987-0)

Relator: *O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrente: *Ind. João José Zattar S/A*

Recorrido: *Beneficiamento Santo André Ltda.*

Interessados: *Maria Francisca de Almeida — Espólio, e outros*

Advogados: *Kiyossi Kanayama e outro, Sonny Brasil de Campos Guimarães e outros*

EMENTA: DENUNCIÇÃO DA LIDE. MANDATO IN REN PROPRIAM. RESPONSABILIDADE DOS MANDATÁRIOS PELOS RISCOS DA EVICÇÃO.

É questão federal, para efeito de cabimento do recurso especial, o concernente à qualificação jurídica do contrato, à 'natureza jurídica' de documento. É mandato em causa própria, e não simplesmente *ad negotia*, aquele em que o mandante confere poderes para alienar imóvel, declara o recebimento do preço, isenta de prestações de contas, passando assim o

procurador a agir realmente em seu próprio interesse e por conta própria.

Configuração do mandato em causa própria como negócio oneroso, com transmissão da posse e conseqüente responsabilidade do transmitente pelos riscos da evicção. Artigos 70, I, do Código de Processo Civil, e 1.107 e 1.073 do Código Civil.

Admissibilidade da denunciação 'coletiva', com chamamento *conjunto*, e não 'sucessivo', dos vários antecessores na cadeia de proprietários ou possuidores.

Recurso especial conhecido pela alínea *a* 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 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 e Barros Monteiro.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente em exercício e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Cuida-se de ação de reivindicação aforada por BENEFICIAMENTO SANTO ANDRÉ LTDA. contra INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR. A ré denunciou terceiros à lide buscando forrar-se dos riscos de evicção decorrente de alienações anteriores. Em decisão de saneamento, o juízo monocrático julgou extintas as denunciações à lide, excluindo da demanda, portanto, todos os denunciados. A egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, apreciando tal questão, negou provimento ao agravo manifestado pela denunciante.

Irresignada, manejou a ré recurso extraordinário, com arguição de relevância, aos 8 de fevereiro de 1989, invocando o art. 105, III, letras *a* e *c*, da Constituição Federal, alegando negativa de vigência aos artigos

70, I e III, 463, 464 e 535, do CPC, e 1.107, 1.300, 1.307, 1.317, 1.073 e 1.078, do CC, além de dissídio com arestos do Pretório Excelso. Sustenta, em síntese, que a herdeira MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA teria outorgado dois mandatos por instrumento público, lavrados respectivamente em 22 de setembro de 1954 e 29 de dezembro de 1955, sempre ao mesmo procurador, e que este último mandato o eximia de qualquer obrigação de prestação de contas, posto que a anterior procuração já tinha declarado o recebimento pelo mandatário do preço devido. A decisão que cancelou a denúncia da lide afastou a possibilidade de comprovar que a procuração datada de 29 de setembro de 1955, vale dizer, a segunda, importava em mandato *in rem suam*, respondendo portanto o mandatário pelos riscos da evicção (fls. 267/281).

Convertido o recurso no tribunal de origem, admitiu-o o eminente Presidente do Tribunal (fls. 292/294).

Em contradição, a autora recorrida sustenta o acerto do v. aresto, arguindo, *verbis*:

“Por derradeiro, também o Espólio de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA não pode responder pela evicção, posto que a mesma não alienou nem cedeu direitos referentes ao imóvel à Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, limitando-se a outorgar uma procuração para BRASILINO ANTUNES DE MORAES negociar o imóvel (fls. 93), de modo que Requerida, através o substabelecimento desse instrumento, foi constituída procuradora *ad negotia* de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, não tendo tido esse instrumento o condão de transferir-lhe o domínio ou mesmo direitos sobre o imóvel em questão.”

Sustentou, em resumo, ser em vão o esforço da recorrente no tentar provar que o mandato outorgado aos 29 de setembro de 1955 seria em causa própria, ao revés de *ad negotia*, pois aquele mandato não contém **preço** e **consentimento**. Ademais, o outorgante havia falecido em 24 de maio de 1956, resultando a extinção do mandato. E somente após mais de 10 anos teria sido objeto de um substabelecimento, atribuindo à recorrida, como cessionária, os direitos relativos àquele imóvel (fls. 317/324).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator): 1. O MM. juiz excluiu da relação processual os denunciados, sob os seguintes argumentos, em decisão de saneamento:

“Ao que se vê dos autos, o título de domínio no qual se louva a Autora para articular o seu pedido teve origem de uma procuração em causa própria outorgada a BRASILINO ANTUNES DE MORAES por MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, então proprietária do imóvel em questão, mediante a qual esta outorgou àquele poderes gerais relativos ao imóvel objeto da ação (fls. 112/113).

Já os direitos sobre o imóvel que a Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A diz possuir partiram de outra procuração outorgada por MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA ao mesmo BRASILINO ANTUNES DE MORAES, com a diferença que esta procuração não conteve a cláusula “em causa própria”, o que significa que o outorgado desse instrumento, lavrado em 29 de dezembro de 1955, BRASILINO ANTUNES DE MORAES, bem como os sucessivos substabelecidos, MOISÉS CONRADO e ATÍLIO MOREIRA, todos denunciados, não participaram desse negócio como titulares de direitos sobre o imóvel, mas sim como meros mandatários, agindo, portanto, em nome da outorgante MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA.

Quanto aos denunciados RAMIRO PROCÓPIO DE SIQUEIRA e sua mulher, também não podem responder pela evicção, tendo em vista que não cedeu, o varão, ao Requerido LUIZ AUGUSTO PEREIRA DE ARAÚJO, direitos específicos sobre o imóvel reivindicando, mas apenas “direitos hereditários” referentes ao espólio de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, de cuja cessão não figurou expressamente o imóvel objeto do presente litígio, mesmo porque fora alienado por MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, através da procuração em causa própria outorgada em 22 de setembro de 1954 a BRASILINO ANTUNES DE MORAES.

Por derradeiro, também o espólio de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA não pode responder pela evicção, posto que a mesma não alienou nem cedeu direitos referentes ao imóvel à Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, limitando-se a outorgar uma procuração para BRASILINO ANTUNES DE MORAES negociar o imóvel (fls. 93), de modo que a Requerida, através do substabelecimento desse instrumento, foi constituída procuradora *ad negotia* de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, não tendo tido esse instrumento o condão de transferir-lhe o domínio ou mesmo direitos sobre o imóvel em questão” (fls. 144 v.).

A ré e denunciante INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A manifestou agravo de instrumento, para que fossem mantidos na relação pro-

cessual os denunciados ESPÓLIO DE MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, BRASILINO ANTUNES DE MORAES e sua mulher, MOISÉS CONRADO e sua mulher e o ESPÓLIO DE ATÍLIO MOREIRA.

A agravante buscou sintetizar os acontecimentos ligados à lide, e o faz referindo que, sendo proprietária do imóvel litigioso, MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA outorgou em **22 de setembro de 1954**, mediante público instrumento, mandato de **causa própria** ao agravado BRASILINO, para alienar ou onerar a referida gleba (fls. 29/30). E prossegue:

“Posteriormente, em 29 de dezembro de 1955, a citada Maria Francisca de Almeida conferiu, por escritura pública, mandato ao mesmo agravado Brasilino Antunes de Moraes, para alienar a mesma área de terras, isentando o procurador de futura prestação de contas porque dela já recebera o preço total do imóvel, dando-se por paga e satisfeita, e revogando expressamente os mandatos anteriormente outorgados (doc. nº 04), procuração essa que, consoante pacífica doutrina e jurisprudência, consubstancia inegável mandato em causa própria, além de ser irrevogável por constituir condição de um contrato bilateral.

Valendo-se dos expressos poderes para substabelecer esse mandato de 29 de dezembro de 1955, o agravado Brasilino Antunes de Moraes substabeleceu-o, sem reserva, em 28 de outubro de 1966, ao agravado Moisés Conrado (doc. nº 04), assim manifestando implicitamente a aceitação desse mandato e concordância com a revogação da procuração de 22 de setembro de 1954.

O agravado Moisés Conrado, em nome de Maria Francisca de Almeida, de que era procurador substabelecido, outorgou, em 31 de outubro de 1966, ao agravado Atílio Moreira, escritura pública de cessão de todos os direitos, vantagens e obrigações pertinentes à aludida área de terras (doc. nº 5), os quais, por escritura de 04 de julho de 1968, foram cedidos por Atílio Moreira e sua mulher à ora agravante Indústrias João José Zattar S/A (doc. nº 06).” (fls. 05/06).

A eg. 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento ao agravo, sob os fundamentos que seguem:

“Os denunciados foram bem excluídos da lide e isto porque, efetivamente, são partes ilegítimas para figurar na relação processual e responder pela evicção, vez que agiram sempre na qualidade de procuradores *ad negotia* da proprietária da área objeto do litígio, Maria Francisca de Almeida, tudo conforme depreende-se da procuração e substabelecimentos juntos nos

autos, e não tendo eles participado do negócio feito com a Agravante na condição de detentores de direitos sobre o imóvel, evidentemente não podem responder por qualquer risco ou ação decorrente da venda realizada. E nem mesmo o Espólio da falecida Maria Francisca de Almeida pode ser denunciado, visto que esta enquanto viva, conforme bem salientou o Magistrado *a quo*, “não alienou nem cedeu direitos referentes ao imóvel à Requerida INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, limitando-se a outorgar uma procuração para BRASILINO ANTUNES DE MORAES negociar o imóvel (fls. 93), de modo que a Requerida, através do substabelecimento desse instrumento, foi constituída procuradora *ad negotia* de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, não tendo tido esse instrumento o condão de transferir-lhe o domínio ou mesmo direitos sobre o imóvel” (fls. 144 — verso — TJ).” (fls. 251)

2. Manifestado recurso extraordinário, anteriormente à instalação deste STJ, o mesmo foi convertido na origem em recurso especial (fls. 290), e admitido pelo eminente Presidente do tribunal *a quo*, com a motivação seguinte:

“Como se pode facilmente constatar do caso vertente, todas as questões suscitadas dependem de prévia qualificação jurídica das procurações outorgadas por Maria Francisca de Almeida a Brasilino Antunes de Moraes, mormente daquela datada de 29 de dezembro de 1955 (cópia às fls. 31/32).

Tal mandato reúne, efetivamente, todas as características de uma procuração em causa própria, a qual, conforme lição de Clóvis Beviláqua, é exercida pelo mandatário em seu próprio interesse, não tendo ele que prestar contas de sua gestão: seus poderes são ilimitados. Segundo Washington de Barros Monteiro, tal outorga equivalerá à venda ou cessão, sempre que contiver, também, os seguintes requisitos, *res, pretium et consensus* (*in* “Curso de Direito Civil”, vol. V, p. 271).

Ao atribuir-se tal natureza ao referido documento, seria igualmente de se ter como admissível a alegação de negativa de vigência ao artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil, que estende a denunciação da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.” O insigne professor Celso Agrícola Barbi entende não haver razão para limitar o chamamento ao caso de evicção, que seria apenas: “uma das hipóteses em que existe o direito de exigir indenização por prejuízo decorrente da perda de um direito havido de outrem”. Lembra este autor “o

caso do concessionário de crédito, que tem direito de regresso contra o cedente, se o crédito não existir, nada mais razoável e prático do que chamar à lide o cedente, para que este fique sujeito aos efeitos daquela, se houver insucesso na demanda contra o devedor do crédito” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. I, tomo II, p. 342).

Por tudo isso, acredito que a espécie não esbarra nos limites impostos pela Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, e reveste-se de juridicidade suficiente para alcançar a instância especial e ser objeto do exame de qualidade do colendo Superior Tribunal de Justiça” (fls. 293/294).

Ao argüir a relevância de questões federais, quando da interposição do então recurso extraordinário, a recorrente afirmou a ocorrência de pelo menos três questões federais, a saber:

“a) se, em face dos artigos 1.107 e 1.317, I, do Código Civil, o procurador em causa própria responde pela evicção; por assumir ele a qualidade de alienante, ou continuará o mandante obrigado a resguardar o adquirente dos riscos da evicção;

b) se, em virtude dos artigos 1.300, 1.307 e 1.317, II, do Código Civil, o procurador *ad negotia*, que se houver com culpa na execução do mandato, responde pela evicção, ou regressivamente, pelas perdas e danos.

c) se, em vista dos artigos 1.073 e 1.078 do Código Civil, o cedente de direitos responde pela evicção, por equiparar-se o alienante, ou simplesmente satisfaz perdas e danos (C. Civil, art. 158), se o cessionário vier a ser privado judicialmente do bem, ou direito cedido” (fls. 275).

3. Conheço do recurso extremo, eis que a controvérsia trazida à Superior Instância não se limita à mera interpretação de cláusula contratual, defesa em sede de recurso especial, mas sim implica na **qualificação jurídica** dos instrumentos de mandato outorgados a BRASÍLIO pela extinta MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, respectivamente em 22 de setembro de 1954 e em 29 de dezembro de 1955. Assim decidiu esta 4ª Turma no REsp nº 444, na linha da orientação do Excelso Pretório nos ERE nº 77.539 (RTJ 74/144), julgados sob a ementa seguinte:

“Mandato. Questão de direito.

Se o acórdão reconheceu a existência evidente de um mandato, negado pela instância local, e atribuiu-lhe os efeitos da lei, decidiu então sobre a qualificação jurídica do ato, o que é questão de Direito, e não de fato.”

Da primeira procuração (fls. 29) consta expressamente cuidar-se de mandato “em causa própria” para alienar inclusive a gleba reivindicada, com cláusula de irrevogabilidade, isenção de prestação de contas e declaração do recebimento, pela mandante, da quantia de Cr\$ 250.000,00, pela qual deu a outorgante ao outorgado “plena quitação, inclusive com revogação de anteriores escrituras de testamento” com relação ao imóvel objeto desta transação”, respondendo ainda a outorgante pela evicção.

Pela segunda procuração (fls. 31/32) passada ao mesmo BRASILINO ANTUNES DE MORAES, a outorgante MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA a ele concedeu poderes para alienar o imóvel ora litigioso, recebendo o respectivo preço, “tudo independente de prestações de contas futuras, porquanto a outorgante já recebeu do procurador outorgado o preço total da venda, com que se dá por paga e satisfeita, sem jamais reclamar qualquer outra indenização ou pagamento, qualquer que seja a área a verificar-se na divisão em andamanto... *omissis* ... ficando expressamente revogados os mandatos anteriores” (sic). Esta procuração foi, em 28.10.66, substabelecida simplesmente e sem reservas a MOISÉS CONRADO (fl. 32). Aos 31 do mês de outubro de 1966, o dito MOISÉS CONRADO, como procurados substabelecido de MARIA FRANCISCA DE ALMEIDA, por sua vez cedeu a ATÍLIO MOREIRA, pela quantia de Cr\$ 500.000,00, os direitos da ‘cedente’ sobre o espólio de Manoel Silvério de Oliveira, no tocante ao imóvel ora questionado, respondendo a ‘cedente’ pela evicção (fls. 33/34). E, ao fim, em 4 de julho de 1968, o casal de ATÍLIO MOREIRA transferiu os aludidos direitos à firma ora recorrente, INDÚSTRIAS JOÃO JOSÉ ZATTAR S/A, por Cr\$ 66.000,00, sempre com a expressa cláusula de garantia frente aos riscos de evicção (fls. 35/37).

4. Não ponho dúvida, ante o texto dos instrumentos de mandato, o segundo confirmatório do primeiro, que a qualificação jurídica da transação havida entre Maria Francisca e o outorgado Brasilino foi o mandato *in rem propriam*, que prossegue dotado de sua função histórica de atribuir ao mandatário ‘a qualidade de dono da coisa ou do negócio’, servindo, até mesmo, se dotado o instrumento dos requisitos formais, de título suficiente à alienação da propriedade imóvel (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, “Curso de Direito Civil”, ed. Freitas Bastos, 1958, v. IV, nº 593), passando o procurador em causa própria a agir “em seu próprio nome, no seu próprio interesse e por sua própria conta” (ORLANDO GOMES, “Contratos”, ed. Forense, 8ª ed., nº 288). Os sucessivos instrumentos de mandato e cessão operaram a sucessiva transmissão de posses até a ora denunciante, como aliás o demonstra a circunstância de a mesma ser ré em demanda de natureza reivindicatória.

Ora, nos contratos onerosos, pelos quais se transmite o domínio, **posse ou uso**, o alienante deve, salvo expressa convenção em contrário, resguardar o adquirente dos riscos da evicção — CC, art. 1.107. Resguarda-se o adquirente dos aludidos riscos (sem necessidade de ação direta) através da via processual da denúncia da lide, nos casos quer do artigo 70, I como do artigo 70, III, do Código de Processo Civil. Impende sublinhar que não somente nos casos de reivindicatória, como em outras ações que podem provocar a perda do domínio ou da posse, cabe a providência processual de garantia contra a evicção, tal como sustentei em sede doutrinária (“Intervenção de Terceiros”, ed. Saraiva, 4ª edição, nº 16.2) e é também o magistério de SYDNEY SANCHES (“Denúnciação da Lide”, RP 34/51).

Outro ponto interessante a salientar é a possibilidade, que defendemos, de suprimir as denúncias ‘sucessivas’, adotando o denunciante a denúnciação ‘coletiva’:

“De outra parte, com excelentes fundamentos, o eminente Prof. Moniz de Aragão, em posicionamento com diferentes premissas, admite o chamamento “coletivo” à autoria, isto é, a denúnciação da lide não somente ao alienante como igualmente, na mesma ocasião, a “todos os antecessores na cadeia dominial”. Seria facultado, assim, o chamamento conjunto de todos os anteriores proprietários, e não apenas o chamamento gradual previsto na lei. Isso “sem prejuízo do direito que assiste a cada um dos litisdenunciados de, em defesa oposta ao chamamento, procurar eximir-se da responsabilidade pela garantia e pela evicção” (“Sobre o chamamento à autoria”, artigo de doutrina publicado na Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, 1979, nº 1; *Ajuris*, 25:22).

No Ciclo de Estudos de Processo Civil, já referido neste Capítulo, teve aprovação unânime tese por nós apresentada com a seguinte conclusão:

“As denúncias sucessivas, previstas no artigo 73 do CPC, poderão ser feitas ‘coletivamente’, ou seja, requeridas ‘em conjunto’ pelo denunciante, assim abreviando o processo e melhor se assegurando o êxito da demanda indenizatória de regresso, no caso de insolvência ou ausência de algum dos anteriores proprietários na cadeia dominial”. (ob. cit., AGC nº 16.5.4, p. 85/86).

5. Verifica-se, destarte, que da cadeia de sucessões a partir das procurações *in rem propriam* (fls. 29; fls. 31) concedidas a Brasilino,

apenas o substabelecimento de Brasilino a Moisés Conrado (fls. 32), o qual utilizou dos poderes três dias depois na transferência a Atílio Moreira, apenas este substabelecimento não se caracterizou como um “contrato oneroso”. Todas as demais transações qualificam-se como pactos onerosos, com a transmissão da posse do imóvel sito no ‘Vale do Rio da Areia’, respondendo os transmitentes pela evicção que vier a sofrer, em caso de procedência da demanda, a atual possuidora e recorrente Indústrias João Zattar S/A. Negando tal direito (*rectius*, pretensão) à ação de regresso mediante denúncias da lide, o v. aresto contrariou os artigos 70, I do Código de Processo Civil, e 1.107 e 1.073 do Código Civil, pelo que admito o recurso pela alínea a.

Não o admito pela divergência pretoriana, pois os arestos trazidos a cotejo, ou cuidaram de situações díspares, ou não foi observado o disposto no artigo 255, parágrafo único, do Regimento Interno do STJ.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao apelo especial, para manter as denúncias da lide promovidas pela ré denunciante em que figuram como denunciados o Espólio de Maria Francisca de Almeida, Brasilino Antunes de Moraes e sua mulher e o Espólio de Atílio Moreira.

É o voto.

VOTO — VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente e Relator, acompanho o voto de V. Exa.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Sr. Presidente, desejo aderir expressamente ao voto de V. Exa.; pedindo licença para fazer minhas as magníficas considerações do seu voto, especialmente no que tange às considerações em torno da qualificação jurídica do fato, lastreadas em precedentes desta Turma, especialmente no Recurso Especial nº 444, ao instituto da denúncia da lide e quanto à possibilidade da denúncia coletiva.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.598 — PR — (90.0007987-0) — Relator: O Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro. Recorrente: Ind. João José Zattar S/A. Recor-

rido: Beneficiamento Santo André Ltda. Interessados: Maria Francisca de Almeida — Espólio e outros. Advogados: Kiyossi Kanayama e outro e Sonny Brasil de Campos Guimarães e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma — 19.06.91).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 4.819 — RJ

(Registro nº 90.0008530-6)

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

Recorrente: *Haroldo João Naylor Rocha*

Recorrido: *C. Itoh & Cie.*

Advogados: *Drs. Abílio Forster da Costa e outro e Omar Wanderley Prisco e outro*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL ORIUNDO DE PAÍS ESTRANGEIRO — VALIDADE.

I — Legislação específica (Decreto-lei 857/69), dispondo sobre contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias ou a empréstimos ou quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor resida no exterior ou neste tenha seu domicílio, considera como certa para efeito de ajuizamento a quantia em dólares.

II — O Código de Processo Civil reconhece a total validade do título executivo extrajudicial, oriundo de país estrangeiro, ao qual empresta força executiva. Todavia há de ser o título traduzido para a língua nacional, convertendo-se o valor da moeda estrangeira em cruzeiros, no ato da propositura da ação, posto que é nulo de pleno direito o título que estipule o pagamento em moeda que não a nacional.

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

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER: Haroldo João Naylor Rocha interpõe RE (art. 119, III, *a* e *d*), convocado em Especial — fls. 66 — contra acórdão (fls. 63) que, ao dar provimento parcial à apelação, julgou procedente a execução, atento a que válida é a emissão de nota promissória, fora do Brasil, em moeda estrangeira, para pagamento em cruzeiros, em face do lugar designado ao lado do nome do devedor (Rio de Janeiro).

Trata-se de execução por quantia certa contra devedor solvente ajuizada contra o ora recorrente e Kelson's Indústria e Comércio S.A., tendo esta entrado em processo falimentar, quando em curso os embarcos do devedor.

O embargante Haroldo João Naylor Rocha, vencido no acórdão, entende que este teria violado (fls. 66/68) os artigos 213 do Decreto-lei nº 7.661/45; 586 do CPC e os da Lei nº 6.899/81 e dissentido dos arestos sobre correção monetária que indica (fls. 67).

No exame de admissibilidade (fls. 87), o apelo extremo foi admitido pela letra *c*, atento a que, pela letra *a*, incide sobre a espécie o verbete nº 400 do STF.

O Ministério Público (fls. 104) opina por que se dê conhecimento e provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau que deu pela nulidade e, conseqüentemente, a extinção do processo.

Entende o *parquet* federal, repetindo o já sustentado pelo Procurador da Justiça, que “não acompanhou o pedido inicial, juntamente com o título, documento oficial dizendo o valor do mesmo, em cruzeiros, à época,” por isso que não tinha o processo condições de constituição e de desenvolvimento válido (art. 267, IV, do CPC).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (Relator):
O Acórdão recorrido está encimado pela seguinte ementa:

“Nota Promissória. Emissão fora do Brasil, em moeda estrangeira, para pagamento em cruzeiros, em face do lugar designado ao lado do nome da devedora (Rio de Janeiro). Reforma da sentença para julgar procedente a execução”.

E assim se fundamenta:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 65.019, em que é apelante C. Ithoh & Cie. e apelado Haroldo João Naylor Rocha.

ACORDAM os Juízes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento parcial ao recurso para julgar procedente a execução, fixado o valor do débito constante do título objeto do pedido, convertendo-se a moeda estrangeira nele lançada, em cruzeiros, de acordo com a cotação oficial do dia da distribuição do feito, corrigida monetariamente a importância resultante dessa operação, pelos índices das ORTNs, a partir da ajuização da execução, além de custas e honorários advocatícios de 10% sobre o total da condenação.

Assim decidem pelas razões aduzidas na impugnação aos embargos (fls. 11/12) e no recurso de apelação (fls. 20/27) interposto da sentença de fls. 16/17, as quais passam a integrar este acórdão na forma do permissivo regimental”.

Das razões da apelação, admitidas como fundamentos do acórdão colho os seguintes trechos que oferecem a exata medida do aresto impugnado:

“Dispõe o § 2º do artigo 585 do Código de Processo Civil, *in verbis*, que:

“Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação”.

Pois bem.

A simples leitura do dispositivo legal supratranscrito evidencia, à saciedade, que a legislação brasileira reconhece a total validade do título executivo extrajudicial, oriundo de país estrangeiro, ao qual empresta força executiva.

Sendo oriundo de país alienígena, é óbvio que o título há de ser preenchido em língua estrangeira, da mesma forma como estrangeira será a moeda nele apontada.

Assim sendo, a fim de que possa instruir ação de execução, há de ser o título traduzido para o português, convertendo-se o valor da moeda estrangeira em cruzeiros, no ato da propositura da ação, posto que é nulo de pleno direito o título que estipule o pagamento em moeda estrangeira, quando a obrigação for exigível no Brasil.

Ora, a conversão somente poderá ser efetiva com base nas taxas de câmbio oficiais, posto que, se assim não fosse, se não se admitisse a conversão, o título seria incobrável e de nada valeria, não tendo eficácia executiva.

É a própria lei quem se refere aos títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro, equiparando-se àqueles emitidos em território nacional.

Como se vê, a r. sentença apelada, repita-se, fez letra morta à norma constante do § 2º do artigo 585 da lei adjetiva, ignorando-a por completo, como se a mesma inexistisse e não tivesse sua razão de ser.

Novamente é a Lei, e desta feita a Lei Uniforme Relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, em pleno vigor no Brasil, que fornece subsídios ao perfeito entendimento da matéria.

O artigo 41 da citada Lei Uniforme estabelece que “se numa letra se estipular o pagamento em moeda que não tenha curso legal no lugar de pagamento, pode a sua importância ser paga na moeda do país, segundo o seu valor no dia do vencimento. Se

o devedor está em atraso, o portador pode, à sua escolha, pedir que o pagamento da importância da letra seja feito na moeda do país ao câmbio do dia do vencimento ou ao câmbio do dia do pagamento. A determinação do valor da moeda estrangeira será feita segundo os usos do lugar de pagamento. O sacador pode, todavia, estipular que a soma a pagar seja calculada segundo um câmbio fixado na letra”.

Constata-se, pois, a plena validade da conversão efetuada pelo recorrente, a qual assentou-se em documento oficial, expedido pela Gerência de Operações de Câmbio do Banco Central do Brasil.

O artigo 1º do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, o qual consolidou e alterou a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil, reza que são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem o pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por qualquer forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Porém, o artigo 2º desse mesmo diploma legal dispõe sobre a não aplicação das disposições constantes do artigo 1º

“I — aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;”

“IV — aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, executados os contratos de locação de imóveis no território nacional”.

Portanto, levando-se em conta que o contrato junto aos autos pelo próprio recorrido noticia a existência de uma importação, revelando, mais ainda, que a recorrente tem sede no exterior, é indubitoso que a quantia em dólares inserida na letra de câmbio representa uma quantia certa no território brasileiro, perfeitamente admissível por nossa legislação, para fins de execução.”

Contra tais fundamentos alega o recorrente vulneração aos arts. 213 da Lei Falimentar; 586 do CPC, e da Lei nº 6.899/91, e aponta-o como dissidente de um acórdão do STF e outro do Tribunal de Santa Catarina.

Contudo sem qualquer razão.

A uma porque quanto ao art. 213 este não se aplica ao recorrente que não é concordatário mas sim devedor solvente; a duas, porque se-

gundo a fundamentação do aresto impugnado, vê-se atendidos plenamente os requisitos do art. 586 do CPC, sendo o título líquido, certo e exigível; e, finalmente, a três, porque os paradigmas ofertados como divergentes apresentados tão-só por suas ementas se afiguram inservíveis à comprovação do dissenso, notando-se que o do STF cuida de ação ordinária e não de execução, e do Tribunal de Santa Catarina de matéria falimentar.

Correto, pois, o fundamento da decisão recorrida, não há como se conhecer do recurso tanto pela letra *a* como pela letra *c*.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.819 — RJ — (900008530-6) — Rel.: O Senhor Ministro Waldemar Zveiter. Recte.: Haroldo João Naylor Rocha. Recdo.: C. Itoh & Cie. Advs.: Abílio Forster da Costa e outro e Omar Wanderley Prisco e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator (julgado em 30.10.90 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gueiros Leite.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 4.856 — SP (Registro nº 90.0008652-3)

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

Recte.: *Catharina Ragonha Bella*

Recda.: *Bra-Mar — Comércio de Bebidas Ltda.*

Advogados: *Drs. Gastão Dellafina de Oliveira e outros e Raul Roldolfo Toso*

EMENTA: CONSIGNATÓRIA. ALUGUEL. IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL.

I — Após o fim do contrato de locação, continuando o alugatário na posse do imóvel, as condições do contrato subsistem, nos termos do art. 4º da Lei nº 6.649/79.

II — Recurso especial não conhecido. Unânime.

ACÓRDÃO

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

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso, na forma do relatório e notas 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 FONTES DE ALENCAR, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Cuida-se de ação de consignação em pagamento referente a imóvel não-residencial.

A sentença de 1ª instância julgou improcedente a ação, porém veio a ser reformada pela 5ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, nos seguintes termos:

“Trata-se de locação para fins não residenciais denunciada pela locadora, persistindo a locatária no imóvel, o que propiciou daquela a fixação unilateral dos locativos mensais aumentados de Cr\$ 3.157,80 para Cr\$ 40.000,00 (moeda de então).

Contra essa majoração se rebelou a locatária que, diante da recusa de recebimento dos aluguéis pela quantia avençada, compeliu-a a propor a presente ação consignatória em razão da qual foram efetuados os depósitos de fls. 20 e subseqüentes vencidos no curso da demanda.

Afinal, o Meritíssimo Juiz *a quo* houve por bem admitir o aluguel unilateralmente estimado pela Locadora e, assim, julgou improcedente a ação, com o que não se conforma a locatária pelo recurso em pauta.

Tem razão a apelante. Embora aqui e ali tenha admitido a fixação de novo aluguel à luz do art. 1.196 do Código Civil, a verdade é que a jurisprudência desta Egrégia Corte se vem orientando iterativamente por que tal dispositivo está superado pelo art. 4º da Lei nº 6.649/79, como *verbi gratia* se pode conferir na RT 548/153, 589/147, 590/172 e em JTA 88/439, 90/299, 93/256, 104/350, 105/323, etc. ...

Bem incisivo é o v. acórdão da lavra do Eminentíssimo Juiz, hoje Desembargador Franklin Neiva, proferido na Apelação nº 224.527 (Primeira Câmara) em 31 de agosto de 1988, cuja ementa soa:

“Já que se aplicam as normas do Código Civil em matéria referente a locação predial urbana, residencial ou não, visto que a Lei nº 6.649/79 regula por inteiro o assunto, ficando assim revogado o art. 1.196 do Código Civil, aplicando-se o art. 4º da referida lei.”

Isto posto e o mais que dos autos consta, dá-se provimento à apelação para o fim de, julgando-se procedente a presente ação consignatória, dar-se por extinta a obrigação da apelante na medida dos depósitos efetuados até a sentença, invertendo-se os ônus do sucumbimento.” (fls. 74/75).

Inconformada, a parte vencida interpôs recurso especial alegando ofensa ao art. 1.196 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial (fls. 77/80).

Pelo despacho de fls. 89/90 foi o recurso admitido.

Com as razões de fls. 92/97, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): A questão trazida pelo recurso diz respeito a possibilidade do locador unilateralmente fixar novos aluguéis, a seu arbítrio, quando o locatário, findo o prazo contratual e apesar de notificação, não restituir o imóvel, por força do art. 1.196, do Código Civil.

O v. acórdão ao decidir que o art. 1.196 do Código Civil foi revogado pelo art. 4º da Lei nº 6.649/79, visto que esta regula por inteiro a matéria, orientou-se na mesma linha de recente julgado desta Corte, consoante se constata no REsp nº 3.658, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, em cuja ementa se lê:

“Locação. Imóvel não-residencial. Revogação do art. 1.196 do Código Civil. Recurso desprovido.

Em face da sistemática introduzida pelo art. 4º da Lei 6.649/79 e do disposto na Lei de Introdução, revogado restou o art. 1.196 do Código Civil.”

Desta forma, não tenho como configurada a violação da lei federal.

Quanto ao dissídio jurisprudencial verifico que este não atende aos requisitos do art. 255, parágrafo único, do RISTJ, mas, mesmo que assim não fosse, inviável seria o recurso, porquanto a tese do aresto recorrido acha-se encampada por esta Turma.

Em face do exposto não conheço do recurso, e, se conhecesse, lhe negaria provimento.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Eminentemente Colegas, também estou concorde com o eminente Relator. Apenas anotaria que a egrégia Terceira Turma deste Tribunal, no REsp nº 812, em decisão de 5 de dezembro do ano passado, aresto unânime, relator o eminente Ministro Gueiros Leite, deu diversa exegese à lei federal e entendeu que se encontra em vigor, portanto não revogado, o art. 1.196 do Código Civil. Assim posso deduzir da ementa, sob a seguinte redação:

“Recurso Especial. Locação. Arbitramento do aluguel de permanência. Aluguel de permanência é aquele arbitrado pelo locador, após o prazo de trinta dias da notificação do locatário para a desocupação do imóvel. O arbitramento, embora feito pelo locador, deve corresponder ao justo valor da renda cabível à época da indevida retenção do prédio.

Recurso conhecido e provido.”

Destarte, a egrégia Terceira Turma afirma em vigor o art. 1.196 do Código Civil, apenas buscando evitar abusos do locador no arbitramento do aluguel a ser pago durante o período de indevida retenção do imóvel.

O SENHOR MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Aparte): V. Exa. permite-me um aparte? Quando do julgamento do Recurso Especial nº 3.658, a que se referiu o Eminente Ministro-Relator, foi salientado o aspecto de que havia um precedente da Terceira Turma em sentido contrário, porque a matéria é polêmica nos Tribunais. Foi salientado que, salvo engano, inclusive a parte trouxe à colação como paradigma este precedente.

O SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Presidente): Possivelmente, está aberto o ensejo aos embargos de divergência.

Feita essa observação, para uma futura — se necessária —, uniformização de jurisprudência, acompanho o Eminentíssimo Relator, não conhecendo do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 4.856 — SP — (90.0008652-3) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Catharina Ragonha Bella. Recda.: BraMar — Comércio de Bebidas Ltda. Advs.: Drs. Gastão Dellafina de Oliveira e outros e Raul Rodolfo Tosó.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (4ª Turma: 02.10.90).

O Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo, Barros Monteiro e Athos Carneiro votaram com o Relator. Ausente, por motivo justificado, o Sr. Min. Bueno de Souza. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.210 - SP (Registro nº 90.0009461-5)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Atílio Vannuci Filho e cônjuge*

Recorridos: *Banco Brasileiro de Descontos S/A e outro*

Advogados: *Drs. Ferruccio Ferrari Netto e Anna Maria Graccione e outros*

EMENTA: *Processo Civil. Execução. Penhora. Ampliação. Intimação. Necessidade. Sistema legal. Possibilidade e limitação dos embargos. Recurso conhecido e provido.*

I — Segundo a sistemática legal (CPC, art. 669), impõe-se a intimação do executado de cada penhora efetuada. Daí porque, em se tratando de ampliação de penhora (CPC, art. 685-II), imprescindível se faz a intimação do devedor.

II — Havendo nova penhora, há possibilidade de novos embargos, limitados, porém, aos seus aspectos formais.

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, 05 de março de 1991 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Nos autos do Agravo nº 2.491-SP, proferi a seguinte decisão:

“Vistos, etc.

Em execução hipotecária movida por instituições financeiras, agravou o casal executado contra o pronunciamento judicial (decisão) datado de 15.05.87 (fl. 29) que deferira a expedição de precatória, a ser cumprida em Guarujá, para avaliação e eventual pracemento de outro imóvel hipotecado tendo constado do requerimento (fl. 27) deferido que seria desnecessária a intimação pessoal da penhora, porque os executados já estariam “devidamente representados nos autos”.

A eg. 2ª Câmara do 1º TACSP negou provimento ao recurso (fls. 36/37).

Interposto recurso extraordinário pela alínea *a* do art. 119, III, da Constituição anterior, foi o mesmo inadmitido, em 26.04.88 (fl. 48), ao fundamento de que “deixaram os recorrentes de indicar os dispositivos da Carta Magna que porventura teriam sido infringidos”, pelo que incidiria o enunciado 284 da Súmula STF.

Chegando os autos ao Supremo Tribunal Federal por força da relevância argüida, ali o seu em. Relator, tendo por preju-

dicada a argüição mas não preclusa a matéria, e convertido o recurso em especial em face do novo sistema constitucional, determinou a remessa dos autos a este Tribunal.

Provejo o agravo para determinar o processamento do recurso como especial, uma vez que os recorrentes apontaram explicitamente o art. 669, do Código de Processo Civil, como vulnerado.

Aduzo nesta oportunidade que somente não converto o agravo em recurso especial, determinando a sua inclusão em pauta, autorizado pelo § 2º do art. 254 do Regimento da Casa, porque dos autos não constam cópias que esclareçam os termos dos embargos oferecidos quando da primeira penhora, realizada no distante ano de 1983 (fl. 44), muito embora tudo esteja a indicar que foram os mesmos oferecidos antes da expedição da precatória.

Restará, assim, quando do julgamento do recurso especial apreciar a tese da necessidade ou não de intimar-se o casal executado da nova penhora na eventualidade de já ter o mesmo ofertado embargos após a intimação da primeira penhora, matéria, diga-se de passagem, de fácil deslinde.

Em suma, dou provimento”.

Por força dessa decisão, subiram os autos, resultando no recurso especial de que ora se cuida.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Conheço do recurso e o provejo, tendo por vulnerado o art. 669 do Código de Processo Civil.

Afirmou o v. acórdão impugnado, em sua fundamentação:

“A decisão é mantida. A objeção e o recurso são protelatórios. Os agravantes não foram intimados da penhora, porque não eram residentes em Guarujá, onde se realizou (fls. 18 e verso). Entretanto, ficou suprida a lacuna com o oferecimento dos embargos, estando ambos, marido e mulher, representados nos autos (cf. fls. 8 e 43). A finalidade da intimação da penhora é, apenas, fluir o prazo de embargos, que tanto um quanto outro podem apresentar. Havendo embargos, fica suprida a falta de intimação”.

Por seu turno, argumentou o Banco recorrido que sem razão o casal recorrente quanto à falta de intimação, pois “de acordo com o art. 669 do Codex o devedor é intimado para embargar a execução; ora, já estando ela embargada, despcienda é a intimação, como com acerto decidiu a Eg. Câmara”.

Observaram, porém, os recorrentes, que “o que houve na realidade, é que, em primeiro lugar, houve a penhora do apartamento localizado em São Paulo, intimados os executados desse ato. Da intimação dessa penhora, no prazo legal, foram ofertados os embargos. Muito tempo após, depois de já embargada a ação, é que os recorridos fizeram extrair carta precatória para penhora de outro bem imóvel situado na Comarca de Guarujá. Desta segunda penhora, motivo da impugnação, é que os recorrentes não só não foram intimados, desconheciam a efetivação do ato, assim como não intimado o procurador judicial pela imprensa, conforme noutro ponto já denunciado”.

Razão lhes assiste.

A circunstância do executado ser intimado de uma penhora e oferecer embargos à execução não significa que fique dispensado de outras penhoras que porventura venham a ser efetuadas. A cada nova penhora deve corresponder uma nova intimação, nos termos da sistemática expressa em lei (CPC, art. 669), até porque os embargos não se limitam a atacar apenas o título executivo, mas também os atos da execução, entre os quais se localiza o ato construtivo da penhora.

A propósito, por unanimidade proclamou o “VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada” (Belo Horizonte, 1983, Anais), em sua conclusão nº 21:

“Havendo segunda penhora, há possibilidade de novos embargos quanto a aspectos formais da mesma”.

A *fortiori*, admissível, em princípio, o oferecimento de novos embargos, pelo que, também por esse ângulo se impõe a intimação após cada penhora.

Em conclusão, conheço do recurso e o provejo para reformar o v. acórdão e ensejar aos executados oportunidade, pelo prazo legal (10 dias), para o eventual oferecimento de embargos à nova penhora, observando que, em obséquio aos princípios da economia e da celeridade e à especial circunstância de que, **no caso**, já tiveram os devedores ciência da segunda constrição, a intimação possa ser pela via normal (CPC, art. 236), diretamente ao Procurador dos mesmos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.210 — SP — (90.0009461-5) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Atilio Vannuci Filho e cônjuge. Recdos.: Banco Brasileiro de Descontos S/A e outro. Advs.: Drs. Ferruccio Ferrari Netto e Anna Maria Graccione e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento. (4ª Turma — 05.03.91).

Votaram com o Ministro Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.267 — SP (Registro nº 900009576-0)

Relator: *O Sr. Ministro Costa Lima*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Paulo Cesar Santana*

Advogada: *Severina Belo Rodrigues*

EMENTA: PENAL. “JOGO DO BICHO”. CONTRAVENÇÃO. REQUISITOS. PRESCRIÇÃO.

1 — A falta de identificação do banqueiro ou do apostador não é motivo para deixar-se de punir quem é encontrado na posse de farto material destinado à prática do chamado “jogo do bicho”.

2 — Recurso Especial conhecido e provido para se restabelecer a sentença.

3 — Prescrição da pretensão punitiva reconhecida.

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 a decisão monocrática e decretar extinta a punibilidade, face ao decurso do tempo, com base no art. 114 do Código Penal, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro COSTA LIMA, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA: O Ministério Público do Estado de São Paulo, não se conformando com o v. acórdão de fls. 89/90, proferido pela Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, interpôs Recurso Extraordinário fulcrado nas alíneas *a* e *d* do inciso III, art. 119, da CF/67 (fls. 92/103), convolado em Especial, nos termos do r. despacho de fls. 111.

O acórdão recorrido absolveu o réu PAULO CESAR SANTANA, condenado no Juízo singular a seis (06) meses de prisão simples convertidos em multa, com espeque no art. 58 do Decreto-lei nº 6.259/44.

O recorrente alega infração a esse dispositivo legal e dissenso jurisprudencial, afirmando que a condenação do intermediário (cambista) do “jogo do bicho” prescinde da identificação do banqueiro e do apostador.

O processamento do Recurso Especial foi deferido no Tribunal *a quo*, face à existência dos permissivos constitucionais (fls. 121/122).

Opina o Dr. VICENTE DE PAULA SARAIVA, ilustrado Subprocurador-Geral da República, pelo provimento do recurso, adotando a tese do *parquet* local (fls. 135/136).

Relatci.

VOTO

EMENTA: PENAL. “JOGO DO BICHO”. CONTRAÇÃO. REQUISITOS. PRESCRIÇÃO.

I — A falta de identificação do banqueiro ou do apostador não é motivo para deixar-se de punir quem é encon-

trado na posse de farto material destinado à prática do chamado “jogo do bicho”.

II — Recurso Especial conhecido e provido para se restabelecer a sentença.

III — Prescrição da pretensão punitiva reconhecida.

O EXMO. SR. MINISTRO COSTA LIMA (Relator): A Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo deu provimento ao recurso absolvendo o réu, porque “tratando-se de intermediário, mister se faz a identificação do banqueiro e do apostador” (fl. 90).

O Juiz sentenciante, apesar de considerar totalmente “demodé” o artigo 58 do Decreto-lei nº 6.259/44, conclui:... “os policiais prenderam o réu na posse do material relativo ao “jogo do bicho”... “Por outro lado, a segunda parte do laudo... comprova que os manuscritos apreendidos em poder de Paulo destinavam-se à prática do “jogo do bicho”. (fls. 61/63).

Face aos termos do artigo 58, § 1º, letra *b*, da chamada Lei das Contravenções Penais, não é necessário a identificação do jogador ou do banqueiro, sendo suficiente a mera posse, guarda, ou ter em poder, “listas com indicação do jogo ou material próprio para a contravenção”...

Decidiu esta Turma:

“PENAL. CONTRAVENÇÃO DO JOGO DO BICHO.

A impossibilidade de identificação do “banqueiro” não impede a punição da prática contravencional pelo intermediador em poder do qual é apreendido farto material destinado a apostas.

Recurso especial conhecido pela letra *a* e provido para restabelecer-se a sentença condenatória, decretando-se, porém, a prescrição. (REsp nº 2.774-SP, Rel. Min. ASSIS TOLEDO, *in* DJU 20.08.90, p. 7.974).”

Conheço, pois, do recurso, e lhe dou provimento para restabelecer a sentença, que fixou a pena exclusivamente em multa.

Considerando que entre a última causa interruptiva — 09.09.88 — até esta data transcorreram mais de dois anos, decreto a prescrição da pena, de acordo com o artigo 114, do Código Penal.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.267 — SP — (900009576-0) — Relator: O Sr. Ministro Costa Lima. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Paulo Cesar Santana. Advogada: Severina Belo Rodrigues.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, para restabelecer a decisão monocrática e decretou extinta a punibilidade, face o decurso do tempo, com base no art. 114 do Código Penal. (em 05.11.90 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Assis Toledo, Edson Vidigal e Flaquer Scartezzini. Ausente o Sr. Ministro José Dantas. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO ESPECIAL Nº 5.333 — SP
(Registro nº 90097592)

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

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Pedro Gabriel Felício*

Advogado: *Dr. Pedro Augusto Marcello*

EMENTA: Ministério Público. Recurso, em ação de investigação de paternidade, com pedido de alimentos, proposta pela mãe em nome do filho, menor impúbere. Legitimidade. Oficiando, em processos, como parte (órgão agente) ou como fiscal da lei (órgão interveniente), tem o Ministério Público legitimidade (ou interesse) para recorrer, sempre. Cód. de Pr. Civil, art. 499, § 2º. Recurso especial conhecido e provido, para que seja retomado o julgamento da apelação.

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 22 de outubro de 1991 (data do julgamento).
Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Da ação de investigação de paternidade, com pedido de alimentos, por ela promovida representando o seu filho, menor impúbere, a autora desistiu, sem oposição do curador especial nomeado após o pedido de desistência. Homologado o pedido, daí a extinção do processo, apelou o Promotor de Justiça, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara Civil) não conheceu da apelação, *verbis*:

“Porém, não merece conhecimento o recurso.

Atua o Ministério Público, apelante na hipótese, exclusivamente como *custos legis*, sem se comprometer com o prevalecimento de quaisquer dos interesses das partes em conflito.

Quem, no caso, defende os interesses do menor, eventualmente colidindo com os de sua mãe e representante legal, nos termos do art. 9º, I, do CPC, é o Curador Especial nomeado pelo Magistrado, que está de acordo com a desistência da ação.

Em suma, como já se decidiu, se o incapaz está regularmente representado, o órgão do Ministério Público funciona como simples fiscal da lei” (RJTJESP, 99/264; 90/210; 76/227).

Portanto, se o Ministério Público atua apenas como *custos legis* e jamais como parte, na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, ao mesmo falta legitimidade para recorrer, em nome ou na defesa do menor investigante.

No mesmo sentido, outrossim, o entendimento desta Terceira Câmara, manifestado no julgamento da Apelação Cível nº 70.389-1, Rel. Toledo Cesar (*in* RJTJESP, 104/174).

Pelo exposto, não conhecem da apelação.”

Daí o recurso extraordinário, com arguição de relevância, interposto pela Procuradoria-Geral da Justiça, envolvendo o art. 499, § 2º, do Cód. de Pr. Civil. Convertido em recurso especial, e admitido na origem, a Subprocuradoria-Geral da República, nesta Corte, opina pelo seu conhecimento e provimento.

Conclusos em 27.8.91.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): O recurso tem por negada a vigência do art. 499, § 2º (“O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.”), do Cód. de Pr. Civil, na medida em que o acórdão recorrido, distinguindo a atuação ministerial, entendeu que, na função como fiscal da lei, ao Ministério Público, no caso, faltaria legitimidade para recorrer.

2. Quanto à legitimidade, tem-na, sempre, o Ministério Público, como parte ou como fiscal da lei, pela expressão, e própria, do texto processual em causa. E quanto ao interesse para recorrer? Tem-no, desde que legitimada a sua atuação. Legitimidade e interesse se confundem, admitindo-se, em casos que tais, a plena função, no processo, do Ministério Público, como parte (órgão agente) ou como fiscal da lei (órgão interveniente).

3. Relativamente ao caso destes autos, vejam-se as razões da recorrente, de todo procedentes:

“5. No caso dos autos, havia, porém, duas causas bastantes a justificar a intervenção do Ministério Público: uma, ligada à natureza da relação jurídica controvertida (questão de estado — art. 82, II, do CPC); outra, presa à qualidade de uma das partes da relação processual (o autor é incapaz — art. 82, I, do CPC).

Tanto porque a questão de estado diz respeito com a ordem pública, tratando de direitos objetivamente indisponíveis, como porque um dos pólos da relação processual é ocupado por um menor impúbere, de cujos interesses não pode dispor seu representante legal, em ambas as hipóteses a intervenção ministerial ocorre em prol do zelo dos interesses indisponíveis do menor e da própria coletividade, dados os efeitos *erga omnes* da proclamação da questão de estado, objetivada neste feito.

Em razão da questão de estado, pode o Ministério Público recorrer em prol da busca da correta aplicação da lei material e processual, independentemente de quem possa aproveitar seu recurso. Por isso que nas ações de estado pode recorrer em prol da procedência, da improcedência, ou até mesmo da carência, ou seja, em busca da correta aplicação da lei.

Já quando o órgão ministerial intervém em razão da existência de interesse incapaz,

‘está finalisticamente destinado a proteger o interesse personificado que lhe legitima a intervenção (...). A inter-

venção ministerial só pode ser protetiva, para nada mais fazer do que velar por dita indisponibilidade, que está ligada direta e unicamente ao incapaz. Não teria o Curador de Incapazes sequer interesse processual para recorrer contra os interesses da pessoa cuja incapacidade legitimou sua intervenção no feito, porque, nesse caso, estaria zelando por interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz *Justitia*, 130/187; ART, 571/141, 568/109, 568/120, 569/135' (Hugo Nigro Mazzilli, Curadoria de ausentes e incapazes, p. 27-28, ed. Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, 1988).

Segundo a autorizada Lição de Cândido Rangel Dinamarco, 'a figura processual do Ministério Público, neste caso, é a de assistente, aquele que ingressa no processo *ad coadjuvandum*; por razões que no momento não interessam, o legislador considera o incapaz mais fraco dentro do processo e é preciso que essa fraqueza seja compensada. É por isso que intervém o Ministério Público, para compensar a fraqueza e, portanto, para reforçar a parte.' (*op. cit.*, p. 98).

Diz ainda o ilustre Professor que, sendo assistente do incapaz, cumpre ao órgão do Ministério Público ajudá-lo, de modo a aumentar suas probabilidades de ganho 'podendo, inclusive, recorrer (CPC, art. 499)' (*op. cit.*, p. 332).

Desta forma, mesmo que se aceite a dualidade de formas de atuação ministerial no processo civil (como órgão agente e como órgão interveniente, ou, como querem alguns, como 'parte' e como 'fiscal da lei'), em ambas as hipóteses tem ele a ampla possibilidade de recorrer, apenas balisado pela defesa do interesse público indisponível que lhe legitimou a própria intervenção.

Desta forma, com a devida vênia, de forma alguma seria adequado utilizar-se a distinção estabelecida no ven. acórdão ora recorrido, que negou a legitimidade recursal do órgão do Ministério Público, justamente quando o Promotor de Justiça manifestou corretamente sua inconformidade com a desistência de uma ação de estado, formulada pela representante legal de um incapaz impúbere, desistência essa que contou desde a primeira ocasião com sua imediata discordância e com sua oportuna inconformidade recursal. Aliás, a inconformidade recursal estava perfeitamente harmônica com a orientação do próprio Pretório Excelso. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já ti-

nha asseverado que, por tratar-se de direito indisponível, sequer poderia ter sido homologada a desistência da ação de investigação de paternidade, formulada pelos autores, absolutamente incapazes, representados pela mãe, se à aludida desistência se opusera o órgão do Ministério Público (cf. RTJ 70/826; no mesmo sentido, cf. RJTJESP 73/229).

Por tais motivos, injustificável, com a devida vênia, a restrição estabelecida no ven. acórdão recorrido. Já que o legislador processual civil conferiu legitimidade recursal genérica ao Ministério Público, cabe lembrar que *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.”

4. Já dediciu este Tribunal, em sua 1ª Seção, conforme essas ementas:

“Processual. Recurso. Ministério Público. Legitimidade para recorrer.

I — O CPC é incisivo sobre ter o Ministério Público Federal legitimidade para recorrer, tanto como parte ou como fiscal da lei (CPC, art. 499, § 2º).

II — Recurso provido.” (REsp-4.114, DJ de 3.12.90, Sr. Ministro Geraldo Sobral).

“Recurso Especial — Ministério Público — Legitimidade — O Ministério Público tem legitimidade para recorrer, seja como parte ou fiscal da lei. Os recursos são os mesmos de que dispõem as partes. A única ressalva decorre do art. 500 do CPC, quanto ao recurso adesivo.” (REsp-6.795, DJ de 4.3.91, Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro).

“Processo Civil — Ministério Público — Recurso — Legitimidade — Art. 499, § 2º do CPC.

Mesmo quando atua como *custos legis* tem o Ministério Público legitimidade para recorrer, máxime quando, em ação acidentária, busca resguardar direito do obreiro.

Recurso provido.” (REsp-8.038, DJ de 06.5.91, Sr. Ministro Américo Luz).

5. Lembrou ainda a recorrente o seguinte:

“Aliás, o Egrégio Supremo Tribunal Federal já negou às expressas os efeitos da distinção que procurou fazer o ven. acórdão recorrido. Com efeito, o Pretório Excelso, dando a interpretação do art. 188 do CPC, já proclamou que, seja órgão agente, seja órgão interveniente (ou, como se preferir, seja ‘parte’, seja

‘fiscal da lei’), terá o Ministério Público, sempre, o mesmo prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (cf. RE 93.531-1-SP, Rel. Ministro Oscar Correa, DJU de 01.07.83, p. 9.998; RE 94.064-2-SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJU de 17.12.82, p. 13.209).”

6. Por considerar ofendido o aludido art. 499, § 2º, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para que o Tribunal *a quo* retome o julgamento da apelação, como for de direito.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 5.333 — SP — (90097592) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Pedro Gabriel Felício. Advogado: Dr. Pedro Augusto Marcello.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (3ª Turma — 22.10.91).

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 6.057 — SP (Registro nº 90114888)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Waldemar Mancini*

Advogados: *Drs. Oscar de Mello Netto e outro e Roberto Francisco Fett Júnior e outro*

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. PARCELAS EM ATRASO. INCIDÊNCIA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA.

I — Considerando que “a própria autarquia pagou ao ora recorrido os atrasados, é claro que não

ocorreu a prescrição. E, naturalmente, assim procedeu porque levou em conta que o recorrido estivera acometido de doença mental, por isso que incidente o disposto no art. 169, I, do CPC, segundo o qual não corre prescrição contra o incapaz. Destarte, se o principal não estava prescrito, também não estava o acessório, que é atualização dele, impondo-se, assim, os juros de mora”.

II — A correção monetária, em decorrência de atos ilícitos, é devida desde quando não satisfeita a obrigação, em razão de sua natureza alimentar.

III — 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, 22 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fulcro na letra *a*, item III, do art. 105 da Constituição Federal, eis que irresignada com o *v. aresto* do Tribunal de Justiça de São Paulo que, reformando a sentença monocrática, condenou a ora recorrente a pagar, em indenização, a Waldemar Mancini, juros de mora e correção monetária, a partir de 1964, sobre os proventos de aposentadoria pagos em atraso.

Aduz a ora recorrente, ao seu prol, que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 1º do Decreto nº 29.910/32, porque determinou indigitado pagamento vinte e três anos após a interrupção do pagamento sendo certo que, se houvesse a atualização monetária, teria que ser abrangem-

te, apenas, aos cinco anos anteriores ao pagamento administrativo dos proventos atrasados, que se fez em 10.11.87.

Impugnação pela manutenção do v. acórdão recorrido, pela manutenção da r. sentença monocrática, fls. 269/270.

Nesta instância, parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Adoto, como razão de decidir, o judicioso parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, *in verbis*:

“Sem razão o recorrente.

O recorrido Waldemar Mancini foi aposentado por invalidez em 1957, mas os seus proventos deixaram de ser pagos em setembro de 1963, até outubro de 1986, sob a alegação de não ter sido localizado pela recorrente.

Em 10/11/86 foi regularizada a sua situação, recebendo os proventos em atraso, mas sem a atualização monetária.

Ora, conforme acentuou o acórdão de fl. 260, se a recorrente pagou-lhes os atrasados é porque não reconheceu a prescrição. E, naturalmente, assim procedeu porque levou em conta que o recorrido estivera acometido de doença mental, tendo sido internado em hospitais psiquiátricos, dando aplicação ao disposto no art. 169, I, segundo o qual a prescrição não ocorre contra o incapaz.

Em consequência, se o principal não estava prescrito, também não estava o acessório, que é atualização dele e a imposição de juros de mora.

Por outro lado, já é cediço na jurisprudência e na doutrina, que a correção monetária, em decorrência de atos ilícitos, é devida desde quando não satisfeita a obrigação, em razão da sua natureza alimentar.

O parecer, assim, é pelo conhecimento e improvidamento do recurso especial.” (fls. 291).

Isto posto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.057 — SP — (90114888) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Fazenda do Estado de São Paulo. Recdo.: Waldemar Mancini. Advs.: Drs. Oscar de Mello Netto e outro e Roberto Francisco Fett Júnior e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 22.05.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.315 — RJ

(Registro nº 90.0012168-0)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrentes: *Eliel Pereira Hemerly e cônjuge*

Recorridos: *Gilberto Cavalcanti Rabello e outro*

Advogados: *Drs. Rodolfo Rodrigues de Vasconcellos, Alcino Guedes da Silva e outros*

EMENTA: *Direito e Processo Civil. Direito das Obrigações. Resolução contratual. Perda das prestações pagas. Necessidade de pedido explícito. Julgamento “ultra petita.” Recurso conhecido e provido.*

Segundo a regra contida no brocardo latino, a refletir a visão atual do princípio dispositivo, agasalhado nos arts. 128 e 460, CPC, *iudex secundum allegata partium iudicare debet.*

Ofende o direito vigente a decisão judicial que condena o promissário-comprador à perda das prestações pagas se da inicial da causa não consta expressamente pedido a respeito (CPC, art. 293).

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, 09 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro FONTES DE ALENCAR, Presidente. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Relator.

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Os recorridos ajuizaram ação de “resilição” de promessa de contrato de compra e venda de imóvel, fundada no inadimplemento das obrigações do comprador em integralizar o restante do preço, tendo o MM. Juiz julgado procedente o pedido determinando a dissolução do negócio, com aplicação da pena contratual de perda para o vendedor das importâncias pagas pelo comprador, com a conseqüente reintegração dos autores na posse do imóvel objeto da avença.

Os réus opuseram embargos declaratórios, para esclarecimento do ponto concernente às prestações do financiamento do imóvel, junto à Caixa Econômica Federal, que vinham pagando em nome dos autores.

Rejeitados os embargos com a incisiva observação de que o dispositivo da sentença, aludindo à “perda integral dos valores anteriormente pagos”, estaria englobando quaisquer pagamentos anteriores, quer seja direto aos autores ou “mediante pagamento, em nome destes, à Caixa Econômica Federal”.

Inconformados, os réus interpuseram apelação, sem lograr sucesso, perante a eg. Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que lançou no v. aresto a seguinte ementa:

“Compromisso de compra e venda. Rescisão por inadimplência dos compradores. Falta de pagamento do preço. Ilícito contratual. Cabe rescindir-se o compromisso de compra e venda, verificada a inadimplência dos compradores no pagamento do preço. Em se tratando de ilícito contratual, por culpa dos compradores, é devida a pena convencional, a título de perdas e danos, consistente na perda das quantias pagas. Apelação desprovida”.

Rejeitados os embargos declaratórios, os réus, ainda inconformados, manifestaram recurso extraordinário, com argüição de relevância da questão federal.

Inadmitido o recurso e determinado o processamento da argüição, o em. Terceiro Vice-Presidente abriu ensejo aos recorrentes para desdobramento do recurso, o que foi efetuado. Posteriormente, indeferiu o apelo, ensejando a manifestação do agravo.

O recurso especial, em suma, traz como fundamento a alegação de negativa de vigência aos artigos 963, 964 e 1.097, do Código Civil, 2º, 125, I, 128, 282, IV, 286, 293 e 460, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial, no que pertine à inteligência dos artigos 128 e 460 CPC.

Dei provimento ao agravo para melhor exame do recurso especial.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina no sentido do “improvemento” do recurso, ao fundamento de que

“Não se vislumbra, com efeito, o alegado julgamento — *extra petita* posto que desde antes da propositura da ação, os réus, ora recorrentes, foram notificados na conformidade do Dec.-lei nº 745/69, para pagamento das prestações em atraso, sob pena de resilição do contrato, com reversão da posse do imóvel e de todas as importâncias pagas em favor dos ora recorridos. Trata-se de pena convencional expressamente prevista no contrato em caso de inadimplência”.

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Cuida-se de recurso manifestado contra decisão que, ao desprover a apelação, manteve o dispositivo da sentença, no sentido da resolução da promessa de compra e venda de imóvel, por culpa do comprador, com a conseqüente perda das parcelas já pagas, em favor dos alienantes.

Afasto, inicialmente, a alegada violação dos artigos 963, 964, 1.097 do Código Civil, tendo em vista que a constatação da ocorrência de fato ou omissão imputável ao devedor, para fins de caracterização da mora (CC, art. 963), a verificação do recebimento indevido ou cumprimento de condição (CC, art. 964), bem como a perda das arras por culpa de quem as deu (CC, art. 1.097), são questões que envolvem o reexame do conjunto probatório, inadmissível em sede de recurso especial, a teor do verbete nº 7 da jurisprudência sumulada desta Corte.

De igual modo não prospera a alegação de violação do artigo 2º do Código de Processo Civil, tendo em vista que a tutela jurisdicional foi prestada mediante provocação dos autores.

O escopo perseguido pelo disposto no art. 2º do CPC, como cedição, é a consagração do brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*, inócurrente na espécie à vista da propositura da ação.

Por outro lado, todavia, não vejo como afastar a constatação de que a r. sentença, assim como o v. aresto, que a confirmou, decidiram além do pedido formulado na exordial, ao arrepio da regra do princípio dispositivo *iudex secundum allegata partium iudicare debet*.

A todas as luzes a perda das parcelas pagas, inclusive aquelas pagas diretamente ao agente financeiro, por conta dos alienantes, constitui gravame excessivo demais para ser compreendido como pedido implícito, aqui registrada a atilada observação do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Celso Fernando de Barros, à fl. 300, que

“o preço do imóvel prometido vender foi quase integralmente pago, nos prazos contratuais. A fração não paga, aliás, ínfima, foi objeto de depósito judicial antes do vencimento. A boa-fé do promitente-comprador não pode deixar de ser levada em conta. Na verdade, o Apelante foi inadimplente por erro de natureza meramente técnica. Pagou quase tudo. Quis pagar tudo. Depositou o que faltava pagar. Mas não conseguiu pagar. Dificilmente se encontra um episódio de descumprimento de contrato tão desprovido de probabilidade moral”.

Impende interpretar restritivamente o pedido, segundo o comando estampado no art. 293 do Código de Processo Civil, somente se admitindo como implícitos aqueles expressamente consignados na norma, tais como juros, prestações periódicas (art. 290) e correção monetária, esta consoante construção pretoriana assente nesta Corte.

In casu, a resolução do contrato é que foi requerida às expressas. Já a perda das parcelas pagas decorre de interpretação extensiva daquele pedido, que sofreu elastério ainda maior no que tange à amortização do mútuo celebrado com o agente financeiro. Vê-se, a propósito, que o MM. Juiz reconheceu a inexistência do pedido específico concernente à perda das parcelas já pagas quando, na fundamentação da sentença, asseverou, *verbis*:

“... perda esta não especificamente pleiteada na inicial, mas que, em ordem consequencial ditada pela resolução da avença preliminar há que ser solucionada neste *decisum*”.

No mesmo sentido, colhe-se do douto voto condutor do v. acórdão recorrido:

“Desse modo, embora não pedido expressamente na inicial, as perdas e danos são devidas em se tratando de ilícito contratual...”

Razão assiste aos recorrentes quando, fortes em Pontes de Miranda, sustentam haver o *decisum* transbordado da faixa dentro da qual poderia o Judiciário prestar a sua tutela, cujos limites são definidos pelo pedido.

Conforme a sentença, e já assinalado, o exame desse aspecto, à míngua de provocação do autor, seria ditado pela “ordem consequencial” que a resolução do contrato implica. Não se me afigura, porém, correta a ilação, tanto mais porque se sabe que a resolução de um contrato nem sempre induz essa consequência. Basta lembrar a resolução por nulidade ocorrida na sua formação, cuja consequência é o retorno das partes ao *status quo ante*. Ademais, cuidando-se de direito eminentemente disponível, pode a parte requerente dele abrir mão ou renunciar, por força do princípio dispositivo que o rege. Por isso, não poderia o Judiciário pronunciar-se sobre esse aspecto, impondo condenação (que, nos termos da impugnação, gira em torno de mais de noventa por cento do valor do imóvel), sem que haja sido expressamente formulada na inicial, valendo aqui trazer à colação a norma translúcida do art. 128, CPC, segundo a qual “o juiz dedicará a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Assim agindo, a meu sentir, o MM. Juiz e a eg. Segunda Câmara Civil se posicionaram às testilhas com o estatuído nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, negando-lhes vigência.

Em face do exposto, conheço do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional e o provejo para decotar da condenação a parte não explicitamente postulada na inicial da causa, distribuindo entre as partes os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.315 — RJ — (90.0012168-0) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Rectes.: Eliel Pereira Hemerly e cônjuge. Recdos.: Gilberto Cavalcanti Rabello e outro. Advs.: Drs. Rodolfo Rodrigues de Vasconcelos. Dr. Alcino Guedes da Silva e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (4ª Turma — 09.10.91).

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

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Athos Carneiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro FONTES DE ALENCAR.



RECURSO ESPECIAL Nº 6.528 — RJ

(Registro nº 90126029)

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

Recorrentes: *Laura Carolina Caetana Bransford de Oliveira e Borges e outros*

Recorridos: *João Fontoura Borges Filho e outro*

Advogados: *Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior e outros e Washington Bolívar de Brito Júnior e outros*

Sust. Oral: *Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior, pelos recorrentes, e Washington Bolívar de Brito Júnior, pelos recorridos*

EMENTA: Inventário. Partilha em vida/doação. Pretensão de colação. Assentado tratar-se, no caso, de partilha em vida (partilhados todos os bens dos ascendentes, em um mesmo dia, no mesmo Cartório e mesmo livro, com o expresse consentimento dos descendentes), não ofendeu os arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1.776, do Cód. Civil, acórdão que confirmou sentença indeferitória da pretensão de colação. Não se cuidando, portanto, de doação, não se tem como aplicar princípio que lhe é próprio. Inocorrentes ofensa à lei federal ou dissídio, a Turma não conheceu do recurso especial.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Processo de inventário foi julgado extinto, ao fundamento de que já partilhados os bens em vida pelos ascendentes, inexistiria outros bens a inventariar. Foi o pedido de abertura da sucessão requerido inicialmente por neta-herdeira, filha de filho à época falecido, com oposição, nós autos, dos filhos-herdeiros. E a sentença acabou confirmada por este acórdão, em apelação agora dos três netos:

“Cada qual dos três apelantes e dos dois apelados foi contemplado com uma parcela dos bens até então pertencentes aos avós dos primeiros e pais dos segundos. As cinco escrituras públicas encontram-se devidamente registradas no Cartório Imobiliário e, dessarte, são os litigantes, em conjunto, proprietários da totalidade dos bens que se pretendem trazer à colação, por expressa pretensão dos apelantes, para que se confirmem as legítimas.

Há, dessa maneira, a preliminar necessidade de se dar a devida qualificação aos fatos, e isso foi, desde o início do processo, percebido pelos dignos patronos dos litigantes, pois, enquanto os netos sustentam tratar-se de doação, os filhos vislumbram a existência de partilha antecipada. E, ao contrário do que pensam os apelantes, haverá conseqüências práticas desse enquadramento legal, pois, se se tratar de doação, a pretensão dos netos será viável, ante o estatuído no artigo 1.786, enquanto que o mesmo não se dará se se optar pela tese da partilha em vida.

Assim ocorre porque, de direito estrito, a regra do artigo 1.786 do Código Civil não pode ser ampliada, de maneira a abranger, também, os bens adquiridos por partilha em vida.

Abordando o tema entre nós, Carvalho Santos (Código Civil Interpretado, volume XXIV, 9ª edição, 1974, pg. 391) mostra que, entre as várias teorias que procuram explicar a natureza jurídica do instituto, sustenta uma delas que os bens assim distribuídos se consideram saídos do patrimônio do partilhante, de modo tão completo como se fossem alienados a título oneroso, donde

ser uma das conseqüências, ante o exposto, a seguinte: os bens distribuídos não estão submetidos à obrigação de colacionar.

A doutrina, a respeito, é preponderante.

Assim, o sempre acatado professor Washington de Barros Monteiro (**Curso**, 11ª edição, volume nº 6, pg. 313), citado pelos apelados a fls. 485, observa: 'não se perca de vista, outrossim, que a colação só se legitima nos casos de dote ou doação, nos termos do art. 1.786 do Código Civil e não na hipótese da partilha em vida.'

O clássico Carlos Maximiliano, por seu turno (**Direito das Sucessões**, volume III, 4ª edição, pg. 23, nº 1.179), pondera: 'No caso do que vulgarmente denominam doação-partilha, não existe dádiva, porém inventário antecipado, em vida; não se dá colação; rescinde-se ou corrige-se a partilha, quando ilegal ou errada.'

Portanto, e com a devida vênia de respeitáveis opiniões em contrário, não é o caso de colação; e, se eventuais prejuízos às legítimas dos herdeiros necessários importarem em violação do disposto no artigo 1.776 do Código Civil, claro está que essas circunstâncias terão que ser demonstradas em via judicial apropriada, não no caso de inventário. Afinal, se não há bens a serem partilhados, não há necessidade de inventário; e, se a aquisição dos bens não se deu por doação ou dote, a regra do artigo 1.786 não incide, e a pretensão à colação haverá que ser indeferida, pois a partilha em vida versou sobre a totalidade dos bens dos disponentes.

Passa-se, pois, à qualificação jurídica dos mencionados atos-negociais.

A tese da partilha antecipada, ou em vida, merece aceitação no vertente conflito de interesses.

O exame das doutrinas que procuram conceituar o negócio jurídico mostra que uma parte dos juristas conceitua o instituto pela sua origem, enquanto que outra o faz no que concerne à sua função. No primeiro caso, surgiram as teorias voluntaristas, e, no segundo, as teorias preceptivas ou objetivistas. As próprias expressões usadas pelos doutos (autonomia da vontade e autorregulamentação de interesses privados) mostra a bifurcação das duas grandes correntes que se defrontam no exame desse instituto que constitui o próprio centro da Parte Geral do Código Civil Brasileiro.

Há um ponto comum, todavia, entre os estudiosos do tema: o negócio jurídico pressupõe uma vontade declarada e, assim, de mister pesquisar-se a intenção das partes, cuja prevalência sobre a interpretação meramente literal é realçada pelo legislador (Código Civil, artigo 85). Logo, quando houver contraste entre a significação que se deduz das palavras e a que se depreende da vontade, segundo a natureza e o fim da declaração, prevalece esta última (cf. Chironi e Abello, **Trattato di Diritto Civile Italiano**, volume I, pg. 405).

Seguindo essa esteira de raciocínio, verifica-se que, em cada uma das cinco escrituras, os outros quatro herdeiros compareceram ao ato, dizendo, expressamente, que nada tinham a opor. Por essa cautela dos disponentes, só exigível por lei nos contratos de compra e venda (CC, artigo 1.132) e troca (CC, artigo 1.164, II)? Por que essa providência, insista-se, se nas doações inexistente idêntico preceito legal?

A resposta só pode ser uma: os disponentes não quiseram doar, mas sim distribuir, através de partilha em vida, todos os seus bens, obtendo — porque necessário à sua validade — o expresso consentimento dos descendentes.

Por outro lado, as cinco escrituras de 'doação' foram realizadas no mesmo dia, no mesmo Cartório, no mesmo livro, e o fato de, em cada uma delas, comparecerem, declarando não se oporem, os outros quatro descendentes, mostra a real intenção dos disponentes: ligar as escrituras, juntando todas as declarações de vontade em um ato único, incidível e irretroatável, e consubstanciado na partilha de todos os bens.

Essa distribuição propiciou que, com o registro, os cinco descendentes, que apenas tinham a esperança de um dia se transformarem em herdeiros, se tornassem, desde logo, proprietários dos imóveis.

Ademais, e já que em direito sucessório há sempre que prevalecer, nos limites da lei, a vontade do *de cuius*, nada mais lógico que se examinar o que disse João Fontoura Borges, quando do requerimento de abertura de inventário de sua mulher Amália (fls. 11/6). Mostra ele — e a afirma — sua intenção de partilhar, ainda em vida, todos os seus bens e que assim, embora se usasse a expressão 'doação', o que houve fora uma partilha antecipada. É uma interpretação quase que autêntica do negócio jurídico, efetuada por quem foi o disponente, por ato em que nada cobrou, reservando-se, apenas, o usufruto vitalício — hipótese,

aliás, comum nas partilhas antecipadas, tão comum que até objeto de modelo por Cândido de Oliveira Filho, em sua antiga **Prática Civil**, volume XV, **Direito das Sucessões**, 1943, pgs. 214/5. A reserva de usufruto era vital para a subsistência dos disponentes, e o fato de gravarem os bens dos netos, com inalienabilidade até completarem 60 anos, constitui cláusula lícita, que nem impugnada com seriedade o foi.

Parece que os ascendentes, lembrando as palavras de Laurent, queriam o exercício da mais doce magistratura, instituída no seio da família, para nela manter a paz e a concórdia. Puro engano, pois, como assinala HUC (**Comm. Cód. Civ. Fr.** vol. VI, nº 425), é preciso reconhecer que essa doce magistratura não funciona com agrado dos interessados; que a partilha de ascendente, cujo fim era fazer cessar os processos, é, pelo contrário, uma fonte inesgotável de ódios e discórdias, como testemunha a jurisprudência, e que é lícito perguntar se não foi ela um funesto presente do legislador.

Poder-se-ia objetar que, apesar da intenção dos ascendentes, a declaração volitiva não poderia corresponder a uma partilha antecipada, pois estaria ferido o requisito da forma.

Mas é de ponderar-se que, ante as regras dos artigos 129 e seguintes do Código Civil, se orientou o legislador, como norma, pela liberdade das formas e, como exceção, à observância de certas solenidades que, por serem excepcionais, são expressamente previstas — e de modo exaustivo, e não meramente exemplificativo — pelo próprio ordenamento jurídico civilístico.

Na hipótese, é claro que, em se cuidando de bens imóveis, a solenidade a exigir-se era a escritura pública. Mas pretender-se, como querem os apelantes, que a escritura fosse única é ir além, pois essa exigência não consta da lei. O importante não é o número de escrituras, mas o seu conjunto harmônico, formando esse ato complexo um todo incindível, de tal modo que a validade de uma disposição estivesse condicionada à validade das demais. E isso ocorreu, ante o já exposto.

Sustentam, ainda, os apelantes que, por ser menor, ainda que púbere, uma das netas por ocasião dos malsinados atos, a partilha seria nula, ante o estatuído no artigo 1.774 do Código Civil.

A matéria, mais uma vez, presta-se a controvérsias, mas a douta sentença, sempre com precisão, a enfrenta: 'a partilha em vida pressupõe que os titulares do patrimônio dividido estejam

vivos e, em consequência, partilha em que ainda não há herdeiros, mas tão-somente descendentes sucessíveis, donde a inaplicabilidade da exigência de ser judicial a partilha.' (fls. 436).

A douta sentença estriba-se, no que tange a precedentes doutrínarios, em Carlos Maximiliano, ao qual os apelados aglutinam os trabalhos de Astolfo de Resende, Cândido Naves e Estevam de Almeida, este último prestigiado por Cândido de Oliveira Filho (obra e volume citados, pgs. 229 e seguintes).

Dispensável, pois, a exigência de curador, sendo válido o ato, mormente porque, como bem assinalou mais uma vez a douta sentença apelada, a menor Glória foi assistida por sua genitora, que, melhor do que ninguém, estava em condições de velar por seus interesses.

Seria rigor excessivo, portanto, como demonstrou o brilhante magistrado Luiz Murillo Fábregas (fls. 280), exigir-se que o ato fosse judicial ou precisasse da presença de curador especial.

Afinal de contas, as invalidades dos negócios jurídicos constituem medida excepcional e, assim, devem ser interpretadas restritivamente as normas jurídicas que, nesse sentido, fulminam os atos-negociais, sob pena de sua violação.

A totalidade dos bens dos ascendentes, como se viu, foi partilhada em vida. Sem sentido, dessarte, o inventário é improsperável a pretensão à colação.

Daí porque se mantém a sentença apelada, cujos fundamentos completam o presente, na forma regimental."

2. Veio recurso extraordinário, com arguição de relevância: pela anterior alínea os recorrentes deram por ofendidos os arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1.776, do Cód. Civil ("a colação é cabível ainda que tenha sido feita pelos inventariados uma partilha em vida"); pela anterior alínea *d*, apontaram dissídio com acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que se acha transcrito na RTJ-103 a partir da página 746.

3. Pelo despacho de fl. 559 restou prejudicada arguição de relevância e transformado o recurso extraordinário em recurso especial, e este acabou sendo admitido pelo fundamento da alínea *c*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Na origem, o recurso teve admissão pelo fundamento da alínea *c*. "Quanto ao dissí-

dio pretoriano” — disse o despacho — “tem-se como configurado, por ter o aresto colacionado dado decisão distinta do ora afrontado, ao posicionar-se em favor da necessidade da colação, no caso de partilha antecipada, por equiparar essa a uma doação”.

2. O acórdão paradigma, do Tribunal de Justiça paulista, tornara-se objeto do RE-94.512, daí a citação, pelos recorrentes, da RTJ-103 como repositório, porque nela tal acórdão encontra-se transcrito. Do recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal não conheceu, em decisão com essa ementa, no pertinente: “Recurso extraordinário. Reexame de prova. Inventário. Partilha em vida. Doação. Colação. — Estabelecido pelo acórdão recorrido tratar-se, na hipótese, não de uma partilha em vida, mas de uma doação, é impossível na via extraordinária dar uma qualificação diversa do negócio jurídico por depender de reexame de profundidade de elementos fáticos”. Eis passagem do voto do Sr. Ministro Rafael Mayer (relator):

“Por outro lado, o acórdão recorrido estabelece como premissa tratar-se, na hipótese, não de uma partilha em vida, mas de uma doação, sendo impossível, nesta instância, uma qualificação diversa do negócio jurídico, tão dependente estaria de um reexame em profundidade de elementos fáticos. Se de doação se trata, importando adiantamento da legítima (art. 1.171 do CC), segue-se a obrigação de conferi-los, nos termos dos arts. 1.786 e 1.787, não admitido pelo acórdão que houvesse manifestado dos doadores no sentido da dispensa da colação.” (pág. 751).

3. Comparados os casos, verifico, no entanto, que um se distingue do outro, e em aspecto de relevo: no presente caso, a espécie é de partilha em vida, por definição do acórdão recorrido, até aceita pelos recorrentes, como adiante se verá, ao passo que, no aresto colacionado, tratou-se de doação, qual a definição do acórdão local, sem revisão na instância última. Negócios jurídicos diversos portanto, donde diversas as conseqüências. Vê-se, assim, que não se cuidando de espécies análogas, segue-se inexistir o dissenso.

4. Quando da interposição do recurso extraordinário, os recorrentes, na arguição de relevância, deixaram assentado que se trata, a hipótese destes autos, de hipótese tormentosa. Alegaram que a doutrina tem admitido a colação, “ainda no caso de partilha em vida”, sendo, a propósito do assunto, escassa a jurisprudência. Consideraram, no corpo do recurso, que, da interpretação dos aludidos arts. 1.171, 1.785, 1.786 e 1.776, de forma conjugada e harmônica, pode-se admitir conclusão diferente da do acórdão recorrido, a saber, “a de que a colação é cabível ainda que tenha sido feita pelos inventariados uma partilha em vida”.

Foi por isso, linhas atrás, que afirmei que nem os recorrentes duvidam mais da qualificação jurídica do negócio dada pelas instâncias ordinárias.

5. Definido, pois, o negócio em questão como partilha em vida (“os disponentes não quiseram doar, mas sim distribuir, através de partilha em vida, todos os seus bens, obtendo — porque necessário à sua validade — o expresso consentimento dos descendentes”, do acórdão, fls. 518/9), não vejo como escapar da ponderação do Desembargador Fernando Whitaker, ao notar a inviabilidade do recurso pela alínea *a*, *verbis*:

“Não se constatam as negativas de vigência, cuidando-se, sim, de razoável interpretação dada às normas, haja vista ter o aresto examinado acuradamente a questão para concluir no sentido de que teria havido uma partilha antecipada, embora nominada como doação, por terem sido distribuídos todos os bens, em um mesmo dia, no mesmo Cartório e mesmo livro, com o expresso consentimento dos descendentes, não a desvirtuando o fato de terem sido feitas através de cinco escrituras e não de uma única, além de ter a menor sido assistida por sua genitora, considerando-se, ainda, ter o decisório buscado robustos subsídios doutrinários, para excluir a colação e apontar outra via judicial, que não o inventário, para a apuração de eventuais prejuízos às legítimas, pelo que se tem como incidente a Súmula 400 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.”

6. Vou além: na espécie em comento, irrepreensível, ao que supponho, a conclusão das instâncias ordinárias. É que não se cuidando, como não se cuida, de doação, não se tem como aplicar o citado art. 1.786, que limita, de modo expresso, a conferência às hipóteses de doação e de dote.

7. Certo que muito se discute se a partilha em vida equipara-se a uma doação. Quem entende que sim, preocupa-se, ao que supponho, com o respeito à legítima do herdeiro necessário. Mas, sobre este ponto, sublinhou o acórdão, ao aconselhar o uso da via judicial apropriada:

“Portanto, e com a devida vênia de respeitáveis opiniões em contrário, não é o caso de colação; e, se eventuais prejuízos às legítimas dos herdeiros necessários importarem em violação do disposto no artigo 1.776 do Código Civil, claro está que essas circunstâncias terão que ser demonstradas em via judicial apropriada, não no caso de inventário. Afinal, se não há bens a serem partilhados, não há necessidade de inventário; e, se a aquisição dos bens não se deu por doação ou dote, a regra do artigo 1.786 não incide, e a pretensão à colação haverá que ser indeferida, pois a partilha em vida versou sobre a totalidade dos bens dos disponentes.”

8. Inocorrentes a ofensa à lei federal ou o dissídio, não conheço do recurso especial.

VOTO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Sr. Presidente, pode-se dispensar a colação, mas não o respeito às legítimas. V. Exa. acolhendo a solução do acórdão, deu ao caso deslinde adequado. Fica claro que não se vai fazer inventário apenas por essa possibilidade. Ressalva-se, também, a ação direta em que eventualmente se questione a respeito dessa igualdade.

Acompanho V. Exa.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, acompanho V. Exa., acrescentando apenas a observação do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, quanto à ressalva ao uso das vias ordinárias; aliás, se instalado o inventário, a matéria também seria remetida para as vias ordinárias, para decidir questão de alta indagação, que não se examinaria no inventário, nem em simples colação.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS: Sr. Presidente, estou de acordo com V. Exa., porque a qualificação jurídica dos fatos foi delineada à luz das provas, na instância de origem. É certo que o recurso especial comportaria exame, em tese, para a análise dessa definição, mas, a decisão tomou por base elementos fáticos segundo as provas e estas não podem ser revistas nesta instância excepcional.

Por isso, acompanho o Sr. Relator, no sentido de não conhecer do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.528 — RJ — (90126029) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrentes: Laura Carolina Caetana Bransford de Oliveira e Borges e outros. Recorridos: João Fontoura Borges Filho e

outro. Advogados: Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior e outros e Washington Bolívar de Brito Júnior e outros. Sust. oral: Drs. Sebastião Alves dos Reis Júnior, pelos Recorrentes, e Washington Bolívar de Brito Júnior, pelos Recorridos.

Decisão: A Turma por unanimidade, não conheceu do recurso especial (3ª Turma — 11/06/91).

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 6.863 — RJ
(Registro nº 90.13471-4)

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

Recorrente: *Edith Ferreira*

Recorrida: *Petróleo Brasileiro S/A — Petrobrás*

Advogados: *Drs. Marcelo Henriques R. de Oliveira e outros e Sérgio de Albuquerque Mello e outros*

EMENTA: INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO CAUSADO EM ACIDENTE DE VEÍCULO.

É inderrogável a competência fixada pelo critério funcional. Competência reconhecida, no caso, do Tribunal de Alçada.

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 maioria, conhecer do recurso, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. No mérito, por unanimidade, 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, 25 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Trata-se de ação indenizatória, de procedimento sumaríssimo, proposta por Edith Ferreira contra Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS, em razão de acidente ocorrido com aeronave que transportava, a interesse da ré, equipes de emissoras de televisão à bacia de Campos-RJ. Na ocasião, faleceu Luiz Carlos de Souza, filho da autora.

O MM. Juiz de Direito julgou extinto o processo com exame do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC (decadência).

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a sua competência para a apreciação do recurso e, no mérito, negou provimento ao apelo da autora, em acórdão que consigna a seguinte ementa:

“Transporte aéreo. Fretamento. Responsabilidade civil, em caso de sinistro.

O afretador não é responsável pelos prejuízos resultantes de acidente com a aeronave, tendo em vista que, nos termos do art. 135, I, do Código Brasileiro de Aeronáutica, cumpre ao fretador colocar à disposição do afretador a aeronave equipada e tripulada com os documentos necessários e em estado de aeronavegabilidade, fato que exclui a possibilidade de reconhecimento de culpa do afretador em razão de ter assinado o contrato.

Apelação improvida”. (fls. 143).

Com remissão aos arts. 63 do CODJ, 113 e 275, II, e, do CPC, a demandante opôs embargos declaratórios, visando ao reconhecimento da incompetência absoluta do Tribunal de Justiça para julgar o recurso interposto.

A Turma julgadora rejeitou os embargos de declaração sob estes fundamentos:

“Neste processo o procedimento sumaríssimo foi adotado em função do valor da causa, o que torna competente o Tribunal de Justiça para o julgamento da apelação.

A adoção do procedimento sumaríssimo decorreu do valor da causa e não da matéria, uma vez que se trata de ação de responsabilidade civil contra a empresa à qual a vítima estaria prestando eventuais serviços; a responsabilidade civil oriunda do acidente já foi objeto de composição, como se vê dos documentos de fls. 133/134, sendo inadmissível duplo pedido de indenização com o mesmo fundamento." (fls. 152).

Daí do presente recurso especial manejado pela vencida com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, em que a mesma alegou negativa de vigência dos arts. 111 e 113 da lei processual civil. Insistiu a recorrente na assertiva de que a ação é de reparação de danos decorrentes de acidente de veículo, o que determina a competência recursal do Tribunal de Alçada Cível e não do Tribunal de Justiça.

Admitido o apelo extremo na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): 1. A admissão do apelo excepcional por fundamento diverso do invocado pela recorrente não impede o conhecimento do recurso. É que, por primeiro, o despacho presidencial de fls. 172/174 não exauriu o juízo de admissibilidade, que também é exercido por este Tribunal. Assim, desde que admitido o recurso especial, falecia interesse ao recorrente para interpor agravo de instrumento, uma vez que de qualquer forma o apelo extremo teve acesso a esta Corte.

2. Sem dúvida, cuida-se de ação reparatória de dano causado em acidente de veículo. Consoante afirmou a autora-recorrente, a causa de pedir fulcra-se na morte do filho quando era transportado em um avião.

Pela lei de organização judiciária, estabeleceu-se a competência do Tribunal de Alçada para julgar os recursos interpostos nas ações de procedimento sumaríssimo em razão da matéria, o que se acha em consonância, aliás, com o disposto no art. 108, III, letra *d*, da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.

Ora, se assim é, manifesta apresenta-se a incompetência absoluta do Tribunal de Justiça do Estado para examinar a espécie em grau de recurso. O Código de Processo Civil considera inderrogável a competência fixada em razão da hierarquia ou pelo critério funcional (art. 111). A competência no plano vertical ou recursal é absoluta (cfr. Athos Gus-

mão Carneiro, "Jurisdição e Competência", pág. 62, 3ª ed.). Nesse sentido é, outrossim, o magistério de Celso Agrícola Barbi, para quem:

"O Código considera inderrogável também a competência fixada em razão da hierarquia. Seguiu, nesse particular, o art. 100 do Cód. de Portugal, que tem idêntica redação. Mas se esqueceu de fazer um Capítulo, ou Secção, onde se especificassem os casos daquela modalidade, ou, pelo menos, os princípios gerais, como fez a lei lusitana, nos arts. 70 e 72. Nestes são regulados não apenas os casos de competência recursal, mas também os da originária, dos Tribunais.

Melhor teria andando o nosso legislador se, em vez de se referir à competência em razão da hierarquia, se reportasse à fixada pelo critério funcional, pois esta foi a expressão sob a qual, na Secção II desde Capítulo, constam as fontes da competência dos tribunais, que é aquela em razão da hierarquia.

Para compatibilizar as normas do Código, é preciso entender que a competência em razão da hierarquia, mencionada no art. 111, é a dos tribunais, referida no art. 93.

Segundo esse último artigo, a competência dos Tribunais é regida pelas normas da Constituição Federal e da organização judiciária. Compreende, portanto, as constantes daquela Constituição nos arts. 119 e 122, os quais fixam a competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos.

Entram também na regra as Leis estaduais de Organização Judiciária, na parte em que fixarem a competência originária e recursal dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, estes onde forem criados." ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. I, pág. 480, 5ª ed.).

Nesses termos, conhecendo do recurso, cuja apreciação, em face da norma de organização judiciária estadual, cabia ao Tribunal de Alçada, o Acórdão recorrido negou realmente vigência aos arts. 111 e 113 do Código de Processo Civil, valendo anotar que, conquanto a divisão de competência tenha sido conferida por lei local, o que se acha em debate, no caso, é uma questão federal, atinente à incompetência absoluta de um órgão judiciário.

3. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, a fim de que, declarada a nulidade do acórdão recorrido, seja o recurso de

apelação julgado pelo Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhores Ministros, acompanho o d. voto do Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, Relator, na sua conclusão e, bem assim, em quase todas as suas razões de decidir.

Peço, entretanto, respeitosa vênia, apenas para ressaltar que, a meu ver, a referência à hierarquia, constante dos dizeres do art. 111 do Código de Processo Civil, é tão-somente aquela relativa ao órgão, cujo ato seja objeto da demanda.

Sempre entendi que o instituto da hierarquia é completamente alheio ao Poder Judiciário, tanto no que concerne à correlação que se verifica entre seus diversos órgãos, seja no tocante à independência jurídica que caracteriza o exercício da função jurisdicional.

É, aliás, a lição de KELSEN, que fala em coordenação; e, entre nós, de MASAGÃO, no seu autorizado Curso de Direito Administrativo.

Somente as atividades-meio exercidas pelos órgãos do Poder Judiciário, de natureza administrativa; bem como a de seus servidores se subordina aos princípios da hierarquia.

Parece-me que, aliás, não está em causa relação de subordinação entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Alçada: o Tribunal de Justiça não considerou a incompetência absoluta e, assim, julgou causa que pertencia ao Tribunal de Alçada, segundo a lei local, que, na verdade, se harmoniza com a norma federal.

Tendo sido recebido o recurso pelo Tribunal de origem, não se exauriu, contudo, o juízo de admissibilidade, que também se desdobra perante este Tribunal e é dado a esta Corte passar sobre a inadvertência de ordem meramente técnica em que incorreu, *data venia*, o ato de admissão do recurso na instância de origem (que, por sinal, desconsiderou o fundamento, adequadamente trazido pelo recorrente).

Com o Senhor Ministro-Relator, conheço do recurso, para provê-lo.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Salvo engano de minha parte, o eminente Relator disse que o recurso fôra interposto

com fundamento na alínea *a* do inciso III do art. 105, mas que o Presidente do Tribunal de origem o admitira pela alínea *c*. Não conheço do recurso, por entender que não pode o Presidente do Tribunal *a quo*, em seu juízo de admissibilidade, aceitar o recurso por fundamento diverso do invocado pela parte.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, conhecido que está o recurso, no mérito acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Pedindo vênias ao Sr. Ministro Fontes de Alencar, acompanho o Sr. Ministro Relator, pelas razões já expostas, a saber: porque a interposição se fundou na própria alínea *a*, porque o enunciado 292 da Súmula/STF autoriza conhecer do apelo também por outra alínea e porque a parte recorrente sequer teria interesse na interposição do agravo, sendo dispensável, a meu juízo, o oferecimento de embargos declaratórios.

No mais, também de acordo com o Relator, violada a competência em razão da matéria, registrando por fim ter recebido memorial que me foi encaminhado pelo jovem e talentoso Patrono da parte recorrente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.863 — RJ — (90.13471-4) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recte.: Edith Ferreira. Recda.: Petróleo Brasileiro S/A — PETROBRÁS. Advs.: Drs. Marcelo Henriques R. de Oliveira e outros e Sérgio de Albuquerque Mello e outros.

Decisão: A Quarta Turma, por maioria, conheceu do recurso, vencido o Sr. Ministro Fontes de Alencar. No mérito, por unanimidade, deu-lhe provimento (em 25.6.91).

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo. Presidiu o Sr. Ministro BUENO DE SOUZA.

RECURSO ESPECIAL Nº 6.903 — PR

(Registro nº 90.00013534-6)

Relator: *O Sr. Ministro José Dantas*

Recorrente: *Joaquim Diógenes Jacobsen*

Recorrido: *Ministério Público do Estado do Paraná*

Advogados: *Drs. Rolf Koerner Júnior e outro*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DO JÚRI. APELAÇÃO. VALORAÇÃO DA PROVA DOS AUTOS.

Manifesta contrariedade. Decisão apelatória bem posta nessa demonstração, pelo que, em valoração da prova, oferece-se afeita à vigência do art. 593, III, d, do Cód. de Proc. Penal.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente ausente — RI, art. 101, § 2º. Ministro JOSÉ DANTAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Absolvido no Tribunal do Júri pelo reconhecimento da legítima defesa própria, Joaquim Diógenes Jacobsen irressignou-se com o provimento da apelação do Ministério Público, dado por acórdão assim ementado:

“JÚRI — NULIDADE — DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS — VERSÕES CONFLITANTES — ADOÇÃO PELOS JURADOS DAQUELA QUE SE ENCONTRA DIVORCIADA DA REALIDADE PROBATÓRIA —

INADMISSIBILIDADE — NOVO JULGAMENTO ORDENADO.” — fls. 443

Sustenta o recorrente que houve contrariedade ao art. 593, III, *d* do Cód. de Proc. Penal, dado que, em suma, a soberania do Júri não admite possa o juízo da apelação anular-lhe a decisão sob argumento de uma melhor versão dos fatos do que a preferida pelo Conselho; pelo que, na falta de testemunha presencial da consumação do homicídio, intocável resultaria a opção dos juízes de fato pelo interrogatório do réu, consistente da versão da legítima defesa própria. Daí a ofensa do acórdão ao invocado dispositivo, segundo regra que, no tema probante, somente se admite apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Ler-se — fls. 449/60.

Admitido o recurso, nesta instância manifestou-se o Ministério Público Federal, com o seguinte parecer:

“1. O ora recorrente foi denunciado por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do Código Penal), por ter desferido coronhadas de espingarda contra a cabeça da vítima, causando-lhe traumatismo cranioencefálico.

Pronunciado, muito embora, foi entretanto absolvido pelo Tribunal do Júri, por maioria de votos, acatada a versão de legítima defesa.

1.1. Apelou, então, o MP local (art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal), sustentando ter sido a decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos, por isso que (fls. 385/393):

“Não age em legítima defesa quem atrai a vítima para um lugar ermo, mediante dissimulação, mata um homem desarmado, oculta o cadáver, nega a autoria por 21 dias, procura desviar as atenções para terceiros, coage e industria testemunhas e evade-se do distrito da culpa para fugir à prisão preventiva. — Autoria determinada pelas investigações da autoridade policial, com base em informações de testemunhas que viram o réu e vítima no local do crime. — Novo julgamento”.

1.2. A Eg. 2ª CCrTJPR, v.u., deu provimento à Apelação, assim ementando seu V. *Decisium* (fls. 338/447):

“Júri — Nulidade — Decisão contrária à prova dos autos — Versões conflitantes — Adoção pelos jurados daquela que se encontra divorciada da realidade probatória — Inadmissibilidade — Novo julgamento ordenado.”

1.3. Daí o presente Recurso Especial de fls. 449/460, ora sob a negativa de vigência do mesmo art. 593, III, *d*, do CPP, argumentando:

“Os veredictos do Tribunal Popular são soberanos e... garante-se aos jurados o irrecursável direito de optarem dentre as versões que a prova lhes apresenta.”

2. Ora, no julgamento da Apelação, a Eg. Câmara minuciosamente examinou e discutiu as provas dos autos, concluindo que

“a versão acolhida pelo Conselho de Sentença encontra-se divorciada da realidade probatória, sendo forçoso, pois, concluir que sua decisão contrariou a evidência dos autos, não dando margem a outra alternativa, senão determinar-se a realização de novo julgamento” (fls. 447).

2.1. Assim, para se contradizer o V. Acórdão, necessariamente ter-se-ia de REEXAMINAR AS PROVAS — vedado pela Súmula nº 07 desse Col. STJ.

3. Pelo não-conhecimento do recurso, a teor do art. 38 da Lei nº 8.038, de 28/05/90, em decorrência.

Brasília, 01 de agosto de 1991

Vicente de Paula Saraiva

Subprocurador-Geral da República” — fls. 474/76.

Relatei.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Sr. Presidente, a vetatória questão de vetar-se ao recurso especial o reexame da prova, conquanto pareça presente na análise do requisito da **manifesta contrariedade à prova dos autos**, pode-se dizer reiteradamente negada pelas antigas práticas do recurso extraordinário, matriz de tal objeção de conhecimento.

Na realidade, em caso ao todo igual ao presente, o voto do Sr. **Ministro Oscar Corrêa**, Relator, fez substancioso levantamento do trato da matéria pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, começando por asseverar, *verbis*:

“5. Ora, funda-se a impugnação, pelo Recorrente, da conclusão do v. acórdão, em que a prova dos autos não é contrária manifestamente à decisão dos jurados.

Dir-se-ia que, como tal, não se comportaria o reexame nesta instância extraordinária, e isto se diz no r. despacho indeferitório de recurso.

Não nos parece: o fato de a lei exigir manifesta contrariedade à prova dos autos indica, sem sombra de dúvida, que o Juiz deve ponderar, com segurança, elementos probatórios; e autoriza que, em face de recurso, possa o Tribunal, se a evidência não se ilumina e patenteia nos dados, desde logo, apresentados, verificar, reexaminar se essa contrariedade é manifesta, evidente, clara, notória, flagrante.

Esta é, precisamente, hipótese na qual pode apresentar-se ao Juiz a necessidade da valoração da prova; por que não se trata de saber se há prova nos autos — o que escaparia da competência da instância extraordinária, mas de se concluir se essa prova é manifesta, o que importa em juízo de valor inegável, que não escapa aos critérios do Tribunal.

6. Por isso mesmo, inúmeras as oportunidades nas quais a Corte o tem reexaminado, para impor veredicto conclusivo.

Cito, apenas, o RE nº 78.312-RP, em que a matéria vem explicitamente tratada, com invocação da orientação e dos precedentes da Corte, no Relatório e no voto do Exmo. Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 71/247).” — RECr 99.344-RS, 1ª Turma, *in* RTJ 109/341.

Portanto, no caso, não estamos impedidos do reexame da valoração da prova levada a cabo no Eg. Tribunal *a quo*; do juízo de valor ali expendido nos limites da indagada cláusula de contrariedade manifesta à prova dos autos.

É que, desse permissivo apelatório da decisão do júri, tem-se dito que não basta verificar a existência de duas versões, a da defesa e a da acusação, como fatalmente ocorre em quase todos os casos. É preciso algo mais a ponderar, em matéria da prova objetivamente analisada, para o efeito de, aí sim, examinar-se a mácula do evidente divórcio da versão considerada pelo Conselho com a prova carreada.

Sobre dizer-se que o interrogatório, a par de sua real qualificação de meio de defesa, também constitui meio de prova, abstratamente considerado, essa última concepção perde foro quando a versão do interrogado mostra-se ao todo contrária aos demais elementos da prova.

No caso dos autos, veja-se que, no mister da avaliação desse desencontro da versão do interrogatório e o conjunto probatório objetivamente conferido, o v. acórdão recorrido se houve com exaustão, nos limites

da questão de direito a assentar, isto é, se a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. Revejam-se as seguintes afirmações:

“No dia do evento, no período matinal, estiveram acertando uma transação relacionada com um veículo de propriedade da vítima, o qual teria sido adquirido pelo réu. À tarde, logo no início, dirigiram-se ambos à Fazenda do pai do réu, sendo vistos embrenhando-se no interior de uma mata localizada na propriedade contígua, estando o réu a portar uma espingarda, fato, aliás, que só veio ao conhecimento público vinte e um dias depois, quando encontraram na mata o cadáver da vítima.

Nesse espaço de tempo, como a vítima não mais foi vista, estando sendo encetadas diligências para apurar-lhe o paradeiro, permaneceu o réu silente, inclusive declarando à polícia que com ela estivera, pela última vez, quando juntos haviam estado no despachante para legalizar a transação do carro.

Todavia, localizado o cadáver da vítima, já em adiantado estado de putrefação, e estando sendo pressionado pelo noticiário da imprensa local, que o dava como principal suspeito, culminou o réu por confessar a autoria do crime, apresentando versão própria sobre o acontecido.

Segundo sua explicação, fizera um grande empréstimo em dinheiro para a vítima e como ela não pudesse honrar seu compromisso, concordara em entregar-lhe um veículo Passat, de sua propriedade, para resgatar a dívida, fato consumado no dia do evento. Concretizada a transação, levava o veículo para lavar num posto próximo à Fazenda de seu pai, e pegando carona com a vítima até determinado local, de lá partira para casa na companhia de seu irmão, a fim de almoçar. No início da tarde, depois de apanhar o Passat no posto, tornou a encontrar-se com a vítima, a qual queria ir até a fazenda de seu genitor para testar uma espingarda que havia comprado, sendo que em companhia dela dirigiu-se ao local da consumação, onde aquela, dizendo-se temerosa de poder ser denunciada pelo réu como contrabandista, tentou acertá-lo, com um tiro da arma que portava, o qual, no entanto, não o atingiu, sendo a arma arrebatada de suas mãos, com a qual, então, para defender-se, desferiu-lhe o letal, acertando-lhe, com a coronha, um golpe na cabeça.

Essa versão, contudo, não encontra o mínimo respaldo na prova, permanecendo isolada somente na palavra do réu e es-

barrando, outrossim, em indícios e provas inquestionáveis existentes nos autos.

Chama a atenção, em princípio, o testemunho de Silvia Lubke, no qual dá conta de que o ajuste celebrado entre a vítima e o réu fora no sentido da venda do "Passat", e não no de sua entrega para honrar compromisso financeiro assumido anteriormente.

Consta, aliás, de seus depoimentos, que presenciou pessoalmente o entabular do negócio, quando estivera com eles na lanchonete, dando conta, também, de que o preço avençado foi de Cr\$ 9.000.000,00, a ser pago pelo réu dali a quinze dias. Na ocasião, segundo esclareceu, o réu pediu-lhe que, caso fossem procurados por seu genitor, afirmassem que o veículo não tinha sido por ele comprado mas recebido em pagamento de uma dívida, já que tinha receio de que sua mesada pudesse ser cortada. Essa história foi posteriormente instada a contar à polícia, sendo, inclusive, objeto de uma declaração por instrumento público, que assinou por ter sido amedrontada quanto a um possível envolvimento no desaparecimento da vítima, sendo, porém, desmentida quando, oficialmente, prestou depoimento no inquérito.

De outra parte, nas horas que antecederam o evento, réu e vítima foram avistados por testemunhas quando adentraram à mata em que aquela fora achada morta, sendo ele quem ia na frente, carregando a espingarda nas mãos. Esclarecedores, nesse sentido, os depoimentos de Gentil Bonato, Amauri Souza e Dirceu Souza, restando desmentida, pois, a história do réu, de que a vítima era quem tinha a arma e que, a pretexto de experimentá-la, levava-a consigo.

Estranhável, de outra parte, o fato de que dizendo não ter estado com a arma nas mãos, pudesse o réu descrevê-la com tantas minúcias, não só declinando-lhe o calibre, mas a marca e até mesmo a munição com que estava carregada, a ponto de dizer que se tratava de um cartucho de fábrica e não caseiro. Do mesmo modo, estranhável é que, no dizer do réu, tivesse a vítima desferido um tiro contra ele, pois não estando ambos muito aprofundados na mata, ninguém ouviu-lhe o estampido, nem mesmo as pessoas que estavam nas imediações, cortando madeira.

Outrossim, fica no ar a pergunta: porque além de dar sumiço na arma, tornando impossível a constatação da sua versão levava ele o automóvel da vítima a lugar distante, voltando a pé até o lugar onde pode tomar um ônibus? Tudo isso é muito es-

tranho, e de modo algum coaduna-se com a conduta de quem age em consonância com o direito.” — fls. 444/46.

Desse modo, ao que penso, a tese da legítima defesa encontra-se mesmo manifestamente contraditada por toda a prova dos autos, para os efeitos da revisão apelatória a que se submeteu a decisão dos jurados sem ofensa alguma à vigência do mencionado dispositivo codificado; querer-se mais do que o confronto supratranscrito será esmiuçar-se a prova a modo de, aí sim, um reexame analítico vetado ao recurso especial.

Pelo exposto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.903 — PR — (90.00013534-6) — Relator: O Sr. Ministro José Dantas. Recorrente: Joaquim Diógenes Jacobsen. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Advogados: Drs.: Rolf Koerner Júnior e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 19.08.91 — 5ª Turma).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 6.997 — SP (Registro nº 90.0013889-2)

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

Recorrente: *Construtora Ventura Simonovitch Ltda.*

Recorrida: *Decorama Revestimentos Ltda.*

Advogados: *Drs. Sérgio Martin Vidal Franca e outros e Antonina Mastroso e outros*

EMENTA: CONDOMÍNIO. CONSTRUÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO OU A PREÇO DE CUSTO. DESPESAS CONTRATADAS. RESPONSABILIDADE DA CONSTRUTORA-INCORPORADORA NO CASO.

A circunstância de responderem os adquirentes das unidades condominais pelos custos integrais da construção, não impede que a construtora-incorporadora se obrigue pelo pagamento de despesas parciais, conforme decorre de sua participação no contrato e de seu comportamento na execução da avença.

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, 12 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 cobrança proposta por Decorama Revestimento Ltda. contra Construtora Ventura Simonovitch Ltda. em razão de atraso ou falta de pagamento de duplicatas concernentes a fornecimento de material e prestação de serviço. A ré, em contestação, argüiu a ilegitimidade de parte passiva *ad causam*, uma vez que participara do contrato como mera interveniente, sendo ela a administradora da obra.

O MM. Juiz de Direito, na sentença de fls. 69/73, afastou a prejudicial, sob o fundamento de que a contestante assumira perante a autora a responsabilidade pelo pagamento dos gastos, pois arrecadava a importância correspondente para custear a obra e a trespassava à empreiteira. Julgou, afinal, procedente o pedido vestibular.

Ao apelo da construtora o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento, argumentando que, embora em hipótese de construção por administração ou "preço de custo" a responsabilidade pelas despesas

integrais da obra esteja afeta aos proprietários ou adquirentes, no caso a ré participou do contrato, reconhecendo inclusive a validade da emissão, em seu nome, dos orçamentos e das notas fiscais.

Daí o presente recurso especial manifestado pela construtora que, insistindo na assertiva de que os verdadeiros devedores são os adquirentes das unidades condominiais, apontou como malferido o art. 58 da Lei nº 4.591/64.

Admitido o apelo extremo na origem, subiu ele arrazoado e contra-arrazoado.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO (Relator): A circunstância de cuidar-se na espécie de construção pelo regime de administração ou “preço de custo” não arreda, por si só, a responsabilidade da incorporadora-construtora, mormente em face das peculiaridades da espécie focalizadas pelas instâncias ordinárias.

Segundo escólio de J. Nascimento Franco e Niske Gondo, “a construção por administração ou a preço de custo é paga pelos aderentes à incorporação, sob forma de rateio de gastos mensais feito pelo incorporador ou pelo construtor” (“Incorporações Imobiliárias”, pág. 177, ed. 1972). Ou na dicção do indigitado artigo 58 da Lei nº 4.591/64, será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral da obra.

Esta responsabilidade pelos custos integrais da construção não obsta que a construtora-incorporadora efetue o pagamento de despesas parciais em seu próprio nome, tal como deflui do ensinamento supramencionado de Nascimento Franco e Niske Gondo. É, aliás, o que sucedeu no caso em apreciação. A ré, segundo a peça inaugural, já quitou parte do débito. Figurou no contrato como interveniente e, tal como acentuou o v. Acórdão recorrido, reconheceu a validade da emissão, em seu nome, dos orçamentos e notas fiscais.

Segundo ainda anotou a decisão de 1º grau, arrecadava ela a importância necessária e a transferia à empreiteira.

Ora, tais pormenores fatuais estão a evidenciar, *in casu*, a legitimidade passiva *ad causam* da ora recorrente e a nenhuma contrariedade ao art. 58 da Lei nº 4.591, de 1964.

Ante o exposto, não conheço do recurso.
É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 6.997 — SP — (90.0013889-2) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro. Recorrente: Construtora Ventura Simonovitch Ltda. Recorrida: Decorama Revestimentos Ltda. Advogados: Drs. Sérgio Martin Vidal Franca e outros e Antonina Mastrorosa e outros.

Decisão: A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 12.08.91).

Os Srs. Ministros Bueno de Souza, Athos Carneiro, Fontes de Alencar e Sálvio de Figueiredo, votaram com o Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 7.297 — RS (Registro nº 91004910)

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

Recorrente: *Sinosserra Administrações e Participações Ltda.*

Recorrido: *Luiz Alberto Silveira Guasque*

Advogados: *Drs. Sérgio Haas e outros e José Henrique de F. Valle e Silva e outros*

EMENTA: Consórcio de automóveis. Desistência. Restituição da quantia paga, após encerrado o plano, com correção monetária. 1. Cabimento da restituição, de acordo com os índices oficiais de atualização da moeda. 2. Ineficácia da cláusula contratual que prevê a não-incidência dessa correção. 3. Exame dos princípios que informam os contratos. 4. Precedentes do STJ, quanto ao alcance da correção monetária. 5. Recurso especial conhecido pelo dissídio mas improvido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES: Confirmando a sentença de procedência parcial da ação proposta por consorciado contra a administradora do consórcio (“Posto isto, julgo procedente em parte a presente ação para o fim de determinar que, findo o prazo contratualmente avençado, a Ré devolva as importâncias percebidas devidamente atualizadas pelos índices da correção monetária, deduzida a taxa de administração.”), o acórdão, da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, reportou-se à AC-190023556, com essa ementa:

“Consórcio de Veículos — Devolução corrigida das prestações pagas pelo desistente.

a) Correntes jurisprudenciais sobre o matéria;

b) exegese da Portaria 330/87 do Ministério da Fazenda: interpretação sistemática da Portaria em tela com a legislação vigorante sobre o tema, que leva à resultante da devolução corrigida das prestações pagas;

c) estruturação administrativa e operacional dos planos para aquisição de bens em consórcio que neutraliza a possibilidade de prejuízos para o grupo de consorciados, com essa devolução corrigida;

d) descaracterização da cláusula que prevê a devolução sem correção do que foi pago, como pena convencional, por não revestir as características estruturais da *stipulatio poenae*;

e) redutibilidade da cláusula penal afastada pela cominação da perda integral do que se pagou — que é o que equivale a devolver sem correção em moeda inflacionada — afrontando dispositivo de ordem pública, *in casu* o art. 924 do C. Civil;

f) o controle jurisdicional das cláusulas gerais de negócio. Substituição do 'déficit de vontade contratual pelo controle judicial de verificação do conteúdo justo dessas cláusulas';

g) inaplicabilidade das denominadas cláusulas vexatórias ou de intensa prejudicialidade para o aderente em contratos de adesão;

h) perda de tudo o que se pagou que mais se afina com o pacto comissório, vedado pelo CCB, do que com a cláusula penal;

i) o prejuízo como pressuposto da reparação nas esferas contratual e extracontratual; inexistência desse pressuposto na hipótese da devolução corrigida das prestações e tampouco com a simples retirada do consorciado do plano;

j) outras sanções, como a perda da taxa de inscrição e dos 10% correspondentes à taxa de administração, além do diferimento no tempo da devolução para 30 dias após o encerramento do plano, que implicam suficiente penalização para se desestimular a inadimplência e as desistências nos planos de consórcio, sem se recorrer à injurídica pretensão de se apropriar do que foi pago pelo desistente.

l) o índice de correção para as prestações a serem devolvidas será o oficial incidente e não o de variação do preço do bem objeto do consórcio;

m) princípios gerais do direito e dispositivos legais que também conduzem ao acolhimento da pretensão do autor.”

2. Veio então o recurso especial, pela alínea c, apresentando dissídio, entre outros, com o julgado proferido na AC-944/89, do Tribunal de Justiça do Paraná (4ª Câmara Cível), com essa ementa:

“Consórcio de automóveis — Desistência ou exclusão do consorciado — Devolução das quantias pagas, sem juros e correção monetária, nos trinta dias subsequentes ao encerramento do grupo respectivo — Havendo desistência ou exclusão do participante de consórcio de automóveis, serão devolvidas as quantias já pagas, sem juros e correção monetária, nos trinta dias subsequentes ao encerramento do grupo respectivo. A cláusula contratual assim disposta não é leonina, mas penal, por isso que não se trata somente de disposição entre as partes, mas de regra geral destinada a regular o sistema de consórcio em todo o país, com o objetivo maior de proteger o interesse coletivo dos grupos de consorciados.”

3. Foi o recurso admitido por este despacho do Presidente João Loureiro Ferreira:

“Trata-se de recurso especial, fundado no art. 105, inciso III, letra c, da Constituição Federal, interposto de decisão proferida em ação ordinária que visa a devolução, com correção monetária do valor pago à empresa de consórcio de veículos.

O recorrente alega que a decisão impugnada divergiu de outros tribunais do país, na parte em que entendeu assegurado, ao consorciado desistente, o direito à correção monetária das prestações a serem devolvidas.

O tema ora discutido lavra dissídio, tendo o recorrente trazido decisões que adotam posição oposta a da Câmara, entendendo ser lícita a cláusula que prevê a devolução das quantias pagas ao consorciado desistente, sem atualização monetária.

Diante do exposto, admito o recurso.”

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES (Relator): Comprovado o dissídio, conheço do recurso especial.

2. Entre as duas teses, fico com a tese exposta no acórdão recorrido, que se reportou a AC-190023556, em aresto de que fora relator o Juiz Jauro Duarte Gehlen, nesses termos:

“Assim expostas as soluções jurisprudenciais para a situação, de imediato afasto aquela que entende indevida a correção monetária.

Com efeito, se a Portaria 330/87 ordenou a aplicação dos saldos das contas vinculadas diariamente em operações do mercado aberto (art. 28), autorizando a devolução do saldo remanescente do fundo de reserva proporcionalmente aos pagamentos feitos pelos desistentes (arts. 29 e 31), está, *ipso facto*, determinando seja a devolução efetuada com correção.

Sem eficácia, portanto, a cláusula contratual que prevê a não incidência dessa correção, também por colidir com a determinação daquele órgão governamental (Ministério da Fazenda), que detém a competência reguladora sobre os consórcios.

Não bastasse esse argumento, outros existem, dentro do plano doutrinário dos contratos, que autorizam a devolução corrigida das prestações pagas pelos desistentes, tendo em vista: 1)

a peculiar situação da nossa economia e 2) os procedimentos operacionais adotados nos consórcios.

No concernente à economia basta a constatação do índice inflacionário de 1.764,86% acumulado em 1989, e que só nos meses de janeiro e fevereiro do fluente chegou ao alarmante patamar de 169,72% — ensejando a adoção de mais um Plano de Estabilização Econômica, agora denominado de 'Plano Collor' ou 'Plano Brasil Novo'. Basta isso, repito, para se ver a *summa injuria* que se consubstanciaria na devolução das prestações pagas sem correção monetária, ao fim do respectivo plano do consórcio. Figure-se a hipótese em que se tenha pago 18 das 36 mensalidades quando da retirada do consorciado. Quem já havia pago o correspondente a, exemplificativamente, 'meio automóvel' objeto do plano, receberia um ano e seis meses depois o que carreou ao grupo no seu valor nominal apenas, com o que nem um pneu de bicicleta poderia adquirir. No caso concreto citado na Apelação Cível nº 589029511, que aqui torno a trazer por ser mais eloqüente do que qualquer outro argumento, o consorciado que pagara o correspondente a 45% do valor do automóvel Fiat Uno, teria o direito à devolução de NCz\$ 39,00 à época do aresto, junho do ano pretérito, na qual sequer se encerrara o plano!

Daí a expressiva sentença supra transcrita: pagar em época de juros bancários de 10.000% a.a. sem a atualização da moeda é não pagar, pelo que de imediato se afasta a pretensão da validade da cláusula que afasta a correção monetária, por consagrar a iniquidade da devolução do nada.

E no plano da sistemática administrativa e operacional dos consórcios, constata-se pelo menos três circunstâncias que, ainda se tomadas isoladamente, levariam à rejeição da pretendida não-incidência da correção monetária.

Primeiramente, o espaço deixado pelo consorciado desistente ou eliminado do grupo é, regra geral, imediatamente ocupado por um novo aderente ao plano. E este de imediato tem que desembolsar o total correspondente a todas as prestações já vencidas, ao valor atualizado. Isto é, não recebe o novo participante nenhum 'presente' representado pelas prestações já pagas pelo consorciado que se afastou. Ora, se paga esse novo integrante, exemplificativamente, o correspondente a 20% do valor atualizado do bem objeto do consórcio, igualando-se aos demais consorciados, aquilo que o desistente pagou sobeja, no cômputo geral dos aportes de dinheiro para o plano.

Em segundo lugar, e como ressaltado na Apelação Cível nº 589055680 da Colenda 5ª Câmara Cível, do TJRS, 'como o valor real da prestação continuou sendo o mesmo — pois todas foram atualizadas de acordo com o preço de tabela do veículo — no final restará o *quantum* da contribuição do desistente, que se manteve sempre corrigido, e que não será destinado à aquisição de um bem porque houve a desistência. Logo, esse valor deve ser entregue a ele, pois se tivesse continuado no grupo e pago as demais prestações vencidas a partir da sua retirada, no último mês deveria existir capital suficiente para a expedição de carta de crédito correspondente à sua participação. Como faltaram as últimas prestações, em face da sua retirada, o que sobejar está atualizado na proporção das contribuições feitas. Se não for pago esse valor ao desistente, engordará a receita da administradora, pois não se tem notícia de que os aportes dos desistentes tenham sido redistribuídos aos consorciados remanescentes' (*sic*, julgado mencionado, Rel. o Em. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr.).

E em terceiro, porque ainda que não se plantasse a situação suso esclarecida, há expressa determinação para que se aplique em investimentos nas operações do mercado aberto tudo o que restar de saldo dos aportes de recursos para o plano. Ora, o retirante não é obrigado — e nem seria justo isso — a deixar o que pagou em benefício de outros que não pagaram mas ainda permanecem no plano, ou, o que é pior, para a administradora. E se todos pagaram as suas quotas, terão de sobrar, ao final, as prestações recolhidas pelo desistente. Como tais saldos obrigatoriamente tem de ser investidos, nos termos da Portaria nº 330/87, art. 29, a presunção natural é a de que pelo menos a correção monetária oficial é devida quando da devolução das prestações pagas pelo retirante.

Aliás, argumenta *mutatis mutandis* nesse passo o Em. colega Talai Selistre, com lógica irrefutável: se a administradora do consórcio é obrigada a investir os saldos do plano, diariamente, como reza o dispositivo citado, até poderá ter com isso lucros extras, na medida em que, obrigada a devolver o *minimum minimumorum* que é a correção da moeda pelo índice oficial a tal fim aplicável (OTN, BTN, IPC, etc. ...), lhe restará ainda disponível o que exceder a esse índice mínimo de correção, consabido que vários são os investimentos que remuneram bem acima dele. Agora, se não investiu, ou se investiu mal, *imputet sibi* os ônus daí decorrentes, vez que o consorciado — que não tem ingerên-

cia nessas aplicações —, tem direito a receber, insisto, pelo menos esse mínimo dos mínimos, que é o que pagou corrigido pelo índice oficial incidente.

Nem se argumente que os pagamentos feitos pelo desistente integrarão o fundo de reserva, para fazer face a eventuais acidentes de percurso do plano em andamento. Se houver, exemplificativamente, uma brusca majoração do bem dele objeto, ou outro imprevisto qualquer, são os remanescentes do plano que serão chamados (e aí até mesmo aqueles que já foram contemplados e, em especialíssimas situações, mesmo os que já pagaram todas as suas quotas, embora não encerrado o plano, como se colhe na jurisprudência majoritária sobre o tema) para cobrir o que estiver a descoberto. Não se pode confiscar pura e simplesmente as prestações do desistente, para usá-las em benefício de quem quer que seja, consorciados ou administradora.

Se no plano fático se impõe a incidência da correção monetária, autorizada por qualquer uma das situações supra-examinadas — máxime à soma das três — também no jurídico, especificamente nos princípios que informam os contratos no plano do direito obrigacional, a resultante deve ser a mesma.

Em princípio, e com a devida vênia, ousou divergir dos ven. acórdãos que conceituam o dispositivo contratual que prevê a devolução das prestações sem a correção monetária, como sendo **cláusula penal**, pelo que não poderia o Judiciário deixar de aplicá-la, presente o princípio *pacta sunt servanda*, nem mesmo reduzi-la a níveis menos onerosos.

Além de não se enquadrar tal disposição contratual dentro do sentido estrito que se confere à *stipulatio poenae*, tenho que na hipótese concreta esbarraria ela no disposto no art. 924 do Código Civil. Veja-se que ao contrário do que comumente ocorre com a pena convencional, aqui não se estipulou uma importância certa ou pelo menos um percentual determinado, que corporificaria dita penalização.

Se entendida na sua concretude, a cláusula contratual em questão seria esta: ao consorciado que se afastar ou for afastado do plano, impõe-se a pena de perda do que pagou até a retirada. Aos níveis da inflação da nossa moeda, isso é o que representa restituir sem correção ao cabo de dois ou três anos, ou até mais, pois como é o normal em tais casos de desistência, raramente se desiste próximo do término do plano.

Assim, perder-se tudo quanto se pagou, e não apenas a metade, o terço, o vigésimo, o décimo, equivaleria a negar vigência ao já mencionado art. 924 do CCB. Pois se colocado o problema no campo do inadimplemento contratual — que só este ensejaria a incidência de cláusula penal — há que se ver que tendo o consorciado pago até o momento do afastamento as suas prestações, até ali foi adimplente. Leve-se o argumento adiante, exemplificando-se com o pagamento de 30 prestações em um total de 36, ou de 45 em um total de 50, vigindo altíssima taxa inflacionária nesses cinco ou seis últimos meses dos exemplos, para se ver a extrema injustiça na aplicação pura e simples dessa pretendida penalização.

Em situação jurídica *consimili*, decidiu o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de embargos infringentes apreciados pelas suas Câmaras Cíveis Reunidas, que ‘ainda se entendia a expressão glosada como pacto contratual destinado a obrigar o juiz, ainda assim são acolhíveis os embargos. O art. 924 do CC tem o vigor de preceito de ordem pública. Observa Manuel Arauz Castex em ‘La Ley de Orden Publica’ (B. Aires, 1945, p. 84), que a equidade e a justiça social tem levado o direito moderno a restringir cada vez mais a liberdade contratual. Neste capítulo, da cláusula penal, o controle da vontade individual é aceito sem tergiversações, jamais se negou validade ao limite do art. 920 do C. Civ., que coincide com o valor da obrigação principal: outrossim, o teto mais apertado ainda, de 10% para os contratos fene-ráticos, tem sido aplicado constantemente, desde que se promulgou a Lei da Usura. Razão não há, pois, para se acoroçoarem as estipulações com que as partes pretendam fugir ao abrandamento que o Judiciário pode e deve ditar, para coibir os excessos com que as cláusulas penais ameaçam agredir o equilíbrio social, ensejando injusto enriquecimento de uma parte, ainda que à custa do inadimplente.’ (*in* Jurisprudência das Obrigações, Darcy Arruda Miranda Jr., vol. I, p. 56, ed. RT, 1976).

No caso concreto apreciado pelo aresto suso transcrito, tratava-se de compra e venda, avençada ali a perda das prestações pagas se inadimplente o adquirente. Com maior razão impõe-se a solução dele na espécie dos autos, quando presente a espécie do contrato *sub oculis*, que é para a maioria a de adesão, ou de formação de ‘sociedade civil de caráter transitório’ (Antônio Chaves, Tratado de D. Civ., ed. 84, vol. II, p. 1.386), constatando-se qualquer que seja a sua nomenclatura, a existência neles das

denominadas 'condições gerais do negócio', constantes ou de texto em separado ou de 'regulamento' impresso no verso do texto contratual.

E quando se está frente a essas 'condições gerais' previamente impostas pela parte mais forte, já não mais se autoriza a solução do eventual conflito com remissão à regra do *pacta sunt servanda*, que consubstancia o primado absoluto da vontade no contrato. Mesmo porque, como adverte Dieter Schwab, em. catedrático de direito civil na Universidade de Ratisbona (em conferência oportunamente traduzida pelo Prof. Peter Walter Ashton e publicada in AJURIS nº 41), 'passou-se a ter a compreensão de que em tais circunstâncias de submissão contratual às condições gerais dos negócios, o elemento da liberdade contratual, da volição individual de assim pactuar, está em cheque e apresenta certos defeitos, quando contraposto ao paradigma do contrato individual livremente negociado em todos os seus aspectos e detalhes' (*op. cit.*, p. 10).

Daí porque, prossegue o conferencista, justificar-se um severo controle de conteúdo dessas cláusulas gerais, ainda que previamente conhecidas do aderente, por 'existirem dúvidas a respeito da teoria da sujeição contratual espontânea, passando-se nos Tribunais alemães a substituir o déficit de vontade contratual por um controle judicial de verificação do conteúdo justo' (*id. ib.*, p. 11). Daí a conclusão da conferência: 'O controle das condições gerais de negócios pelo Judiciário continua sendo, sob qualquer hipótese, importante e irrenunciável' (*id. ib.*, p. 20).

Desde já, e para que não se deturpe o que aqui se está a sustentar, abro parêntesis, valendo-me do magistério de Agostinho Alvim, que após assentar que 'a infração é necessária e seu estudo pertence ao mundo fenomenal' (com isso colocando na normalidade da vida jurídica o inadimplemento obrigacional — e não como exceção à fenomenologia contratual), adverte que 'em nenhum outro campo depara o juiz melhor oportunidade de exercer o poder discricionário, que a lei lhe concede, a cada passo. Aliás, ao predomínio da casuística há de corresponder o do arbítrio. (...) Mas o arbítrio de que aqui falamos, não é o que se relaciona com a chamada escola do direito livre. Nós estamos falando do arbítrio inevitável, isto é, daquele que o juiz usa ao aplicar a norma flexível, praticando a chamada equidade individualizadora, e não daquele arbítrio que pode importar desprezo pelos critérios objetivos' (Da Inexecução das Obrigações e Suas

Conseqüências, aut. cit., ed. Saraiva, 1955, p. 15, nº 3). É o que aqui se faz.

Assim, ainda que de cláusula penal se tratasse aquela condição geral do contrato de consórcio, insisto que esbarraria ela com o já mencionado artigo do Código Civil, por prever a perda das prestações — que é isso o que equivale devolver em economia agudamente inflacionada sem correção monetária — sem levar em conta a redutibilidade equitativa com o adimplemento parcial.

Tivesse se estipulado que a desistência implicaria na multa correspondente à retenção de 10% do que se pagou — ajustando-se por analogia o contrato de consórcio aos feneratícios — e ainda se poderia tolerar a penalização. É essa totalidade da perda, essa apropriação praticamente integral da prestação do contratante que bateu em retirada por não poder fazer frente ao contínuo aumento do preço dos bens objeto do consórcio, até atingir nível incompatível com a sua situação financeira (e é isso o que ocorre o mais das vezes, todos o sabem), é essa perda absoluta por parte do aderente que não se pode tolerar, repito.

Ressalte-se também, com Cunha Gonçalves, que ‘a cláusula penal é usada, sobretudo, nos contratos cuja pontual execução é de absoluta necessidade, tais os de fornecimento de matérias-primas ou outras mercadorias urgentes, sendo quase formulária nos contratos de usura e outros que tenham prazo improrrogável’ (Tratado de Direito Civil, vol. IV, Tomo II, p. 560, nº 531, ed. Max Limonad, SP). Aqui, *concessa venia maxima*, não se vê essa urgência capaz de autorizar, eticamente inclusive, a inserção da *stipulatio poenae* em contratos de consórcios. E a razão já ficou esclarecida supra: ficam as prestações pagas retidas, para que não se descapitalize o grupo, até o encerramento do plano, acrescentando-se que a vaga assim aberta acaba sendo ocupada por novo consorciado que se obriga a atualizar todo o débito remanescente.

Essa apropriação integral dos valores pagos (contínuo repiando que devolver sem correção redundava nisso concretamente) mais se afina com o pacto comissório do que com a pena convencional, embora de garantia alguma se trate.

A possibilidade de ficar o credor com o bem — no caso a integralidade do que se pagou — esbarra na mesma censura que à *lex comissoria* faz o autor do nosso Código Civil: ‘A proibição

do pacto comissório funda-se em um motivo de ordem ética. O direito protege o fraco contra o forte, impedindo que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor... O imperador Constantino, impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspereza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas aceitaram essa condenação' (Clóvis Bevilacqua, Cód. Civ. Comentado, vol. III, p. 358, ed. 1942).

Afastada a qualificação legal de pena convencional, ou ainda, que, *ad argumentandum tantum*, admitida essa seja a natureza jurídica da cláusula em epígrafe, mas inviável a sua aplicação por estabelecer a irredutibilidade quando o oposto se prevê no estatuto civil pátrio, cabe indagar-se se viável o enquadramento dela pelo menos na alta concepção do direito à indenização decorrente do inadimplemento contratual.

Penso que ainda aqui não teria respaldo jurídico a pretensão da administradora do consórcio à apropriação das mensalidades pagas — sempre frisando que isso é o que na prática ocorrerá com a devolução delas sem correção.

É princípio geral que a inexistência do prejuízo é óbice à pretensão de uma reparação, aliás sem objeto, pois isso 'redundaria em mera punição do devedor, com invasão do direito penal (...). Ausente o dano 'a indenização imposta em benefício de quem nada sofreu, ou além do que tenha sofrido, importará enriquecimento injustificado, e para quem pagasse seria uma pena e não uma indenização' (Agostinho Alvim, *op. cit.*, p. 197).

Como argumenta o jurista citado na sua preciosa monografia, 'suposto o dano, quer no terreno contratual, quer no extrac contratual, o que se procura é ressarcir o credor, não na medida do grau de culpa do violador do direito, mas na medida do prejuízo verificado' (p. 129), visto que 'o direito civil não visa, em geral, fins preventivos ou repressivos, mas o restabelecimento do estado anterior' (Demogue, *Traité des Obligations en Général*, vol. IV, nº 385).

Na espécie, porém, como supra se demonstrou, a apropriação das prestações, se como pena convencional não pode ser acolhida, muito menos o será à conta de indenização pelo simples fato do descumprimento contratual, se prejuízo concreto não ocorreu para o grupo e a administradora — nem isso na verdade nos autos se alegou ou demonstrou. Aliás, se entendida como *stipu-*

latio poenae, e torno a trazer a hipótese *ad argumentandum solum*, ainda assim a inexistência desse prejuízo obstará a incidência daquela condição geral. Como preleciona Orlando Gomes, embora a cláusula penal se apresente na sua função genuína como meio de se delimitar, de antemão, a responsabilidade pela inexecução culposa do contrato, está ela 'em estreita relação com o ressarcimento dos prejuízos resultantes do inadimplemento culposo de obrigação contratual' (Obrigações, ed. Forense, 1981, p. 183). Ora, seria um truísmo desnecessário afirmar-se que só se ressarce se há prejuízo, pois os termos indenização e ressarcimento contêm embutida a idéia do dano precedente, nas suas próprias estruturas semânticas. Aí vem à baila, exemplificativamente, o mandato para que alguém interrompa prescrição em andamento e não o faz. Mas embora completada esta o devedor cumpre a obrigação. Evidente que aí não se cogitaria de aplicar cláusula penal prevista no contrato de mandato, por ausência do prejuízo. É, insisto, a situação dos autos, onde a vaga aberta é preenchida por um novo aderente ao plano, que paga atualizadamente tudo o que já vencera, recolhendo uma outra taxa de inscrição para a administradora, mais 10% contratuais. É só deixar-se o dinheiro já pago pelo desistente, para que não se descapitalize o grupo nesse interregno, fazendo saldo de caixa até o encerramento dele, para que nenhum, mas absolutamente nenhum prejuízo em termos concretos, se apresente para justificar eventual ressarcimento, seja a que título for.

Finalmente, além desses fundamentos, outro há, ligado aos princípios informadores da interpretação do contrato no direito pátrio, que levariam ao entendimento aqui esposado, por igual. Excelentemente foi o tema abordado na Apelação Cível nº 589055680, da 5ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça riograndense, supra mencionado: 'A existência, na ordem jurídica, de conceitos indeterminados, de conceitos normativos, de cláusulas discricionárias e de cláusulas gerais (de que são exemplos os princípios gerais do direito' do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil; o 'bem comum' do art. 5º da mesma lei; o 'bem público' do art. 21, III, do C. Civ.; o 'perigo iminente' do art. 160, II, do C. Civ.; o 'ato necessário' do art. 160, par. único; o 'justo motivo' do art. 932 do Código Civil; a 'circunstância do caso' do art. 1.080 do Código Civil, a regra do art. 154 da Constituição Federal (obs. — refere-se à Emenda Constitucional de 1969; na atual, o tema do abuso do poder é abordado no art. 173, § 4º e

art. 14, § 9º e § 10), permitindo a aplicação do ‘direito equitativo’, o *jus aequum*, para descobrir o direito do caso concreto (Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, p. 206). Assim também na interpretação dos contratos de adesão e das cláusulas gerais de negócio, deve o juiz pautar a sua decisão segundo as exigências da equidade, para fixar o justo tempo entre os interesses e as pretensões das partes contratantes, preenchendo o vazio dos conceitos indeterminados e fazendo a valoração dos conceitos normativos de modo a atender à exigência maior de justiça’ (Rel. o Em. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr.).

Esse também o entendimento de Caio Mário: ‘O capitalismo desenvolve, com a industrialização crescente e a criação das grandes empresas, conduziu à defasagem entre os contratantes. E o negócio que realizam sofre a influência dessa diferenciação. Conseqüentemente, o contrato, com as vestes de um ato emanado de vontades livres e iguais, contém muitas vezes uma desproporcionalidade de prestações ou de efeitos, em tal grau, que ofende aquele ideal de justiça que é a última *ratio* da própria ordem jurídica. (...) Ante tais influências, medrou no direito moderno a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consuma atentado contra a justiça. Todo esse movimento pode enquadrar-se na epígrafe do dirigismo contratual ou intervenção do Estado na vida do contrato, que conflita com as noções tradicionais da autonomia da vontade e defende aquela das partes que se revela contratualmente inferior contra os abusos dos poderosos, que uma farisaica compreensão da norma jurídica antes cobria de toda proteção’ (Instituições de Direito Civil, vol. III, p. 20, ed. Forense, 1963).

E mais adiante, abordando especificamente a hipótese dos contratos de adesão, e tendo em vista as particularidades que o distinguem daqueles outros onde a vontade se faz presente na elaboração das cláusulas respectivas, o ilustre civilista adverte que, em se tratando do contrato de adesão, ‘não se chega, na análise do seu mecanismo jurídico, ao ponto de inquirir da vontade real; basta, como requisito mínimo, que acentue a possibili-

dade de conhecer as cláusulas gerais e preestabelecidas e sua adesão a elas para que se tenha formado o contrato obrigatório. Por isso mesmo, excluem-se de coercitibilidade, as chamadas cláusulas vexatórias, isto é, as demasiado onerosas ou inconvenientes.' (*id. ib.* p. 52).

Aqui se caracterizou, com base no precedente das Câmaras Cíveis Reunidas do Eg. Tribunal de São Paulo, como de ordem pública a disposição do art. 924 do CCB; e todos os demais citados no excerto do voto do Em. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. também são aqui expressamente invocados como substrato legal da interpretação dada à cláusula *sub oculis*.

Tampouco me parece convincente o argumento de justificar-se aquela cláusula geral do negócio, como fator de desestímulo à inadimplência dos consorciados.

Veja-se que em tais hipóteses o desistente acaba perdendo a taxa de inscrição, bem como a taxa de administração de 10%. E também acaba perdendo a disponibilidade imediata das prestações pagas, que só lhe serão devolvidas 30 dias após o encerramento do plano, o que demanda por vezes mais de dois anos. Isso é mais do que suficiente, até mesmo sob o aspecto punitivo — que, insisto, não se insere dentro da órbita do direito privado — para desestimular as desistências que se fazem ao mero sabor das conveniências da aplicação do dinheiro, máxime porque, também já se enfatizou isso aqui, regra geral o desistente se afasta do plano por não ter condições financeiras para acompanhar os reajustes constantes dos preços dos bens, ante a defasagem notória entre aqueles e a política salarial.

O último ponto que se apresenta a exame é o do fator de correção do que foi pago.

Como se viu no início do voto, pelo menos três existentes: a correção pelos índices oficiais a tal efeito estabelecidos pelo Governo Federal; a correção feita através do rateio do saldo de caixa aplicado às operações do mercado aberto; e a correção de acordo com o reajuste das prestações na conformidade do valor do bem objeto do consórcio.

Penso, como já expus acima, que o primeiro deles é o mais equânime. Primeiro, porque a lei que instituiu a correção monetária o contempla. Depois, porque a variação de acordo com o preço do bem objetivado pelo consórcio é sempre mais elevada do que os índices inflacionários. Se o consorciado desistiu do plano,

não mais terá direito a obter como referencial da correção do que pagou, os reajustes constantes das prestações, pois não mais o integra. A correção deverá ser, pois, de acordo com os índices oficiais, que refletem o da inflação da moeda. O que se objetiva com ações desse jaez, é obter-se a devolução do que se pagou, razão pela qual, repito, não mais se há de cogitar do valor do bem que se queria adquirir com o ingresso no plano. Pode-se argumentar que, hipoteticamente, os reajustes das prestações sejam inferiores ao da inflação. Em princípio, isso seria uma negação da evidência. As propagandas dos consórcios, ao contrário, estatisticamente procuram demonstrar que sempre os valores dos bens são superiores aos níveis inflacionários da moeda. Isto é, são os preços desses bens que acabam aumentando a própria inflação, que lhes segue, numa realimentação constante desse fenômeno patológico da economia. Porém, mesmo que essa circunstância ocorra, isto é, o aumento dos bens abaixo da inflação, ainda assim tenha-se presente que as aplicações se farão no mercado financeiro aberto. E evidentemente, não pagará o mercado pelo dinheiro menos do que o índice inflacionário existente. Corrigir-se pelo valor do bem objeto do consórcio poderá, aí sim, representar estímulo ao abandono do plano, pois embora os inconvenientes acima citados, ainda se teria uma correção de ordinário superior aos índices oficiais da correção inflacionária.

Destarte, e sob todos os ângulos que se possa enfocar o tema, chega-se sempre à resultante aqui preconizada, qual a da correção monetária sobre as prestações a serem devolvidas quando do encerramento do plano.

Nesses termos, dou provimento ao apelo para, reformando a r. sentença recorrida, julgar procedente em parte a ação, determinando a devolução corrigida das prestações pagas pelo autor, após os 30 dias que se seguirem à data do encerramento do plano de consórcio respectivo. O fato de se diferir o direito à restituição no tempo, para após o término do plano, não apresenta decaimento substancial do pedido, pelo que resta sem efeitos na sucumbência. Por isso, limito-me a inverter os ônus a tal título fixados na r. sentença apelada.”

3. Pelo que sei, julgamos, nesta Turma, dois casos envolvendo consórcios, assim ementados:

“Consórcio de automóveis. Desistência, por incapacidade financeira. Restituição da quantia paga, após encerrado o plano, com correção monetária. 1. Pela alínea *a* do per-

missivo, aplicação das Súmulas 282 e 356/STF. A expressão 'tratado ou lei federal' (CF, art. 105, III, *a*) não compreende portaria ministerial. 2. Pela alínea *c*, dissídio não comprovado, por se tratar, o padrão, de caso ocorrido antes do encerramento do plano. 3. Recurso especial não conhecido." (REsp-5.313, em 23.10.90, Sr. Ministro Nilson Naves).

"Civil — Consórcio de automóvel — Desistência — devolução das cotas pagas após encerramento do plano — Correção monetária.

I — Pelo fundamento da alínea *a*, tocante à alegada ofensa ao Regulamento Geral dos Consórcios e à Portaria nº 330/87, não cabe em sede do Especial examiná-la, por não serem eles Tratado ou Lei Federal.

II — A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça está orientada no sentido de estender a correção monetária a todos os débitos, seja de que natureza forem, no que diz respeito àqueles resultantes de decisão judicial, com a edição da Lei nº 6.899/81. Essa matéria sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária não pode inibir o julgador de, adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação a que faz jus o jurisdicionado.

III — Recurso não conhecido pelo fundamento da alínea *c*." (REsp-5.383, em 4.12.90, Sr. Ministro Waldemar Zveiter).

4. No REsp-5.313, porque não conhecido, a questão federal deixou de ser analisada, mas, no REsp-5.383, embora por igual não conhecido, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter, ao votar, externou o seu modo de ver a questão, nessas palavras:

"Todavia, a matéria não é pacífica, mas inclino-me à corrente que admite que a melhor solução que se ajusta à situação jurídica em tela, é a que devam ser as parcelas pagas restituídas com juros e corrigidas monetariamente.

Essa questão sobre ser possível ou não a incidência da correção monetária, em tais circunstâncias e mesmo em outras nas quais se argumenta com violações legislativas arcaicas, porque superadas pelos fatos sociais, não podem inibir o julgador de adequando sua interpretação à realidade social ou econômica, entregar a prestação jurisdicional a que faz jus o interessado, notadamente, fiel ao princípio de justiça, que deve prevalecer

sobre os conceitos do direito, quando este se constitui anacrônico e distanciado, na mora do legislador, aos fins sociais a que se o constituiu.”

Na mesma linha de seu pensamento, S. Exa. declinou a posição dos Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Carlos Velloso, em acórdão proferido no extinto Tribunal Federal de Recursos, na AC-114.925, bem como do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo, neste Tribunal Superior, no REsp-2.122.

Sobre a incidência, de modo geral, da correção monetária, deixei exposto o meu pensamento, ainda no Tribunal Federal de Recursos, quando do julgamento dos EAC-110.446, em 14.12.88. Por se tratar de posição semelhante à lembrada pelo Sr. Ministro Waldemar Zveiter, no REsp-5.383, àquele julgamento me reporto, neste momento.

5. Quanto à cláusula penal, cuido irrepreensível o acórdão da AC-190023556, na excelente exposição de seu relator, cujos fundamentos adoto, bem como a sua conclusão.

6. Conheço do recurso especial pelo dissídio, como disse, mas lhe nego provimento.

VOTO (VISTA)

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: A questão em debate — correção monetária das importâncias a serem devolvidas ao consorciado excluído ou desistente — já foi objeto de exame por esta Corte em diversas oportunidades, firmando-se a jurisprudência no sentido de que deva aquela atualização. Assim, entre outros, o acórdão no REsp 5.383, relator Ministro Waldemar Zveiter, e no REsp 7.326, relator o Ministro Athos Carneiro.

Em verdade, a cláusula a excluir correção monetária, com os índices de inflação que ainda persistem, corresponde a fazer ínfima a importância de ser devolvida, reduzindo-a a perto de nada, em certas circunstâncias. A avença que isso estabelece merece ser qualificada de leonina, inaceitável em contrato de adesão.

Alega-se tratar-se de cláusula penal. Embora não se exija, para semelhante pacto, o uso de expressões sacramentais, indispensável que resulte certo ter-se pretendido assim convencionar. Ora, não se coaduna com a natureza da cláusula fazê-la tanto maior quanto mais amplamente adimplida a obrigação.

Acompanho o Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.297 — RS — (91004910) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves. Recorrente: Sinosserra Administrações e Participações Ltda. Recorrido: Luiz Alberto Silveira Guasque. Advogados: Drs. Sérgio Haas e outros e José Henrique de F. Valle e Silva e outros.

Decisões: Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial, pela alínea c, mas lhe negando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Waldemar Zveiter e Cláudio Santos. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 20/03/91).

Retomando o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial, pela alínea c, mas lhe negou provimento. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Cláudio Santos. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES (3ª Turma, 21/06/91).



RECURSO ESPECIAL Nº 7.631 — RJ

(Registro nº 91.0001284-0)

Relator: *Ministro Sálvio de Figueiredo*

Recorrente: *José Augusto Pessoa Salinas*

Recorrida: *Juliana Marques de Almeida*

Advogados: *Drs. Guilherme Galvão Caldas da Cunha, Auristela Viterbo de V. Mota e outro*

EMENTA: Direito de Família. Filiação adulterina. Investigação de paternidade. Possibilidade jurídica.

I — Em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível é o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado.

II — Em se tratando de direitos fundamentais de proteção à família e à filiação, os preceitos constitu-

cionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica.

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, 17 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

EXPOSIÇÃO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em acórdão relatado pelo em. Des. Renato Manesky, ementou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua eg. Primeira Câmara Cível:

“Investigação de paternidade. Com o advento da Lei nº 7.841/89, que revogou o art. 358 do Código Civil, que proibia o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, e sobretudo com a norma contida no § 6º do art. 227 da Constituição Federal, que atribui igualdade de direitos a filhos de qualquer natureza e proíbe designações discriminantes relativas à filiação, não subsistem vedações à investigação de paternidade”.

Inconformado com essa decisão, que manteve saneador que concluía pela possibilidade jurídica da ação de investigação de paternidade de filho “adulterino” na constância da sociedade conjugal do genitor, o agravante interpôs recurso especial pelas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando dissenso interpretativo e ofensa aos arts. 363 do Código Civil e 1º da Lei 883/49.

O apelo foi admitido na origem apenas pela alínea *a*, dada a razoabilidade do fundamento do recorrente, assim sintetizado pelo Des. Fernando Whitaker:

“O cerne da controvérsia está em definir se os arts. 363 do Código Civil Brasileiro, e 1º, da Lei de nº 883, estão revogados.

Sustenta o autor que não, pois não se opõem ao disposto no § 6º, do art. 227, da Constituição Federal, cujo intuito seria o de proibir apenas designações discriminatórias e de garantir os mesmos direitos dos filhos, sem isso implicar em atos que pudessem pôr em risco a sociedade conjugal, que também tem proteção constitucional; por isso, argumenta que a legislação tem permitido e facilitado sempre o reconhecimento espontâneo, mesmo quando ocorre na vigência do casamento, mas que não está afastada a proibição da investigação de paternidade durante o matrimônio e tanto assim que o art. 1º, da Lei nº 7.841/89 expressamente revogou o art. 358, do Código Civil Brasileiro, que dizia não poderem ser reconhecidos os filhos adulterinos e incestuosos, mas não se referiu ao art. 363, do Código Civil Brasileiro e art. 1º, da Lei de nº 883, segundo os quais a ação para demandar o reconhecimento de suposto pai só poderia ocorrer após o término da sociedade conjugal”.

Os pareceres do Ministério Público, nas esferas estadual e federal, são contrários à pretensão recursal.

Registro ainda que indeferi, em 1º.07.pp, cautelar inominada (Petição 146-RJ) do recorrente, que postulava suspensão do processo, com audiência designada para o dia 3 deste mês de agosto (cópia às fls. 94/95).

É o relatório.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO (Relator): Não há como conhecer do recurso pelo dissídio pretoriano, quer por não ter sido feito o confronto analítico, quer pela circunstância de ter sido trazida à colação simples ementa, quer pela data do paradigma, julgado na vigência da ordem constitucional pretérita.

Melhor sorte não ampara o recorrente sob o manto da invocada contrariedade à legislação federal, que hoje tem disciplina bem diversa do sistema anterior.

A propósito, por sua adequação, merece transcrição o trecho que se segue, do ilustre Prof. Simão Isaac Benjó, que no feito funcionou (fls. 48/52) pela Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro, *verbis*:

“

“E se todos os filhos são iguais, não há mais vedação ao registro de filhos outrora considerados espúrios (adulterinos ou incestuosos).

É certo que sobre o tema já lavra acentuada divergência, sob a alegação de que tal registro poderá importar prejuízo para o outro cônjuge ou para os outros elementos da prole.

Não nos parece subsistente o argumento, pois a qualquer tempo poderá o interessado prejudicado intentar a ação negatória de filiação, tal como ocorre na hipótese do artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 883/49:

“Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados, o direito de impugnar a filiação”.

Isso sem falar na jurisprudência dominante no nosso Tribunal de Justiça, que, para efeitos sucessórios, dispensa a propositura da ação de investigação de paternidade quando, ainda na vigência da sociedade conjugal, o pai registrara o filho adúltero, assegurada, porém, a ação negatória aos interessados.

Obviamente, se o genitor não registra o filho outrora considerado natural, ou espúrio, não se pode fazer o auto-registro. Será necessária a ação declaratória de paternidade ou de maternidade, que agora caberá a qualquer filho, sem as restrições do Código Civil. É que, afinal, se proclamou que os direitos dos filhos estão acima dos melindres e conveniências dos pais desinteressados e mal vocacionados” (**Temas Atuais do Direito Brasileiro**, 2ª série, ps. 202/203).

Para espancar qualquer dúvida sobre o alcance incondicional da igualdade assegurada pela Carta Magna, foi expedida a Lei nº 7.841, de 17.10.1989, cujo artigo 1º, expressamente, revogou o artigo 358 do C. Civil, que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros.

Diga-se, de passagem, que a norma iníqua de muito vinha sendo mitigada, em relação aos filhos adúlteros, por sucessivas derrogações que lhe foram impostas:

a) pelo Decreto-lei nº 4.737, de 24-09-42 (conhecido nos meios forenses como Lei Chateaubriand), que permitiu o reconhecimento de filhos adúlteros após o desquite do(a) genitor(a);

b) pela Lei nº 883, de 21-10-1949, que permitiu o reconhecimento de filho adúltero, após a dissolução da sociedade conjugal do(a) genitor(a), incluindo, aí, a hipótese de morte, não prevista, dada sua especificidade, na lei anterior;

c) pela Lei nº 7.250, de 14.11.1984, que acrescentou, ao artigo 1º da Lei nº 883/49, o § 2º, para permitir o reconhecimento de filho adulterino, ainda na constância da sociedade conjugal, desde que o cônjuge genitor estivesse separado de fato há mais de 5 anos contínuos”.

A tese do recorrente não deixa de ter sedução dialética, em face do *caput* do art. 363 do Código Civil, que ainda expressaria a vedação dos filhos de pessoas casadas demandarem o reconhecimento da paternidade (inciso VI do art. 183, CC), dado o silêncio da Lei nº 7.841/89 a seu respeito. Em outras palavras, possível seria apenas o reconhecimento espontâneo, pelo pai, mas não o provocado, pelo filho.

Trata-se a meu juízo, contudo, de mero sofisma, daí o acerto do v. acórdão recorrido ao assinalar que

“desaparecida, por força de disposição constitucional e por força de lei, a distinção entre filhos de qualquer natureza, é óbvio que tanto o reconhecimento espontâneo como o provocado por iniciativa do interessado são permitidos”.

Este, por sinal, o entendimento da melhor doutrina que tem se pronunciado a respeito.

Com efeito, ao anotar o referido art. 363 do Código Civil, observa Theotônio Negrão, na sua 10ª edição, que o artigo agora deve ser lido com os dizeres de que “os filhos têm ação contra os pais...”.

Na mesma linha, escreveu Humberto Theodoro Jr.:

“Prevê o art. 227, § 6º, da nova Carta, que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Operou-se, portanto, a completa equiparação entre os filhos legítimos e ilegítimos, não se podendo mais tolerar as discriminações que se faziam aos filhos adulterinos, como o impedimento de investigar a paternidade na constância do casamento do ascendente.

Agora, qualquer que seja o filho, facultado lhe será, a qualquer tempo, a ação de investigação de paternidade com amplos efeitos, e não apenas reclamar alimentos em segredo de Justiça, como impunha o art. 4º da Lei nº 883/49 aos filhos espúrios, enquanto perdurasse o casamento do genitor” (“A Nova Constituição e o Direito Civil”, Revista Jurídica, ed. Síntese, 148/11, item V).

Esta, sem dúvida, a melhor exegese, que se coaduna com a proteção constitucional, com o princípio da igualdade jurídica dos filhos e com o princípio jurídico segundo o qual os preceitos constitucionais não devem receber interpretação restritiva em se tratando de direitos fundamentais.

Com tais fundamentos, não conheço do recurso.

VOTO — VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Versa a espécie sobre a possibilidade de ser intentada a ação de investigação de paternidade pelo filho “adulterino” na constância da sociedade conjugal do genitor. Rejeitada preliminar quando do saneamento do feito, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao agravo de instrumento manifestado pelo réu, em Acórdão que registra a seguinte ementa:

“Investigação de paternidade. Com o advento da Lei nº 7.841/89, que revogou o art. 358 do Código Civil, que proibia o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, e sobretudo com a norma contida no § 6º do art. 227 da Constituição Federal, que atribui igualdade de direitos a filhos de qualquer natureza e proíbe designações discriminantes relativas à filiação, não subsistem vedações à investigação de paternidade” (fls. 60).

O demandado interpôs recurso especial, invocando dissenso interpretativo e negativa de vigência dos arts. 363 do Código Civil e 1º da Lei nº 883/49.

Acompanho o douto voto do eminente Relator, que não conheceu do apelo extremo.

Por primeiro, insuscetível de caracterização o conflito pretoriano, não somente por haver sido transcrita a simples ementa do julgado paradigma, como também por cuidar-se de controvérsia apreciada ainda sob a ordem constitucional pretérita.

Também não vislumbro, tal como o ilustre Relator, contrariedade aos preceitos de lei indicados pelo ora recorrente. Os arts. 363 do Código Civil e 1º da Lei nº 883, de 1949, foram tacitamente revogados pela vigente Lei Fundamental.

Assim é que a nova Constituição consagrou a igualdade da filiação e eliminou radicalmente qualquer espécie de discriminação. De sorte que o reconhecimento da paternidade, quer o espontâneo quer o compulsó-

rio, dispensa a dicotomia alvitrada pelo réu-recorrente. Não há mais distinção entre os filhos; todos são iguais (art. 227, § 6º da CF).

José Luiz Gavião de Almeida, promotor de Justiça e Professor da PUC de Campinas, a propósito leciona que:

“A nova Carta Constitucional trouxe identidade de tratamento quanto aos filhos, venham eles de família legalmente constituída ou não. Nesse passo toda regra, discriminatória dos filhos, antes chamados ilegítimos, não pode continuar prevalecendo”.

E acentua:

“Em face disso, e em obediência à regra da impossibilidade de trazer a lei designações discriminatórias em relação aos filhos, as expressões ‘filho legítimo’, ‘filho ilegítimo’, ‘filho adulterino’ e ‘filho incestuoso’, que habitam nossas leis, devem ser retiradas. No mesmo sentido as regras proibitivas do reconhecimento ficam, automaticamente, revogadas”.

Conclui, a seguir, *in verbis*:

“O art. 357 precisa perder a expressão ‘ilegítimo, e os arts. 358, 363, 364 e 367 não podem mais subsistir” (O Novo Estatuto da Filiação, *in* “O Direito de Família e a Constituição de 1988”, pág. 181 e 182, respectivamente, ed. 1989).

Carlos Alberto Bittar, de seu turno, em nota ao capítulo atinente à paridade de direitos entre os filhos observa que a respeito desapareceram os qualificativos, os regimes diferentes de direitos e as dissonâncias na sucessão (O Direito Civil na Constituição de 1988, pág. 65, nota 10, ed. 1990).

Essa é a opinião do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, especialista em assuntos relacionados com o direito de família, Dr. Washington Epaminondas M. Barra, para quem:

“No que pertine ao reconhecimento judicial, a ação percorrerá o rito ordinário, devendo ser proposta contra o suposto pai (art. 363 do CPC), qualquer que seja o seu estado civil (Boletim AASP nº 1.663, pág. 259, de 6/11/90)” *in* “O Estado de São Paulo”, ed. de 14 de dezembro de 1990, pág. 26).

Tudo isso se passa no plano constitucional.

A nível de legislação federal, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), reza que:

“O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado

contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Eis porque Jurandir Norberto Marçura, Munir Cury e Paulo Afonso Garrido de Paulo observam em seu “Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado” que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercido “independentemente do estado civil dos genitores ou de eventual parentesco entre eles” (Pág. 24, ed. 1991).

Pertinente afigura-se, portanto, a conclusão constante do lúcido parecer de fls. 48/52, da lavra do Procurador da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Simão Isaac Benjó, no sentido de que:

“Se a ação de investigação de paternidade de filho adulterino ainda estivesse condicionada à dissolução da sociedade conjugal do investigado, remanesceria, em parte, a proibição de reconhecimento de tal filho, o que tornaria letra morta a Constituição Federal e a Lei 7.841/89” (fls. 52).

Ante o exposto, não conheço do recurso.

É o voto.

VOTO VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Voto de acordo com o Senhor Ministro-Relator (sem explicitações).

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Acompanho, também, o lúcido voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, com os complementos trazidos no voto do Eminentíssimo Ministro Barros Monteiro.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.631 — RJ — (91.0001284-0) — Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo. Recte.: José Augusto Pessoa Salinas. Recda.: Juliana Marques de Almeida. Advs.: Drs. Guilherme Galvão Caldas da Cunha, Auristela Viterbo de V. Mota e outro.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. (4ª Turma — 17.09.91)

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Barros Monteiro, Athos Carneiro e Fontes de Alencar.

Ausente, por motivo justificado, o Sr. Ministro Bueno de Souza.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 7.731 — SP
(Registro nº 91.0001426-5)

Relator: *Exmo. Senhor Ministro Athos Carneiro*

Recorrentes: *Ministério Público do Estado de São Paulo, Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A*

Recorrida: *Ensibel — Ind. Com. de Móveis Ltda. — em concordata preventiva*

Interes.: *Alfredo Luiz Kugelmas — Comissário da concordata preventiva de Ensibel — Ind. Com. de Móveis Ltda.*

Advogados: *Edson Cosac Bortolai e outros, Sérgio Benedito Siqueira*

EMENTA: CONCORDATA PREVENTIVA. CONTRATO DE CÂMBIO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE ADIANTAMENTO.

O pedido de restituição, formulado nos termos do artigo 75, § 3º, da Lei nº 4.728, de 14.07.65, está sujeito à condição estabelecida na Lei Falencial, devendo assim o adiantamento ter sido efetuado nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata, por incidência à espécie do disposto no artigo 76, § 2º, combinado com o artigo 166, da Lei Falencial, em exegese compreensiva.

Cumpra não supervalorizar, além do explicitamente previsto, a situação jurídica da instituição financeira, colocando sem limite temporal o pedido de restituição de dinheiro (com a devida correção monetária), em potencial prejuízo aos créditos privilegiados derivados das relações trabalhistas, previdenciárias ou fazendárias, e aos demais créditos.

Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 1º de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro ATHOS CARNEIRO, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Trata-se de ação de restituição de adiantamento relativo a contrato de câmbio, ajuizada perante a 24ª Vara Cível da Comarca de São Paulo por BANCO DE CRÉDITO REAL DE MINAS GERAIS S/A, contra ENSIBEL IND. E COM. DE MÓVEIS LTDA., em concordata preventiva.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido, deferindo a restituição (fls. 27/27 v.).

Apelou a concordatária, alegando, em preliminar, a nulidade do processo por falta de regular intimação, e, no mérito, a inadmissibilidade da restituição, já que desatendido o art. 76, § 2º, do D-lei nº 7.661/45, posto que efetivada a entrega do adiantamento bem antes do termo legal ali estipulado (fls. 29/38).

A eg. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou a preliminar e deu provimento ao recurso, asseverando, *verbis*:

“Com essas ponderações de ordem sistemática e reflexão axiológica é que, com segurança, se pode concluir: a restituição dos adiantamentos feitos por instituição bancária a exportador por conta do contrato de câmbio de exportação só é devida quando a entrega do numerário tenha ocorrido no prazo de quinze dias anteriores ao requerimento da falência ao concordata” (fls. 66/70).

Inconformados, o Banco credor e o Ministério Público manejaram recursos extraordinários com argüição de relevância, ambos convertidos

em recurso especial, fundamentados no art. 119, III, letras *a* e *d*, da CF/67, então vigente, contendo idênticas alegações de contrariedade ao art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728/65, além de divergência jurisprudencial. Sustentaram, em síntese, a inexigibilidade do requisito temporal contido no estatuto falimentar (fls. 72/84 e 86/91).

Admitidos os recursos (fls. 204/205) e devidamente contra-arrazoados, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO ATHOS CARNEIRO (Relator):
Dada a perfeita similitude das questões ventiladas nos recursos especiais deduzidos, passo a apreciá-los conjuntamente.

Assim, cuida-se na espécie da aplicabilidade, ou não, do prazo de 15 dias referido no art. 76, § 2º, da Lei de Falências, à hipótese de restituição prevista na Lei do Mercado de Capitais para os adiantamentos por conta de contratos de câmbio.

Não conheço do recurso pela alínea *a*, eis que entendo perfeitamente razoável a harmonização das normas da Lei do Mercado de Capitais e da Lei de Falências, quanto à exigibilidade ou não, nos casos de contratos de câmbio, do prazo permissivo da restituição.

Conforme tive oportunidade de asseverar quando do julgamento do REsp nº 6.114-SP, o eg. STF, em mais de uma oportunidade, e especialmente no julgamento do RE 68.569, 1ª Turma, rel. o em. Min. Barros Monteiro, se pronunciou no sentido da tese esposada pelos recorrentes, *verbis*:

“Inquestionável, a meu ver, que o que deve prevalecer, na hipótese, é o voto vencido do Des. Geraldo Ferreira Leite, às fls. 101, onde bem se acentua o caráter meramente administrativo do processo de habilitação do crédito. E a ilustrada Procuradoria-Geral da República, examinando, com proficiência, os preceitos legais atinentes ao caso, conclui que o prazo de 15 dias só se aplica às coisas vendidas a crédito (art. 76, § 2º, da Lei de Falências), e não ao dinheiro adiantado por conta de contrato de câmbio. Inovando a respeito da matéria, diz o parecer, não subordinou a Lei nº 4.729/65 a restituição a nenhuma condição.”

Não obstante, embora mui valiosas tais considerações, *data venia* creio melhor adequada ao sistema geral da legislação regente das fa-

lências e das concordatas, e máxime ao interesse do conjunto de credores, entre os quais os detentores de créditos privilegiados, como os créditos trabalhistas, os previdenciários, os fazendários, a exegese que enquadra a restituição excepcional, da Lei do Mercado de Capitais, às restrições temporais da lei de quebras.

Outrossim, reporto-me, no particular, nos seguintes fundamentos do acórdão recorrido, *verbis*:

“No mérito, a pretensão recursal da ré merece prosperar. Ela tem toda razão, quando sustenta que está sujeita aos ditames da Lei de Falências o direito da instituição financeira à restituição de adiantamento feito por conta de contrato de câmbio de exportação. Esse contrato, regido basicamente pela chamada Lei do Mercado de Capitais, é geralmente indicado pela doutrina, com reflexos na postura dos pretórios, como contrato de compra e venda, figurando o exportador como vendedor das divisa que receberá quando se exaurir o negócio feito com o comprador sediado em território estrangeiro (cfr. Lei nº 4.728, de 14.7.65, art. 75). Boa fonte doutrinária ensina que, sendo feito o adiantamento pela instituição financeira ao exportador, “se afastam todas as teses doutrinárias sobre o problema da fungibilidade do dinheiro, que para muitos, não seria suscetível de restituição” (cfr. Requião, **Aspectos Modernos de Direito Comercial**, II, S. Paulo, Saraiva, 1980, p. 365). O direito positivo pôs uma pá-de-cal sobre essa questão.

3. Ele não chegou, no entanto, ao ponto de conferir às instituições financeiras esse direito, que em si mesmo já é excepcionalíssimo, independentemente do requisito temporal ordinariamente imposto pela Lei de Falências para que haja o direito à restituição. Trata-se do bem que for, sempre o próprio instituto da restituição falimentar, tal qual modelado nessa lei, assenta sempre na premissa de que ele “não integra o patrimônio do falido, pois a outrem evidentemente pertence”; não se trata de “crédito, no sentido técnico-econômico-jurídico da expressão. Não há crédito, mas apenas restituição da coisa ou do valor” (*id.*, *ib.*, p. 367). E a Lei do Mercado de Capitais, que chegou ao ponto de dar às instituições financeiras essa norme vantagem de poder exigir a restituição dos adiantamentos, não chegou a dizer coisa alguma sobre o requisito temporal contido no estatuto falimentar (v. LMC, art. 75, § 3º: “no caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior”). Ela podia ter dispensado tal

requisito expressamente, mas não o fez. Não o tendo feito, fica ao intérprete a tarefa de extrair conclusões da sua omissão” (fls. 66/68).

Quanto à alegação de divergência jurisprudencial, nem o Ministério Público e nem o Banco credor coligiram arestos capazes de configurá-la, posto que os acórdãos colacionados embora reconhecendo a possibilidade de restituição de valores entregues à conta de contrato de câmbio, não cuidaram, ao que se deduz dos trechos transcritos, da questão do prazo, exceção ao último aresto trazido pelo Banco credor que, contudo, não se encontra publicado em repertório autorizado.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

VOTO — VISTA

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Em face da divergência já manifestada na Turma (cfr. REsp 8.277-SP), solicitei vista para exame mais detido da espécie.

Concluiu a eg. Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao prover a apelação, pela improcedência do pedido de restituição, na concordata, de adiantamento relativo a contrato de câmbio, ao fundamento de que o direito da instituição financeira autora está sujeito à lei falimentar.

A exemplo da conclusão a que cheguei no exame do REsp 8.277-SP, pelas razões então expostas, tenho por mais razoável e jurídica a tese do v. acórdão nestes autos impugnado, motivo pelo qual acompanho o em. Relator, não conhecendo do recurso pela alínea *a* e também pela alínea *c*, pelos fundamentos alinhados em seu voto.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Sr. Presidente, a matéria já está suficientemente debatida. Penso que a Lei de Mercado de Capitais, de acordo com o que houvera afirmado o Colendo Supremo Tribunal Federal, criou uma nova modalidade de pedido de restituição. No indigitado art. 75, § 3º, da Lei de Mercado de Capitais, não está previsto o requisito temporal que se insere no art. 76, § 2º, da Lei de Falências, o qual a meu ver cuida de uma hipótese diversa.

Peço vênias ao Eminentíssimo Ministro-Relator e aos preclaros Ministros Sálvio de Figueiredo e Bueno de Souza, para acompanhar a orientação

imprimida pelo Eminentíssimo Ministro Fontes de Alencar. Neste caso, portanto, entendo como contrariado o art. 75, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965, e, por essa razão, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, em apreço ao que se acaba de ponderar o Senhor Ministro BARROS MONTEIRO, desejo apenas acrescentar que o instituto da restituição falimentar em casos de aquisição de mercadorias nas vésperas da quebra ou do pedido de concordata, tradicionalmente, é associado à presunção de má-fé do concordatário ou falido. Esta má-fé se presume, precisamente, por se realizar a operação no período suspeito de quinze dias, que antecede ao pedido ou decreto.

Em todas as situações em que nosso direito tem favorecido o credor, isentando-o do *labyrinthus creditorum*, ele o faz, em apreço à boa-fé daquele que não tinha como supor que o comerciante estivesse a preparar a moratória.

Se abandonarmos estas razões históricas, admitiremos fundamentação realmente nova, que estaria pronto a aceitar, porque o princípio é de ordem legal; mas seria mister que o novo critério resultasse explícito na lei modificadora, o que, a meu ver, não se verifica...

Com a devida vênia, persevero no entendimento que antes resumi.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Sr. Presidente, nada obstante as observações dos que entendem diferentemente, mantenho-me na posição já exposta, e, no caso concreto, acompanho o voto do Eminentíssimo Ministro Barros Monteiro, dando por vulnerado o art. 75, § 3º, da Lei de Capitais.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 7.731 — SP — (91.0001426-5) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Athos Carneiro. Recorrentes: Ministério Público do Estado de São Paulo; Banco de Crédito Real de Minas Gerais S/A. Recorrida: Ensisel — Ind. Com de Móveis Ltda. — em Concordata Preventiva. Interes.: Alfredo Luiz Kugelmas — Comissário da Concordata Preventiva de

Ensibel — Ind. Com. de Móveis Ltda. Advogados: Edson Cosac Bortolai e outros; Sérgio Benedito Siqueira.

Após o voto o Sr. Ministro-Relator que não conheceu do recurso, pediu VISTA o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Aguardou o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Bueno de Souza e Fontes de Alencar (12.03.91). Presidiu o julgamento o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.

Decisão: A 4ª Turma, por maioria, não conheceu do recurso (em 1º.10.91)

Em sessão realizada em 1º.10.91 ficaram vencidos os Srs. Ministros Fontes de Alencar e Barros Monteiro que conheciam do recurso e lhe davam provimento. Presidiu o julgamento, o Sr. Ministro ATHOS CARNEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 8.914 — RO

(Registro nº 9141408)

Relator: *Ministro William Patterson*

Recorrentes: *Luiz Fátima de França Passos e outro*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Rondônia*

Advvs.: *Drs. José Mário Alves da Silva e Fernando Silva Maia e outro*

EMENTA: PENAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO. CRITÉRIO. MÍNIMO LEGAL.

Não ofende o disposto no art. 59, do Código Penal, nem o sistema previsto no art. 68, do mesmo ordenamento, a sentença que fixa a pena-base acima do mínimo legal, justificadamente, vale dizer, observando as condições estabelecidas no primeiro dispositivo.

A Súmula nº 7-STJ não autoriza, no recurso especial, o exame de prova, como se há de conceber exigível na análise da atipicidade do crime de falsidade ideológica (art. 299, do CP), por ausência de dolo específico.

Recurso Especial 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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 14 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Adoto, como relatório, o parecer de fls. 344/346, subscrito pelo Procurador em exercício da Subprocuradoria-Geral da República, Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis, que expõe, com clareza, a matéria discutida nestes autos, *verbis*:

“Trata-se de recurso especial interposto por LUIZ FATIMA DE FRANÇA PASSOS e ARY CARVALHO DA SILVA do v. acórdão prolatado pela Egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que manteve a condenação dos mesmos por infração, RESPECTIVAMENTE, aos preceitos dos arts. 299, parágrafo único e 293, § 1º, do Código Penal, imposta ao primeiro a pena de dois anos de reclusão e Cz\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), aumentada de 1/6 (único do art. 299), tornada definitiva em dois anos e quatro meses de reclusão e, quanto ao último, Ary Carvalho da Silva aplicada a pena de reclusão de dois anos e seis meses Cz\$ 15.000,00 (quinze mil cruzados).

O acórdão deu provimento, em parte à apelação, para excluir as penas acessórias e consistentes no impedimento temporário das atividades dos réus.

O recurso especial dele interposto por Luiz Fátima de França Passos fundou-se no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da CF, suposta negativa de vigência aos arts. 299, 59 e 68 do Código Penal, sendo inadmitido quanto ao art. 299 do CP, com fundamento na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, e admitido, com fundamento tão-só na alínea *a* do art. 105, da CF, quanto à negativa de vigência aos arts. 68 e 59 do CP.

O recurso especial esgrimido por Ary Carvalho da Silva, fundou-se no art. 105, III, alínea e, da CF, sendo relevado o equívoco, para ser admitido como tendo por base contrariedade ao art. 68 do CP, à vista dos elementos do art. 59 da mesma Lei”.

Conclui o ilustre parecerista e representante do Ministério Público Federal, pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Os Recorrentes amparam-se nas disposições contidas nos arts. 59, 68 e 299, do Código Penal, para pedir a reforma da decisão impugnada, ao fundamento de que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, sem motivação jurídica para tanto.

O Tribunal de Justiça de Rondônia, por sua Câmara Criminal, entendeu correta a sentença monocrática, por considerá-la justificada satisfatoriamente. Na verdade, lê-se dessa peça:

“Analisando o feito e as condutas dos réus na forma do art. 59 do Código Penal, nota-se que ambos agiram com elevado grau doloso, utilizando-se de órgão Estadual de grande importância na legalidade de milhares de veículos circulantes, levando mesmo o consumidor do serviço público a ter “medo” de se dirigir ao órgão em tela “DETRAN” para ali licenciar um veículo, pelo comportamento criminoso das pessoas que o dirigem, ou dirigiam, *in casu*.

Ambos os réus, Luiz Fátima de França Passos, não tem dignidade para o serviço público, e Ary Carvalho da Silva não tem dignidade para exercer a mediação de serviço público, no caso o de Despachante credenciado”.

Inexiste proibição legal para fixação da pena-base acima do mínimo legal. O que o sistema exige é a expressa justificativa, com apoio nas condições estabelecidas no art. 59, do Código Penal. Essa é a orientação predominante na jurisprudência pretoriana, conforme se infere dos seguintes acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA — CRIMINAL. Sentença. Pena-base. É dever do Juiz especificar os motivos pelos quais fixou a pena-base acima do mínimo previsto na lei. Essa justificativa se funda, essencialmente, nas circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59, do Código Penal.”

.....
(RE nº 114.783-MA, Relator Ministro Carlos Madeira, *in* DJ de 17.03.88).

“Cumpra ao juiz, na sentença, destacar, motivadamente, os fatores que explicam o alvitre da pena-base acima do mínimo legal” (Relator Ministro Francisco Rezek).

Como visto, não ofende a legislação de regência a sentença que, de forma motivada (art. 59, do CP) fixa a pena-base acima do mínimo legal, mesmo considerando a primariedade e bons antecedentes dos réus. Se assim é, descabe falar em violação aos arts. 59 e 68, do citado ordenamento, e, conseqüentemente, fundamento para se conhecer do recurso especial, mesmo porque, nesta fase processual, não é possível reexame da prova, conseqüência que decorreria da análise das circunstâncias que conduziram o juiz a estabelecer a pena-base acima do mínimo legal.

Sequer pode-se conceber inobservado o critério trifásico, para cálculo da pena, estampado no art. 68, do Código. Com efeito, por tal sistema, o juiz deve, inicialmente, fixar a pena-base, nos termos do art. 59, e, a seguir, aplicar as circunstâncias agravantes, incorporando ao cálculo, por final, as causas de diminuição e aumento. Foi o que ocorreu no particular. Primeiro fixou-se a pena-base e, depois, acrescentou-se a causa de aumento prevista no parágrafo único, do art. 299.

No tocante à atipicidade do crime de falsidade ideológica, pela falta do dolo específico, será impossível penetrar-se nessa trilha jurídica sem a necessidade do exame dos aspectos fáticos que a envolvem. A Súmula nº 7 — STJ proíbe a conduta.

Em relação à divergência jurisprudencial, como bem acentuou o ilustre Presidente do Tribunal *a quo*, não restou demonstrada, à mínima dos elementos requeridos no art. 255, parágrafo único, do Regimento Interno do STJ.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 8.914 — RO — (9141408) — Relator: Ministro William Patterson. Rectes.: Luiz Fátima de França Passos e outro. Recdo.: Ministério Público do Estado de Rondônia. Advs.: Drs.: José Mário Alves da Silva e Fernando Silva Maia e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 14.05.91 — 6ª Turma).

Votaram os Srs. Ministro José Cândido, Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO ESPECIAL Nº 9.158 — SP
(Registro nº 91.4838-0)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *José Roberto Lamacchia*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Alberto Viegas Mariz de Oliveira e outros*

EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. CAUSAS INTERRUPTIVAS.

1 — *Lei de imprensa*. Aplicam-se aos crimes de imprensa as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal.

2 — *Interrupção da prescrição*. Acórdão embargável proferido em grau de apelação. Se o acórdão, relativo à apelação, for condenatório, ou seja, aquele que pela primeira vez impôs a pena, ou agravou-a, constitui “decisão condenatória recorrível” (art. 117, IV, do CP) e, ainda que embargável, tem efeito interruptivo da prescrição. Se, entretanto, for meramente confirmatório da sentença de primeiro grau, não se identifica perfeitamente com a previsão do art. 117, IV, do CP, pelo que não interrompe a prescrição. No caso, ocorre a última hipótese.

Recurso Especial conhecido, pela letra c, e provido para declarar-se extinta a punibilidade pela prescrição.

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, por maioria, provê-lo, para declarar

extinta a punibilidade, em face da prescrição em causa, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: José Roberto Lamacchia foi condenado por crime de imprensa (art. 20 c/c 23 da Lei nº 5.250/67) a 8 meses de detenção e multa.

Apelou objetivando o reconhecimento da prescrição ou a absolvição por insuficiência de prova.

A Terceira Câmara do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo negou provimento ao recurso contra o voto do Juiz Gomes de Amorim que acolhia a prescrição para declarar extinta a punibilidade. Sustentou o voto vencido a tese da inaplicabilidade aos crimes de imprensa das causas interruptivas da prescrição prevista no art. 117 do Código Penal.

Inconformado e com apoio no voto vencido, opôs a defesa embargos infringentes conhecidos como de nulidade mas rejeitados por maioria. Na ocasião do julgamento, desacolheu-se também a arguição de prescrição intercorrente (fls. 379 e 384), entendendo a maioria que o curso da prescrição foi interrompido:

- a) com o recebimento da denúncia em 26/06/87;
- b) com a publicação da sentença condenatória em 11/1/88;
- c) com a publicação do acórdão que julgou a apelação, em 03/10/89.

Eis o tópico central do acórdão referente aos embargos:

“Ora, se o artigo 41 da Lei de Imprensa fixa o prazo de 2 anos para prescrição da ação penal, contado a partir da data da publicação, ou transcrição incriminada, sem se referir à interrupção do lapso temporal, isto não nos autoriza concluir que, dentro do nosso ordenamento jurídico, se tenha consagrado o princípio da impossibilidade de interrupção de tal prazo, como se decadencial fosse.

O artigo 41 supra-referido fixa o prazo de prescrição da mesma forma que o artigo 109 do Código Penal.

Na Lei Especial, o prazo é único e sem influência das penas em abstrato previstas para os crimes por ela definidos.

Aliás, por tal motivo, inaplicável à Lei de Imprensa o artigo 109 do Código Penal, que não prevê lapso temporal único, mas sim variável.

Contudo, da mesma forma que o artigo 109 do Código Penal, o artigo 41 da Lei de Imprensa não cuidou da Interrupção, ficando tudo o cargo do que dispõe o artigo 117 do Código Penal.

Nem se argumente que o § 2º do artigo 41 fala em prescrição, quando se sabe que ele se refere à hipótese do § 1º.

Este tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal como se vê no v. Acórdão proferido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 63.656, em que foi relator o Ministro Célio Borja (RTJ — 118/111).

“Por sua vez, quanto à interrupção do prazo prescricional, reconhece-se que se aplicam as mesmas causas previstas no Código Penal”, para lembrar a seguir, a copiosa e tranqüila jurisprudência já firmada naquele Excelso Pretório.

“Aliás, esse entendimento há muito vem sendo observado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica dos seguintes precedentes: HC nº 38.820 — (RTJ-27/112); HC nº 47.754 — (RTJ — 54/224); HC nº 48.064 — (Ementário — 808); RE nº 61.608 — (RTJ — 49/333); RE nº 62.122 — (RTJ — 46/562); RE nº 64.650 — (RTJ — 48/339); RE nº 68.771 — (Ementário — 804); Queixa-Crime nº 177 — (RTJ — 46/677); RE 69.602 — (RTJ — 55/203) e Ação Penal nº 204 — (RTJ — 61/579)”.

No processo *sub judice*, o prazo prescricional foi realmente interrompido com o reconhecimento da denúncia, que se deu em 26 de junho de 1987, bem como com a publicação da r. sentença condenatória que se deu em 11 de janeiro de 1988, e com a publicação do v. Acórdão que se deu em 03 de outubro de 1989, visto que o Acórdão, como decisão condenatória unânime que foi, consubstancia causa interruptiva da prescrição.

Diante do exposto, conhecidos como embargos de nulidade, ficam os mesmos rejeitados.” (Fls. 382/384).

Contra esse julgado, no ponto em que rejeita a prescrição intercorrente, ingressou a defesa com recurso especial, pelas letras *a* e *c* (houve evidente equívoco na menção à letra *d* do permissivo constitucional) sustentando que, ao concluir que o acórdão embargável tem efeito in-

interruptivo de prescrição, hipótese não prevista no art. 117 do Código Penal, negou o Tribunal vigência a esse dispositivo de lei federal, bem como ao art. 3º do Código de Processo Penal, pois aplicou-se a analogia para prejudicar o réu.

Além disso, assim decidindo, o acórdão ora impugnado estabeleceu dissídio com julgado do Supremo Tribunal Federal (HC 41.874, RTJ 33/64).

Contra-razões do Ministério Público a fls. 394/399, pelo indeferimento ou pelo improvimento do recurso.

Admitido o recurso por ambos os fundamentos, vieram-me os autos. É o relatório.

VOTO

EMENTA: PENAL. PRESCRIÇÃO. CAUSAS INTERRUPTIVAS.

1 — *Lei de Imprensa*. Aplicam-se aos crimes de imprensa as causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal.

2 — *Interrupção da prescrição*. Acórdão *embargável proferido em grau de apelação*. Se o acórdão, relativo à apelação, for condenatório, ou seja, aquele que pela primeira vez impôs a pena, ou agravou-a, constitui “decisão condenatória recorrível” (art. 117, IV, do CP) e, ainda que embargável, tem efeito interruptivo da prescrição. Se, entretanto, for meramente confirmatório da sentença de primeiro grau, não se identifica perfeitamente com a previsão do art. 117, IV, do CP, pelo que não interrompe a prescrição. No caso, ocorre a última hipótese.

Recurso Especial conhecido, pela letra c, e provido para declarar-se extinta a punibilidade pela prescrição.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Com razão o acórdão recorrido ao admitir a aplicação aos crimes de imprensa das causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal. É essa a orientação dominante.

Todavia, considera esse mesmo acórdão que a decisão embargável, meramente confirmatória da sentença de primeiro grau, é causa interruptiva da prescrição. Daí a conclusão a que chegou.

No recurso cita-se precedente do Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Victor Nunes, em cujo voto, prevalecente por maioria, se nega esse efeito ao acórdão embargável (RTJ 33/64).

Demonstrada a divergência, conheço do recurso pela letra c.

A propósito do efeito, sobre a prescrição, da decisão que julga recurso de apelação, a tendência jurisprudencial mantém-se no sentido de distinguir:

a) se a decisão de segunda instância é condenatória, isto é, reforma sentença absolutória ou agrava a condenação de primeiro grau, a prescrição é interrompida, na data do julgamento (STF, HC 59.565 e 56.146);

b) se a decisão de segunda instância é meramente confirmatória, negando provimento ao recurso, há inúmeros julgados no sentido de que, nessa hipótese, tratando-se de decisão que não se identifica perfeitamente com a prevista no art. 117, IV, do CP, a prescrição não é interrompida (consulte-se: **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**, Alberto da Silva Franco e outros, 4.04-b, 3ª ed., p. 597);

c) se o acórdão embargável é condenatório, constituindo sentença recorrível, também interrompe a prescrição (consulte-se: *Op cit*, 4-04-a, p. 596).

No caso destes autos, o acórdão embargado foi meramente confirmatório da condenação, por votação unânime, restringindo-se o voto vencido à questão da prescrição. Assim, na linha da orientação referida nas letras b e c, não deveria interromper a prescrição.

Parece-nos, com efeito, que assim deva ser. O legislador penal instituiu como causa interruptiva “a sentença condenatória recorrível” e isso, conforme anota Rodrigues Porto (**Da Prescrição Penal**, Bushatsky, p. 81), deve ter algum sentido, pois, em princípio, “não existe sentença condenatória irrecorrível”, salvo se proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Esse sentido, ao ver do autor citado, pode ser encontrado se interpretarmos o dispositivo legal em exame como endereçado à condenação pela primeira vez proferida no processo, seja de que instância for. Ficam de fora, portanto, as decisões de instâncias superiores meramente confirmatórias. A não ser assim, estar-se-ia, na dúvida, aplicando ampliativamente, contra o réu, um preceito que, pela sua natureza, deve ser interpretado restritivamente.

Adotamos, pois, esse entendimento. Assim, considerando que, entre a última causa interruptiva (sentença publicada em 7/1/88, fls. 307) e o acórdão proferido nos embargos (26/3/90) decorreu prazo superior a dois anos, deu-se a prescrição intercorrente, *ex vi* do disposto no art. 41 da Lei nº 5.250/67.

Ante o exposto, conheço do recurso, pela letra c, e dou-lhe provimento para decretar a extinção da punibilidade pela prescrição.

É o voto.

VOTO — VENCIDO (EM PARTE)

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Entre as teses tão bem expostas pelo Sr. Ministro-Relator, proferi, em julgamentos nesta Turma (os quais precisarei por ocasião das notas taquigráficas), filiar-me à corrente que dá por interruptiva da prescrição qualquer que seja a decisão condenatória recorrível, e igualmente o acórdão da condenação em segundo grau — REsp 2.753-RJ e REsp 3.021-PR.

Entendi, então, que, condenado o réu, o primeiro prazo de prescrição interrompeu-se com a sentença; um segundo lapso o foi com o acórdão confirmatório, e um terceiro, no caso de embargos infringentes.

É bem verdade que essa minha compreensão, quanto à primeira hipótese, foi especificamente reformada pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus*, nº 68.321-5-DF, relatado pelo Sr. Ministro Moreira Alves, DJ de 08/02/91. Entendeu o Pretório Excelso, em preferência pela corrente agora adotada pelo Sr. Ministro-Relator, que a causa interruptiva da sentença condenatória é uma só e não se comunica com a dos acórdãos que a confirmem em grau de apelação ou de embargos; e mais, que intercorre até mesmo na pendência do recurso extraordinário. Neste último ponto, trata-se de acórdão do Sr. Ministro Aldir Passarinho, no RECr nº 104.293-Paraná, DJ de 09/08/85.

Apesar dos argumentos em prol dessa orientação, com a devida vênua do Sr. Ministro-Relator, prefiro permanecer, *si et in quantum*, na mesma posição daqueles casos que julguei com o apoio desta Eg. Turma, e de cujos votos transcreverei os tópicos pertinentes. Textual:

REsp 2.753-RJ

“Omissis...

Início pela preliminar de prescrição intercorrente, dada a sua maior intensidade de prejudicialidade do mérito, e por isso apreciável até que de ofício.

Fico, porém, em rejeitá-la, porquanto, tratando-se de sentença condenatória proferida a 06/10/87, essa primeira interrupção da prescrição bienal, evidentemente, durou até 1º/11/88, data do acórdão que a confirmou. O fato da embargabilidade infringente não teve o condão de impedir a esse primeiro acórdão o seu próprio efeito interruptivo, operado *par cascades* pela ordem dos tantos ou quantos recursos que venham atacar a condenação com a qual continua irresignada a ré.

Daí descarecer de maiores considerações a compreensão sistemática de que o segundo acórdão, datado de muito antes do transcurso do novo biênio prescricional (14/9/89), operou uma terceira interrupção. E dali para cá, na pendência deste recurso, também não intercorreu ainda o indagado biênio.

E se assim aconteceu quanto à prescrição intercorrente aos recursos do réu, com maior razão se diga quanto à prescrição simplesmente retroativa. Na verdade, por mais benigna que se repute a construção agasalhada pela Súmula 146-STF, evoluída até a hodierna redação do art. 110 e parágrafos, do Cód. Penal, que admite a prescrição contada do crime até o recebimento da denúncia, ainda assim, a salvo esse lapso de tempo, nunca se negou à sentença condenatória recorrível a força interruptível que sempre lhe foi dada por lei (CP, art. 117, IV).

Logo, inteiramente desarrazoada se mostra a pretensão recursal reclamada do acórdão, também sobre querer-se que se tenha consumado a prescrição pela pena concretizada, conforme o biênio contado a partir da data do fato, mas sem consideração à sentença que o interrompeu e em cujo tempo de eficácia pretende-se adentrar a contagem.

Donde a conclusão de que, em matéria da prescrição pleiteada no recurso, nenhuma ofensa sofreram os arts. 109, VI, e 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal.” — Sessão de 13/06/90.

REsp 3.021-PR

“O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS (Relator): Senhores Ministros, em preliminar prejudicial do recurso, examine-se a suscitação de prescrição.

Relembre-se querer-se que a condenação em segunda instância se marque como termo interruptivo da prescrição pelo julgamento dos embargos declaratórios recebidos, e não pelo julgamento anterior, de provimento da apelação do Ministério Público.

A propósito do assunto, recorde-se que, desde quando o Pretório Excelso, vencendo severas resistências, alargou a compreensão da Súmula 146 para aplicá-la às condenações impostas em segunda instância (ERE 76.320-SP, in RTJ 76/148), sabe-se que o fez à luz de substanciais fundamentos, dentre os quais o da definitividade da condenação para a acusação, requisito basilar da chamada prescrição retroativa balizada pela pena em concreto.

Ora, se a construção jurisprudencial assim definiu o requisito primeiro da prescrição em tais casos, não há dizer-se que os embargos de declaração, no seu singelo alcance das ambigüidades, obscuridades, contradições ou omissões do acórdão, e genericamente legitimados tanto para a defesa como para acusação (art. 619 do CPC), possam ter o condão de descaracterizar a indagada definitividade da condenação. Assim fora, para o efeito confundir-se-iam os declaratórios com os embargos de infringência, esses, sim, de natureza reparadora do *error in iudicando*, e como tal só admissível à defesa (CPP, art. 609, parágrafo único); confusão essa que resultaria em desfavor da construção *in bonam partem* lastreada no preceito da definitividade da pena para a acusação, também quando proferida em segundo grau.

É bem verdade que, a par de suas vistas à correção de erros materiais ensombreados por aqueles relacionados vícios da decisão, e ao largo da porfia doutrinária sobre classificarem-se ou não como recurso os declaratórios, excepcionalmente se lhes permitem efeitos modificativos; mas, aí esses efeitos se autorizam exclusivamente a partir da verificação do **erro extrínseco** (terminologia do prof. H. Tornaghi, "Instituições de Processo Penal", vol. 4/366, Saraiva, 2ª ed.) cujo reparo implique necessariamente em modificação da decisão, e jamais se autorizam à direita e livre correção do **erro intrínseco** (*idem, idem*), cometimento, este último, inerente ao juízo de retrato, exercido em sede de outros procedimentos recursais que não os embargos de declaração.

Revista essa conceituação processual, diga-se que, ainda quando no caso excepcional de se permitirem efeitos infringentes, os embargos recebidos mais não alteram os reflexos penais correlatos, senão que na medida da própria modificação da condenação, isto é, na medida em que a decisão declarada sob a forma de pena menor também resulte em menor prazo prescricional.

No caso dos autos, abstraída por irrecorrida a indagação de que seria ou não possível corrigir pela via condenatória o típico

erro de direito então imputado ao acórdão condenatório, certo é que da correção da pena, pela exclusão daquelas agravantes, não resultou alteração alguma do prazo de prescrição interrompido pela condenação imposta em segundo grau. Se o prazo era de doze anos para a pena aplicada na apelação, com foros de definitividade para a acusação, de doze anos continuou a ser para a pena declarada, tudo sem qualquer efeito sobre o termo interruptivo designado pela data do acórdão condenatório (25.11.87), em relação ao *dies a quo* gizado pelo recebimento da denúncia (27.01.76).

Portanto, rejeito a arguição de prescrição.”— Sessão de 06/06/90.

Portanto, embora conheça do recurso, pois que até relembrei outro precedente que se alinha à arguição da petição interpositiva, negou-lhe provimento, por entender que o venerando acórdão recorrido está em fiel interpretação dos dispositivos legais de que se trata.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.158 — SP — (91.4838-0) — Rel.: Min. Assis Toledo. Recente.: José Roberto Lamacchia. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Advs.: Drs. Alberto Viegas Mariz de Oliveira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, o proveu para declarar extinta a punibilidade, em face da prescrição em causa (em 15/05/91 — 5ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Mins. Edson Vidigal, José Dantas e Flaquer Scartezzini. Votou vencido quanto ao provimento o Sr. Min. José Dantas. Ausente o Sr. Min. Costa Lima.

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



RECURSO ESPECIAL Nº 9.492 — SP

(Registro nº 9157002)

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

Recorrente: *Elayla Penna Pereira Lopes*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Roberto V. Calvo e outros — Mirna Cianci*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. ANTECIPAÇÃO DE DESPESAS. PERÍCIA JÁ REALIZADA. AMEAÇA DE DESENTRANHAMENTO DOS LAUDOS. COAÇÃO.

A ameaça de desentranhamento dos laudos periciais, para forçar o pagamento de honorários dos peritos, é ilegal, porquanto a lei prevê execução forçada para sua cobrança, ao erigir em título executivo extrajudicial a conta respectiva (art. 585, V, do Código de Processo Civil). O juiz pode condicionar a realização dos exames periciais a depósito prévio das despesas, mas, uma vez realizado o ato sem o prévio adiantamento das despesas, não pode o mesmo ser desfeito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial 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).

Ministro EDUARDO RIBEIRO, Presidente. Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Recorre ELAYLA PENNA PEREIRA LOPES com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que negou provimento a agravo de instrumento oferecido pela ora recorrente contra FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, em ação cautelar de produção antecipada de provas, de decisão que determinou a intimação da agravante para depositar os salários do perito sob pena de desentranhamento do laudo.

Sustenta a recorrente ter o acórdão ofendido os artigos 19 e 125 do Código de Processo Civil; alega ainda dissídio jurisprudencial.

Recebido e processado o recurso vieram os autos a este Tribunal, onde o Ministério Público opina pelo seu não conhecimento.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): A ora recorrente agravou de decisão pela qual o juiz determinou que fosse efetivado o depósito do valor dos honorários dos peritos, em processo de produção antecipada de prova pericial, sob pena de ser determinado o desentranhamento dos respectivos laudos, já oferecidos.

Estou em que, efetivamente, não havendo regra a respeito desse desentranhamento-penalidade, o acórdão contrariou a cabeça do art. 125 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio da legalidade das formas.

É que se louvou o acórdão para confirmar a decisão de primeiro grau na inexistência de regra processual impeditiva da determinação de desentranhamento dos laudos, que, assim, é tida por legítima. Ocorre, no entanto, que o mesmo código de ritos estabelece, no art. 58, V, a possibilidade legal de se cobrarem os peritos dos seus honorários, erigindo como título executivo extrajudicial.

“V — o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial.”

Ora, se a lei estabelece forma de cobrança, dando ao credor o direito de execução forçada, não se há de como tolerar que se adote, como fez a decisão de primeiro grau, coação inviabilizadora do próprio desenvolvimento do processo cujo objeto é exatamente a produção da prova pericial, de sorte a esvaziá-lo, como se fora o juiz o encarregado da cobrança dos honorários.

E, de certo modo, a decisão extrapola o contido no art. 19 do Código de Processo Civil, porquanto, assegurando o prévio pagamento das despesas, não quer significar que, uma vez realizado o ato, sem esse pagamento, possa ser o mesmo simplesmente arredado porque não efetivado o prévio depósito, o que representa atentado ao princípio da conservação dos atos do processo.

Eis o que diz AGRÍCOLA BARBI, a propósito do princípio da legalidade das formas, ao analisar o art. 125 do Código de Processo Civil:

“Mas os meios para verificar com qual dos litigantes está a razão, e para tornar efetivo o direito que for reconhecido a qualquer das partes, não podem ficar à livre criação ou escolha do juiz. Se assim fosse, grave risco correria o direito das partes quando o magistrado não fosse feliz no determinar as regras a seguir.

A experiência multissecular da atividade judiciária vem criando, fixando e selecionando os meios mais adequados à apuração e efetivação do direito dos indivíduos. O produto desta cristalização é incorporado nos Códigos e nas leis processuais, porque o legislador considera os meios aí incluídos como os melhores, e que devem ser seguidos pelos participantes da contenda. As formas adotadas pela lei para processar as causas são com frequência criticadas pelos menos avisados, como se fossem escolhidas por simples gosto pela formalidade. Todavia, são elas prescritas para garantir aos indivíduos maior segurança na discussão e defesa dos seus direitos. A elas estão sujeitos não apenas os litigantes, mas também o juiz, a quem o art. 125 prescreve dirigir o processo conforme as disposições deste Código.” (Comentários ao Código de Processo Civil — Vol. I, tomo II, pág. 514).

Aqui acresce a circunstância de que, segundo se noticia nestes autos, houve interposição de agravo de instrumento da decisão que fixou os honorários dos peritos, sem audiência do requerente, tendo-os por excessivos, ao que diz, sem julgamento, como, por outro lado, executada a ameaça de desentranhamento dos laudos, já houve sentença de extinção do processo, por falta de objeto — trata-se de vistoria *ad perpetuam rei memoriam* — pendente da apelação.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para modificar o acórdão e prover o agravo de instrumento, de sorte a reformar a decisão agravada, mantendo-se nos autos os laudos periciais.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 9.492 — SP — (91.57002) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Elayla Penna Pereira Lopes. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Drs. Roberto V. Calvo e outros — Mirna Cianci.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 03.09.91 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro EDUARDO RIBEIRO.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.121 — RJ

(Registro nº 91.0007147-1)

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

Recte.: *Tatiana Turismo Ltda.*

Recdo.: *Banco Nacional S/A*

Advogados: *Drs. Eduardo Machado da Silva e outros e Luis Manuel Martinez Malvar e outros*

EMENTA: PRAZO DO ART. 47, § 38, I, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. DECADÊNCIA.

A prática de ato revelador do exercício de um direito no lapso de tempo previsto na lei obsta a que se opere a decadência, mostrando-se, no caso, desimportante o momento em que a petição inicial da ação recebeu despacho.

Recurso especial atendido.

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, 25 de junho de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR: Em ação de consignação em pagamento em que a autora objetiva o pagamento do débito com o benefício do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a sentença de 1ª instância afastou a preliminar de decadência, julgando procedente a ação.

Da decisão de primeiro grau, reformada pelo acórdão recorrido, transcrevo as seguintes considerações:

“Antes de mais nada, deve ser apreciada a questão pertinente à alegada decadência.

Não há dúvida que o prazo de noventa dias, estipulado no art. 47, § 38, inciso I, das Disposições Constitucionais Transitórias, é de decadência. Havendo sido promulgada a Constituição Federal na data de 06.10.88, tal prazo decadencial findou-se a 05.01.89.

Ora, distribuiu-se a ação em 19.12.88 (fl. 02). Antes do decurso daquele prazo. E a inicial somente foi levada a despacho no dia 11.01.89 devido ao recesso forense. Daí não podendo ser imputada à A. tal demora.

De modo que rejeito a alegação de decadência.” (Fl. 67).

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão de primeiro grau nos termos do acórdão que porta a seguinte ementa:

“Ação de consignação em pagamento. Prazo do inciso I do § 3º do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ocorrência da decadência porque a citação foi efetivada mais de três meses após o término do prazo, sem as providências dos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC.” (Fl. 89).

Inconformado, o vencido interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, c, da Constituição Federal, alegando dissídio jurisprudencial (fls. 83/99).

Pelo despacho de fls. 101/103 foi o recurso admitido, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR (Relator): O aresto recorrido, ao decretar a decadência, lastreou-se nos seguintes fundamentos:

“Com efeito, o prazo de noventa dias previsto no inciso I do § 3º do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias se findaria em 05 de janeiro de 1989. A autora distribuiu a ação no dia 19 de dezembro de 1988 e a inicial só foi despachada no dia 11 de janeiro, segundo a sentença devido ao recesso forense.

Acontece porém que a citação só foi efetivada a 21 de abril de 1989, sem que fossem tomadas as providências dos §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC” (Fls. 89/90).

O dissídio jurisprudencial se acha configurado, inclusive em relação à Súmula nº 05 do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe de forma contrária à tese do v. acórdão:

“Ajuizada a demanda no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, atribuível aos serviços judiciários, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência, entendendo-se implícito o requerimento a que se refere o art. 219, § 3º, do CPC.”

No presente caso não ficou demonstrado que o atraso na execução da citação do réu se deveu por culpa da autora que, inegavelmente, dentro do prazo ingressou com a ação de consignação em pagamento.

Vale registrar a boa doutrina sobre o tema exposta por J. Frederico Marques:

“No caso de decadência, ter-se-á em vista a regra do art. 220 (...), mas, como é óbvio, naquilo em que for aplicável o art. 219. Desse modo, como o prazo de decadência é para a ação ser proposta, e, além disso, não se interrompe, — não estará exaurido o referido prazo, e a decadência não se configurará, se a ação for proposta (art. 263) antes que ele ultrapasse o seu *dies ad quem*. A data da distribuição ou a do despacho liminar é que mostrará se a decadência se verificou, ou não. Tanto isto é certo

que o art. 459 (onde se trata de ação cujo prazo de decadência está correndo) diz o seguinte: “O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos, ...” (Manual de Direito Processual Civil, vol. II, p. 15/16, Saraiva, 1974).

Tal doutrina foi perfilhada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, em aresto da lavra do eminente Ministro CARLOS VELLOSO, no Ag nº 47.316, cuja ementa guarda o seguinte teor:

“Processual Civil. Desapropriação. Decadência. Decreto-lei nº 3.365/41, art. 10. Lei nº 4.132, de 10.09.62, art. 3º (Desapropriação por interesse social).

I — Tratando-se de decadência, em que se estabelece prazo para exercício de um direito, basta a ocorrência do ato revelador desse exercício para impedir a sua perda. Assim, apresentada, no protocolo do Juízo, a petição inicial da ação de desapropriação, tem-se como obstada a caducidade do decreto expropriatório, a menos que se revele a entidade expropriante omissa, dando causa ao retardamento do despacho de citação ou de sua execução.

II — Agravo improvido.” (*in Rev. TFR* nº 138, pág. 24).

Em seu voto o eminente Ministro CARLOS VELLOSO, com muita propriedade, demonstrou à luz da doutrina e da jurisprudência, que uma vez proposta a ação dentro do prazo decadencial tem-se como obstada a caducidade do direito do autor.

Assim disse o douto Relator:

“... sempre sustentei que, em se tratando de decadência, em que se estabelece prazo para o exercício de um direito, basta a ocorrência do ato revelador desse exercício para impedir a perda do direito...”

“Não discrepam do entendimento que sustentamos as lições de E. D. Moniz de Aragão e Hélio Tornaghi, ao comentarem o art. 220, CPC:

“O que a lei visa é assegurar à parte que os efeitos da decadência ou extinção do prazo não ocorrerão, se ajuizar a causa dentro do lapso em lei previsto e obtiver o despacho inicial ou apresentar a petição no protocolo da distribuição ou do Tribunal, desde que a citação inicial seja realizada na conformidade do disposto nos §§ 2º e 3º do artigo anterior. Se não o for, incidirá em toda a plenitude o preceito contido no

§ 4º. O efeito antecipado não é a interrupção, pois a decadência a esta não fica subordinada; o que se antecipa é a instauração do processo, a efetividade do exercício do direito de ação, mesmo antes de se completar a formação da relação processual através da citação do réu, exigida pelo art. 263". (E. D. Moniz Aragão, 'Comentários ao CPC', 1ª ed., II/204).

.....
"A grande dúvida que poderia suscitar esse dispositivo seria a relativa à decadência que, por sua própria natureza, não se interrompe. Mas, no momento em que o autor exerce o direito, indo a Juízo, não há mais que falar em decadência.

Ninguém decai de um direito que está exercendo. A rigor, não é sequer o despacho ordenador da citação que faz cessar a possibilidade de decadência (o que não é o mesmo que interromper); é a atividade do autor. O despacho, no caso, é meramente comprobatório da tempestividade da atuação do autor. Não há interrupção da decadência e sim a impossibilidade de ela ocorrer, já que o autor exerceu o direito antes que ela se operasse". (Hélio Tornaghi, 'Comentários ao CPC', II/163-164).

Em tema de Ação Rescisória, em que o prazo de seu exercício é também de decadência, tanto esta eg. Corte quanto o colendo Supremo Tribunal Federal têm decidido que importa considerar a data em que a ação foi apresentada e protocolada.

Na AR nº 413-GB, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, decidiu o eg. STF:

"Preliminar de decadência. Apresentada e protocolada, no Tribunal, a petição inicial da Ação Rescisória, não corre o prazo de decadência, enquanto há retardamento do despacho de citação ou de sua execução, por fato ou omissão não imputável ao interessado. Aplicação do art. 166, § 2º, do CPC. Votos vencidos..." (RTJ 49/217).

"Idênticas decisões foram proferidas pela Corte Suprema no RE nº 62.553-SP, Relator Ministro Djaci Falcão (RTJ 41/727), RE nº 63.770-PE, Relator Ministro Amaral Santos, que ficou vencido (RTJ 54/02), RE nº 65.125-GB, Rela-

tor Ministro Thompson Flores (RTJ 60/591).” (*op. cit.*, pág. 26).

De igual modo se pronunciou o eminente Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, ao relatar a AC nº 47.044, consoante os termos da respectiva ementa:

“Desapropriação. A caducidade da declaração de utilidade somente ocorre se dentro de cinco anos não foi ajuizada a ação para tornar efetiva a desapropriação, não importando a data da citação do expropriado. Sentença reformada para determinar que se prossiga na ação.” (DJ de 20.11.80).

Isto posto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para que, afastada a preliminar de decadência, o Tribunal *a quo* julgue a causa como entender de direito.

É o meu voto.

VOTO

MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO: Acompanho o Sr. Ministro-Relator que dá à polêmica questão, versada no art. 219 do Código de Processo Civil, tratamento na melhor linha doutrinária que se formou a respeito, consoante se viu da fundamentação do seu respeitável voto.

Sem embargo das divergências que têm ocorrido na matéria, também comungo do entendimento de que havendo oportuna manifestação da parte no ajuizamento da causa, desde que a demora seja atribuída apenas ao aparelho judiciário, não há de ser em detrimento do direito da parte.

Este Tribunal, através do REsp nº 1.450-SP, de que foi relator o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, em julgamento ocorrido em 21.11.89, com publicação no Diário da Justiça de 18.12.89, também se manifestou a respeito, adotando o mesmo entendimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.121 — RJ — (91.0007147-1) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Fontes de Alencar. Recte.: Tatiana Turismo Ltda. Recdo.: Banco Nacional S/A. Advs.: Drs. Eduardo Machado da Silva e outros e Luis Manuel Martins Malvar e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento (4ª Turma: 25.06.91).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 10.257 — SP

(Registro nº 91.0007446-2)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Prefeitura Municipal de São Paulo*

Recorrida: *Almerinda dos Santos Silva*

Advogados: *Drs. Isabela do Nascimento Funari e outros (Recte.)
Marcia Cunha Ferreira da Silva e outros (Recda.)*

EMENTA: Processual Civil. Liquidação de sentença. Acidentes do trabalho. Cálculo de diferença da indenização.

I — No caso, o acórdão recorrido, ao considerar que a referência a “salário mínimo” na decisão exequenda há ser interpretada como “ piso nacional de salário”, porquanto se reportava à menor remuneração do trabalho assalariado do País, não negou vigência a textos da lei federal colacionada.

II — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 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: Alega a PREFEITURA MUNICIPAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, em recurso especial, com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, que o acórdão impugnado, ao manter a sentença homologatória da conta de liquidação relativa a ação acidentária, negou vigência ao Decreto-lei nº 7.036, de 1944, aplicável por força da Lei Municipal nº 5.153, de 1967, por entender que o Decreto-lei nº 2.351, de 1987, não se refere ao caso. Com efeito, o piso nacional de salário, utilizado para cálculo da conta homologada, não é o mesmo salário mínimo do Decreto-lei nº 7.036, de 1944, porquanto este último foi substituído pela expressão “salário mínimo de referência” pelo citado Decreto-lei nº 2.351, de 1987.

Contra-arrazoado (fls. 247/248), o recurso foi admitido (fls. 252-253), subindo os autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Liquidação de sentença. Acidentes do trabalho. Cálculo da diferença de indenização.

I — No caso, o acórdão recorrido, ao considerar que a referência a “salário mínimo” na decisão exequenda há ser interpretada como “piso nacional de salário”, porquanto se reportava à menor remuneração do trabalho assalariado do País, não negou vigência a textos da lei federal colacionada.

II — Recurso especial não conhecido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Ao decidir a questão, aduziu o acórdão impugnado (fls. 241):

“Como constou do bem elaborado parecer do Dr. Curador de Acidentes, o “Salário Mínimo de Referência” criado pelo D.L nº 2.351/87 é mero índice de atualização monetária ou base de cálculo de obrigação legal ou contratual (artigo 4º, II), não se podendo utilizá-lo como se fosse base remuneratória indenizatória, função esta que ficou reservada ao Piso Nacional de Salários (art. 4º, I).

Assim a referência a “salário mínimo” na decisão exequenda há de ser interpretada como ao “Piso Nacional de Salário”, porquanto se reportava à menor remuneração do trabalho assalariado do País.

O Piso Nacional de Salário foi instituído para ser a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador, tal como definido na Consolidação das Leis do Trabalho, a todo trabalhador.

Finalmente, o Decreto-lei nº 2.351/87, que instituiu o salário mínimo de referência, é posterior à decisão exequenda.

É de se salientar, ainda, que a partir da publicação da Lei nº 7.789, de 03 de julho de 1989, deixaram de existir o salário mínimo de referência e o piso nacional de salários, vigorando apenas o salário mínimo”.

À vista da transcrita fundamentação, não há divisar qualquer negativa de vigência ao diploma legal colacionado, aliás, citado genericamente, mas correta aplicação dos textos legais de regência.

Isto posto, não conheço do recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.257 — SP — (91.0007446-2) — Rel.: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recorrente: Prefeitura Municipal de São Paulo. Recorrida: Almerinda dos Santos Silva. Advogados: Drs. Isabela do Nascimento Funari e outros (Recte.) e Marcia Cunha Ferreira da Silva e outros (Recda.).

Decisão: A Segunda Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso (em 07.10.91).

Os Senhores Ministros José de Jesus, e Peçanha Martins votaram com o Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Min. Hélio Mosimann. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.457 — AM (Registro nº 91.0008008-0)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Sul América Bandeirantes Seguros S/A*

Recorrida: *Novoa Ind. de Cerâmica Ltda.*

Advogados: *Drs. Almir de Mello Dantas e outro e Luís de Oliveira Gonçalves*

EMENTA: Seguro — Ação de indenização — IRB — Citação.

Declarando a seguradora ré, na contestação, que houve resseguro, sendo responsável o IRB, por parte de indenização, deverá ele ser citado. Não se exige traga-se, desde logo, prova da existência do resseguro, o que se fará caso o litisconsorte negue a qualidade que lhe é atribuída.

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.

Brasília, 05 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Novoa Indústria de Cerâmica Ltda. ajuizou ação, tendente a obter fosse condenada Sul América Bandeirantes Seguros S/A ao pagamento de indenização, em virtude de contrato de seguro.

Contestou a ré, havendo declarado que o Instituto de Resseguros do Brasil seria responsável, em virtude de resseguro.

A ação foi julgada procedente e a decisão confirmada em segundo grau.

Formulado pedido de declaração pela ré, foi atendido, reduzindo-se a verba indenizatória, com exclusão de parcela não explicitamente con-

siderada no julgamento da apelação. A autora apresentou declaratórios, em vista dessa decisão, que foram providos para restabelecer a sentença.

No especial alegou-se que contrariados os arts. 68 e § 1º do Decreto-lei nº 73/66, 47, 70, III, e 535, do CPC, vulnerado, ainda, o Código Civil, em seus arts. 1.434 e 1.460.

Sustentou-se que o IRB haveria de integrar o processo e que inadmissível a extensão dada aos declaratórios da autora. Apontando julgados, afirmou existir dissenso jurisprudencial.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Seguro — Ação de indenização — IRB — Citação.

Declarando a seguradora ré, na contestação, que houve resseguro, sendo responsável o IRB, por parte de indenização, deverá ele ser citado. Não se exige traga-se, desde logo, prova da existência do resseguro, o que se fará caso o litisconsorte negue a qualidade que lhe é atribuída.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Duas as questões suscitadas no especial. A falta de citação do Instituto de Resseguros do Brasil e a nulidade do julgamento, proferido nos segundos embargos declaratórios, em que se teria ido além do permitido na lei processual.

No que diz com a primeira, a discussão é sobre bastar à seguradora ré afirmar que o IRB é responsável, por ter feito o resseguro, ou se necessário traga prova de que isso ocorreu.

O artigo 68 do Decreto-lei nº 73/66 estabelece que o IRB será litisconsorte necessário, sempre que tiver responsabilidade no pedido. E seu § 1º dispõe:

“A Sociedade Seguradora deverá declarar, na contestação, se o IRB participa na soma reclamada. Sendo o caso, o juiz mandará citar o Instituto e manterá sobrestado o andamento do feito até a efetivação da medida processual.”

Acrescenta o § 6º do mesmo artigo que serão nulas as sentenças quando inobservado o ali disposto.

Contenta-se a lei com a declaração da seguradora. Não exige que produza, de logo, a prova de que efetivado o resseguro. Esta será feita,

naturalmente, caso aquele Instituto negue a qualidade de ressegurador que lhe é atribuída. Entende-se que assim seja. O resseguro é obrigatório, verificando-se as condições do artigo 79 do Decreto-lei 73, e que envolvem uma série de fatores. Não pode ser recusado pelo IRB. Daí que se faz automaticamente, sem maiores formalidades. Pretendeu-se evitar o debate sobre a existência daquele vínculo, antes que fosse ouvido o principal interessado.

Acresce que se a seguradora fizer afirmação falsa, daí resultando prejuízo para o autor, responderá como litigante de má-fé.

Conheço do recurso, por violação do artigo 68 e seu § 1º do Decreto-lei nº 73/66, e dou-lhe provimento para anular o processo, a partir de fls. 63/64, devendo proceder-se à citação do litisconsorte.

VOTO

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, tenho precedentes, inclusive de minha autoria, nesse mesmo sentido.

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.457 — AM — (91.0008008-0) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Sul América Bandeirantes Seguros S/A. Recdo.: Novoa Ind. de Cerâmica Ltda. Advs.: Almir de Mello Dantas e outro, Luis de Oliveira Gonçalves.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento.” (em 05/11/91 — 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 10.560 — GO

(Registro nº 91.8259-7)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de Goiás*

Recorrido: *José Pereira de Brito (réu preso)*

Advogados: *Drs. Francisco Rosa Neto e outros*

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO GERAL DO *LEGÍTIMO INTERESSE*. EXIGÊNCIA.

Não se dispensa, no Recurso Especial, o pressuposto geral do interesse de agir, consistente na possibilidade de o recorrente obter, com o eventual provimento de seu inconformismo, melhor situação econômica ou moral.

Réu, condenado em primeiro grau, cujo recurso de apelação foi totalmente improvido pelo Tribunal, pelo exame do mérito.

Recurso especial do Ministério Público objetivando exclusivamente a reforma do acórdão para proclamar-se o não conhecimento da apelação, com o propósito de adequar-se a decisão impugnada à jurisprudência que o recorrente julga dominante.

Ausente o interesse de agir, já que o eventual provimento deste recurso em nada alterará a situação das partes ou a decisão da causa, dele não se conhece para não estimular a transformação do Superior Tribunal de Justiça em uma espécie de consultoria para assuntos acadêmicos.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, apreciando apelação da defesa contra condenação pelo Júri, negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

“EMENTA. Júri. Apelação. Âmbito. “A apelação das decisões do Júri é sempre parcial, salvo se interposta sem delimitação às letras do nº III, do art. 593, ou se, fixada a extensão quando da interposição, a ampliação se opera dentro do prazo recursal, nas razões ou em aditamento à própria interposição”.

II — Cerceamento de defesa. Verificação de insanidade mental. Indeferimento. “Não configura cerceamento de defesa a decisão que indefere o pedido de exame previsto no art. 149, do Código de Processo Penal, eis que sem apoio em qualquer elemento que ponha em dúvida a integridade mental do acusado”.

III — Mérito. “A decisão do Júri somente comporta juízo de reforma, que desatende ao respeito devido à soberania quando tão atentatória da verdade apurada no processo, que represente uma distorção de sua própria função judicante”.

IV — Sentença. Não se afasta da decisão dos jurados a sentença que não se arreda da deliberação do Conselho de Sentença, contrária à tese da defesa, cabendo ao juiz presidente do Tribunal do Júri tão-somente a aplicação da pena, inteiramente adstrito à disposição contida no art. 59, do Código Penal.

Recurso improvido.” (Fls. 180/181).

Inconformado com essa decisão, na parte em que rejeitou a preliminar de não conhecimento do recurso, recorreu o Ministério Público Estadual, pela letra *c* do permissivo constitucional (a menção à letra *d*, inexistente, resulta de manifesto equívoco), pedindo a reforma, nessa parte, do acórdão “adequando-se-lhe à jurisprudência dominante”.

Admitido o recurso, nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da Dra. Railda Saraiva, opinou nestes termos:

“2 — O v. aresto recorrido negou acolhimento à preliminar argüida pela Procuradoria-Geral de Justiça, no tocante ao não conhecimento do apelo, por inadequadamente interposto, vez que a defesa, ao recorrer, não invocou nenhum dos permissivos legais constantes da lei processual não obstante argüísse matéria de mérito nas razões apresentadas serodidamente.

3 — O Tribunal *a quo*, “em votação unânime, acolhendo, em parte, o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, conheceu do apelo e lhe negou provimento”. (Fls. 171).

4 — Ora, o Ministério Público Estadual, em seu parecer, manifestara-se “preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso. No mérito pelo seu provimento”. (Fls. 159).

Rejeitada a preliminar, conheceu-se do recurso para negar-lhe provimento, mantendo-se, assim, a decisão questionada.

Parece-me, por isso, descabido o recurso interposto. A capacidade recursal há de submeter-se ao princípio da sucumbência. E não me parece ter havido, na espécie, sucumbência a legitimar a interposição de recurso.

É certo que se pode alegar a sucumbência processual. Mas qual o prejuízo daí decorrente? Nada se alterou, na decisão recorrida, que foi integralmente mantida.

Outro seria o entendimento se o recurso tivesse sido provido.

Parece-me, assim, deva ser aplicado *in casu* o disposto no art. 38 da Lei nº 8.038/90, c/c o art. 34, parágrafo único, do Regimento Interno desse egrégio Tribunal, negando o eminente Relator seguimento ao recurso por incabível.” (Fls. 198/199).

É o relatório

VOTO

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTO GERAL DO LEGÍTIMO INTERESSE. EXIGÊNCIA.

Não se dispensa no Recurso Especial o pressuposto geral do interesse de agir, consistente na possibilidade de o recorrente obter, com o eventual provimento de seu inconformismo, melhor situação econômica ou moral.

Réu condenado em primeiro grau, cujo recurso de apelação foi totalmente improvido pelo Tribunal, pelo exame do mérito.

Recurso Especial do Ministério Público objetivando exclusivamente a reforma do acórdão para proclamar-se o não conhecimento da apelação, com o propósito de adequar-se a decisão impugnada à jurisprudência que o recorrente julga dominante.

Ausente o interesse de agir, já que o eventual provimento deste recurso em nada alterará a situação das partes ou a decisão da causa, dele não se conhece para não estimular a transformação do Superior Tribunal de Justiça em uma espécie de consultoria para assuntos acadêmicos.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): No caso destes autos, se provido o recurso do Ministério Público, o recorrente não ficará em melhor situação, já que o não conhecimento da apelação resultaria na permanência da sentença condenatória de primeiro grau, tal como ocorreu com o improvimento total daquele recurso, pelo exame do mérito.

Segundo lição de Pontes de Miranda, relativa ao antigo Recurso Extraordinário, pela letra *d*, hoje substituído pelo Recurso Especial pela letra *c*, não se pode dispensar o pressuposto do **legítimo interesse**, econômico e moral. Diz o renomado processualista:

“

Desde que, se o recurso extraordinário fosse provido, o recorrente ficaria em melhor situação econômica ou moral, claro é que tinha e tem interesse no provimento. A *ratio legis* do art. 101, III, *d*, que é a da uniformidade de inteligência da lei, a da integridade lógica do direito objetivo, a da inteireza do sistema jurídico. A pretensão recursal, essa, como todas as pretensões que tenham de ser exercidas para que se preste a tutela jurídica, supõe que se tenha o interesse de agir, a necessidade da tutela jurídica *in casu*.

É interessante acentuarem-se esses pontos, que são fundamentais em todo o direito processual.” (Comentários ao Cód. de Proc. Civil, tomo VII, págs. 231/2).

Com efeito, para justificar o Recurso Especial, pela letra *c*, não basta o alegado interesse genérico na uniformização de jurisprudência, sem nenhum proveito concreto na modificação do dispositivo da decisão recorrida. A não ser assim, o Superior Tribunal de Justiça transformaria-se numa espécie de consultoria para assuntos meramente acadêmicos, o que evidentemente não esteve nos propósitos do legislador constituinte.

Ante o exposto, acolhendo a preliminar suscitada no parecer, não conheço do recurso por falta de legítimo interesse por parte do recorrente.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.560 — GO — (91.8259-7) — Rel.: Min. Assis Toledo. Recte.: Ministério Público do Estado de Goiás. Recdo.: José Pereira de Brito. Advs.: Drs. Francisco Rosa Neto e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, por falta de legítimo interesse do recorrente (em 21.08.91 — 5ª Turma).

Votaram de acordo os Srs. Mins. Edson Vidigal, Flaquer Scartezzi-
ni, José Dantas e Costa Lima. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Min.
FLAQUER SCARTEZZINI.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.745 — DF
(Registro nº 9187602)

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

Recorrentes: *Loris Gilson Wanderley Lins e outro*

Recorrido: *CNPQ — Conselho Nacional de Desenvolvimento Cien-
tífico e Tecnológico*

Advogados: *Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros e Aquiles
Rodrigues de Oliveira e outro*

**EMENTA: TRABALHISTA. RECURSO ESPECIAL.
APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 2.284/86. SALÁRIO
MÉDIO. PARCELAS EXCLUÍDAS.**

1 — Em reclamação trabalhista, de competência residual da Justiça Federal, decidida em última instância por Tribunal Regional Federal, cabe recurso especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição, sendo competente para o seu julgamento o STJ.

2 — A norma legal que exclui da composição do salário médio real, para efeito de conversão em cruzados, os salários adicionais, entre os quais a gratificação especial devida aos servidores do CNPQ, não contraria as regras da CLT definidoras de salário e de inalterabilidade do contrato de trabalho.

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, 17 de outubro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): LORIS GILSON WANDERLEY LINS E OUTRO interpõem recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que negou provimento ao recurso ordinário interposto em autos da reclamação trabalhista movida contra o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPQ, visando a inclusão da gratificação especial, paga anualmente, no cálculo do salário real para efeito de conversão em cruzados, na forma do Decreto-lei nº 2.284/86.

Sustentam os recorrentes violação aos arts. 443, 444, 457, § 1º, e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT e art. 19 do Decreto-lei nº 2.284/86, bem como divergência jurisprudencial.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal, onde o Ministério Público opina pelo seu não conhecimento, e se conhecido, pelo improvimento.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): É reclamação trabalhista, julgada em última instância, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cabível, pois, recurso especial e competente, para apreciá-lo, este Tribunal, como bem entendeu a egrégia Segunda Seção, em adequada e oportuna construção sobre as regras do art. 105, III, e do art. 27, § 10, da Constituição e do ADCT.

Aqui se trata de aplicação do Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, na conversão dos valores salariais à nova moeda instituída no país.

Querem os recorrentes que, nessa conversão, sejam considerados valores relativos à gratificação especial, que vêm percebendo da empregadora, como integrantes do salário real, dizendo que o acórdão ao decidir de modo diverso, contrariou as normas da Consolidação das Leis do

Trabalho mencionadas no relatório e divergiu de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o tema.

Examino:

O art. 19 do Decreto-lei nº 2.283, de 28 de fevereiro de 1986, estabeleceu:

“Todos os salários e remunerações são convertidos em cruzados nesta data pelo valor médio da remuneração real dos últimos seis meses segundo fórmula do Anexo II, utilizando-se a tabela...”

Em 10 de março de 1986 veio a lume o Decreto-lei nº 2.284 para dispor, no seu Anexo II:

“O salário médio real, considerados adiantamentos, abonos, antecipações ou outros benefícios afins e excluídos do cômputo o 13º salário e outros salários adicionais...”

Os reclamantes vinham recebendo um chamado “14º salário”, referente à gratificação especial concedida pelo órgão empregador, não decorrente de ajuste entre as partes, a indicar que não estaria integrando o salário, em seu sentido estrito, ainda que incorporado à remuneração. Mas mesmo que salário seja tal gratificação, ainda que pudesse ser considerada como “gratificação ajustada”, o certo é que, segundo o texto legal, deveria ser excluído, como salário adicional, do cálculo do salário médio, para fins de sua conversão em cruzados.

É de dizer mais que, não fora assim e teríamos a gratificação especial integrando o salário dos reclamantes e sobre este, com a incorporação daquela, incidiria novamente a mesma gratificação especial, em acumulação verdadeiramente intolerável, como, aliás, ressaltou a sentença.

Não há, portanto, como dizer contrariados os dispositivos legais indicados no recurso, ou seja, da CLT, os arts. 443, que define as formas pelas quais se apresenta o contrato de trabalho — tácita ou expressamente, verbal ou por escrito, por prazo certo ou não — 444, que diz com a livre estipulação dos pactuantes: 457, § 1º, cuida da integração ao salário das gratificações ajustadas, comissões, percentagens, etc.; 468, veda alteração unilateral do contrato.

De relação ao dissídio, tenho-o por não demonstrado, nos termos da lei e do Regimento Interno, pois que não se acham autenticadas as reproduções trazidas a confronto como de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o tema, bem assim porque, como noticiado na respos-

ta ao recurso, tal jurisprudência se encontra superada naquela Corte, em casos de aplicação do mesmo Decreto-lei nº 2.284/86.

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

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.745 — DF — (9187602) — Rel.: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Loris Gilson Wanderley Lins e outro. Recdo.: CNPQ — Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Advs.: Roberto Caldas Alvim de Oliveira e outros e Aquiles Rodrigues de Oliveira e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial (em 17/10/91 — 3ª Turma).

Participam do julgamento os Srs. Ministros Cláudio Santos, Nilson Naves e Eduardo Ribeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 10.900 — PE

(Registro nº 91.9068-9)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrente: *Evanildo Maia de Sant'Ana*

Recorrida: *União Federal*

Advogados: *Antônio Francisco Cavalcanti e outros*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PRAZO. CONTAGEM. ACÓRDÃO. INTIMAÇÃO FEITA NO SÁBADO.

Na consonância do art. 184 do Código de Processo Civil, a fluência do prazo recursal inicia-se no primeiro dia útil após a intimação, com exclusão do *dies a quo*. Ora, se esta ocorreu no sábado, como na hipótese, que a rigor não é dia útil, tem-se como *dies a quo* a terça-feira e não a segunda, nos precisos termos do citado dispositivo legal.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Na espécie, entendeu o julgado recorrido que “se a intimação do recorrente se deu pela publicação do acórdão, ocorrido num sábado, o prazo para a interposição começou a fluir na segunda-feira, primeiro dia útil seguinte, encerrando-se na sexta-feira” (fls. 329), mantendo, assim, despacho do relator que negou, por intempestividade, seguimento aos declaratórios opostos, proferido nestes termos (fls. 306):

“Trata-se de embargos de declaração opostos pelo apelante ao Acórdão da Primeira Turma deste Egrégio TFR, que julgou deserto recurso apelatório por ele manifestado.

Defende o embargante, de início, a tempestividade dos embargos apresentados em 19 do corrente, muito embora tenha o V. acórdão sido publicado no dia 10. Entende que, tendo a publicação ocorrido em um sábado, o quinquídio legal para os embargos haveria de ser contado a partir da terça-feira, dia 12, terminando necessariamente dia 19, segunda-feira.

O § 2º do art. 184 do CPC, invocado pelo embargante, e o art. 240 dispõem que os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação. Assim, não importa que essa intimação tenha se verificado num sábado, domingo ou feriado. A regra processual é a de que, feita a intimação, o prazo começa a fluir no primeiro dia útil que se seguir.

No caso presente, se a intimação pelo Diário Oficial se deu no sábado, dia 10 de março, o prazo de cinco dias para embargos começou a correr na segunda-feira e terminou na sexta, dia 16. Os embargos somente deram entrada no dia 19, segunda-feira.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é vasta quanto ao entendimento de que, “se a intimação é feita por publicação no órgão oficial de sábado, domingo ou feriado, o primeiro dia do prazo é o primeiro dia útil seguinte” (RTJ 88/1.092, 94/660, 113/530, 116/828, 119/705, etc. Vide Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. THEOTONIO NEGRÃO, 19ª edição, página 135).”

No especial interposto e admitido na origem sustenta-se violação ao art. 184, § 1º, I, e 2º, do CPC, bem como divergência jurisprudencial.

Parecer às fls. 372/374.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Contrariamente ao sustentado no parecer do Ministério Público Federal entendo, *data venia*, que o recurso comporta admissibilidade.

Na espécie, controverte-se sobre o início de contagem de prazo recursal quando a intimação, realizada por órgão da imprensa oficial, ocorre no sábado, dia em que, consabidamente, não há expediente forense.

Reconheço que o tema não é pacífico nos tribunais.

No voto vencido que proferiu o eminente Ministro Décio Miranda no RE 85.837-SP, S. Exa. assim enfrentou a questão:

“Dispõe o § 2º do art. 184 do Código Processo Civil que “os prazos começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação”.

Feita a intimação no sábado, o primeiro dia útil seguinte a esse dia é a segunda-feira, a qual, constituindo no curso do prazo o primeiro dia, que se exclui pela regra do *caput* do mesmo artigo, fá-lo terminar no sábado dessa semana, de onde pela ausência ou encurtamento do expediente forense (art. 184, § 1º, I e II), se prorroga até a segunda-feira da semana subsequente.

Não se afasta dessas regras a contagem do prazo para embargos de declaração, segundo o art. 536 do Código de Processo Civil.

Conheço do recurso, pela divergência jurisprudencial apontada, e lhe dou provimento, para que o Colendo Tribunal de Justiça conheça dos embargos de declaração.” (RTJ 94/661).

Noutro julgado, relativo ao RE 89.241-SP, relator o eminente Ministro Moreira Alves, decidiu a Suprema Corte que “ainda quando a intimação seja feita num sábado (data em que circulou o Diário da Justi-

ça) o prazo para a interposição do recurso cabível começa a fluir da segunda-feira, inclusive, que se lhe seguir, desde que seja ela dia útil. Decisão que não destoia da Súmula 310, que continua em vigor, no sentido que o STF também lhe atribuía em caso idêntico ao presente (RE 77.171 in RTJ 70/801).” (RTJ 88/1.092).

Com o devido respeito às decisões emanadas da Suprema Corte, penso que a questão *sub judice* merece ser revista, porquanto prevalece o dissenso interpretativo no âmbito dos tribunais.

Entendo deva adotar-se no trato do tema posição mais flexível. De fato, na consonância do art. 184 do Código de Processo Civil, a fluência do prazo recursal inicia-se no primeiro dia útil após a intimação, com exclusão do *dies a quo*. Ora, se esta ocorreu no sábado, como na hipótese, que a rigor não é dia útil, tem-se como *dies a quo* a terça-feira e não a segunda, nos precisos termos do citado dispositivo legal.

No caso, como o acórdão da apelação foi publicado no sábado, dia 10 de março de 1990 (fls. 286), considera-se a intimação realizada na segunda-feira, 12, dia útil, que se exclui da contagem segundo a regra processual, sendo o *dies ad quem* para a oposição dos declaratórios o sábado seguinte, dia 17, prorrogado para segunda, dia 19, nos termos do art. 184, § 1º, do CPC.

Protocolada a petição nesse dia, são os embargos tempestivos, pelo que dou provimento ao recurso.

VOTO (VISTA)

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Pedi vista destes autos, para melhor exame da controvérsia. Do estudo a que procedi, cheguei à conclusão de que a tese sustentada pelo ilustre Relator é a que melhor se harmoniza com a atual realidade: os escritórios de advocacia, de modo geral, não funcionam no sábado. Daí não ser razoável admitir que se dê o causídico por intimado naquele dia da semana. A propósito, é pertinente esta observação do Dr. Theotonio Negrão:

“Uma orientação mais liberal e também mais justa (porque, se não há expediente forense, o advogado não pode consultar os autos, nem é obrigado a comparecer ao escritório para receber intimações pelo jornal, e porque, além do mais, as entidades ou agências encarregadas do serviço de remessa de recortes só os entregam na segunda-feira) entende que, feita a intimação por publicação em jornal de sábado, se neste não houver expediente forense considerar-se-á realizada na segunda-feira, sendo, por-

tanto, terça-feira o primeiro dia do prazo (RT 490/170, 542/162, 568/94, 575/108, 588/114, 604/175 — acórdão do TAMG, em rescisória, por 8 votos a 5. RJTJESP 55/175, JTA 45/165, 45/202, 65/172, 76/238, RP 2/357, em 135).

Acompanho, pois, o voto do ilustre Relator: conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 10.900 — PE — (91.9068-9) — Rel.: Min. Américo Luz. Recte.: Evanildo Maia de Sant'Ana. Recda.: União Federal. Advs.: Antônio Francisco Cavalcanti e outros.

Decisão: “Após o voto do Sr. Ministro-Relator (Américo Luz), dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro Pádua Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros José de Jesus e Peçanha Martins.” Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hélio Mosimann (09.10.91 — 2ª Turma).

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso” (30.10.91 — 2ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.118 — RJ

(Registro nº 9197950)

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

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

Recorrida: *Jacqueline Nogueira Diniz*

Advogados: *Drs. Maria Inês Lourenço e outros*

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO.

I — A denúncia só pode ser rejeitada quando o fato descrito for atípico, estiver extinta a punibilidade.

de, for manifesta a ilegitimidade da parte ou inexistir condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

II — Contrariedade ao disposto no art. 43 do CPP, pois o magistrado de primeiro grau ultrapassou os limites da lei, eis que, ao invés de exercer um mero juízo de delibação, entrou no exame dos indícios em que se embasou a denúncia, para refutá-los, um por um, com isso frustrando a persecução penal e impondo uma absolvição liminar, sem processo.

III — 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, à unanimidade, conhecer do recurso especial 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, 03 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIBAU: O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe recurso especial contra acórdão unânime da 4ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça daquele Estado, que negou provimento ao recurso em sentido estrito por ele manifestado, mantendo o despacho de rejeição da denúncia oferecida contra Jacqueline Nogueira Diniz, pela prática, juntamente com outras pessoas, de homicídio qualificado (fls. 1.271/1.289).

Com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição, sustenta o recorrente que o acórdão violou o artigo 43 do Código de Processo Penal e divergiu da jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e de outras Cortes, ao afirmar que o Juiz “pode avaliar o sig-

nificado dos indícios apontados e sua probabilidade, de se constituírem, ou não, em prova da acusação” e que lhe seria permitido “formar um juízo de probabilidade de culpa”, deixando de receber a denúncia por esses dois motivos.

Recorreu, também, o Ministério Público, extraordinariamente, para o Colendo Supremo Tribunal Federal, alegando que a decisão recorrida não somente negou os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da garantia do direito de ação, como também atropelou o devido processo legal (fls. 1.317/1.326).

Somente o recurso especial foi admitido, após ser regularmente impugnado (fls. 1.335/1.367 e 1.369/1.372).

Parecer da douta SGR pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 1.377/1.385).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS THIIBAU (Relator): Seis pessoas foram denunciadas pelo homicídio do empresário José Carlos Nogueira Diniz, dentre as quais a recorrida, Jacqueline Nogueira Diniz, viúva da vítima e amante do primeiro acusado, Paulo Sérgio Mollo Fonseca.

Segundo a peça acusatória,

“Na madrugada do dia 26 de novembro do ano de 1989, à roda das 03.00 horas, próximo ao nº 120 da rua Rodolfo Amoedo, na Barra da Tijuca, nesta cidade, os quatro (4) primeiros denunciados, cumprindo prévio ajuste entre si e mais o 5º e 6º denunciados, efetuaram disparos de arma de fogo contra a vítima José Carlos Nogueira Diniz Filho, atingindo-o e causando-lhe as lesões descritas e caracterizadas no auto de necropsia de fls. 47/49, lesões essas que foram a causa eficiente e instantânea de sua morte.

Para a consecução do desígnio criminoso, os quatro (4) primeiros denunciados postaram-se à porta do “Restaurante Antiquarius”, situado na rua Aristides Espínola, nº 19, no Leblon, aguardando a saída da vítima, que ali jantava em companhia de sua então namorada, Lucimar Viana.

Com a esperada saída de JOSÉ CARLOS, os denunciados, que se encontravam no interior do auto marca “Opala”, placa ZG-

4136, cuja posse e provável propriedade era de PAULO SÉRGIO — 1º Denunciado —, este, ao volante, empreenderam perseguição ao carro da vítima e, na rua Rodolfo Amoedo, alcançando-o, emparelhados os veículos, efetuaram os disparos, sendo certo que o 4º Denunciado — MANOEL DE OLIVEIRA — encontrava-se sentado ao lado do motorista (PAULO SÉRGIO), enquanto os demais Denunciados (2º e 3º) encontravam-se no banco traseiro.

Certo é, igualmente, que todos utilizaram armas de fogo, embora somente o revólver usado pelo Denunciado CLÁUDIO SILVA (2º) restasse apreendido, sendo **positivo** o Laudo de exame de confrontação balística.

Após a consumação do homicídio, rumaram todos para a residência da 6ª Denunciada (JACQUELINE), onde comunicaram-lhe o sucesso da empreitada criminosa.

A Denunciada JACQUELINE NOGUEIRA DINIZ, separada judicialmente da vítima e atual amante de PAULO SÉRGIO, participou do crime supradescrito, combinando e incentivando os autores materiais a executá-lo, vez que beneficiária do testamento realizado dois anos antes pela vítima, na qualidade de herdeira testamentária da metade de seus bens. Por outro lado, a vítima representava um sério obstáculo a mais ao idílio que a vinculava ao 1º Denunciado (PAULO SÉRGIO), sendo certo que a vítima não mais se dispunha a fornecer recursos materiais a este, através de JACQUELINE. Ademais, a vítima, que era odiada por PAULO SÉRGIO, estava investigando a sua vida particular, pontilhada de práticas delituosas. Assim, JACQUELINE incentivou PAULO SÉRGIO, que chefiava um verdadeiro grupo de extermínio, a eliminar a vítima, a fim de, juntos, gozarem de sua herança.

Além de combinar as circunstâncias do homicídio e fornecer a PAULO SÉRGIO as informações necessárias para a sua consecução, ficou JACQUELINE em sua casa, aguardando notícias da execução, inobstante o adiantado da hora.

Cumprindo o combinado, os matadores, logo após o homicídio, dirigiram-se à sua casa, para lhe dar ciência do ocorrido.

Note-se que JACQUELINE, não obstante não confesse a sua participação no crime, a par de todos os indícios, chega ao ponto de, telefonando para LUCIMAR, única testemunha ocular do crime, dizer-lhe, pouco antes do sepultamento da vítima, para calar-se, dizendo:

“Cala a boca, não fala nada a ninguém, você não sabe de nada, é a melhor coisa que você faz”.

O 5º Denunciado — SÉRGIO DA COSTA MAIA —, contra quem há a suspeita de ser o autor de um atentado frustrado contra a vítima dias antes, esteve com o já citado grupo, à porta do “Restaurante Antiquarius”, espreitando a vítima e seguindo seus passos, a fim de informar os executores do homicídio. Não entrou no carro dos criminosos, preferindo acompanhá-los em seu próprio carro — um Passat branco —, a fim de dar-lhes eventual “cobertura”, consoante anteriormente ajustado.

O homicídio é duplamente qualificado, vez que a forma de sua execução, consoante acima narrado, foi **de emboscada**, tornando absolutamente impossível qualquer esboço de defesa por parte da vítima, atacada de inopino por um grupo portador de armas de grosso calibre, não dando à vítima sequer tempo de largar o volante de seu carro, onde veio a morrer instantaneamente, atingido por 03 vezes... Ademais, o motivo foi **torpe**: PAULO SÉRGIO e JACQUELINE se beneficiariam com o testamento da vítima e afastavam a incômoda presença da mesma, que demonstrava estar disposta a embaraçar o prosseguimento do romance que os envolvia, investigando, inclusive, os crimes que praticavam e que são objeto de processo em outro Tribunal do Júri desta Capital.

Os demais denunciados receberiam vantagem patrimonial prometida por PAULO SÉRGIO, conforme ocorrida em outras empreitadas das quais participavam juntos.” (fls. 04/06).

O MM. Juiz Presidente do Tribunal do Júri, no entanto, resolveu excluir da denúncia Jacqueline Nogueira Diniz pelos seguintes motivos:

“Ora, conforme se infere da denúncia oferecida pelo culto e honrado Promotor de Justiça, Jacqueline Nogueira Diniz foi incluída como co-autora do homicídio de que trata o presente processo, afirmando-se ter a mesma participado da comandita criminosa, “combinando e incentivando os autores materiais a executá-los”, alegando em abono a essa assertiva que a mesma era “beneficiária do testamento realizado dois anos antes pela vítima, na qualidade de herdeira testamentária da metade dos seus bens”. Por outro lado, a vítima representava um sério obstáculo a mais ao idílio que a vinculava ao primeiro denunciado (Paulo Sérgio), sendo certo que a vítima não mais se dispunha a fornecer recursos materiais a este, através de Jacqueline. Ade-

mais, a vítima que era odiada por Paulo Sérgio, estava investigando a sua vida particular, pontilhada de práticas delituosas. Assim, Jacqueline incentivou Paulo Sérgio que chefiava um verdadeiro grupo de extermínio a eliminar a vítima a fim de juntos, gozarem de sua herança". Por derradeiro, ressalva ainda o ilustre *Parquet* — que, "além de combinar as circunstâncias do homicídio e fornecer a Paulo Sérgio informações necessárias para a sua consecução, ficou Jacqueline em sua casa, aguardando notícia da execução, e não obstante o adiantado da hora".

É certo que a denúncia, segundo a doutrina, seja mera promessa de prova. Entretanto, a nosso sentir a mesma deve conter o mínimo de seriedade, não bastando, sequer, a alta probabilidade que é apenas um Juízo de incerteza.

O Direito Penal não opera com conjecturas, e o órgão de acusação ao oferecer a denúncia deve fundar a sua convicção em elementos que conduzam a um raciocínio de certeza sobre os quais debruçou a sua reprovação.

Com efeito, no caso concreto, lendo exaustivamente e atentamente as peças do inquérito policial, sobretudo as declarações prestadas pelos denunciados e testemunhas, não vemos elementos suficientes que autorizem o dr. Promotor de Justiça a fazer as afirmações estampadas na inicial, conjecturando e imaginando comportamento da denunciada e circunstâncias que absolutamente não encontram guarida na prova até aqui produzida.

Dissecando os testemunhos prestados no incluso inquérito policial, podemos afirmar sem medo de incidir em erro, que nenhum deles refere-se à denunciada para vinculá-la na empresa criminosa, seja a que título for.

Nenhum dos denunciados ou testemunhas confere à denunciada qualquer espécie de ação ou omissão que possa, ainda que superficialmente, uni-la ao propósito criminoso manifestado concretamente pelos executores do homicídio.

A participação, na melhor doutrina, constitui-se na instigação ou no auxílio, apesar do Código Penal vigente em seu artigo 29 ter adotado o princípio mitigado da teoria monista.

Em que passo da investigação policial habitam indícios de que haja a denunciada instigado ou auxiliado os autores diretos do homicídio?

Qual a prova efetiva que justifique uma opinião de autoria mediata da denunciada?

Ao sentir deste Juízo nada nos autos do inquérito policial responde a essas indagações.

No que diz respeito à distinção entre autoria e participação, para um critério subjetivo residiria em que a primeira atua com vontade do autor (*taterwille* ou *animus auctoris*) e deseja a ação como própria (*als eigene*), enquanto a segunda atua com vontade de partícipe (*animus socii*), seja de instigador ou cúmplice.

Mais uma vez, retornando aos autos do inquérito policial, indagamos onde alicerçou-se a denúncia para concluir que haja a denunciada agido como partícipe de uma empreitada da qual teriam feito parte os demais denunciados.

A prova colhida na fase policial não revela, em nenhum momento, ter tido a denunciada domínio funcional do fato ou mesmo domínio funcional da vontade, e não se admitindo, nesta oportunidade processual, sequer, sua convivência ou disposição de conviver com os objetivos criminosos de terceiros.

O que se verifica, *in casu*, é que o Ministério Público arri-mou a sua acusação unicamente no fato de ser a denunciada beneficiária de parte da herança da vítima e de manter a mesma relação amorosa com um dos denunciados, circunstâncias essas que por si só não autorizam a conclusão a que chegou a denúncia, revelando isso meras conjecturas, imprestáveis ao Direito Penal.

3 — Por todo o exposto, entendemos, com base na prova colhida no inquérito policial, que não existem elementos idôneos a justificar a inclusão da denunciada na relação processual.

Rejeito, pois, a denúncia, no que diz respeito a Jacqueline Nogueira Diniz.” (fls. 11/13).

Inconformado, desse despacho recorreu o Ministério Público estadual, em sentido estrito, sustentando que o MM. Juiz não poderia examinar a prova como o faria na sentença, porque a instrução sequer havia começado, havendo indícios bastantes de co-autoria a concluir pela instauração da ação penal contra a viúva da vítima.

Consta do acórdão recorrido, da lavra do eminente Desembargador Miranda Rosa, o seguinte:

“É certo que cabe ao juiz, segundo seus critérios subjetivos, examinar os fundamentos da denúncia. Trata-se de exame breve, para um juízo de admissibilidade, mas que não dispensará, evidentemente, a adequação dos termos da denúncia aos elementos indiciários já colhidos.

O juiz a que for distribuído o feito é quem, em primeiro lugar, estuda tais fatos. Ele é, normalmente, quem melhor pode avaliar o significado dos indícios apontados e sua probabilidade, ou não, de se constituírem em prova da acusação.

Em caso de recebimento, ou rejeição da denúncia, o juízo recursal só deve reformar a decisão do juiz de primeiro grau se esta for evidentemente equivocada e proferida contra a lei. Assim ocorre quando a denúncia não imputa ao acusado qualquer fato punível, em cujo caso faltará justa causa para a ação penal; e o mesmo ocorrerá quando, especificados na denúncia os fatos puníveis atribuídos ao réu e apoiados que sejam em fortes elementos indiciários, o juiz deixar de receber a denúncia em manifesto equívoco.

No caso dos autos, observa-se que a denúncia (fls. 4/7) atribui à recorrida a participação no planejamento do crime, como inspiradora e/ou mandante, porque tinha interesse na morte do ex-marido e recebeu os autores materiais do homicídio antes e depois deste perpetrado, em sua casa.

Em suas longas e bem lançadas razões, o recorrente insiste nesses pontos, sustentando que à aludida indiciada aproveitava o crime (itens 1º a 5º); e que os executores do homicídio compareceram a um churrasco em casa dela, antes do homicídio, e a ela voltaram após o crime; e outros dados, elencados em 25 (vinte e cinco) itens, a significar o mau comportamento de Jacqueline e atos seus que devem ser tidos como dúbios, capazes de significar seu envolvimento pessoal no delito.

Ora, aos referidos 25 (vinte e cinco) itens que constituiriam, no entender do recorrente, indícios a apontar a probabilidade da culpa da recorrida, respondeu esta, em suas razões, com ampla vantagem. Não que tenha destruído, em definitivo, a possibilidade de uma acusação em face de novos indícios convincentes, mas porque demonstrou que, cada um deles, constitui mero elemento indiciário, que ao juiz de primeiro grau, no exercício de seu prudente arbítrio, não parece capaz de formar um juízo de probabilidade da culpa da recorrida.

O seu exame, em segundo grau, não convence de um evidente desacerto do juiz, a impor reforma de sua decisão. Além de repetitivos, os elementos apontados nas razões do recorrente repousam, em parte, em meras conjecturas, ou em dados irrelevantes ou incapazes de forçar uma interpretação necessariamente desfavorável à recorrida.

Por tais fundamentos, não se vislumbra erronia na decisão em que se rejeitou a denúncia contra Jacqueline Nogueira Diniz, no estado em que se encontra o feito. Nega-se, portanto, provimento ao recurso.” (Fls. 1.263/1.265).

Ora, ao dizer possível a rejeição da denúncia, pelo MM. Juiz de primeiro grau, com base no exame preliminar das provas coligidas no inquérito policial, o acórdão recorrido divergiu de julgados do E. STF, como demonstrou o recorrente, valendo ressaltar o Recurso Extraordinário Criminal 90.697-PR, assim ementado pelo eminente Ministro Cordeiro Guerra:

“Denúncia. Fato criminoso em tese. Não é possível sua rejeição com base no exclusivo exame da prova policial, pois tal importa em absolvição sem processo.” (2ª Turma, RTJ 92/892).

A hipótese examinada naquele julgado guarda expressiva semelhança com o caso presente, como se verifica do voto proferido pelo Sr. Ministro Cordeiro Guerra, *in verbis*:

“O Sr. Ministro Cordeiro Guerra (Relator): A denúncia narra, evidentemente, um fato típico, co-autoria de um homicídio qualificado, e observa estritamente o disposto no art. 41 do CPP. Não poderia portanto ter sido rejeitada já que não ocorrem as hipóteses previstas no art. 43, I e II, do CPP.

No RHC-55.927-RS assim votei, como relator, com apoio da Turma: “Toda denúncia é uma proposta de demonstração, sujeita a comprovação e contrariedade, de modo que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se fixado em não repeli-la, senão quando o fato nela narrado não constitui, evidentemente, crime.

Em havendo dúvida sobre a criminalidade dos fatos, desde que possível a tipicidade argüida, não há como trancar-se o procedimento penal, suprimindo-se a oportunidade reservada ao Ministério Público para a demonstração do alegado, tanto mais que as omissões da denúncia e da queixa podem ser a qualquer tempo supridas, art. 569 do Código de Processo Penal.” (RTJ-85/794).

No RE Criminal nº 85.860, do Paraná, decidiu esta Turma: (1º-4-77).

“A denúncia que narra fato delituoso não pode ser rejeitada fora dos casos previstos nos incisos II e III do art. 43 do CPP.

É vedado ao juiz rejeitar a denúncia por falta de provas de autoria, quando o Ministério Público se propõe a produzi-las na instrução criminal sob pena de violar-se o § 16 do art. 153 da EC/1969.”

Disse, então, em meu voto “repelir-se uma denúncia fora dos casos expressamente previstos na lei processual — art. 43, I, II e III, do CPP, é cercear-se a ação do Ministério Público e suprimir-se o processo penal, dar-se à prova do inquérito policial valor absoluto, dispensando o contraditório e impedindo o Ministério Público de demonstrar sua pretensão punitiva em juízo.

Não se me afigura exata a inteligência dada ao acórdão pelo despacho que indeferiu o apelo extraordinário. O V. Acórdão recorrido não disse que o fato narrado na denúncia não constituía crime, o que disse foi que, face às provas, na inteligência que deu às mesmas desprezando a incriminação dos co-réus e de uma testemunha, face ao não reconhecimento do recorrido pela ofendida, diga-se, na Polícia, tão-somente, é que o recorrido não era co-autor.

Tal procedimento, porém, não tem o amparo na lei, pois não justifica a rejeição da denúncia, só admitida nos restritos casos dos incisos I, II e III, do CPP.

O fato narrado na denúncia é delituoso em tese e, sem contraditório processual, não é possível chegar-se à conclusão, admissível em princípio, mas antecipada, de que o recorrido não foi co-autor do crime, pois, nessa hipótese, haveria absolvição sem processo.” — (*in* Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro — vol. 8, pág. 169-184).

A douta Procuradoria-Geral de República demonstra, na espécie, que há indícios de co-autoria do recorrido na trama delituosa narrada na denúncia. Se o fato explícito na denúncia constitui crime, em tese, não há como rejeitá-la por falta de justa causa.

Razão assiste ao recorrente ao invocar o acórdão do eminente Ministro Antônio Neder, no RHC nº 50.208-SP, assim ementado:

“Descrevendo fatos que, abstratamente considerados, constituam crime, e demonstrando que tais fatos autorizam o juízo de que são criminosos, na denúncia, ela mesma, com esse conteúdo, constitui justa causa para a coação que o MP impõe ao acusado.

Se há tão-só *quaestio facti*, e não *quaestio iuris*, e se a figura indicada pela denúncia integra o suporte fático de alguma regra jurídica, de cuja infração resulta coercibilidade do acusado, não há pensar-se em deferimento de *habeas corpus* com base no art. 648, I, do Código de Processo Penal (Pontes de Miranda).” (RTJ 64-72).

Em seu douto voto, observa o Ministro Antonio Neder “se os fatos apurados no inquérito admitem interpretação diversa da que foi dada pelo Ministério Público e aceita pelo juiz de primeiro grau, é isso matéria de prova que o sumaríssimo processo de *habeas corpus* não comporta.” (*idem*, p. 75).

O recorrente traz à colação, para demonstração do dissídio jurisprudencial, inúmeros julgados desta Corte, que afirmam o princípio de que matéria de prova não pode ser considerada em *habeas corpus*, notadamente o Acórdão prolatado no RHC 50.990-PR de que foi relator o eminente Ministro Rodrigues Alekmin, assim ementado:

“*Habeas corpus*. Falta de justa causa. Denúncia que descreve fato penalmente punível. Impossibilidade de exame aprofundado da prova de *habeas corpus* para a apreciação de justa causa para a ação penal, máxime quando dele não constam todos os elementos probatórios constantes do processo. Recurso de *habeas corpus* improvido.” (RIIC 50.990-PR — RTJ 65-671).

É o caso dos autos.

O venerando acórdão recorrido para concluir como concluiu, não negou a ocorrência de crime em tese, o que afirmou, após o exame da prova do inquérito, o que lhe era defeso, porque não havia indício suficiente de autoria.

Entretanto, para exame profundo de provas não se admite o recurso de *habeas corpus*, e a denúncia é expressa em afirmar que o crime resultou de um plano de que participou a recorrida, com o seu sócio e um empregado, de comum acordo, para a eliminação da vítima, o que reconhece o próprio acórdão recorrido — fl. 314.

Não é admissível, portanto, face à lei processual, e a jurisprudência deste Egrégio Tribunal, que a pretexto de falta de justa causa se suprima a ação penal, fundada em indícios suficientes, e denúncia escorreita, para absolver um co-réu, sem o contraditório constitucionalmente assegurado aos réus e à acusação.

Por esses motivos, conheço do recurso e lhe dou provimento.”
(fls. 1.295/1.296).

Também do extinto Tribunal Federal de Recursos o recorrente trouxe julgados como, por exemplo, o Recurso Criminal 966/PA, relator o Sr. Ministro Adhemar Raymundo, assim ementado:

“Criminal.

Rejeição da denúncia, com fundamento no inciso 1º do art. 43 da Lei Processual Penal. A norma só autoriza a rejeição, na hipótese, quando falta condição para o exercício da ação, a **possibilidade jurídica**, que pressupõe a inexistência do tipo legal abstrato em que se funda o pedido.

Se, no **juízo de delibação**, viável a pretensão punitiva, onde se apresentam “os contornos de imputação razoável” a determinadas pessoas, de fato típico, a denúncia deve ser recebida.

Se, nos autos do inquérito, há um fato típico imputado a duas ou mais pessoas, impossível a rejeição da denúncia em relação a qualquer delas, se, dessa peça de informação, resulta uma convicção provisória sobre a existência de crime e indícios da co-autoria”. (fl. 1.297).

Conheço, pois, do recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial.

No tocante à contrariedade ao art. 43 do CPP tenho que o acórdão recorrido incorreu em violação do texto legal ao encampar a rejeição da denúncia contra Jacqueline Nogueira Diniz.

Como visto no acórdão do Supremo Tribunal Federal a denúncia não pode ser rejeitada quando descreve um comportamento típico atribuível a pessoa determinada. A denúncia é uma proposta de instauração de ação penal contra alguém a quem se atribui a prática de um crime, autoria essa a ser comprovada, ou não, no curso do processo, na instrução.

Na lição de MAGALHÃES NORONHA, quando examina o art. 43 do CPP,

“O inciso I exige que o fato novado, na forma do art. 41, tenha tipicidade, isto é, corresponda ou se subsuma em um tipo da lei penal. Não é mister, entretanto, que esteja provado, pois isso é objeto da instrução” (“Curso de Direito Processual Penal”, Saraiva, 1989, página 27).

Não discrepa a doutrina nesse sentido. Que o digam EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (“Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, Volume I, pg. 429, Sexta Edição, Editora Rio), HELIO TORNAGHI (“Curso de Processo Penal”, Vol. 1, pg. 58/59, 1981, Edição Saraiva), FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, 1965, Forense, pgs. 165/167), BORGES DA ROSA (“Comentários ao Código de Processo Penal”, 3ª Edição, RT, pg. 138) e tantos outros.

No Recurso Especial 8.445-PR, recentemente julgado nesta Turma, o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, com sua habitual percuciência, foi direto ao ponto:

“Sr. Presidente, a rejeição da denúncia, liminarmente, só pode ocorrer quando o Ministério Público descrever fato atípico, for evidenciada a falta de legitimidade ativa, ou caracterizar causa de extinção da punibilidade averiguável independentemente da fluência do processo.

No caso *sub judice*, o MM. Juiz, *data venia*, ultrapassou os limites normativos. Analisou fatos. Expendeu considerações da inconveniência do processo. Sopesou a prova. Enfim, independentemente da instrução, extrai conclusão no terreno de fatos. Em outras palavras, promoveu análise antecipada do conjunto probatório. Não poderia fazê-lo. Ainda que se trate de chefe do executivo municipal.”

Pois foi justamente isso que ocorreu neste caso. A recorrida foi denunciada porque “de qualquer modo”, no dizer da lei penal, concorrera para o crime. De que modo? Segundo a denúncia, “combinando” e “incentivando” os executores do homicídio a praticá-lo. Um sem número de indícios não somente da possibilidade como da probabilidade dessa co-autoria foi apresentado pela Promotoria, a apontar o interesse da mulher em desvencilhar-se do incômodo marido. Até prova testemunhal da participação de Jacqueline no delito foi expressamente invocada na acusação.

Contudo, o magistrado de primeiro grau, no que deveria ser um mero Juízo de delibação, não se contendo dentro das hipóteses enumeradas no art. 43 do CPP, resolveu refutar, liminarmente, indício por indício, o que o Dr. Promotor se propunha a comprovar no decorrer da instrução. Com tal absolvição sem processo o MM. Juiz frustrou a persecução penal e coarctou o poder-dever do Ministério Público.

Tanto o despacho em questão como o acórdão recorrido contrariaram o art. 43, I, do CPP, porque o fato narrado constitui crime, em tese.

Ante o exposto, conhecendo do recurso especial também pela alínea *a* do inciso III do art. 105 da Constituição, dou-lhe provimento pelos

dois fundamentos, para cassar o acórdão recorrido e considerar recebida a denúncia contra Jacqueline Nogueira Diniz.

É como voto.

VOTO — VISTA

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE: Senhor Presidente, com o fim de rememorar a espécie, leio o relatório lançado nos autos pelo eminente Ministro Carlos Thibau: (lê).

Votando, Sua Excelência conheceu do recurso e lhe deu provimento, nestes termos: (lê).

Pedi, então, vista dos autos, trazendo-os agora, em mesa, para retomada do julgamento.

Sobre ser a denúncia uma proposta de instauração de ação penal contra alguém a quem se atribui a prática de um crime, autoria essa a ser comprovada, ou não, no curso do processo, na instrução, não há dúvida.

Mas dúvida não há, também, de que essa proposta deve necessariamente apresentar-se lastreada em dados probatórios que evidenciem a viabilidade da acusação, sem o que configuraria abuso do poder de denunciar, coarctável, inclusive, por meio de *habeas corpus*.

Com efeito, a denúncia não pode repousar sobre exercícios meramente especulativos, como acentuou, com a costumeira percuciência e elegância de estilo, o eminente Ministro Francisco Rezek, no voto que proferiu no RHC 64.439 (RTJ 125/145), invocando, ainda, o abalizado magistério de Frederico Marques, que diz ser inviável a instância se faltam elementos que instruem a denúncia para fundamentar a *opinio delict* do órgão acusador.

É evidente que não se exige prova inconcussa. Exige-se, isso sim, elementos que dêem um mínimo de suporte à acusação. E isso não só pode como deve o Juiz verificar. O que ele rigorosamente não pode é proceder ao exame crítico da prova, sopesar os elementos probatórios, tal como expresso, aliás, no acórdão no REsp 8.445-PR, da relatoria do eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, referido no voto do eminente Relator.

No caso vertente, tal não ocorreu. Observa-se que não houve cotejo dos depoimentos das testemunhas, tampouco entendeu-se infirmado um determinado indício em face de outro elemento de convicção constante do inquérito.

Segundo ressuma do despacho do Juiz e do acórdão que o confirmou, simplesmente não se encontrou respaldo para a acusação nos elementos probatórios coligidos no inquérito policial, a propósito da afirmada participação da recorrida no evento criminoso.

E é precisamente essa a questão a ser enfrentada. Aparentemente, trata-se de questão situada no domínio dos fatos, não comportando exame, pois, nesta instância extraordinária. Mas só aparentemente, na verdade, ela envolve a qualificação jurídica da prova.

Sustenta-se no despacho que rejeitou a denúncia que há meras conjecturas. Todavia, se um fato conhecido serve a indicar, no plano do raciocínio lógico, a existência de outro que se pretende provar, tem-se, sem engano, um indício, não uma conjectura.

Sob esse prisma, não há negar que pelo menos os depoimentos do co-réu Cláudio Silva (fls. 107) e do policial Álvaro Luiz Pinto e Souza (fls. 154/v.), fornecem indícios de que a recorrida concorreu para o crime, o que a acusação pretende provar no curso da instrução.

Não é o poder de convencimento dos indícios que interessam, para o efeito de recebimento da denúncia, mas a existência deles. No momento processual próprio, poderá o Juiz, obviamente, reputar insuficientes tais indícios, mas não no Juízo de delibação de que se cuida.

Com essas considerações, Senhor Presidente, adiro ao voto do eminente Relator.

VOTO (VOGAL)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Acompanhei o eminente Relator, por considerar que os argumentos apresentados pelo Juiz, para a rejeição da denúncia, não eram procedentes.

Na verdade, a peça acusatória envolve fatos e circunstâncias que só podem ser comprovados através da instrução processual, não sendo concebível fechar-se ao Ministério Público a oportunidade do livre exercício de sua função.

O inquérito policial, como peça informativa, desde logo, oferece relato dos fatos, que devem ser comprovados no Sumário de culpa. Observe-se que a responsabilidade criminal, no concurso de pessoas, é muito ampla, por força das disposições contidas nos artigos 29 e 31 do Código Penal. Sendo assim, não é possível, diante da clareza dos fatos contidos no inquérito, isolar-se a recorrida da ação penal a que respondem os autores principais do delito.

Por essas razões, acompanho o Ministro Relator.
É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.118 — RJ — (9197950) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Carlos Thibau. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrida: Jacqueline Nogueira Diniz. Advs. Drs. Maria Inês Lourenço e outros.

Decisão: A Turma, prosseguindo no julgamento, à unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (03.09.91).

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



RECURSO ESPECIAL Nº 11.867 — SP (Registro nº 91.119350)

Relator: *Ministro José Cândido*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Hélio Benedito Leonardi ou Hélio Benedito Leonardo*

Advogado: *Roberto de Camargo*

**EMENTA: JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO.
O Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944,
equipara, ao vendedor ou banqueiro, os que servirem
de intermediários na efetivação do jogo.
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 maioria, conhecer do recurso pelas letras *a* e *c*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e, por unanimidade, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença condenatória, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 10 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nos permissivos das letras *a* e *c*, pela Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, do v. acórdão da Eg. Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal que, por maioria, absolveu HÉLIO BENEDITO LEONARDO, condenado em primeira instância à pena de oito meses de prisão simples e pagamento de quinze dias-multa, como incurso nas sanções do art. 58, § 1º, letra *a*, do Decreto-Lei nº 6.259/44. Fora o ora recorrido preso em seu estabelecimento comercial, com farto material de jogo do bicho, que praticava, segundo confessou, para determinado banqueiro, mediante a comissão de vinte e cinco por cento do apurado.

O acórdão recorrido fundamentou-se nos dois parágrafos a seguir transcritos, *verbis* (fls. 141):

“Tratando-se de intermediário, é mister que sejam identificados os dois pólos da infração (RT 421/266; JULTACRIM 92/90 e outros).

No caso em tela, nem o apostador, nem o banqueiro, foram identificados, já que o apontado co-infrator foi absolvido, com trânsito em julgado”.

O acórdão recorrido teria recusado vigência ao art. 58 do Decreto-Lei nº 6.249/44, “que não subordina a configuração da prática contravençional à precisa indicação do banqueiro, cambista e apostador” (fls. 245). E a prova do conflito jurisprudencial fê-la o recorrente com julgados deste Superior Tribunal de Justiça, da lavra dos eminentes Ministros Costa Lima (REsp 5.267-SP, de 19.11.90); Edson Vidigal (REsp 5.288-SP, de 10.2.90); José Dantas (REsp 5.784-SP, de 3.12.90) e Assis Toledo (REsp 2.744-SP, de 20.8.90).

Nas suas razões, procura o recorrido demonstrar estar entranhada no comportamento do nosso povo a prática de diferentes jogos de azar, hoje explorados pelo Estado, que os difunde, como moralmente lícitos.

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

É o relatório.

VOTO

EMENTA: JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO.

O Decreto-lei nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, equipara, ao vendedor ou banqueiro, os que servirem de intermediários na efetivação do jogo.

Recurso conhecido e provido.

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO (Relator): Não há dúvida de que o v. acórdão recorrido contrariou o art. 58, § 1º, letra *a*, do Decreto-lei nº 6.259, de 20.2.44, que equipara aos vendedores ou banqueiros do jogo do bicho “os que servirem de intermediários na efetivação do jogo”.

Por mais respeitáveis que sejam os argumentos, deduzidos em julgados de ilustres Tribunais, como os trazidos pelo recorrido às fls. 110/124, centrados, sobretudo, na constatação da exploração desenfreada pelo Estado das mais variadas modalidades de jogos de azar, o certo é que a lei aí está, impedindo que se decida à sua revelia.

Desse modo, conheço do recurso pelos dois fundamentos e dou provimento, para restabelecer a sentença condenatória.

É o meu voto.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, interpretei a fundamentação do respeitável acórdão de que para a caracterização da intermediação devem estar demonstrados o banqueiro e o apostador, indispensáveis para a operação. A extensão desse aspecto, *data venia*, invoca matéria de prova, o que é insusceptível na via da instância especial.

Em razão dessas considerações, peço vênias para não conhecer do recurso especial.

VOTO — MÉRITO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, no tocante ao mérito, como já foi invocado pelos Eminentíssimos Ministros, o tema alberga a natureza criminal da conduta, dada a total insignificância da reprovação social. Ocorre, no entanto, o policiamento dos chamados jogos de azar não se refere somente quanto à moralidade da contenda, mas, antes de tudo, ao interesse público de ser fiscalizada a sua atividade.

Em face dessas considerações, não diviso total ausência de reprovabilidade, embora, insisto, não ter nada a ver com a moralidade: culturalmente é aceita, é procurada. São conhecidos, as notícias de jornais, as colunas sociais publicam nomes de pessoas abastadas que mantêm instituições, escolas de samba e até atividades beneficentes, com o produto do jogo proibido. Por interesse meramente administrativo do Estado, como policia a maneira de dirigir veículos, a forma de se identificar a pessoa, surge o interesse público.

Em razão dessas considerações, acompanho, no mérito, os votos dos Eminentíssimos Ministros.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.867 — SP — (91.11935) — Relator: Ministro José Cândido. Recte.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recdo.: Hélio Benedito Leonardi ou Hélio Benedito Leonardo. Adv.: Roberto de Camargo.

Decisão: A Turma, por maioria, conheceu do recurso pelas letras *a* e *c*, inciso III, art. 105, da Constituição Federal, e, por unanimidade, deu-lhe provimento para restabelecer a sentença condenatória. Vencido na preliminar o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

Votaram os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.891 — PE (Registro nº 91.0011959-8)

Relator: *O Senhor Ministro Costa Leite*

Recorrente: *Waldemiro da Rocha Barros (réu preso)*

Recorrido: *Ministério Público Federal*
Advogada: *Dra. Maria Enite Cavalcanti de Melo*

EMENTA: Recurso Especial. Dissídio Jurisprudencial.
Não se pode cogitar de dissídio jurisprudencial a propósito de questões estranhas ao âmbito do julgado. 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, 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, 24 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: Trata-se de recurso especial interposto por WALDEMIRO DA ROCHA BARROS, com supedâneo na alínea c, III, do art. 105, da Constituição, contra acórdão da e. Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que, dando provimento à apelação do Ministério Público, procedeu ao aumento da pena que lhe impôs a sentença de primeiro grau, por infração ao art. 171, do Código Penal, fixando-se em três anos de reclusão.

Eis as razões recursais: (lê).

Devidamente processado o recurso, sobreveio juízo positivo de admissibilidade, nos termos do r. despacho de fls. 1.393/1.395.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório, Senhor Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO COSTA LEITE (Relator): Somente o Ministério Público apelou da sentença, exclusivamente para ver agravada a resposta penal, quanto ao ora recorrente, no que obteve êxito, com a decisão vergastada procedendo ao aumento da pena imposta em primeiro grau.

O presente recurso especial, porém, não investe contra o aumento de pena operado. Com efeito, suscita questões estranhas ao âmbito do julgado, que sequer foram devolvidas à cognição do Tribunal, não se podendo cogitar, pois, de dissídio jurisprudencial.

Tais as circunstâncias, não conheço do recurso. É como voto, Senhor Presidente.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.891 — PE — (91.0011959-8) — Relator: O Sr. Ministro Costa Leite. Recte.: Waldemiro da Rocha Barros. Recdo.: Ministério Público Federal. Adv.: Dra. Maria Enite Cavalcanti de Melo.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto do Senhor Ministro relator.

Votaram os Srs. Ministros Vicente Cernicchiaro, Assis Toledo e José Cândido. Ausentes, por motivo de férias, o Sr. Ministro Washington Bolívar e, por motivo justificado, o Sr. Ministro Carlos Thibau. O Sr. Ministro Assis Toledo compareceu à Sessão para compor *quorum*. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JOSÉ CÂNDIDO.



RECURSO ESPECIAL Nº 11.908 — SC

(Registro nº 91.0012062-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Teka — Tecelagem Kuehnrich S/A*

Recorrida: *Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina*

Advogados: *Drs. Haroldo Pabst e outro, e Ivo Silveira Filho*

EMENTA: ICM — REDUÇÃO E ISENÇÃO.

Não se pode confundir isenção com redução, com alíquota zero e demais benefícios fiscais.

A redução do imposto federal não produz o mesmo efeito no ICM (estadual).

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, 02 de setembro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: TEKA — TECELAGEM KUEHNRIK S/A — impetrou mandado de segurança preventivo visando o reconhecimento de seu direito de pagar o ICM incidente na entrada de máquinas e equipamentos importados no seu estabelecimento, observada a isenção parcial decorrente da redução do Imposto de Importação, tendo em vista ser beneficiária de Programa Especial de Exportação aprovado pelo BEFIEX.

Concedida a liminar e decorrido o prazo legal sem que a autoridade impetrada prestasse as informações, opinou o Ministério Público local pela concessão do *writ*.

Apreciando o feito, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para assegurar à impetrante o direito de recolher o ICM na proporção de 10% sobre o valor tributário relativamente à guia de importação de nº 95-86/633-2 (fls. 73/79).

Em grau de apelação o E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reformou a sentença para denegar a segurança em acórdão assim ementado:

“ICM. REDUÇÃO. SIGNIFICADO DOS VOCÁBULOS ISENÇÃO E REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE SINONÍMIA. LEI QUE CONCEDE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. INTERPRETAÇÃO. ART. 111, II, DO CTN.

“IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — REDUÇÃO — ARTIGOS 19, § 2º E 23, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ANTERIOR. Não vulnera os citados dispositivos legais decisão que afasta a vantagem pertinente ao Imposto Sobre Circulação de Mercadorias quando a lei complementar cogita de isenção, considerando idêntico tratamento conferido a imposto da competência da União — sobre Importação de Produtos Estrangeiros. Na hipótese, impossível é entender como sinônimos os vocábulos “isenção” e “redução”, valendo notar que não se pode atribuir ao legislador a inserção, em texto de lei, de instituto sem o sentido que lhe é próprio e que, portanto, o individualiza. Prevista a extensão apenas do tratamento pelo qual o importador ficou isento do imposto, descabe considerar mera redução de alíquota” (STF, *in* DJU nº 41, de 01.03.91, pág. 1.890).

Em tema de isenção tributária, deve a lei ser interpretada literalmente, a teor do disposto no art. 111, II do Código Tributário Nacional.”

Inconformada, a impetrante interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, letras *a* e *c*, da CF.

Sustenta o recorrente que o v. acórdão recorrido violou o art. 1º, inciso VI, da Lei Complementar nº 04/69, ao inadmitir a identificação entre redução de alíquota e isenção e, conseqüentemente, não estender ao ICM os benefícios da redução do imposto de importação que a recorrente obteve em decorrência de Programa Especial de Exportação aprovado pelo BEFIEX.

Alega, ainda, divergência jurisprudencial com acórdãos do E. TJSP e desta Colenda Corte (fls. 125/133).

Oferecidas contra-razões (fls. 139/142), foi o recurso admitido (fls. 150/151), subindo os autos a esta C. Corte.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. A impetrante obteve aprovação de seu programa especial de exportação

para a concessão de benefícios fiscais e conseguiu importar máquinas com redução de 90% (noventa por cento) dos impostos de importação e de produtos industrializados (doc. de fls. 25/26).

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

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

Não se pode confundir isenção com redução, com alíquota zero e demais benefícios fiscais. A distinção entre isenção e outros incentivos fiscais é feita pelo Decreto nº 1.219, de 15 de maio de 1972. A Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, também fala em isenção e em redução (art. 1º). O Decreto-lei nº 1.428, de 02 de dezembro de 1975, atribui poderes a vários órgãos, inclusive à Comissão para a concessão de Benefícios Fiscais a fim de “conceder redução do imposto de importação para máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, acessórios e ferramentas, nos termos, limites e condições estabelecidos pelo Poder Executivo”. O Decreto nº 77.065, de 20 de janeiro de 1976, em seu art. 5º, conferiu à referida Comissão poderes para a concessão de benefícios fiscais e reduzir de 70 a 90% os impostos federais, sobre produtos industrializados e importação de máquinas.

A Lei Complementar nº 04, de 02 de dezembro de 1969, concede isenção do ICM às “entradas de mercadorias cuja importação estiver isenta do imposto, de competência da União sobre importação de produtos estrangeiros” (art. 1º, VI). Como se interpreta literalmente a legislação sobre isenção (art. 111 do CTN), devemos buscar o sentido exato de isenção e de redução. Este próprio art. 111 fala, em incisos diversos (I e II), em suspensão ou exclusão (I) e em isenção (II) e este princípio se harmoniza com os arts. 175 e 176 também do CTN. A isenção é sempre decorrente de lei (art. 176) e somente a lei pode estabelecer a instituição de tributos ou a sua extinção ou a sua fixação de alíquota e da sua base de cálculo (art. 97, I e IV). Isenção é definida pelos tributaristas como “a dispensa legal do pagamento do tributo devido”. Nela “verifica-se o fato gerador e ocorre a incidência; entretanto, como não é exigido o crédito tributário, em virtude da dispensa do pagamento, não se recolhe o tributo” (Geraldo Ataliba). É um favor legal, conferido por lei ao contribuinte que é dispensado do pagamento de um tributo devido. A alíquota zero não se confunde com isenção. Ensina Sacha Calmon, na sua Teoria Geral de Tributo, ed. 1982, que:

“... ontologicamente isenção e “alíquota zero” são mesmo profundamente diversas: A isenção exclui da condição de “jurígeno”

fato ou fator. A alíquota é elemento de determinação quantitativa do dever tributário. Se é zero, não há o que pagar” (pág. 154).

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

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

A Lei Compl. 24, de 07 de janeiro de 1975, em seu art. 1º estabeleceu que:

“As isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta lei”.

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

O Estado, com base na Lei Complementar 04/69, só poderia isentar do ICM as operações isentas dos tributos federais e a impetrante só gozaria de redução de alíquota e não de isenção, na exportação de seus produtos. O v. acórdão recorrido deu interpretação analógica e generosa do art. 1º da LC 04/69, como bem acentuou a Fazenda do Est. de Santa Catarina, em sua apelação (fls. 144). Realmente, não se pode admitir a idéia de que a redução de alíquota equivale à isenção parcial com força para reduzir o ICM a 10% (dez por cento). Somente em caso de isenção (total) é que existe o reflexo nas operações relativas ao ICM, do contrário, seria passar por cima da Constituição e do princípio federativo. É bom lembrar que referida LC 04/69 foi editada com base no art. 19, § 2º,

da CF anterior. Somente poderia a União conceder isenção do ICM ou de qualquer outro imposto estadual, quando houvesse “relevante interesse social ou econômico nacional...” e é claro que nada disso ocorreu, na importação de máquinas, procedida pela recorrida, com redução de alíquota ou de base de cálculo. O legislador somente entendeu existir o relevante interesse social ou econômico nacional, capaz de legitimar e justificar a isenção das operações relativas ao ICM, quando isenta de impostos federais a entrada de mercadorias importadas e não quando existe apenas redução de alíquota.

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

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

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

Recurso conhecido, mas não provido.”

Nossa Corte Maior, no RE 76.810-SP, Rel. Eminentíssimo Min. Leitão de Abreu, DJ de 26.09.75, entendeu que:

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

No mesmo sentido são ainda os seguintes precedentes: ERE 79.952-SP, Rel. Eminentíssimo Min. Soares Muñoz, DJ de 19.5.78; RE 88.676-SP, Rel. Eminentíssimo Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 17.3.78; RE nº 86.322-SP, Rel. Eminentíssimo Min. Cordeiro Guerra, DJ de 25.3.77; RE nº 81.132-SP, Rel. Eminentíssimo Min. Eloy da Rocha, DJ de 25.4.77, RE nº 85.952-SP, Rel. Eminentíssimo Min. Cordeiro Guerra, DJ de 18.2.77; e ainda os seguintes REs: 76.810-SP, 81.074-SP, 79.471-SP, 81.117-SP, 81.172-SP e 82.568-SP.

Verifica-se pelo RE 81.132-SP, ter nossa Corte Maior entendido que:

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

No RE 85.952, firmou o entendimento de que:

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

Ora, se a importação de mercadorias sob a alíquota zero não configura isenção e não impede a cobrança do ICM, a simples redução desta, com muito mais razão, não pode conduzir a estas conseqüências.

Neste sentido os precedentes desta E. Turma, nos REs nº 3.884-RS, julgamento de 18 de fevereiro de 1991, e 4.973-SC, julgamento de 18 de fevereiro de 1991, que são casos absolutamente idênticos.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 11.908 — SC — (91.0012062-6) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Tecelagem Kuehnrich S/A. Recda.: Fazenda Pública do Estado de Santa Catarina. Advs.: Drs. Haroldo Pabst e outro e Ivo Silveira Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso (1ª Turma: 02.09.91)

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 12.237 — SP (Registro nº 91132004)

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

Recorrente: *Luiz Fazzio*

Recorridos: *Francisco Ailton Saracuzza (ou Ailton Saracuzza)*

Advogados: *Joaquim A. D'angelo de Carvalho e outros e Ruy Homem de Mello Lacerda e outro*

EMENTA: CIVIL/PROCESSUAL. APELAÇÃO. LIMITES DE DEVOLUÇÃO.

O § 1º do art. 515 do CPC não autoriza o exame de questão não suscitada e discutida no processo e nem impugnada na apelação.

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, 26 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente, (Deixa de ser assinado por ausência do Presidente, Art. 101, § 2º do RI/STJ). Ministro DIAS TRINDADE, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Luiz Fazzio interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu provimento à apelação interposta por Francisco Ailton Saracuzza, em autos de ação movida contra o recorrente, visando obter indenização relativa a danos causados em sua chácara por incêndio que partiu de propriedade do mesmo, quando este ateava fogo em capim.

Sustenta o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, negativa de vigência aos seguintes dispositivos do Código de Processo Civil: art. 264, por alterar a causa de pedir ao concluir pela responsabilidade do recorrente, mesmo que este não tenha pessoalmente causado o incêndio que lhe imputava o autor; art. 282, III, confundindo fato e fundamento

jurídico do pedido; art. 128, face à decisão fora dos limites da lide; art. 460, ao acolher a ação por fundamento jurídico diverso do que constou na causa de pedir; art. 515, ao examinar matéria cujo conhecimento não lhe havia sido devolvido, e art. 535, ao repelir embargos de declaração sem apreciação das questões suscitadas.

Processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Relator): Para a verificação de ter havido alteração na causa de pedir, bem assim de haver sido apreciado no juízo da apelação fato ou circunstância não impugnados, é necessário examinar, não apenas a descrição do fato, mas a relação jurídica que embasa a pretensão posta em juízo.

É de ver que a causa de pedir não é apenas fato, mas a dedução deste e da sua subsunção a determinada categoria jurídica, que disciplina a sua prática. É o que ensina PONTES DE MIRANDA:

“A *causa petendi* supõe o fato ou série de fatos dentro da 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 a demandar. A *causa petendi* é, pois, complexa.” (Comentários ao Código de Processo Civil, de 1939, Vol. II, Pág. 27).

E, logo adiante:

“Na exposição da *causa petendi* há de estar a afirmação de relação jurídica, da pretensão de direito material, que corresponde a essa relação; de fato que justifique a ação; do interesse de agir; do direito público subjetivo a usar do juízo, o que se subente hoje em dia”. (Mesma obra e localização).

AGRÍCOLA BARBI, citando LIEBMAN, diz:

“A causa da ação (*causa petendi*) é o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda, ou seja — na linguagem da lei — o título da ação (cf. arts. 13, 33, 35, 36 do Código de Processo Civil). Ela é por isso o fato do qual surge o direito que o autor pretende fazer valer ou a relação jurídica da qual aquele direito deriva” (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. I Tomo I, Pág. 270).

E conclui:

“Ainda do mesmo ensino de LIEBMAN, deduz-se que quando duas ou mais ações têm o mesmo fundamento de direito (mesma relação jurídica) elas têm a mesma causa de pedir” (Mesma obra e localização).

Desses ensinamentos resulta que, no caso em exame, a causa de pedir está representada pela narração do fato, atribuindo ao réu a prática da ação de pôr fogo ao capim de seu terreno, sem os cuidados recomendados, dando em resultado o incêndio em seu barracão com o que nele se continha, daí extraíndo-se o dever de indenizar, apontando como fundamento jurídico de sua pretensão os arts. 155, 1.518 a 1.532, e 1.537 a 1.553, todos do Código Civil.

Não está contida na causa de pedir, portanto, apenas a relação de culpa, senão também o decorrente da prática de ato ilícito, entre as quais encontrou o acórdão a do art. 1.529 do Código Civil, para ter a ação como a *de delectis vel effluis* consagrada pelo Pretor Romano, com aquela amplíssima latitude, preconizada por PONTES DE MIRANDA (Tratado — Tomo LIII, Pág. 404).

A discussão que poderia ensejar essa aplicação não é cogitada no recurso especial, ora examinado, o qual é posto apenas em relação aos dispositivos do Código de Processo Civil mencionados no relatório, que passo a examinar:

Não houve a alteração da causa de pedir, porquanto ela está centrada, seja na invocação de culpa do réu, seja na responsabilidade objetiva, prevista no art. 1.529, expressamente referido na inicial, a indicar que bem poderia servir de base para o *decisum*, sem contrariar o art. 264 do Código de Processo Civil, que consagra a estabilidade da demanda.

Por igual não há violação ao art. 282, III, do mesmo Código, uma vez que não há indistinção entre o fato e fundamento jurídico do pedido, como se viu acima.

De relação às outras disposições da lei de ritos ditas contrariadas tenho que está com razão o recorrente, posto que o acórdão adotou posição quanto à amplitude de devolução, inscrita no art. 515, § 1º, dissociada do comando da cabeça do dispositivo, ou seja, apreciou fundamento jurídico colhido da petição inicial, sem que a omissão da sentença sobre o mesmo houvesse sido impugnada na apelação.

É que a sentença afastou a increpação de culpa do réu, para julgar improcedente a ação, mas não apreciou a causa pelo outro fundamento, ou seja, pela aplicação do art. 1.529 do Código Civil, apenas relacionado na inicial entre outros do mesmo diploma, não havendo sido opostos

embargos declaratórios e nem devolvida a questão, mediante direta impugnação no apelo.

Efetivamente, na apelação está a ser impugnada exclusivamente a questão probatória sobre a culpa do réu, especificamente sobre a sua responsabilidade direta na pratica do ato de atear fogo ao capim de sua propriedade, causa do incêndio da barraca ou barracas do autor-apelante, sem uma palavra sequer a respeito de responsabilidade objetiva do dispositivo da lei civil, que consagra a *acilo de delectis vel effluisis* da amplíssima interpretação de PONTES DE MIRANDA.

Ora, a amplitude de devolução, como se disse acima, está limitada pela impugnação, sendo de dizer que, embora indicado o dispositivo legal que serviu de apoio ao acórdão, na inicial não se discute a causa segundo essa norma e nem foi a mesma impugnada na contestação, o que serviria a dizer que não fora a mesma discutida, porque, como assevera BARBOSA MOREIRA:

“No que tange às questões não apreciadas na primeira instância (nem apreciáveis *ex officio*), exige o Parágrafo Primeiro que hajam sido “suscitadas e discutidas”. Não basta que uma das partes as tenha argüido é mister que a outra haja impugnado a argüição”. (Comentários ao Código de Processo Civil — Vol. V, Pág. 349).

O acórdão, diz com todas as letras:

“A decisão de primeiro grau, no entanto, julgou-a improcedente, por entender não caracterizada a culpa do demandado.

O autor, entretanto, inconforme com o decidido, apelou pugnando pela reforma da sentença e sustentando estar demonstrada a culpa do réu.”

E prossegue, sem examinar a matéria que foi devolvida na apelação, no sentido de acolher fundamento legal apenas indicado na inicial, sem que houvesse a questão sido suscitada e discutida na ação (Ler fls. 416).

E assim fazendo estou em que o órgão julgador foi além do que lhe devolveu a apelação, contrariando, deste modo, o art. 515 do Código de Processo Civil, que cristaliza os princípios dos arts. 128 e 450, em segunda instância.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para anular o acórdão recorrido e determinar que o órgão julgador julgue a apelação, nos seus limites devolutivos.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.237 — SP — (91132004) — Rel.: O Sr. Ministro Dias Trindade. Recte.: Luiz Fazzio. Recdo.: Francisco Ailton Saracuzza (Ailton Saracuzza). Advs.: Joaquim A. Dángelo de Carvalho e outros e Ruy Homem de Mello Lacerda e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e lhe deu provimento (em 26/08/91 — 3ª Turma).

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 12.851 — RJ (Registro nº 9100148270)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Caixa Econômica Federal — CEF*

Recorrida: *Valéria Pereira Lessa*

Advogados: *Rubem de Farias Neves Júnior e outros, e Luiz Cláudio Ramos Marins*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE MENÇÃO DO DISPOSITIVO CUJA VIGÊNCIA SE TERIA NEGADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INSUFICIENTEMENTE DEMONSTRADO. NÃO CONHECIMENTO.

Não decidindo o acórdão atacado as questões objeto do recurso especial, falta-lhe o prequestionamento, que deve ser “explícito”, como tem decidido a jurisprudência.

A parte precisa indicar com exatidão o dispositivo da lei federal cuja vigência se tenha negado. Do contrário, a deficiente fundamentação de recurso impede-lhe o conhecimento.

A divergência jurisprudencial carece de ser analiticamente demonstrada (Regimento Interno, artigo

255, § 2º), não sendo bastante, em regra, a mera transcrição de ementas dos paradigmas.

Recurso não conhecido, por unanimidade.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro GARCIA VIEIRA, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL manifesta recurso especial (folhas 78/89) contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da Segunda Região (folhas 68/76), que negou provimento à sua apelação e à remessa *ex officio*. O mandado de segurança inicial foi impetrado por VALÉRIA PEREIRA LESSA, candidata a concurso público promovido pela recorrente, para admissão de empregados sob o regime da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, em janeiro de 1988, em que exigiu a idade mínima de 19 (dezenove) anos.

Tempestivo, foi o recurso admitido pela decisão de folhas 95/96.

Chegando a esta Corte, a insigne Subprocuradoria-Geral da República pronunciou-se pelo improvimento do especial, argumentando que deve prevalecer, no caso, a idade mínima de 18 (dezoito) anos para ingresso no serviço público (parecer de folhas 100/101).

É o relatório.

VOTO — PRELIMINAR

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Preliminarmente, não conheço do recurso especial ora apreciado,

uma vez que os dispositivos alegadamente violados, isto é, artigo 5º, § 1º, do Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969, artigo 24, do Decreto nº 95.572, de 22 de dezembro de 1987, e artigo 295, V, do Código de Processo Civil, com vistas ao cabimento pelo permissivo da alínea *a* do artigo 105, III, do Texto Básico (folha 89, item 37), não foram ventilados no acórdão (folhas 68/76).

Aliás, o aresto hostilizado sequer tratou das matérias objeto desses preceitos, o que afasta inclusive o chamado “prequestionamento implícito”, sem que tenha havido embargos declaratórios para esse fim.

Doutra parte, a admissibilidade pela letra *c* da norma constitucional, requereu-a a CEF com relação às disposições da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, mas ela não apontou qual o dispositivo em questão (folha 89, item 38), além de que os arestos-padrões foram citados só pelas ementas (folhas 81/84), sem a demonstração analítica do dissídio, exigida pelo artigo 255, § 2º, do Regimento Interno.

Em conseqüência, não conheço do recurso.

É como voto.

VOTO DE MÉRITO

O EXMO. SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Em que pese a compreensão que dedico à situação particular da impetrante, aqui recorrida, ávida de prestar seu trabalho à Caixa Econômica e lá, quem sabe, construir sua carreira profissional, entendo que assiste razão à recorrente.

A CEF alega que não cabe mandado de segurança contra ato de seus dirigentes com referência a ato de sua economia interna (como a seleção de pessoal), pois é empresa pública (pessoa jurídica de direito privado) e, nesses casos, não se consideram eles como “autoridade”, para fins de mandado de segurança. Em circunstâncias que tais, ela não está no exercício de qualquer delegação de competência.

Os atos, aí, são tipicamente de direito privado, como os de qualquer empresa ou indivíduo que pretende contratar mão-de-obra e estabelece um critério genérico de idade para tanto, sem importar em ofensa à lei — já que não se pode aqui discutir norma de sede constitucional, cuja competência para julgamento é precipuamente do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, o extinto Tribunal Federal de Recursos numerosas vezes pronunciou-se no sentido de que descabe ação mandamental contra

dirigentes da Caixa Econômica Federal ao praticarem ato de simples gestão. O remédio jurídico, se couber, deve ser outro. Exemplos recentes desse escólio são os da Apelação em Mandado de Segurança nº 95.912-RJ, da 3ª Turma, relator o Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, julgado em 22 de outubro de 1987, e o da AMS nº 97.570-BA, da mesma Turma, relator o Ministro JOSÉ DANTAS, julgado em 25 de agosto de 1987, ambos por unanimidade, entre muitos outros.

Tudo considerado, conheço do especial na forma do voto preliminar e dou-lhe provimento para denegar o mandado de segurança.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 12.851 — RJ — (91.148270) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Caixa Econômica Federal — CEF. Recda.: Valéria Pereira Lessa. Advs.: Drs. Rubem de Farias Neves Júnior e outros, Luiz Cláudio Ramos Marins.

Decisão: A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso. Participam do julgamento os Exmos. Ministros Gomes de Barros e Garcia Vieira (em 20/11/91 — 1ª Turma).

Ausente, justificadamente o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro GARCIA VIEIRA.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.334 — DF

(Registro nº 91.0015566-7)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros*

Recorrente: *Distrito Federal*

Recorrido: *Cairbar Rinaldi de Oliveira*

Advogados: *Drs. Leny Pereira da Silva e Joaquim Flávio Spindula*

EMENTA: PROCESSO CIVIL — EMBARGOS DECLARATÓRIOS — MULTA — ACÓRDÃO NÃO MOTIVADO — PREQUESTIONAMENTO — AUSÊNCIA DE INTUITO PROTELATÓRIO — LOTEAMENTO CLAN-

DESTINO — LICENÇA PARA CONSTRUIR — NEGAÇÃO LÍCITA — ÔNUS DA PROVA.

1 — É nulo o acórdão que, sem motivação explícita, aplica ao embargante a multa cominada no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC — arts. 165 e 458);

2 — Não são protelatórios os embargos de declaração destinados ao prequestionamento, com vista na interposição de recurso especial;

3 — Os embargos declaratórios devem ser encarados, em regra, como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional;

4 — É lícito ao Distrito Federal negar licença para construção em local onde se implanta loteamento clandestino. Quem pretende obter judicialmente a licença assume o ônus de demonstrar a inexistência do parcelamento irregular;

5 — Pedido de Segurança não conhecido, à míngua de liquidez e certeza do direito.

ACÓRDÃO

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

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar provimento para não conhecer da segurança e remeter a Impetrante às vias ordinárias, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 20 de novembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GOMES DE BARROS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Cairbar Rinaldi de Oliveira pediu Mandado de Segurança contra ato de Diretor do Departamento Regional de Licenciamento e Fiscalização de Obras de Planal-

tina. O ato que motivou o pedido consistiu na denegação de alvará de construção de edifício residencial, em lote de sua propriedade.

A pretendida Segurança lhe concederia o alvará.

Em suas informações, o Diretor afirma que negou a licença porque o imóvel onde o Impetrante pretende construir é resultado de loteamento efetivado em desobediência aos preceitos que disciplinam o parcelamento do solo (fls. 40 e segts.).

Disse que o indeferimento obedeceu à vedação contida no art. 2º, § 1º do Decreto nº 3.906, de 24.10.77, *in verbis*:

“§ 1º — É vedada a concessão de licença para edificações de qualquer natureza, em loteamentos ou desmembramentos irregulares, fraudulentos ou clandestinos, assim considerados aquelas divisões de terrenos que, sem obediência à legislação pertinente, em especial, aos preceitos da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, resultarem, de fato, na constituição de lotes.” (fls. 40).

A Sentença de primeiro grau concedeu a Segurança, sob o argumento de que

“O proprietário que apresenta título idôneo de seu direito, devidamente levado a registro competente, não pode ser impedido de qualquer tipo de aproveitamento econômico de sua propriedade, pena de se desnaturar o instituto, com uma desapropriação indireta, sem a devida indenização justa e prévia”. (fls. 59).

Houve apelação.

A Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negou provimento à apelação, em acórdão resumido nesta ementa:

“Mandado de Segurança.

Loteamento. Propriedade Rural.

Imóvel regularmente inscrito no Cartório do Registro de Imóveis. Direito de Edificação.

Improvemento.

Decisão unânime.” (Fls. 104).

O Distrito Federal ofereceu embargos declaratórios que foram desconhecidos, aplicando-se ao Embargante a multa prevista no art. 538 do Código de Processo Civil (fls. 119).

Houve, ainda, agravo regimental, também não conhecido (fls. 136).

Finalmente, o Distrito Federal interpôs recurso especial, com fundamento nos permissivos constitucionais das alíneas *a* e *c* (fls. 141/158).

O Recurso foi admitido apenas pelo permissivo da letra *c* (fls.164).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS (Relator): O recurso especial tem como escopo a reforma do dispositivo do acórdão que concedeu a segurança, assim, como daquele que aplicou a multa.

Examinarei em primeiro lugar a questão relativa à multa por suposto abuso na interposição de embargos declaratórios.

Nesta parte, o Recorrente afirma que Acórdão, ao tempo em que negou vigência ao art. 538 do Código de Processo Civil, entrou em descompasso com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal.

Para melhor avaliação, vale repetir os votos de que resultou a multa, na assentada de julgamento (fls. 129):

“O Senhor Des. Pingret de Carvalho:

Ponho-me de acordo com o voto de Vossa Excelência, acrescentando, apenas, a imposição da multa prevista no art. 538 do Código de Processo Civil.

O Senhor Des. Edmundo Minervino:

Acompanho o voto de V. Exa., acrescentando os fundamentos do voto do eminente Desembargador Pingret de Carvalho, relativos à multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC.

O Senhor Des. Antônio Honório Pires — Presidente e Relator:

Com relação à aplicação da multa, ousou divergir da Egrégia 1ª Turma Cível, por entendê-la não aplicável, tendo em vista colidir com o texto da Carta Magna, onde assegura, como pleno o direito de defesa; por outro lado, sendo os Embargos Declaratórios uma forma de recurso, não se há de homologar a parte que o usa; acentua-se, mais, que a Suprema Corte exige o questionamento.”

Nada mais foi dito sobre o tema.

Como se percebe, a multa foi aplicada sem qualquer motivação. Como se o singelo fato de os embargos declaratórios não serem recebidos bastasse para a incidência da multa.

O preceito cominatório contido no parágrafo único do artigo 538 diz:

“Quando forem manifestamente protelatórios (os embargos declaratórios) o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder a 1% (um por cento) sobre o valor da causa.”

A incidência da sanção tem como pressuposto a circunstância de os embargos serem “manifestamente protelatórios”.

Exige-se mais, que tal circunstância seja expressamente declarada. Ou seja: explicitada e justificada.

Na hipótese, os dois votos vencedores mantiveram-se em linha de absoluto laconismo.

Justificação houve, apenas, no voto vencido, que discordou da aplicação da multa, por entender que os embargos, além de não serem abusivos, tiveram como escopo o prequestionamento da questão federal, exigido pelo Supremo Tribunal Federal.

A Quarta Turma deste Tribunal, em acórdão conduzido pelo E. Ministro Barros Monteiro, proclamou:

“Ao aplicar a multa cominanda no art. 538, parágrafo único, do CPC, cabe ao acórdão justificar a sua imposição”. (REsp nº 2.601-MG).

Aliás, nem seria necessário que o parágrafo exigisse a justificação.

O Código de Processo Civil, no art. 165 diz:

“As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

O art. 458 considera a fundamentação um dos “requisitos essenciais” da sentença (e do acórdão, por força do art. 165).

A teor do art. 458, não será acórdão a decisão em que não estejam explicitados os fundamentos.

Em recente acórdão, de que fui relator, esta Primeira Turma declarou a nulidade do acórdão carente de fundamentação.

O acórdão é, portanto, nulo, na parte em que impôs a condenação.

Não fosse a nulidade, impunha-se reconhecimento de que se faz necessária a reforma da condenação.

Como bem lembrou, o eminente Desembargador Honório Pires, os embargos declaratórios constituem recurso, facultado à parte. Assim, seu exercício não deve ensejar apenamento, salvo em situações de abuso previstas em lei e devidamente explicitados.

A condenação do art. 538, § 1º, deve ser aplicada com extrema parcimônia.

Quem já militou na advocacia conhece a angústia que se apodera do advogado, ante a possibilidade de ver comprometido o recurso (ou, até mesmo, a pretensão em litígio) por alguma deficiência da sentença, não percebida oportunamente.

Ao inserir o prequestionamento expresso da questão federal como condição de conhecimento dos recursos não ordinários, os tribunais tornaram quase obrigatório interpor embargos declaratórios.

Nesta circunstância, o julgador deve encarar os embargos declaratórios como uma medida profilática, destinada a assegurar o conhecimento de recurso futuro ou evitar incidentes no processo de execução.

Os embargos declaratórios, em regra, devem ser encarados como instrumentos de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Com muita felicidade, a Procuradora do Distrito Federal, Dra. Leny Pereira da Silva, lembrou ensinamento do grande Pontes de Miranda, *in verbis*:

“Os juízes e tribunais devem atender, com largueza, aos pedidos de declaração, tanto mais quanto pode haver sutileza que influencie na eficácia da decisão, e o juiz ou o tribunal não conheça das partes em eliminá-la, ou julgá-la explícita.

A impertinência do embargante só se manifesta quando o seu fito é protelatório; não no sendo, e de todo interesse, ainda para a justiça que se declare o conteúdo das sentenças” (fls. 156).

São numerosos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que

“Não são protelatórios os embargos de declaração opostos para efeito de prequestionamento (RE 114.007-1 — Rel. Ministro Carlos Madeira).”

Por isto tudo, o recurso merece provimento, para que se declare nulo o Acórdão que decidiu os embargos declaratórios, na parte em que impôs multa ao embargante.

Antes de apreciar o mérito, chamo atenção para a circunstância de que o Impetrante se vale de trabalho que produzi, quando Procurador do Distrito Federal.

Trata-se do Parecer nº 638/83-3a. SPRG, assim ementado:

“Pedido de autorização para construir em lote rural. A autorização não pode ser negada a quem tem registrado, em seu nome, o título de propriedade. Desconfiança de que o título foi obtido mediante parcelamento que desobedeceu à instrução do INCRA. Tal desconfiança deve motivar uma denúncia do DF ao

INCRA, mas não justifica a denegação da permissão para construir.” (v. fls. 44)

O Parecer não guarda pertinência com a matéria discutida nestes autos.

Com efeito, nele examinei hipótese em que havia mera desconfiança de que a gleba onde se levantaria a construção resultara de loteamento irregular.

Aqui, ultrapassou-se a seara da desconfiança: há certeza quanto ao parcelamento ilícito.

Por outro lado, o parecer foi emitido antes que se editasse o Decreto nº 3.906, de 24.10.77, onde a proibição de construir em lote ilegal se tornou expressa.

Feita esta ressalva, examino a impetração.

O Recorrente ratificou assertiva lançada nas informações (fls. 42), dizendo:

“Pois bem, o recorrido requereu alvará de construção para área adquirida em loteamento implantado ilegalmente na área rural de Planaltina-DF, denominada Módulos Rurais II.

“Módulos Rurais II” é um loteamento de uma área de 70 ha., dividida em vários lotes de 2 ha.”

A Sentença reconheceu esta circunstância, mas deferiu a Segurança, porque, em seu entendimento:

“O proprietário que apresenta título idôneo de seu direito, devidamente levado a registro competente, não pode ser impedido de qualquer tipo de aproveitamento econômico de sua propriedade, pena de se desnaturar o instituto, com uma desapropriação indireta, sem a devida indenização justa e prévia.” (fls. 59)

O Acórdão acompanha os argumentos da Sentença, acrescentando a observação de que

“O Impetrante adquiriu, de uma área rural de 70 ha. 37 a., 81 ca., um módulo rural — 2,00 ha. — Tendo o vendedor, como se constata dos autos, ficando com a área remanescente, 68 ha. 37 a. 81 ca. (fls. 16/16 verso). Portanto, não tem o Impetrante que provar ao Impetrado, como querem as informações, que exista loteamento, ou que ele está aprovado pelo INCRA. O que se resume dos autos é que a venda feita ao Impetrante foi uma venda isolada, e o Impetrado não fez qualquer prova em sentido contrário”. (fls. 107).

Esta situação de dúvida bastaria para conduzir ao indeferimento da Segurança, à míngua de liquidez e certeza.

Existe, porém, dispositivo legal disciplinando a espécie: o art. 28, da Lei nº 2.874, de 18 de setembro de 1956, assim expresso:

“Os lotes de terras em que se dividirem, a partir da vigência desta lei, as propriedades rurais existentes até uma distância de 30 (trinta) quilômetros do lado externo da linha perimétrica do novo Distrito Federal, em áreas inferiores a 20 (vinte) hectares, só poderão ser inscritos no Registro Imobiliário e expostos à venda depois de dotados os logradouros públicos de tais loteamentos dos serviços de água encanada, luz elétrica, esgotos sanitários, meios-fios e pavimentação asfáltica.”

Se o módulo no Distrito Federal e seus arredores é de vinte hectares, o lote do Impetrante, limitado a dois hectares, não é “módulo rural”.

Se o fosse, incidiria o preceito contido no art. 8º, § 3º, da Lei nº 5.868/72, pelo qual,

“São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infringjam o disposto no presente artigo, não podendo os Cartórios de Notas lavrar escrituras dessas áreas nem serem tais atos transcritos nos Cartórios de Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade de seus respectivos titulares.”

Trata-se, portanto, de lote urbano.

A circunstância de o loteamento se encontrar em área rural não basta para caracterizá-lo como parcelamento agrícola.

Em verdade, todos os centros urbanos foram, em determinado momento, zonas rurais. A cidade gera-se e se desenvolve à custa do campo.

Há pouco mais de trinta anos, o local onde hoje se implanta Brasília era puro sertão: zona de pecuária e algum plantio.

O loteamento (o “Plano Piloto” foi, de fato, um gigantesco loteamento) é o processo que transforma em urbana, uma zona rural.

O critério pelo qual se traça a linha diferencial entre o parcelamento rural e o loteamento urbano é teleológico, não topográfico.

Para se apurar a natureza de determinado parcelamento fundiário, deve-se perguntar que destino lhe será dado, não o uso atual da terra loteada.

Nestes autos não se discute o destino que se dará ao lote. O Impetrante não pretende nele desenvolver atividades agrícolas ou pecuárias; quer construir sua residência.

Se assim é, incide a disciplina da Lei nº 6.766/79, que condiciona o parcelamento do solo a um procedimento em que o Projeto é submetido à aprovação da Municipalidade, antes de ser objeto do registro de imóveis.

O regime a que se submete o loteamento é rígido. Tão rígido que seu desrespeito constitui crime, punível com reclusão de um a quatro anos.

O art. 50 da Lei dos Loteamentos, no inciso I define como delito contra a administração pública:

“I — dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;” (fls. 40).

O art. 51 comina expressamente a co-autoria, dizendo:

“Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade.”

Tanta preocupação resulta da consciência de que o loteamento indiscriminado provoca danos consideráveis à qualidade de vida.

Por isto, o Legislador condiciona qualquer alteração de uso de solo, ao consentimento do Estado, em vários graus. Eis o texto do art. 53 da Lei de Loteamentos:

“Todas as alterações de uso do solo rural para fins urbanos dependerão de prévia audiência do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, do órgão metropolitano, se houver, onde se localiza o Município, e da aprovação da Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, segundo as exigências da legislação pertinente.”

Arrimado neste dispositivo e no propósito de dar conseqüência ao sistema consagrado na Lei nº 6.766/79, o Distrito Federal acrescentou ao art. 2º do Decreto nº 3.906, de 24.10.77, parágrafo, nestes termos:

“É vedada a concessão de licença para edificações de qualquer natureza, em loteamentos ou desmembramentos irregulares, fraudulentos ou clandestinos, assim considerados aquelas divisões de terrenos que, sem obediência à legislação pertinente, em especial, aos preceitos da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, resultarem, de fato, na constituição de lotes.”

Obediente a esta vedação, o Diretor Regional de Licenciamento e Fiscalização de Obras da Administração de Planaltina recusou a expedição da licença.

Não há ilegalidade nesta recusa.

Não se cogita do direito de propriedade, mas de limitações a seu uso.

Pelo contrário, ela encontra firme amparo no Ordenamento Jurídico.

Enquanto não demonstrar a regularidade do loteamento, o Impeetrante, ora recorrido não tem direito ao alvará de construção.

Por isto, dou provimento ao recurso especial para denegar a segurança e — reconhecendo a nulidade do acórdão relativo aos embargos declaratórios — cancelar a multa aplicada ao recorrente.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIERA: Com referência à multa, estou inteiramente de acordo com V. Exa. O recurso — no caso os embargos constituem recursos — muitas vezes é mais do que um direito, é um dever da parte — principalmente, como salientou V. Exa., porque a parte, hoje, às vezes é obrigada a entrar com os embargos para prequestionar a matéria. A decisão não teve fundamentação e não se justifica no caso; a multa foi irregularmente aplicada.

Com referência ao mérito, se V. Exa. concorda que não se conheça e remeta a parte para as vias ordinárias, estou de acordo porque a questão depende de prova principalmente pericial.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Não vamos cercear o pretensão direito que a parte tem de reexaminar essa matéria pelas vias ordinárias.

Estou de inteiro acordo com o Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.334 — DF — (91.0015566-7) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Gomes de Barros. Recte.: Distrito Federal. Recdo.: Cairbar Rinaldi de Oliveira. Advs.: Leny Pereira da Silva e Joaquim Flávio Spindula.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu provimento para não conhecer da segurança e remeter a Impetrante às vias ordinárias (1ª Turma — 20/11/91).

Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Impedido o Exmo. Ministro Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.360 — RJ
(Registro nº 91.0015658-2)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Moinho Fluminense S/A — Indústrias Gerais*

Recorrida: *Light Serviços de Eletricidade S/A*

Advogados: *Drs. Pedro Cordeiro Teichholz e outros, e Cristiana Macedo de A. Reis*

EMENTA: TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA — MAJORAÇÃO — MANDADO DE SEGURANÇA — DECADÊNCIA AFASTADA.

Os atos impugnados que determinaram aumentos das tarifas de energia elétrica são considerados de trato sucessivo, não se podendo falar em decadência.

Reconhecida a ilegalidade da cobrança de tarifa de energia elétrica com base nas Portarias nºs 038/86 e 045/86, tendo em vista o congelamento dos valores impostos pelo art. 36 do Decreto-lei nº 2.283/86 e art. 35 do Decreto-lei nº 2.284/86.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de outubro de 1991 (data do julgamento).

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: MOINHO FLUMINENSE S/A INDÚSTRIAS GERAIS impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Light, sustentando a ilegalidade da cobrança de tarifa de energia elétrica com base nas Portarias nºs 038/86 e 045/86, tendo em vista o congelamento dos valores impostos pelo art. 36 do Decreto-lei nº 2.283/86 e art. 35 do Decreto-lei nº 2.284/86.

Processado regularmente o feito, a segurança foi denegada, uma vez decorridos mais de 120 dias do ato impugnado (fls. 111/113).

Apreciando o recurso interposto, o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento ao apelo, em acórdão assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA — TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA — MAJORAÇÃO.

I — Decadência de direito reconhecido em sentença e confirmado na 2ª Instância.

II — Apelação desprovida.”

Inconformada, a impetrante interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, letras *a* e *c*, da CF, sustentando violação aos Decretos-leis 2.283 e 2.284, de 1986, e ao art. 1º da Lei 1.533/51, bem como divergência jurisprudencial.

Aduz a impetrante, em síntese, que ilegalidade pode ser suscitada em ação mandamental a qualquer momento, posto que a constrição é continuada e se renova mês a mês.

Indica divergência com acórdãos do extinto TFR e do E. TRF da 2ª Região e requer o provimento do recurso (fls. 154/171).

Oferecidas contra-razões (fls. 182/188) subiram os autos a este C. Tribunal em razão do provimento do agravo de instrumento em apenso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Os atos impugnados, Portarias do DNAEE nºs 038/86 e 045/86 que determinaram aumentos das tarifas de energia elétrica, são considerados de trato sucessivo, não se podendo falar em decadência (TFR-AMS nº 118.101-RN, de 13/02/89).

No mérito, a nosso ver, merece provimento o recurso.

O Decreto-lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, publicado no dia 28 do mesmo mês e ano, em seu artigo 36 congelou todos os preços nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, a partir desta data.

Ora, a Portaria 038, de 27/02/86, só foi publicada no dia 28/02/86 (doc. de fls. 39/41) e, como só entrou em vigor na data de sua publicação (item IV — fls. 41), não produziu nenhum efeito, não aumentou as tarifas de energia elétrica, por ter esbarrado na proibição, já em vigor, do artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86, que congelou todos os preços, inclusive os das tarifas de energia elétrica, nos níveis de 27 de fevereiro de 1986.

Embora a Portaria 038 e o Decreto-lei nº 2.283/86 tenham sido publicados no mesmo dia, a primeira só aumentaria o preço das tarifas a partir de sua publicação (28/02/86) e o último congelou todos os preços a partir de 27/02/86. É lógico que uma portaria não pode revogar um decreto-lei.

Estabeleceu o artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86 que:

“Todos os preços, inclusive aluguéis residenciais, são expressos em cruzados, e ficam, a partir desta data congelados nos níveis do dia 27 de fevereiro de 1986, admitida a revisão setorial e temporária pelos órgãos federais competentes, em função da estabilidade da nova moeda ou de fenômenos conjunturais”

Se todos os preços foram congelados a níveis de 27 de fevereiro de 1986, não poderia o próprio Poder Executivo, por simples portaria, no dia seguinte (28/02/86), rever o preço das tarifas de energia elétrica, mesmo porque seria absurdo afirmar que apenas um dia depois de congelados todos os preços, já tivesse ocorrido a estabilidade de nova moeda ou fenômenos conjunturais.

A autoridade coatora, para baixar a Portaria nº 038/86, não invocou nenhuma destas hipóteses.

A aludida Portaria nº 038/86 nasceu morta porque, evidentemente, não poderia prevalecer frente ao disposto no artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86, e mesmo que ela tivesse sobrevivido à edição desta norma legal, teria ela sido revogada pelo Decreto-lei nº 2.284/86.

Com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, e revogação de todas as disposições em contrário, se a Portaria nº 038/86 não tivesse nascido morta, seria revogada pelo Decreto-lei nº 2.284/86 (artigo 44). Com este decreto-lei desapareceram quaisquer dúvidas que ainda pudessem existir, porque pelo seu artigo 35, *caput*, ficaram congelados todos os preços nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, e a Portaria nº 038/86 só aumentaria as tarifas de energia elétrica a partir de 28/02/86, data de sua publicação.

Ora, se o próprio legislador, no Decreto-lei nº 2.284/86, determinou, expressamente, que todos os preços ficaram congelados nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, nenhum efeito chegou a produzir a referida Portaria nº 038/86 que, se não tivesse nascido morta, teria sido revogada pelo Decreto-lei nº 2.284/86.

A Portaria nº 045, de 04/03/86, contraria, frontalmente, o disposto no artigo 35 do Decreto-lei nº 2.284/86, que congelou todos os preços a níveis de 27 de fevereiro de 1986 e só autorizou a suspensão ou revisão do congelamento por ato do Executivo, **em função da estabilidade da nova moeda ou de fenômeno conjuntural**.

Se o Decreto-lei nº 2.284 foi publicado em 10 de março de 1986, congelando todos os preços nos níveis de 27 de fevereiro de 1986, sem fazer qualquer ressalva para as tarifas de energia elétrica e revogou todas as demais disposições em contrário (artigo 44), é lógico que, se referida portaria tivesse chegado produzir algum efeito, teria sido revogada, e os preços, inclusive das tarifas de energia elétrica, só podem ser a níveis de 27 de fevereiro de 1986.

Se o Decreto-lei nº 2.284 entrou em vigor no dia 12 de março de 1986 (data de sua publicação), atingiu, em cheio, a Portaria nº 045/86, publicada no dia 05/03/86, revogando-a.

Aliás a Portaria nº 045/86 também nasceu morta porque, evidentemente, não poderia prevalecer frente aos dispostos no artigo 36 do Decreto-lei nº 2.283/86, só revogado pelo Decreto-lei nº 2.284/86.

Como poderia o Governo, apenas uma semana depois de congelar todos os preços, justificar a alteração das tarifas de energia elétrica, se não havia ainda, em tão curto espaço de tempo, ocorrido a estabilidade da nova moeda ou qualquer fenômeno conjuntural capaz de justificar tal alteração?

Se o Governo impôs ao povo o congelamento de todos os preços, não seria justo que ele próprio viesse descongelar as tarifas por ele cobradas e abrisse o precedente, tão pouco tempo depois.

Se o legislador, através do Decreto-lei nº 2.283/86, congelou todos os preços a níveis de 27 de fevereiro de 1986, e se com o Decreto-lei nº 2.284/86, referido congelamento foi ratificado, não se pode ter dúvidas a respeito. A conclusão intuitiva é a de que todos os preços ficaram congelados nos níveis de 27 de fevereiro de 1986 e as malsinadas Portarias nºs 038 e 045, se não tivessem nascido mortas, teria sido revogadas.

Nada justificava a edição das aludidas portarias porque é inadmissível a idéia de que, apenas um dia ou uma semana depois de congelados todos os preços, já tivesse ocorrido a estabilidade do cruzado ou qualquer fenômeno conjuntural capaz de justificar a suspensão ou revisão do tabelamento de preços.

Neste sentido os precedentes desta Colenda Corte no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 6.511, DJ de 04/03/91, REsp nº 1.764-SC.

Dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.360 — RJ — (91.0015658-2) — Rel.: O Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Moinho Fluminense S/A — Indústrias Gerais. Recda.: Light Serviços de Eletricidade S/A. Advs.: Drs. Pedro Cordeiro Teichholz e outros, Cristiana Macedo de A. Reis.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso. (1ª Turma: 02.10.91)

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 13.564 — MG (Registro nº 91.0016232-9)

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

Recorrente: *Tarcísio Furtado de Mendonça*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Silvio Roberto Campos e outros*

EMENTA: REsp — CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE — CÔNJUGE — SEPARAÇÃO — A circunstância agravante — crime cometido contra cônjuge — recrudesce a reprovabilidade ao agente; além do ilícito jurídico, trai o dever de fidelidade resultante da vida em comum. Rompida, desaparece a obrigação de assistência e respeito mútuo. Cessa a solidariedade decorrente da existência *more uxorio*. Irrelevante persistir o vínculo matrimonial. O objeto de proteção é a convivência, não é o casamento.

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 parcialmente do recurso e, nessa parte, 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, 22 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro CARLOS THIBAU, Presidente. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
Recurso Especial interposto por Tarcísio Furtado de Mendonça nos autos da Apelação Criminal, inconformado com o v. acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O Recorrente, com base no disposto no art. 105, III, da Constituição Federal, argui negativa de vigência de lei federal e divergência jurisprudencial (fls. 82/84).

O Recorrente pretende seja reconhecida a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, e excluída a agravante — reconhecida pelo Conselho de Sentença e mantida pelo v. acórdão — do art. 65, inciso II, alínea *e*, do mesmo diploma legal.

O Conselho de Sentença decidiu que o ora Recorrente “praticou o delito de homicídio simples, com a agravante do art. 61, II, *e*, da Lei

Substantiva Penal”, que teve sua pena fixada pela sentença em 8 anos e 6 meses de reclusão (fls. 45/47).

O v. acórdão, rejeitando a preliminar de nulidade, negou provimento ao recurso, confirmando a r. decisão de primeiro grau (fls. 74/80).

O Recorrente, quanto à alínea *a*, sustenta:

“Pois bem, se assim estava separado judicialmente o casal, ausentes estavam no caso vertente os pressupostos da exasperação da pena, como pretende o v. acórdão, negando vigência à Lei Federal. Assim a interpretação de ter o ora Recorrente cometido o crime contra cônjuge, afasta a vigência ao art. 3º da Lei Federal nº 6.515/77. Por outro tanto, embora o réu tenha espontaneamente confessado — fase policial, judicial e, inclusive em plenário — a autoria e materialidade do delito, diga-se de passagem, com riqueza de detalhes, o v. acórdão, *data venia*, ignorou os ditames do art. 65, III, *d*, do Código Penal, pois que não lhe reconheceu a atenuante correspondente. Negou também à Lei Federal” (fls. 83/84).

Relativamente à alínea *c* sustenta:

“Note-se, *data venia*, que embora os autos nos informem às fls. 204 que o Recorrente estava separado judicialmente da vítima quando dos fatos, porém, não obstante divergência jurisprudencial, foi reconhecida em seu desfavor a agravante de crime contra cônjuge” (fls. 83).

Parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela ilustre Procuradora da República, Dra. Áurea Maria Etelvina Nogueira Lustosa Pierre, opinando “pelo parcial conhecimento do Recurso, no que tange à alínea *a* do inciso III do art. 105, da Constituição Federal, para exclusão da agravante” (fls. 98/102).

O r. despacho do ilustre Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial, com fundamento na alínea *a*, no que diz respeito ao reconhecimento da agravante do art. 61, II, letra *e*, do Código Penal (fls. 04/05).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (Relator):
O Recorrente, além de postular a exclusão da agravante de crime contra cônjuge, acrescenta em suas razões de recorrer:

“Por outro lado, embora o réu tenha espontaneamente confessado — fase policial, judicial e, inclusive em plenário — a autoria e materialidade do delito, diga-se de passagem, com riqueza de detalhes, o v. acórdão, *data venia*, ignorou os ditames do artigo 65, III, *d*, do Código Penal, pois que não lhe reconheceu a atenuante correspondente. Negou também à lei federal”. (fls. 84)

O v. acórdão enfrentou a primeira matéria. Silenciou, todavia, relativamente à segunda.

O ilustre Relator, Des. Guido de Andrade, motivou:

“No que se refere à agravante do art. 61, II, *e* — reconhecida pelo Conselho — não vejo, *data venia*, como excluí-la, na hipótese dos autos, muito embora já estivesse o casal separado judicialmente.

Como bem observou o ilustrado Procurador, Américo Cai-xeta Santana, no seu parecer de fls. 280/283, tinha o réu, *in casu*, a separação como inconsistente, “tanto que estava ali para reconciliar”.

“Sob sua análise — prossegue o parecerista — estava à sua frente a sua esposa ou pelo menos assim considerada por ele. E o que se avalia para a aplicação da norma aqui é o *animus* do réu para com a vítima”.

Quanto à exasperação da pena — pretendida pela Dra. Promotora de Justiça, também recorrente — não a tenho como aconselhável.

Fundamentou o MM. Juiz, satisfatoriamente, a pena-base — o quanto basta para a sua manutenção.

Depois, um crime de lesões corporais, praticado pelo réu no ano de 1955, não lhe pode inculcar pelo resto da vida o estigma de “má antecedência”.

Confirmando, pois, a r. decisão de primeiro grau, nego provimento aos recursos”. (fls. 78/79)

O douto Desembargador José Arthur disse:

“No mérito, a decisão merece ser confirmada. O réu abateu, sem chance de defesa, sua ex-mulher, que não desejava a reconciliação do casal. Direito que não se pode opor contestação sob o aspecto legal e muito menos por tiros de armas de fogo, em região escapular da vítima, vale dizer, pelas costas.

Quanto ao recurso do Ministério Público, parece-me não ter ele fomento de justiça.

A reprimenda não foi tão pequena, considerando que o réu desejava reconciliar-se com a vítima”. (fls. 79/80)

No Recurso Especial prossegue-se o debate das questões enfrentadas no Tribunal de origem e devolvidas ao Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido fala-se em prequestionamento.

O v. acórdão não decidiu quanto à atenuante reclamada.

O tema, em conseqüência, torna-se inviável na instância especial.

Não conheço do recurso quanto a essa matéria.

Relativamente à agravante (CP, art. 61, II, *e*), conheço por ambos os fundamentos. No tocante ao dissídio de jurisprudência, embora repellido no r. despacho de fls 4/5, consagrou-se que a admissão do recurso por um fundamento implica aceitação pelos demais. Aliás, a Súmula 528 do STF enuncia:

“Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo Presidente do Tribunal *a quo*, de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todos pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento”.

Dispõe o art. 61, II, *e*, do Código Penal, constituir agravante o crime cometido contra cônjuge.

A doutrina penal, de algum tempo para cá, vem conferindo atenção para o significado desse agravante.

O Direito é organismo vivo. Não se restringe a uma congêrie de normas. Ao contrário é reflexo da própria vida, projetada na cultura.

O conceito de família, com a mutação das concepções sociais, sofreu vigoroso impacto. Antes se dizia que a família decorria do casamento. Assim dispunha a Constituição de 1967 (art. 175). Hoje, a Carta Magna, acompanhando a realidade dos fatos, mudou a redação, restringindo-se a dizer que ela é a base da sociedade. E, pela primeira vez, uma *Lex Mater* brasileira comanda: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º).

Na tese de doutoramento, na UnB — O conceito de cônjuge no Código Penal Brasileiro — examinei a evolução do tema do ponto de vista jurídico, moral e sociológico. De início, intransigência com o concubinato. A pouco e pouco, há assimilação e tolerância cada vez maior da sociedade.

No meu voto na Ação Penal nº 07-AL, outrossim, lancei estas considerações:

“Certa vez, no trabalho — Conceito do Cônjuge no Código Penal — elaborei pesquisa em nossa jurisprudência. No Tribunal de Justiça de São Paulo, quando a companheira, operada a separação do concubino, retornava ao estado de penúria, como à época em que iniciara a vida em comum, ia aos tribunais para solicitar a parte que lhe cabia, conforme a participação na formação do patrimônio, aquele Egrégio Tribunal, em 1942, dizia, arguindo o art. 2º do então Código de Processo Civil, que para propor ação era necessário o legítimo interesse econômico ou moral, afirmava que o concubinato, naquela quadra histórica, era fato imoral, conseqüentemente, julgava a autora carecedora da ação. Liminarmente, era repelida a pretensão.

Pouco a pouco a jurisprudência foi tendo visão diferente. O aspecto mais democrático do direito que se manifesta na infelizmente, na previdência social, apesar de o Código Civil continuar o mesmo, passou a dar tratamento diverso. Hoje até súmulas existem, de que nas forças da contribuição para o patrimônio comum, haverá necessidade de a companheira, em homenagem a esse trabalho, receber o equivalente.

Em sendo assim, e considerando ainda que o Direito Penal é constitutivo, originário, não recebe, sem mais, conceitos de outras áreas dogmáticas, tanto assim que o conceito de domicílio é diverso nos Direitos Civil, Eleitoral, Administrativo ou Comercial, tem para cônjuge conceito que não é da pessoa formalmente unida pelos laços do matrimônio. Não é a família civil que o Direito Penal está querendo preservar. Daí o recrudescimento do tratamento, a ampliação da culpabilidade. Ampara a família no sentido sociológico do termo. E, nessa passagem, a doutrina italiana hoje é unânime em afirmar que no conceito de cônjuge se pensa a obrigação moral de quem, sociologicamente, compõe uma família.

Nos idos de 1950 há um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que apreciou recurso de marido condenado por lesões corporais contra a mulher. O Juiz de Primeira Instância havia incluído a agravante de crime cometido contra cônjuge. Demonstrado, entretanto, que separados estavam há vários anos, não obstante não terem tido a preocupação do desquite, como era permitido à época, porque não havia mais o dever de solidariedade, próprio da convivência, a sociedade conjugal não existia, embora o matrimônio se mantivesse juridicamente íntegro. E, por isso, a 2ª instância retirou a circunstância agravante.

Importante, fundamental mesmo, é a convivência, a caracterização de vida de duas pessoas que se unem *more uxorio*, muitas vezes sem possibilidade jurídica de realizar o matrimônio.”

O Parecer do Ministério Público é rico em informação doutrinária, abonadora da tese.

“TEM RAZÃO, DATA VENIA, O RECORRENTE.

Com efeito, a doutrina, com exceção do ilustre **DAMÁSIO E. DE JESUS**, está de inteiro acordo com a tese do Recorrente:

JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

“Discute-se também a hipótese em que os cônjuges estão separados por ocasião do crime, entendendo alguns que incide a agravante. Deve prevalecer, porém, o sentido teleológico da lei, que reserva a agravante quando necessária a relação de fidelidade, proteção e apoio mútuo, fundamento da exacerbação da pena. Ausentes entre os cônjuges separados o afeto e a estima não se justifica a agravante quando se trata de cônjuge desquitado ou mesmo separado de fato”. (Manual de Direito Penal, volume 1, 2ª Edição, 1985, Editora Atlas, pág. 290).

CELSO DELMANTO:

“Também é circunstância agravante ter o agente praticado o crime doloso contra: 4. Cônjuge. Marido ou mulher, durante a constância do casamento.” (Código Penal Comentado, Edição Freitas Bastos, 1986, pág. 95).

ALBERTO SILVA FRANCO:

“Ensina Jorge Severiano, citado por Luiz Vicente Cernicchiaro que o legislador, quando criou esta circunstância agravadora da pena, não foi para que fosse entendida de modo absoluto, mas relativo. E, neste caso, a agravação da pena não pode decorrer e não se justifica apenas porque o vínculo existia. É preciso a prova de sua existência de fato. Com a agravante pretendeu-se dar especial tutela à sociedade conjugal e esta, por repousar no *animus* do casal, acima de tudo, exige a vontade de vida em comum. O elemento subjetivo é predominante. Ora, contrastaria com sua finalidade, a majoração de pena, se a infração penal for cometida depois de desfeita a vida em comum, pois nesta hipótese nada mais resta a preservar.”

“A agravante prevista no artigo 61, e, mantida no novo Código, não se aplica quando a sociedade conjugal está dissolvida pelo desquite, pois desaparece em tal caso o fundamento da exacerbação da pena.”

“A agravante do artigo 61, e, do atual Código Penal, não se aplica no caso de já se achar a vítima desquitada do acusado.” (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1987, pág. 182).

RIBEIRO PONTES:

“Quanto ao cônjuge, é necessário que a vida em comum exista ao tempo da prática do crime.” (Código Penal Brasileiro Comentado, Biblioteca jurídica Freitas Bastos, 9ª Edição, 1978, pág. 86).

DAMÁSIO E. DE JESUS:

“Quanto à circunstância referente a ter sido o crime cometido contra “cônjuge” entendemos que ela persiste ainda quando tenha havido separação judicial, pois que ela não retira a qualidade pessoal. Em caso de divórcio, porém, rompendo-se o vínculo conjugal, desaparece a agravante.” (Comentários ao Código Penal, 2º volume, Editora Saraiva, 2ª tiragem, 1985, pág. 622).” (fls. 86/88).

A sensibilidade é sentida também na literatura estrangeira.

CARLO PATERNITI (“La famiglia nel Diritto Penale”, Milano, 1970, Giuffrè) depois de registrar que a jurisprudência admite a concubina como pessoa da família (pág. 136), redige estas palavras:

“La dottrina, invece, ritiene che la concubina diventi soggetto passivo del delitto di cui all’art. 572 quando, per una particolare situazione di fatto, essa si trovi sottoposta all’autorità dell’agente (44). Premessa, per questa affermazione, è la diversificazione delle ipotesi in cui si dà il delitto di maltrattamenti: questo, in fondo, è il significato del richiamo alla situazione di fatto (45).

Ma questa maniera frazionata di vedere l’art. 572 è, a sua volta, frutto di apriorismo interpretativo. Perché ci si rifiuta di vedere la base comune alle varie ipotesi.” (pág. 136).

Com efeito, bem registra o Professor da Universidade de Catânia, a divergência ainda existente resulta de apriorismo interpretativo, partindo da separação do que não deve ser distinto.

A propósito, invoque-se ainda o art. 572 do Código Penal da Itália, *verbis*:

“Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli. — Chiunque, fuori dei casi indicati nell’articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minori degli anni quattordici, o una

persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni."

A jurisprudência italiana não vacila:

"È famiglia non solo un conorzio di persone avvinte da vincoli di parentela naturale o civile, ma anche un'unione di persone fra le quali, per intime relazioni e consuetudini di vita, siano sorti legami di reciproca assistenza e protezioni (legame, nella specie, concubinato) (Cass. Sez. II, 16 giugno 1959, P.M. c. Sorrentino, Riv. it. dir. e proc. pen. 1960, 577, nota PISAPIA; Sez. VI, 18 dicembre 1970, Imbesi, Giust. pen. 1971, II, 833, m. 1187)."

"Perciò il reato è configurabile anche nei confronti della concubina, ad opera dell'uomo che con lei conviva *more uxorio* (Cass. Sez. II, 26 giugno 1961, Marchese, Cass. pen. Mass. ann. 1962, 19, m. 28; Sez. III, 21 febbraio 1964, Torregrossa, Giust. pen. 1964, II, 671, m. 872).

Il delitto può essere commesso in danno di figli non legittimi e non riconosciuti (Cass. 28 settembre 1944, Finocchiaro, Riv. pen. 1945, 201; 13 luglio 1932, Longo, Giust. pen. 1933, II, 659, m. 110." (Codice penale, Varese, 1976, Mori, pag. 797).

A jurisprudência brasileira bate na mesma tecla.

"Circunstância agravante — Violência contra cônjuge — Casal separado "de fato" — "Estando o casal separado, embora "de fato", deixa de existir o laço íntimo entre as partes envolvidas, capaz de aperfeiçoar a majoração da pena, mesmo que persistam parte dos efeitos legais do casamento" (TACRIM-SP — AC — Rel. Ribeiro dos Santos — BMJ 66/18).

Ensina Jorge Severiano, citado por Luiz Vicente Cernicchiaro ("Cônjuge — Circunstância agravante" in Ciência Penal, vol. II/68, 1974) que o legislador "quando criou essa circunstância agravadora da pena, não foi para que se a entendesse de modo absoluto, mas relativo. E, neste caso, a agravação não pode decorrer e não se justifica apenas porque o vínculo matrimonial existia. É preciso a prova de sua existência de fato". Com a agravante, pretendeu-se dar especial tutela à sociedade conjugal, e esta, "por repousar no *animus* do casal, acima de tudo, exige a vontade de vida em comum. O elemento subjetivo é predominante". "Ora, "contrastaria com sua finalidade, a majoração de pena,

se a infração penal for cometida depois de desfeita a vida em comum”, pois nesta hipótese, “nada mais resta a preservar” (ob. cit., p. 73)”. (TACRIM-SP — AC 266.223 — Voto vencedor: Silva Franco).

“Havendo separação de fato, vivendo o casal em desarmonia ou em hostilidade, ausentes entre os cônjuges o afeto e a estima, não se justifica a agravação da pena com apoio no art. 44, II, *f*, do CP (atual art. 61, II, *e*)” (TACRIM-SP — HC — Rel. Rocha Lima — RT 565/322 e JUTACRIM 72/251).” (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. Alberto Silva Franco, São Paulo, Rev. Trib., 1990, pág. 315).

Dou provimento para excluir a majoração a título da agravante de crime cometido contra cônjuge.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.564 — MG — (91.0016232-9) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro. Recorrente: Tarcísio Furtado de Mendonça. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Advogados: Drs. Silvio Roberto Campos e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (6ª Turma — 22.10.91)

Votaram os Srs. Ministros José Dantas (convocado para compor *quorum*) e Carlos Thibau. Ausente, por motivo de férias, o Sr. Ministro José Cândido. Ausentes, por motivo justificado, os Srs. Ministros Washington Bolívar e Costa Leite.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS THIBAU.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.649 — SP (Registro nº 91.0016463-1)

Relator: *Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrente: *Universidade de São Paulo*

Recorrido: *Click Moda Escolar Bauru Ltda.*

Advogados: *Drs. Maria Tereza Dutra Carrijo e outros, Fábio Nório Shinomia e outro*

EMENTA: Competência — Autarquia estadual.

A competência em razão do território é fixada na lei federal. Cabe ao legislador estadual distribuí-la entre os diversos juízos da mesma circunscrição. Assim, poderá determinar que, na comarca da Capital, as autarquias estaduais respondam perante Vara da Fazenda. Não, entretanto, que naquela hajam de ser propostas todas as ações em que figurem como parte, se, de acordo com as leis de processo, a competência deva atribuir-se a juízos sediados em outras circunscrições.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Universidade de São Paulo, em processo em que litiga com Click Moda Escolar Bauru Ltda., agravou de instrumento, visando a reformar decisão que não reconheceu houvesse de ser demandada em uma das Varas da Fazenda da Capital.

Confirmada a decisão, valeu-se a agravante do recurso especial. Sustentou divergência jurisprudencial e contrariedade do art. 100, IV, *a*, do CPC.

Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Competência — Autarquia estadual.

A competência em razão do território é fixada na lei federal. Cabe ao legislador estadual distribuí-la entre os diversos juízos da mesma circunscrição. Assim, poderá determinar que, na comarca da Capital, as autarquias estaduais respondam perante Vara da Fazenda. Não, entretanto, que naquela hajam de ser propostas todas as ações em que figurem como parte, se, de acordo com as leis de processo, a competência deva atribuir-se a juízos sediados em outras circunscrições.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: O recurso merece ser conhecido em virtude da divergência jurisprudencial, bem demonstrada em relação ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja cópia se juntou aos autos. Com efeito, aquele julgado entendeu só podem ser ajuizadas na Capital, faltando competência “em caráter absoluto aos juízos sediados nas demais comarcas do Estado, salvo no que tange às execuções ajuizadas pelo Fisco Estadual”. O aresto recorrido, ao contrário, deixou afirmado:

“Ora, a autarquia estadual não goza de foro privilegiado ou especial, com força atrativa de ações regularmente ajuizadas perante outros juízos do Estado. Tem apenas juízo privativo para as causas de seu interesse que devam correr na comarca da capital, onde está domiciliada”.

Com a devida vênia, correta a doutrina a que se filiou a decisão impugnada. Cabe à lei federal dispor quanto à competência em função do território. As leis locais poderão distribuí-la entre diversos juízos da mesma circunscrição. Deste modo, lícito ao Código Judiciário do Estado estabelecer que, na capital, competentes as Varas da Fazenda para as causas em que sejam partes autarquias estaduais. Não lhe é dado, entretanto, determinar que todas as ações, em que aquelas figurem, hajam de ser ajuizadas na Capital, contrariando o que se encontra nas leis de processo.

Afastando-se a possibilidade de incidência de lei local, firma-se a competência da comarca em que proposta a demanda, em vista de consignar o acórdão que aquele o local de pagamento (CPC art. 100, IV, *d*).

Conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.649 — SP — (91.0016463-1) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Recte.: Universidade de São Paulo. Recdo.: Click

Moda Escolar Bauru Ltda. Advs.: Maria Tereza Dutra Carrijo e outros, Fábio Norio Shinomia e outro.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea *c*, mas negou-lhe provimento. (3ª Turma — 28/10/91).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Dias Trindade, Cláudio Santos e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Waldemar Zveiter.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



RECURSO ESPECIAL Nº 13.651 — SP

(Registro nº 91.0016465-8)

Relator: *Sr. Ministro Eduardo Ribeiro*

Recorrentes: *Beatriz Stella Prado de Moura Andrade e outros*

Recorrido: *Eduardo Célio Manzi Mangano*

Advogados: *Drs. José de Castro Bigi e outros e Valmir Nogueira e outros*

EMENTA: Identidade física do juiz — Juiz auxiliar designado para outra Vara.

A designação de juiz auxiliar ou substituto, para ter exercício em outra Vara, consoante facultado pela lei de organização judiciária, equipara-se à transferência, fazendo cessar a vinculação.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: EDUARDO CÉLIO MANZI MANGANO ajuizou ação de cobrança de honorários contra BEATRIZ STELLA PRADO DE MOURA ANDRADE e outros. Ação julgada procedente.

Apelaram as partes. Os réus pediram a anulação da sentença, com base em que vulnerado o princípio da identidade física do juiz. Recursos parcialmente providos.

No especial, em que fora convertido o extraordinário, os réus, ora recorrentes, reafirmaram a nulidade da sentença, indicando como violado o art. 132 do CPC e alegando dissídio.

O especial foi admitido, pela letra c do permissivo constitucional. É o relatório.

VOTO

EMENTA: Identidade física do juiz — Juiz auxiliar designado para outra Vara.

A designação de juiz auxiliar ou substituto, para ter exercício em outra Vara, consoante facultado pela lei de organização judiciária, equipara-se à transferência, fazendo cessar a vinculação.

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Está a questão em saber se o juiz auxiliar, designado para outra Vara, permanece vinculado ao julgamento dos feitos, cuja instrução em audiência houver presidido. A questão é controvertida e do dissenso dá notícia ATHOS CARNEIRO (Audiência de Instrução e Julgamento — Forense — 3ª ed. — p. 31/33).

O artigo 132 do Código de Processo Civil estabelece o princípio da identidade física do juiz, mas ressalva as hipóteses em que ocorra transferência, promoção ou aposentadoria. Cumpre verificar se o caso em exame deve ter-se como compreendido pela transferência, já que os dois outros não há cogitar.

Saliente-se, de início, que, embora a Exposição de Motivos tenha feito referência às dificuldades, decorrentes de promoção para comarca distante, não estabeleceu distinções. Não se há de analisar, em face de

cada caso concreto, se existem empecos mais ou menos graves a que officio o mesmo juiz. Verificando-se uma das hipóteses previstas na lei, cessa a vinculação, não havendo perquirir se o juiz passou a ter exercício em Vara que funciona em local próximo ou longínquo, ou mesmo se permaneceu na mesma comarca. Justifica-se que assim seja. Recomenda-se, em tais questões, procurar estabelecer regras que não ensejem dúvidas maiores, capazes de causar sérios embaraços ao serviço judiciário. Ademais, em uma mesma comarca, os juizes estão, muitas vezes, situados em lugares distintos, e as Varas têm pautas próprias, obviamente conflitantes quanto aos respectivos horários, sendo difícil, para o magistrado, presidir audiência em mais de uma.

Observo, ainda, que há de ser recebida com reservas a afirmação de que a regra é a observância da identidade física e que as exceções devem ser interpretadas sem ampliações. Na verdade, a regra é o juiz exercer jurisdição na Vara de que é titular ou para a qual se encontra designado.

Feitas essas anotações preliminares, adianto a afirmação de que se há de ter como compreendida na transferência, fazendo cessar a vinculação, a designação de juiz para Vara distinta daquela em que praticou os atos, aptos em princípio para determiná-la. Os motivos são os mesmos, inexistindo qualquer razão para tratamento distinto. Afastado do exercício da Vara igualmente o é o juiz transferido e o designado para outra. Idênticos os inconvenientes da vinculação. Assim não se entendendo, será mesmo possível que se apresentem as dificuldades referidas na já citada Exposição de Motivos. Consoante as normas de organização judiciária, viável que em juiz substituto seja designado para comarca distante daquela em que vinha exercendo seu mister. Como não se trata de transferência, permanecerá a vinculação. Entretanto, esta desaparece se o juiz substituto é promovido e passa a officiar em sala contígua. Dada mesmo a maior mobilidade do substituto, que pode ser designado, ora para um, ora para outro local, é que mais se impõe a desvinculação.

Menciona-se, nos autos, a existência de Provimento da Justiça paulista, estabelecendo que os juizes auxiliares continuarão competentes para o julgamento dos feitos cíveis conclusos para a sentença, ainda que passando a ter exercício em outra Vara. A regra não se choca com os princípios aqui expostos. Não se exclui — dependendo das leis locais — que juiz substituto, ou equivalente, possa ter exercício em mais de uma Vara. Designado para outra, manteria o exercício, com competência limitada aos processos que já lhe tivessem sido conclusos para sentença. Dessa hipótese, entretanto, não cuidou o acórdão. Ademais, envolveria interpretação de normas estaduais, não viabilizando o especial.

Em vista do exposto, conheço do recurso, por ter como presente o dissídio, mas nego-lhe provimento.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.651 — SP — (91.0016465-8) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Rectes.: Beatriz Stella Prado de Moura Andrade e outros. Recdo.: Eduardo Celio Manzi Mangano. Advs.: José de Castro Gibi e outros, Valmir Nogueira e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial pela alínea c, mas negou-lhe provimento. (3ª Turma — 29/10/91).

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 13.851 — SP

(Registro nº 91.0017293-6)

Relator: *Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *R. A. Alimentação Ltda.*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Marcos Ferreira da Silva e outro (Recte.) e Adelfo Fioranelli Júnior e outros (Recda.)*

EMENTA: Processual Civil. Prova. Julgamento antecipado da lide. CPC, arts. 330 e 331.

I — Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia o acórdão do Tribunal inverter aquela decisão em favor da outra parte, ao fundamento de ausência de prova. O que lhe cumpria era cassar a decisão e mandar que se abrisse a dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes. Dissídio pretoriano configurado.

II — Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

Brasília, 23 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: R. A. ALIMENTAÇÃO LTDA. propôs ação de repetição de ICM, referente a operações de fornecimento de alimentação e bebidas em seu estabelecimento, em período anterior à Lei nº 5.886/87. Aduziu que tais operações ocorreram sob a vigência da Lei nº 440/74, com a redação dada pela Lei nº 2.252/79, que não definiu base de cálculo específica para o fornecimento de alimentação, bebida e outras mercadorias pelos bares, restaurantes, hotéis e similares.

A sentença, entendendo tratar-se de matéria exclusivamente de direito, fundada em fatos incontroversos, com apoio no artigo 330, I, do CPC, julgou antecipadamente a lide, concluindo pela procedência da ação, e remeteu os autos ao Egrégio Tribunal *a quo*.

Houve, também, apelação da Fazenda.

Apreciando a causa, aquela Corte deu provimento aos recursos, invertendo os ônus da sucumbência. Após transcrever a cláusula 2ª do ato constitutivo da autora, que define o seu objeto social, aduziu (fls. 275):

“Verifica-se da relação acima que a autora não é apenas estabelecida no ramo bar e restaurante, tendo atividades das mais diversas; esse fato não foi referido na sentença que se limitou a acolher o demonstrativo apresentado pela autora que poderia ser

não só do restaurante e bar, como de qualquer outra de suas atividades previstas no contrato social.

Ora, entende a maioria desta Câmara que o ICM é devido pelos bares e restaurantes; e com muito mais razão esse imposto é devido quando a atividade da autora é tão diversificada.

Nas suas contra-razões (item 13) argumenta que o pedido de repetição de indébito refere-se tão-somente a atividade indicada no Código 68.000 — restaurante, pizzaria e churrascaria; mas o próprio laudo emprestado, elaborado na ação análoga movida pelo Restaurante do Aeroporto S/A, dos mesmos sócios-diretores da autora, com entendimento favorável à mesma, não é suficiente para convencer do acerto da sentença apelada.

O imposto recolhido era devido, como são devidos os de todos os restaurantes, bares e congêneres; há imposto e que foi acertadamente recolhido”.

Em decorrência, a autora opôs dois embargos de declaração (fls. 280-308 e fls. 331-354). No primeiro, após apontar várias omissões em que incidiu a decisão embargada, aduziu ensejarem elas contrariedade ou negativa de vigência dos §§ 1º e 2º do art. 515 e do art. 516, todos do CPC. Assinalou que a ré silenciou-se totalmente quando aos fatos narrados na contestação, cingindo-se a levantar preliminar, e que, na sua resposta à apelação, protestou, inclusive, pela produção de prova pericial, se necessária, tendo o acórdão, decidindo, como o fez, contrariado aos arts. 330, I, c/c artigos 130, 131, 319 e 334, II, e 302, todos do CPC. Pediu fossem esclarecidas tais questões. Aduziu ter havido subversão do sistema processual através de omissão no acórdão embargado, impondo-se o seu pronunciamento sobre as normas do CPC, inclusive a do seu artigo 302. Sustentou a necessidade do duplo grau de jurisdição. Insistiu em que o decisório fundamentasse rigorosamente a parte dispositiva, sob pena de nulidade, invocando a esse respeito os artigos 165, 458, II e III, do CPC. Menciona, quanto à parte meritória, aspectos atinentes ao Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 113.330-2. Esses embargos, foram rejeitados (fls. 324-327). Nos outros embargos, procurou a embargante aclarar, sob todos os ângulos, aspectos atinentes à questão jurídica meritória, objetivando o prequestionamento da matéria, para fins de interposição de recurso especial. Tais embargos, também, foram rejeitados (fls. 392-397).

A seguir, interpôs a vencida o presente recurso especial, com apoio nas letras *a* e *c* do permissivo constitucional (fls. 449-494). Em longa petição, após resumir os aspectos da causa, alega negativa de vigência a

preceitos prequestionados nos declaratórios e dissídio pretoriano quanto à sua interpretação.

Contra-arrazoado (fls. 539-544), o recurso foi admitido (folhas 554 e 557), subindo os respectivos autos a esta Corte, onde me vieram distribuídos.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processual Civil. Prova. Julgamento antecipado da lide. CPC, arts. 330 e 331.

I — Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia o acórdão do Tribunal inverter aquela decisão em favor da outra parte, ao fundamento de ausência de prova. O que lhe cumpria era cassar a decisão e mandar que se abrisse a dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes. Dissídio pretoriano configurado.

II — Recurso especial conhecido e provido.

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Dentre as diversas questões suscitadas neste recurso, todas elas de significativa relevância, afigura-se-me que apenas uma delas é suficiente para o seu acolhimento. Alega a recorrente ter ocorrido dissídio entre os arestos recorridos e o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 106.070-SP, publicado na RTJ 119/1.235, do qual foi Relator o insigne Ministro CARLOS MADEIRA. O citado paradigma está assim ementado:

“Processual Civil. Prova. Julgamento antecipado da lide.

Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia tal decisão ser invertida em favor da outra parte ao fundamento de ausência de prova. Cabia, sim, cassar a decisão e mandar que se abrisse a dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes.

Recurso conhecido e provido”.

No seu douto voto, após transcrever o art. 330, I, do CPC, argumentou:

“Se o Juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia a segunda instância, ao deparar a falta de prova, cassar a decisão e dar ganho de causa à parte contrária. Havia prova dos fatos, que não foi feita, e que poderia sustentar a decisão de primeiro grau, ou poderia mesmo infirmá-la. Mas não havia como concluir por incorreto o convencimento do Juiz, desprezando a prova.

Se a questão é nimiramente de fato, sendo relevante no deslinde da causa, poder-se-ia recusar a solução dada pelo Juiz por falta de prova, mas não inverter o resultado, dando ganho de causa à parte contrária, exatamente por falta de prova. O acórdão caminhou, assim, pelo mesmo atalho de onde veio a sentença: ambos decidiram sobre questão de fato, dispensando a prova”.

Conforme se depreende as questões versadas nos arestos malsinados e no acórdão colacionado são as mesmas, justificando o conhecimento do recurso e, no mérito, o seu provimento, por serem convincentes os argumentos consubstanciados no trecho do voto supratranscrito.

De fato, no caso, os autos revelam que, se faltou prova, isso não se deveu à incúria da autora em produzi-la: deveu-se, sim, ao aqodamento pelo qual a decisão de primeiro grau foi prolatada.

Em conclusão, pois, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para que anulados a sentença e o acórdão, sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem, a fim de se cumprirem as formalidades previstas nos arts. 331 e seguintes do CPC.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 13.851 — SP — (91.0017293-6) — Relator: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Recorrente: R. A. Alimentação Ltda. Recorrida: Fazenda do Estado de São Paulo. Advogados: Dr. Marcos Ferreira da Silva e outro (Recte.) e Dr. Adelmo Fioranelli Júnior e outros (Recda.).

Decisão: A Segunda Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 23.10.91).

Os Senhores Ministros José de Jesus, Hélio Mosimann e Américo Luz votaram como Relator. Ausente, justificadamente o Sr. Ministro Peçanha Martins. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.

RECURSO ESPECIAL Nº 14.410 — RJ
(Registro nº 91.0018296-6)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Bayer do Brasil S/A*

Recorridas: *União Federal*

Advogados: *Drs. Jorge Neves de Oliveira e outros*

EMENTA: ICMS — EXIGIBILIDADE ANTECIPADA — CONVÊNIO Nº 66/88.

Não editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM prevalecem as disposições contidas no Decreto-lei nº 406/68, recepcionadas pela vigente Constituição Federal.

Os Estados e o Distrito Federal, mediante convênios, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar não recepcionados.

Não prevalece, portanto, a exigência do recolhimento do ICM por ocasião do desembaraço aduaneiro introduzido pelo Convênio nº 66/88.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

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

Custas, como de lei.

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

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

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por BAYER DO BRASIL S/A, objetivando obter o desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas sem o cumprimento da Instrução Normativa SRF nº 54/81 que impõe a comprovação do pagamento do ICM por ocasião da sua liberação.

Processado regularmente o feito, a segurança foi concedida (fls. 49/60) restando reformada a sentença pelo E. Tribunal Regional da 2ª Região, em acórdão assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. EXIBILIDADE ANTECIPADA DO ICMS. IMPORTAÇÃO POSTERIOR AO CONVÊNIO ICM 66/88.

Por força do artigo 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a instituição e a cobrança do ICMS não são mais reguladas pelo DL 406/68, e sim por Convênio celebrado pelos Estados e o Distrito Federal, até que a própria União o faça por Lei Complementar.

Celebrado o Convênio em questão, e promulgada pelo Estado do Rio de Janeiro a Lei nº 1.423, de 27.01.89, com base nele, fixando como fato gerador do imposto o recebimento, pelo importador, da mercadoria importada, assim considerado o despacho aduaneiro, é nessa oportunidade que ele é devido, e não mais na entrada do estabelecimento.

Agravo Regimental provido. Decisão reformada”.

Inconformada, a impetrante interpôs recurso especial com apoio na alínea *a* do inciso III do art. 105 da CF, sustentando violação ao item II do art. 1º do Decreto-lei nº 406/68 e à Súmula 577 do STF que prevêem como fato gerador do ICMS na importação de mercadorias do exterior o momento de sua entrada no estabelecimento do importador.

Alega, ainda, que somente à Lei Complementar cabe definir o fato gerador, base de cálculo e contribuição do imposto, não tendo o § 8º do art. 34 do ADCT concedido permissão aos Estados e Distrito Federal para fazê-lo através de convênio (fls. 85/88).

Indeferido o processamento do recurso (fls. 95) subiram os autos a esta C. Corte em razão do provimento do agravo de instrumento (apenso).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. Constitui fato gerador do ICM a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento (Dec.-Lei Federal nº 406/68, artigo 1º, item II, Decreto-Lei Estadual nº 05 de março de 1975, artigo 4º, item II e Súmula nº 577 do STF). Como se vê, a incidência do ICM é sobre a entrada da mercadoria no estabelecimento comercial do importador e não como preceitua a malsinada Instrução Normativa nº 54/81 (doc. de fls. 12). A questão era completamente pacífica no TFR (REO nº 144.821-RJ, AMS nº 108.963-RJ e AMS nº 107.323-RJ (docs. de fls. 18/22) e no Colendo Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 577).

Com invocação ao artigo 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram editados o Convênio ICM 66/88 e a Lei Estadual nº 1.423, de 27 de janeiro de 1989. Dispõe o primeiro, no artigo 2º, item I, que “Ocorre o fato gerador do imposto:

I — Na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem, importados do exterior.”

Da mesma forma, o artigo 2º, item V, da citada Lei nº 1.423/89, diz que:

“O fato gerador do imposto ocorre:

.....

V — No recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior.”

Estes dispositivos encontram, de fato, suporte no citado artigo 34, § 8º, do ADCT, e nas disposições permanentes da Constituição? Entendo que não. Se ainda não foi editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM e se já existe o Decreto-Lei 406/68 (verdadeira lei complementar), que foi recepcionada pela vigente Constituição Federal, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar não recepcionados. Neste sentido Ives Gandra Martins, no seu Sistema Tributário na Constituição de 1988, ed. 1989, pag. 288.

“Na falta de lei complementar editada para a instituição do ICMS no prazo de sessenta dias contados da promulgação da constituinte, as disposições transitórias autorizam os Estados a fixar normas para regular provisoriamente a matéria. Tal auto-

rização, à evidência, só pode versar sobre as lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados. Entretanto, o dispositivo entusiasmou de tal forma os senhores Secretários da Fazenda dos Estados que eles produziram um convênio inconstitucional (66/86), com características de confuso regulamento. Não há nele nem estrutura, nem perfil de lei complementar.

Pelo fato de ter sido regidido por autênticos “regulamenteiros” — na feliz expressão de Alcides Jorge Costa — e não por legisladores, o Convênio 66/86 é voltado exclusivamente para a arrecadação, sendo lacunoso sobre os demais aspectos de real política tributária, que seria necessário plasmar no sistema nacional — sem falar no vício de inconstitucionalidade de que poderia, em alguns dispositivos, revogar a lei complementar recepcionada.”

O citado artigo 34, § 8º, do ADCT, não conferiu aos estados o poder de definir o fato gerador do ICM, através de Convênio ou lei estadual ordinária porque, nos termos claros do artigo 146, item III, letra *a*, da Constituição Federal de 88, isto só pode ser feito através de Lei Complementar. Como o ICM deve atender aos princípios constitucionais previstos no artigo 155, § 2º, item XII, letras *a*, *d* e *g*, da CF, só podendo por Lei Complementar ser definidos os seus contribuintes, fixados os locais das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços e regulada a forma de isenções, incentivos e benefícios fiscais concedidos ou revogados, não podem prevalecer o citado Convênio 66/88 e a Lei Ordinária Estadual nº 1.423/89. Da matéria privativa de Lei Complementar não pode haver delegação aos Estados, porque isto, além de não encontrar apoio no citado artigo 34, § 8º, do ADCT, encontra intransponível obstáculo nas suas disposições permanentes e a Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975 só conferiu aos Estados o poder de dispor sobre isenções e não sobre fato gerador. A Egrégia Segunda Turma, à unanimidade, no REsp nº 7.582-RJ, DJ de 27.05.91, entendeu que:

“Não prevalece, diante do que preceitua o art. 1º, do DL 406/68, diploma legal recepcionado pela atual Constituição Federal, a exigência do recolhimento do tributo em questão por ocasião do desembaraço aduaneiro, introduzida pelo Convênio aludido.”

O Convênio referido na ementa é o 66/88.

O MM. Juiz Federal Carreira Alvim, em sua bem lançada sentença de fls. 49/60, examinou muito bem a questão e dela destaco o seguinte trecho, com o qual estou inteiramente de acordo:

“Com a promulgação da nova Carta Política, supõe a autoridade impetrada que o ADCT teria, através do disposto no § 8º do art. 34, desestabilizado a Súmula nº 577 do Pretório Excelso, derogando também o disposto no art. 1º, item II, do Decreto-lei nº 406/88.

Assim, porém, não é, pois o retrocitado decreto-lei foi **recepção** pela Constituição vigente, que acolhendo o direito anterior, de natureza infraconstitucional, incorporou-o ao ordenamento jurídico pós-constitucional.

A **teoria da recepção** permite exatamente resolver, em bases sólidas, a questão da aplicabilidade das normas jurídicas no tempo, como decorrência natural da Constituição superveniente. Havendo congruência entre o direito pré-constitucional e os preceitos da nova ordem jurídica constituída, a sua subsistência é garantida pela recepção, que intervém em favor da **continuidade do ordenamento jurídico**.

Neste sentido tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, assentando que a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores não conflitantes com o texto constitucional (RTJ, vol. 71/289-293), bem assim, que permanece válida e eficaz a lei ordinária anterior à Constituição, não contrastante com os seus princípios e normas, ou com o seu espírito (RTJ, vol. 77/657-659).

Se, entre a norma jurídica (complementar, ordinária, etc.) anterior e as normas constitucionais subseqüentes, a compatibilidade é apenas **parcial**, o princípio receptivo permite a introdução do direito pré-constitucional no novo universo jurídico apenas no que houver congruência, operando a derrogação da parte colidente com os preceitos supraleais. Possível, portanto, falar-se em recepção total e recepção parcial, conforme tenha sido acolhido *in totum* ou apenas em parte o preceito recepcionado. Se a colidência for total haverá ab-rogação.

Esse princípio foi alçado a mandamento pelo art. 34, § 5º, do ADCT, *verbis*:

“Art. 34

§ 5º — Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a **aplicação da legislação anterior** no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.”

In casu, o item II do art. 1º do Decreto-lei nº 406/68 foi integralmente recepcionado pela novel Constituição.

Portanto, é impossível reconhecer suporte constitucional para que as leis ordinárias dos Estados e do Distrito Federal, disponham — como, *v.g.*, dispuseram as Leis estaduais do Rio de Janeiro e do Espírito Santo — que o fato gerador do ICM ocorre no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior (art. 2º, V da Lei nº 1.423/89 e art. 2º, I, da Lei nº 4.217/89, respectivamente).

O Convênio ICM-66/88, suposta base legal das leis estaduais, adotou como fato gerador o “recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior” (art. 2º, I), definição esta que não se contém no âmbito do Decreto-lei nº 406/68 (art. 1º, II, **pós-recepcionado**), pelo que vejo esse instrumento administrativo, nessa parte, como um mero repositório de sugestões ao Poder Legislativo do Estado, para efeito de adoção de mandamentos uniformes em todas as leis de ICMS de todas as Unidades conveniadas, **caso venha** a hipótese a ser contemplada, como tal, pela lei complementar a ser editada.

Valeu, realmente, como intenção, porque, em nível jurídico-constitucional, não dispõe o convênio administrativo de força coercitiva para vincular o contribuinte, fora das hipóteses previstas na Lei Complementar nº 24/74 e do disposto no Decreto-lei nº 406/68.

Carece, igualmente, de embasamento jurídico-constitucional qualquer pretensão dos Estados de exigir o “pagamento antecipado do imposto”, como **sugere** o Convênio ICM-66/88 no seu art. 2º, § 3º, pois semelhante disposição choca-se com os preceitos do Decreto-lei nº 406/68 e afronta o art. 155, § 2º, IX, *a*, da atual Constituição, impeditivo do pagamento coercitivo do ICMS antes do nascimento do próprio fato gerador. Nos termos do art. 5º, II, da CF “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É dentro deste contexto que subsiste o Decreto-lei nº 406/68, até que lei complementar subsequente venha a dispor sobre o tema (art. 146, III, da CF/88).”

Por ter sido flagrantemente violado o artigo 1º, item II, do Decreto-lei 406/88, contrariada a jurisprudência do TFR e a Súmula nº 577 do STF, conheço do recurso pelas letras *a* e *c* e dou-lhe provimento para restabelecer a magistral sentença do culto julgador monocrático.

EXTRATO DA MINUTA

REsp nº 14.410 — RJ — (91.0018296-6) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira. Recte.: Bayer do Brasil S/A Recdo.: União Federal. Adv.: Jorge Neves de Oliveira e outros.

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Exmo. Ministro-Relator. (1ª Turma — 13/11/91).

Participaram do julgamento os Exmos. Ministros Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Ministro Demócrito Reinaldo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.