

Revista do
Superior Tribunal de Justiça



PUBLICAÇÃO OFICIAL



Revista do
Superior Tribunal de Justiça

Volume 209
Ano 20
Janeiro/Fevereiro/Março 2008

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor
Assessora do Ministro
Chefe de Gabinete
Assessores Judiciários

Oficiais de Gabinete

Assistentes

Estagiários

Ministro Cesar Asfor Rocha
Teresa Cristina Cesar Osório Ribeiro
Francisco Ribeiro de Oliveira
Maria Angélica Neves Sant'Ana
Priscila Tentardini Meotti
Edilma Neiva Ibiapina
Francisco das Chagas Caetano Filho
Maria do Socorro Medeiros
Carlos Cardoso de Oliveira
Gerson Prado da Silva
Hekelson Bitencourt Viana da Costa
Jéter Rodrigues
José Vieira Júnior
Max Günther Feitosa Albuquerque Alvim
Sebastiana Alves de Oliveira
Silon Carvalho Souza
Daniel Costa Oliveira
Vanessa Cristina Cruz

Superior Tribunal de Justiça

www.stj.jus.br
revista@stj.jus.br
Gabinete do Ministro Diretor da Revista
Setor de Administração Federal Sul
Quadra 6 - Lote 1 - Bloco C - 2º Andar - Sala C-240
Brasília - DF - 70095-900
Telefone (61) 3319-8003
Fax (61) 3319-8992

Revista do Superior Tribunal de Justiça - n. 1-

Brasília: STJ, 1989

Trimestral

ISSN 0103-4286

1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência -

Periódico - Brasil. 3. Brasil.

Superior Tribunal de Justiça

CDU 340.142(81)(05)



Revista do
Superior Tribunal de Justiça

Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PLENÁRIO

Presidente	Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Vice-Presidente	Ministro Humberto Gomes de Barros
Corregedor-Nacional de Justiça e Diretor da Revista	Ministro Nilson Vital Naves
	Ministro Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Augusto Delgado
	Ministro Fernando Gonçalves
Corregedor-Geral da Justiça Federal	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
	Ministro Gilson Langaro Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon Alves
	Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
	Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
	Ministra Fátima Nancy Andrichi
	Ministra Laurita Hilário Vaz
	Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
	Ministro Luiz Fux
	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Teori Albino Zavascki
	Ministro José de Castro Meira
	Ministra Denise Martins Arruda
Ministro Arnaldo Esteves Lima	
Ministro Massami Uyeda	
Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins	
Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura	
Ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin	
Ministro Napoleão Nunes Maia Filho	
Ministro Sidnei Agostinho Beneti	
Ministro Jorge Mussi	

CORTE ESPECIAL

(Sessões às 1ª e 3ª quartas-feiras do mês)

Presidente	Ministro Raphael de Barros Monteiro
Vice-Presidente	Ministro Humberto Gomes de Barros
Corregedor-Nacional de Justiça e Diretor da Revista	Ministro Nilson Naves
	Ministro Cesar Asfor Rocha
	Ministro Ari Pargendler
	Ministro José Delgado
	Ministro Fernando Gonçalves
	Ministro Felix Fischer
	Ministro Aldir Passarinho Junior
Corregedor-Geral da Justiça Federal	Ministro Gilson Dipp
	Ministro Hamilton Carvalhido
	Ministra Eliana Calmon
	Ministro Paulo Gallotti
	Ministro Francisco Falcão
	Ministra Nancy Andrichi
	Ministra Laurita Vaz
	Ministro Luiz Fux
	Ministro João Otávio de Noronha
	Ministro Teori Albino Zavascki
	Ministro José de Castro Meira
	Ministro Arnando Esteves Lima
	Ministro Massami Uyeda

PRIMEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidente Ministro Luiz Fux

PRIMEIRA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidenta Ministra Denise Arruda
Ministro José Delgado
Ministro Francisco Falcão
Ministro Luiz Fux
Ministro Teori Albino Zavascki

SEGUNDA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente Ministro Castro Meira
Ministra Eliana Calmon
Ministro Humberto Martins
Ministro Herman Benjamin
Ministro Carlos Mathias*

* Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região

SEGUNDA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidenta Ministra Nancy Andrichi

TERCEIRA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente Ministro Sidnei Beneti
Ministro Ari Pargendler
Ministra Nancy Andrichi

QUARTA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente Ministro Massami Uyeda
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Aldir Passarinho Junior
Ministro João Otávio de Noronha

TERCEIRA SEÇÃO

(Sessões às 2ª e 4ª quartas-feiras do mês)

Presidente Ministro Hamilton Carvalhido

QUINTA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente Ministro Arnaldo Esteves Lima
Ministro Felix Fischer
Ministra Laurita Vaz
Ministro Napoleão Maia Filho
Ministro Jorge Mussi

SEXTA TURMA

(Sessões às terças-feiras e 1ª e 3ª quintas-feiras do mês)

Presidente Ministro Nilson Naves
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Paulo Gallotti
Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Ministra Jane Silva*

* Desembargadora convocada (TJ-MG) substituindo o Ministro Paulo Medina

**COMISSÕES PERMANENTES
COMISSÃO DE COORDENAÇÃO**

Presidente	Ministro Fernando Gonçalves Ministro Felix Fischer Ministro Gilson Dipp
Suplente	Ministro Castro Meira

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Presidente	Ministro Francisco Falcão Ministra Laurita Vaz Ministro Teori Albino Zavascki
Suplente	Ministro Massami Uyeda

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Presidente	Ministro José Delgado Ministro Aldir Passarinho Junior Ministro Paulo Gallotti
Suplente	Ministra Nancy Andrichi

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente	Ministro Nilson Naves Ministro Cesar Asfor Rocha Ministro Ari Pargendler Ministro Hamilton Carvalhido Ministra Eliana Calmon Ministro Luiz Fux
------------	---

**MEMBROS DO TRIBUNAL
SUPERIOR ELEITORAL**

Corregedor-Geral Efetivo	Ministro José Delgado Ministro Ari Pargendler
1º Substituto	Ministro Felix Fischer
2º Substituto	Ministro Fernando Gonçalves

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

(Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Presidente
Vice-Presidente

Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Humberto Gomes de Barros

MEMBROS EFETIVOS

TRF 1ª Região
TRF 2ª Região
TRF 3ª Região
TRF 4ª Região
TRF 5ª Região

Ministro Gilson Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministra Eliana Calmon
Juíza Assusete Dumont Reis Magalhães
Juiz Joaquim Antonio Castro Aguiar
Juíza Marli Marques Ferreira
Juíza Silvia Maria Gonçalves Goraieb
Juiz José Baptista de Almeida Filho

MEMBROS SUPLENTE

TRF 1ª Região
TRF 2ª Região
TRF 3ª Região
TRF 4ª Região
TRF 5ª Região

Ministro Paulo Gallotti
Ministro Francisco Falcão
Ministra Laurita Vaz
Juiz Carlos Olavo Pacheco de Medeiros
Juiz Fernando José Marques
Juíza Suzana de Camargo Gomes
Juiz João Surreaux Chagas
Juiz Paulo de Tarso Benevides Gadelha

CERTIFICADO DE CONFORMIDADE



CERTA Certificadores Associados Ltda.
Especialistas em Sistemas de Gestão

*Certificado de
Sistema de Gestão da Qualidade*

Este Certificado é emitido com base no contrato de credenciamento celebrado entre o INMETRO e a CERTA e no resultado satisfatório de auditoria de SGQ, sendo por este meio conferido à:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*SAF Sul, Quadra 6, Lote 1, Trecho III, Bloco F, 1º andar.
BRASÍLIA, DF, BRASIL.*

NBR ISO 9001:2000

Exclusões: 7.3, 7.5.2 e 7.6

Este Certificado é condicionado à estrita observância das regras e condições relacionadas ao processo de Certificação.

Quaisquer alterações organizacionais, de endereço ou de escopo devem ser notificadas formalmente à CERTA.

Escopo: *Elaboração das Publicações Oficiais do Superior Tribunal de Justiça*

Nº do Certificado: 208/2006

Revisão: zero de 15/11/2006

Data de vigência: 31/10/2006

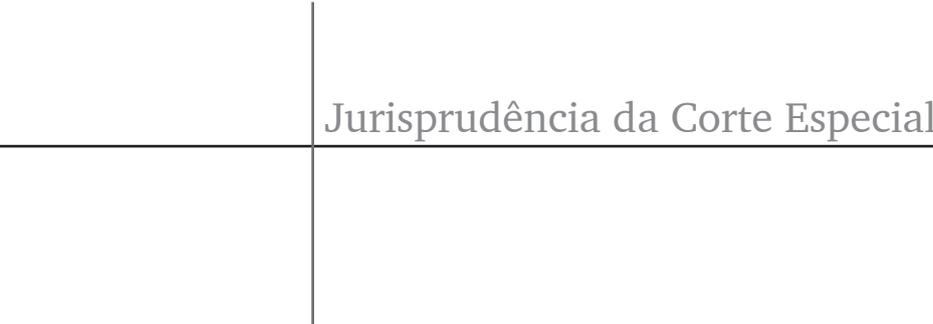
Válido até: 30/10/2009


Walter Henriques
Diretor de Operações
CERTA
Certificadores Associados Ltda.



SUMÁRIO

I — Jurisprudência	
Corte Especial	19
Primeira Seção	25
Primeira Turma	31
Segunda Turma	165
Terceira Turma	233
Quarta Turma	315
Terceira Seção	367
Quinta Turma	387
Sexta Turma	423
II — Súmulas	521
III — Índice Analítico	525
IV — Índice Sistemático	553
V — Siglas e Abreviaturas	559
VI — Repositórios Autorizados e Credenciados pelo Superior Tribunal de Justiça	565



Jurisprudência da Corte Especial

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 471.930-SP
(2003/0206872-3)**

Relator: Ministro Francisco Falcão
Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Luysien Coelho Marques Silveira e outros
Embargado: Celina Laudares Barreiros
Advogado: Veridiana Moreira Police

EMENTA

Processual Civil. Embargos de divergência. Agravo de instrumento. Ausência de juntada de peças essenciais. Não conhecimento do agravo.

I - A ausência de juntada de peças essenciais, não incluídas dentre aquelas constantes do artigo 525, I, do CPC, importa em inadmissão do agravo de instrumento, porquanto o agravante deve velar pela instrução do processo com todas as peças necessárias para a compreensão e solução da controvérsia.

II - Precedentes: AgRg nos EREsp n. 638.146-DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 18.04.2005; AgRg no AG n. 396.501-PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 28.03.2005 e REsp n. 512.133-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 27.09.2004.

III - Embargos de Divergência rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e os rejeitar, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon e Paulo Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros e Laurita Vaz e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra Acórdão da egrégia Sexta Turma desta Corte, lavrado pelo eminente Ministro Paulo Medina, assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial. Agravo regimental. Previdenciário. Peças necessárias ao julgamento da causa. Impossibilidade de colação posterior. Art. 535, I e II do CPC.

As peças necessárias ao deslinde das questões aduzidas, deverão ser apresentadas por ocasião da interposição do agravo de instrumento, tendo em vista a impossibilidade de colação posterior (dilação probatória).

Agravo regimental não provido. (fl. 105)

O embargante colacionou como paradigma o Acórdão proferido no julgamento do REsp n. 476.446-RJ, relatado pela eminente Ministra Eliana Calmon, espelhado na seguinte ementa:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Peças obrigatórias, facultativas e necessárias ou úteis para a formação do instrumento. Art. 525 do CPC. Retorno dos autos ao Tribunal de origem.

1. O Código de Processo Civil indica, no inciso I do art. 525, os documentos indispensáveis à formação do agravo de instrumento, sendo coercitiva sua juntada, sob pena de não-conhecimento do recurso. São as *peças obrigatórias*.

2. Já o inciso II do mesmo artigo trata das *peças facultativas*, aquelas juntadas voluntariamente pela parte a fim de facilitar a exata compreensão da controvérsia.

3. Contudo, podem existir as *peças necessárias ou úteis*, que são aqueles documentos que o Tribunal entende imprescindíveis ao deslinde da querela. Neste caso, deve o relator providenciar as peças, de ofício, ou intimar o agravante para que o faça, em nome dos princípios da economia processual e do contraditório.

4. Recurso especial provido, para determinar a remessa do processo ao Tribunal de origem, a fim de que sejam instruídos os autos com as peças necessárias



ou úteis, na forma que entender aquela Corte seja a mais adequada, oportunizando-se, assim, o julgamento do agravo de instrumento.

5. Recurso especial provido.

Sustenta, em síntese, que deve prevalecer, *in casu*, a orientação firmada no aresto paradigma, no sentido de que a falta de juntada de peça essencial não implica em não conhecimento do agravo, mas em oportunidade de juntada posterior, seja de ofício ou através de intimação do agravante.

Devidamente admitidos, não houve apresentação de impugnação, consoante certidão de fl. 127.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo acolhimento dos presentes embargos de divergência em parecer vazado com a seguinte ementa:

Embargos de divergência. Impossibilidade de se negar seguimento a agravo de instrumento, face à ausência de traslado de peça facultativa. Precedente dessa e. Corte. Parecer pelo acolhimento dos embargos. (fl. 129)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Os embargos devem ser conhecidos por apresentarem os requisitos exigidos para sua admissão.

No mérito os embargos devem ser rejeitados.

A tese do embargante restou vencida nesta Corte Superior, restando assentado que as peças facultativas necessárias à compreensão da controvérsia devem constar *ab initio* no agravo de instrumento.

Sobre o assunto confirmam-se, *verbis*:

Agravo regimental. Embargos de divergência em recurso especial. Agravo de instrumento. Formação. Ausência de peças essenciais. Recurso não provido.

1. Não é cabível, nesta fase processual, alargar a discussão “de modo a se classificar a ‘essencialidade’ do documento tido como necessário pelo Tribunal *a quo*”. Quisessem os ora agravantes questionar a essencialidade de outras peças para o deslinde da controvérsia, deveriam tê-lo feito já no seu recurso especial, o que não ocorreu.

2. A Corte Especial, por maioria, em 02.06.2004, no julgamento do EREsp n. 449.486-PR, de minha relatoria, DJ de 06.09.2004, pacificou o entendimento de que a ausência de peça essencial ou relevante para a compreensão e solução da controvérsia impõe o não-conhecimento do agravo de instrumento.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EREsp n. 638.146-DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 18.04.2005, p. 202).

Processual Civil. Agravo de instrumento. Agravo regimental. Peças obrigatórias. Peças facultativas. Preparo de recurso especial. Comprovante.

1. O art. 544, § 1º, do CPC enumera as peças obrigatórias na instrução do agravo de instrumento.

2. O STJ firmou o entendimento de que outras peças, tidas como facultativas mas essenciais à compreensão da controvérsia, deverão instruir o agravo de instrumento, sob pena de não-conhecimento.

3. O comprovante de preparo do recurso especial, no caso, não se enquadra como peça facultativa.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no AG n. 396.501-PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 28.03.2005, p. 234).

Recurso especial. Processual Civil. Agravo de instrumento. Formação. Peças facultativas. Necessidade do traslado. Responsabilidade do agravante. Conhecimento.

Nos termos do entendimento já pacificado por esta Corte de Justiça, a responsabilidade na formação do agravo de instrumento é do agravante, não se podendo falar em conversão em diligência para juntada de peça posteriormente.

Ausente peça que seja necessária ao exato conhecimento da controvérsia posta em debate, pode o relator negar seguimento ao respectivo agravo.

Recurso desprovido (REsp n. 512.133-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 27.09.2004, p. 380).

Tais as razões expendidas, conheço dos embargos, mas os rejeito.

É o meu voto.

Jurisprudência da Primeira Seção

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 474.475-SP
(2004/0147168-7)**

Relator: Ministro Humberto Martins
Embargante: Prefeitura Municipal de Bady Bassit e outros
Advogado: Silverio Polotto e outros
Embargado: João Luiz Donzellini e outros
Advogado: Waldemar Alves dos Santos e outros

EMENTA

Ação popular. Processo incluído em pauta. Adiamento do feito. Longo decurso de prazo. Necessidade de nova publicação quando do efetivo julgamento.

1. Este Tribunal tem entendimento de que na hipótese de adiamento de processo de pauta não se faz necessária nova publicação, desde que o novo julgamento ocorra em razoável lapso temporal.

2. *In casu*, restou constatado o adiamento do feito inicialmente previsto para julgamento em 20.05.2003. Contudo, o efetivo julgamento apenas realizou-se após sete meses, sem nova publicação, de forma a cercear o direito dos recorrentes e impedir, inclusive, a sustentação oral.

3. Evidenciado o prejuízo do recorrente, pela não-publicação da pauta de julgamento em que se incluía o processo adiando, necessária a anulação do julgamento, para que outro seja proferido, com respeito ao devido processo legal.

Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça “A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros José Delgado, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.
Brasília (DF), 14 de março de 2007 (data do julgamento).
Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de divergência opostos pela Prefeitura Municipal de Bady Bassit e outros contra acórdão da Primeira Turma desta Corte, que rejeitou os embargos de declaração nos termos da seguinte ementa:

Embargos de declaração. Nulidade do acórdão. Ausência de publicação da reinclusão do feito em pauta de julgamento.

1. Ação Popular movida contra o Município de Bady Bassit; em que se pleiteia a suspensão dos efeitos dos atos administrativos praticados pela Municipalidade, com base na Lei local n. 1.310/1997, consubstanciados na expedição de alvará, autorizando a construção de um Motel em área destinada, originariamente, a uso residencial.

2. O presente recurso especial foi incluído na pauta do dia 20.05.2003, cuja publicação no Diário Oficial deu-se em 14.05.2003. Iniciado o julgamento do feito no dia 20.05.2003, foi ele *adiado* e não retirado da pauta, como aduzem os embargantes, sendo que na sessão do dia 16.12.2003, o mesmo foi julgado.

3. O adiamento do julgamento do recurso não implica a necessidade de nova publicação da pauta. (Precedentes da Corte: HC n. 34.793, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 17.06.2004; REsp n. 268.659-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 15.04.2002; REsp n. 95.082, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ 14.10.1996).

4. Embargos de declaração rejeitados.

Sustentam os embargantes que a divergência resta configurada no que toca à necessidade de nova publicação, para o caso, de adiamento de processo incluído em pauta e julgado após longo decurso de prazo.

Apontam divergência jurisprudencial com acórdão da Segunda Turma, assim ementado:

Processual Civil. Processamento do recurso na instância ordinária. Julgamento adiado por lapso considerável de tempo. Posterior julgamento sem nova intimação. Nulidade. Arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC.



1. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas.

2. Viola os arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC o julgamento de autos, adiado por lapso considerável de tempo, sem a intimação do patrono da empresa, através de nova inclusão em pauta.

3. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, oportunizando-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta.

(REsp n. 415.027-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, fl. 689).

Efetivado juízo positivo de admissibilidade, foi apresentada impugnação às fls. 742/746.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Consta dos autos que o REsp n. 474.475-SP, originário de ação popular movida contra o Município de Bady Bassit em que se pleiteava a suspensão dos efeitos dos atos administrativos praticados pela municipalidade, com base na Lei local n. 1.310/1997, foi incluído na pauta de julgamento do dia 20.05.2003 tendo ocorrido a publicação no Diário Oficial em 14.05.2003.

O referido feito foi adiado de pauta, após iniciado o julgamento, restando julgado apenas em 16.12.2003, ou seja, quase sete meses após o adiamento, sem nova publicação da pauta.

O recurso especial restou improvido; opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados. Dessa decisão, gerou-se a divergência com julgado da Segunda Turma.

Este Tribunal tem entendimento de que na hipótese de adiamento de processo de pauta não se faz necessária nova publicação, desde que o novo julgamento ocorra em razoável lapso temporal.

In casu, restou constatado o adiamento do feito inicialmente previsto para julgamento em 20.05.2003. Contudo, o efetivo julgamento apenas se realizou após sete meses, sem nova publicação, de forma a cercear o direito dos recorrentes impedindo, inclusive, a sustentação oral.

Com efeito, tendo sido adiado o julgamento, sem data certa, e, ainda, por longo prazo de sete meses, necessária a publicação de inclusão do feito em pauta, para que se concretize a intimação de seu patrono e se prestigie o devido processo legal.

Nesse sentido, os julgados:

Processual Civil. Processamento do recurso na instância ordinária. Julgamento adiado por lapso considerável de tempo. Posterior julgamento sem nova intimação. Nulidade. Arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC.

1. São devolvidas no recurso especial as questões relativas ao processamento do recurso junto ao Tribunal recorrido, desde que devidamente prequestionadas.

2. Viola os arts. 236, § 1º, 552 e 565 do CPC o julgamento de autos, adiado por lapso considerável de tempo, sem a intimação do patrono da empresa, através de nova inclusão em pauta.

3. Recurso especial provido, com a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, oportunizando-se sustentação oral ao advogado da parte, através de nova inclusão do feito em pauta. (REsp n. 415.027-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.09.2004).

Assim, evidenciado o prejuízo do recorrente pela não-publicação da pauta de julgamento, em que se incluía o feito adiando, necessária a anulação do julgamento, para que outro seja proferido, com respeito ao devido processo legal.

Ante o exposto, conheço dos embargos de divergência e dou-lhes provimento, para que seja anulado o julgamento do recurso especial e concedida aos recorrentes a possibilidade de sustentação oral.

É como penso. É como voto.

Jurisprudência da Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.703-BA
(2004/0100086-0)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Kaufmann - Cacau Industrial e Comercial S/A

Advogado: Fernando Weibel Kaufmann e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Impetrado: Governador do Estado da Bahia

Recorrido: Estado da Bahia

Procurador: Barbara Camardelli Matos e outros

EMENTA

Processual Civil. Mandado de segurança. Recurso ordinário. Decreto expropriatório. Art. 5º, alínea i, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Implantação de “unidade” industrial. Nulidade do ato viciado por desvio de finalidade, pois beneficia uma única empresa privada. Autoridade coatora incompetente para a expedição do ato.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado da Bahia, consubstanciado na edição de decreto expropriatório que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da recorrente.

2. A declaração expropriatória exterioriza, tão-somente, a intenção estatal de desapropriar determinado bem, não repercutindo, de modo imediato, no direito de propriedade do expropriado. Sob esse aspecto, é possível constatar que os pressupostos necessários à desapropriação, sejam eles de que ordem for, não precisam estar presentes no momento da edição do decreto expropriatório.

3. O exame da oportunidade e da conveniência do ato ora impugnado não se sujeita a controle judicial. Entretanto, a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório — art. 5º, i, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, no caso dos autos — deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado.

4. Por distritos industriais deve-se entender “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação

dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados” (SILVA, José Afonso da. “Direito Urbanístico Brasileiro”, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377).

5. O decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

6. Ademais, a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe “o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, dependendo, ainda, “de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”, tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/1988.

7. O Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição do decreto expropriatório atacado pela via do presente *mandamus* como para a efetiva desapropriação, visto ser do Município o interesse público capaz de ensejar a desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

8. A Primeira Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que “é lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder” (REsp n. 36.611-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.1994).

9. Recurso provido para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto n. 7.917/2001, expedido pelo Governador do Estado da Bahia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão, deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra.



Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Luiz Fux (RISTJ, art. 162, § 2º, segunda parte) e Teori Albino Zavascki (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, ocasionalmente, nesta assentada, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 29.03.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado contra ato do Senhor Governador do Estado da Bahia, consubstanciado na edição de decreto expropriatório que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da recorrente.

Denegada a segurança na origem, ofereceu a impetrante o presente recurso ordinário, interposto com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, combatendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia cuja ementa é a seguinte:

Mandado de segurança. Decreto Governamental. Declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. Ato fundamentado. Inexistência de ofensa a direito líquido e certo.

De concluir-se, pelos fundamentos jurídicos da impetração, que o Decreto hostilizado não fere direito líquido e certo da impetrante, posto que é inerente ao Estado o poder de desapropriar, desde que fundamente seu ato. (fl. 367)

Em suas razões recursais (fls. 425/516), a recorrente, antes de adentrar o mérito recursal, levanta preliminares de nulidade do acórdão recorrido pelos seguintes motivos: (a) os argumentos deduzidos na petição inicial, relacionados à nulidade do decreto expropriatório, bem como os fatos e provas supervenientes, que comprovariam o ajuizamento da ação expropriatória e o deferimento de imissão provisória na posse, não receberam a devida apreciação; (b) não foi observado o princípio da fundamentação das decisões judiciais, implicando violação dos arts. 93, IX, da CF/1988, e 165 e 458, II, do CPC; (c) a Corte de origem deixou de proceder à necessária regularização de grave situação constatada no caso dos autos, consistente no desaparecimento de petição em que se renovara o pedido de medida liminar; (d) não houve manifestação acerca do pedido

de esclarecimentos sobre os procedimentos relativos ao direito dos advogados inserto no art. 7º, VIII, da Lei n. 8.906/1994, de “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada”.

No mérito, a recorrente aduz, em síntese, que: (a) o decreto expropriatório é nulo, em razão da ausência do pressuposto “utilidade pública”, já que existe enorme diferença entre a hipótese de construção ou ampliação de distritos industriais, contida no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, e a de “implantação de unidade industrial”, tendo uma única empresa privada como beneficiária; (b) a desapropriação para fins de implantação de distrito industrial pressupõe a existência de prévio plano de infra-estrutura urbanística, nos moldes do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941; (c) o Município detém competência exclusiva para a ordenação do solo urbano, sendo impertinente, nesse aspecto, a edição de decreto expropriatório promovida pelo Governador do Estado da Bahia; (d) não houve autorização, nem sequer cientificação, da recorrente para a ilegal penetração do ente público em seu imóvel antes da publicação do decreto expropriatório; (e) verificou-se a completa inobservância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório no âmbito do processo administrativo que culminou com a edição do decreto atacado pela via do presente mandado de segurança; (f) o aludido decreto expropriatório é nulo, também, por não ter sido realizado o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), indispensáveis à implantação da unidade industrial; (g) é requisito da declaração expropriatória a perfeita identificação do bem sobre o qual recairá a desapropriação, sob pena de nulidade; (h) o decreto expropriatório engloba bens públicos, de uso comum do povo, que exigem autorização legislativa para serem desapropriados; (i) a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) exige prévia dotação orçamentária necessária ao pagamento da indenização devida nos casos de desapropriação.

Requer, em resumo, sejam acolhidos os pedidos insertos nas preliminares de nulidade do acórdão recorrido, para declarar a sua nulidade e, com fulcro no art. 515, § 3º, do CPC, conceder a segurança pleiteada, expurgando do mundo jurídico o decreto expropriatório objeto da presente demanda.

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): Ressalta-se, inicialmente, que o presente mandado de segurança volta-se contra a edição de decreto expropriatório (Decreto n. 7.917/2001) que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóvel de propriedade da recorrente, estando o seu objeto, portanto, delimitado ao ato coator indicado no momento da impetração.

Salienta-se, outrossim, que a recorrente não comprovou os prejuízos advindos do alegado desaparecimento da petição em que se renovara o pedido de medida liminar, bem como da demora na sua apreciação, mormente porque a segurança fora denegada ao final. Ademais, o exame acerca de eventuais vícios constatados na condução do processo incumbe à Corregedoria do Tribunal *a quo*.

As demais questões suscitadas em preliminar confundem-se com o próprio mérito do recurso e serão, com ele, simultaneamente analisadas.

A declaração expropriatória exterioriza, tão-somente, a intenção estatal de desapropriar determinado bem, não repercutindo, de modo imediato, no direito de propriedade do expropriado. Pode acontecer até mesmo da desapropriação não se efetivar, a exemplo das hipóteses de caducidade do decreto expropriatório ou de cessação da utilidade pública inicialmente aventada.

Sob esse aspecto, é possível constatar que os pressupostos necessários à desapropriação, sejam eles de que ordem for, não precisam estar presentes no momento da edição do decreto expropriatório.

É oportuno conferir a orientação doutrinária sobre o tema:

Os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede a efetivação da transferência do bem para o domínio do expropriante. Só se considera iniciada a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito. Até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a normal utilização do bem ou sua disponibilidade, lícito é ao particular explorar o bem ou nele construir mesmo após a declaração expropriatória, enquanto o expropriante não realizar concretamente a desapropriação, sendo ilegal a denegação de alvará de construção: o impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública importa

restrição inconstitucional ao direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização equivale a confisco. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho - São Paulo: Malheiros, 2005, p. 606/607)

Declarar a utilidade pública ou o interesse social é conduta que apenas reflete a manifestação do Estado no sentido do interesse público que determinado bem desperta com vistas à transferência coercitiva a ser processada no futuro. Portanto, não se pode dizer ainda que, com a declaração, já exista a desapropriação. A declaração é apenas uma fase do procedimento. (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 14ª edição, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 657)

Verifica-se, desse modo, que a maior parte das alegações da recorrente terá relevância apenas em relação à desapropriação em si, que não se confunde com a simples edição do decreto expropriatório.

Com efeito, são questões que não comprometem a legalidade da declaração expropriatória: a inexistência de prévio plano de infra-estrutura urbanística, nos moldes do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941; a necessidade de realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), indispensáveis à implantação da unidade industrial; a existência ou não de prévia dotação orçamentária, necessária ao pagamento da respectiva indenização.

Em relação a essas questões, deverá a recorrente, depois de iniciada a desapropriação propriamente dita, recorrer ao Poder Judiciário, fazendo uso da ação direta de que trata o art. 20 do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

Feitas essas considerações, resta analisar a natureza jurídica do decreto expropriatório e até que ponto ele está sujeito ao controle judicial.

Em sede doutrinária, José dos Santos Carvalho Filho leciona:

Dois pontos de análise merece o aspecto da natureza jurídica do ato que declara a utilidade pública ou o interesse social.

Primeiramente, trata-se de ato administrativo, porque estampa, sem qualquer dúvida, atividade ligada à administração da coisa pública.

(...)

O segundo ponto a merecer destaque concerne à questão dos parâmetros de atuação do administrador quando vai firmar a declaração. A averiguação da conveniência e oportunidade para praticar o ato administrativo declaratório é privativa do administrador público; os parâmetros, portanto, são de caráter



administrativo. Sob esse ângulo, então, cuida-se de ato *discricionário*. Ocorre que os casos que permitem a desapropriação são os que a lei expressamente menciona; em outras palavras, o administrador não pode afastar-se do elenco legal. Por essa ótica, o ato declaratório será *vinculado*, não tendo o administrador qualquer liberdade quanto ao fundamento da declaração, já que os parâmetros de atuação, que representam esse fundamento, são de natureza legal.

(...)

Como ocorre com todo ato administrativo, o ato que consubstancia a declaração expropriatória também é sujeito a controle judicial em todos os aspectos que digam respeito aos requisitos de validade dos atos em geral. Desse modo, podem ser apreciados aspectos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto do ato.

Só está excluído da apreciação judicial o exame da conveniência e oportunidade que inspiraram o administrador à escolha de certo bem para o efeito da desapropriação. Esse poder de escolha é privativo da Administração e não cabe ao juiz criar outro juízo de valor, porque é necessário garantir a separação de Poderes e de funções (art. 2º da CF). Confirmando esse aspecto, o TJ-SP já decidiu acertadamente que 'não é dado ao Judiciário examinar o ato da Administração, sob os critérios de oportunidade, necessidade e conveniência da desapropriação'.

Vejamos um exemplo: se um decreto expropriatório tem vício de finalidade ou de competência, pode ser controlado pelo juiz. Mas, se a Administração optou, v.g., pela abertura de uma estrada, não podem ser questionadas a conveniência e a oportunidade dessa obra, porque a valoração de tais critérios pertence exclusivamente ao administrador. (ob. cit., pág. 664 - grifou-se)

Na hipótese dos autos, conforme anteriormente mencionado, analisa-se a legalidade de ato do Senhor Governador do Estado da Bahia, autoridade coatora que expediu o Decreto n. 7.917/2001, com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, declarando de utilidade pública, para fins de desapropriação, imóveis pertencentes à recorrente, situados no Município de Itabuna-BA, tendo como objetivo a implantação de uma única unidade industrial.

Registra-se, por oportuno, a existência de dois protocolos de intenção anteriores à expedição do Decreto n. 7.917/2001, o primeiro celebrado entre o Estado da Bahia e Calçados Jacob S/A (fls. 133/138), e o segundo firmado entre a mencionada empresa e o Município de Itabuna-BA (fls. 139/140), ambos visando à implantação da unidade industrial referida.

O dispositivo legal que serve de fundamento à declaração expropriatória objeto do presente feito está assim redigido:

Art. 5º. Consideram-se casos de utilidade pública:

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; *a construção ou ampliação de distritos industriais*; (Redação dada pela Lei n. 9.785/1999).

§ 1º - A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea **i** do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas. (Incluído pela Lei n. 6.602/1978)

§ 2º - A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação. (Incluído pela Lei n. 6.602/1978)

O exame da oportunidade e da conveniência do ato ora impugnado, como já visto, não se sujeita a controle judicial. Entretanto, a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório — art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, no caso dos autos — deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado.

A hipótese de desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais é típico caso em que a ação do Estado, conquanto tenha finalidade pública, acaba por beneficiar particulares, ao menos de modo indireto.

Com efeito, os municípios e suas respectivas populações são os maiores beneficiados com a instalação de indústrias em seus territórios, seja pela ampliação das suas receitas tributárias, seja em razão do aumento dos postos de trabalho disponibilizados aos seus habitantes. Para tanto, costumam-se oferecer determinadas vantagens como forma de atrair a classe empresarial, que também será beneficiada.

Nesse aspecto, é importante destacar a opinião de Diógenes Gasparini (*in Direito Administrativo*, 9ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 669):

A desapropriação faz-se, em princípio, em benefício do Poder Público (União, Estado-Membro, Distrito Federal ou Município) ou de pessoas que são seus delegados ou concessionários. Então, uma sociedade de economia mista, encarregada da execução de certo serviço público municipal, pode ser a destinatária dos bens expropriados pelo Município. As Centrais Elétricas de São Paulo S.A. foram as destinatárias dos bens declarados de utilidade pública para a construção da hidroelétrica de Porto Primavera, conforme o Decreto Federal n. 83.501/1979.



Como se vê, a desapropriação há de ser feita em prol de um interesse público. Não se desapropria em favor de pessoa ou de interesse privado (RDA, 93:193 e 123:274). *Essa regra, no entanto, não é absoluta. Com efeito, há hipóteses em que os bens vão beneficiar particulares, como ocorre nas desapropriações para urbanização, implantação de loteamento e de distrito industrial*, ou, ainda, nas expropriações por interesse social (construção de casas populares, manutenção de posseiros), ou, finalmente, nos casos de reforma agrária. *Em todas essas desapropriações os bens destinam-se a particulares, mas são promovidas em benefício de um interesse público.* (grifou-se)

Entretanto, prosseguindo em sua lição, o renomado administrativista afirma que:

A Lei Geral das Desapropriações (art. 5º, **I**) dispõe sobre a desapropriação de áreas para a ‘construção ou ampliação de distritos industriais’. Assim, pode o Poder Público, quase sempre o Município, expropriar áreas para a implantação ou ampliação de distritos industriais. O distrito industrial, local destinado à implantação de indústrias, deve ser tecnicamente planejado, e sua implantação aprovada por lei que estabeleça as condições de urbanização, os requisitos para a alienação das unidades e as condições para a implantação das indústrias interessadas. Ademais, seu projeto deve ser previamente aprovado pelos órgãos ou entidades estaduais de controle da poluição, inclusive quanto à localização (art. 52, § 2º). Só depois disso deve o Poder Público passar à desapropriação e executar o parcelamento conforme o prescrito na Lei federal do Parcelamento do Solo Urbano, inclusive quanto ao registro imobiliário. Concluído o loteamento, o Município poderá locar ou vender os lotes, não lhe cabendo doar. Nesse sentido, confronte-se o § 1º, acrescentado, juntamente com outro, ao art. 5º da LGD pela Lei Federal n. 6.602/1978.

À vista do exposto, não cabe ao Poder Público, notadamente o municipal, desapropriar certa área de terras e doá-la ou vendê-la a determinada empresa privada para que construa um edifício industrial e nele instale e desenvolva sua atividade. Com efeito, não se está diante de uma desapropriação nos termos da Constituição Federal, mas em face de um desapossamento para atender a um interesse privado e, como já vimos, isso é inconstitucional. Nem mesmo o pretexto de que se está implantando um distrito industrial valida essa medida, pois o pressuposto de uma urbanização dessa natureza é um loteamento industrial. Também não legitima essa espécie de expropriação o fato de que, instalada e funcionando a indústria, ter-se-á o fim de interesse público, na medida em que haverá o aumento de impostos a beneficiar o expropriante e o aproveitamento da mão-de-obra ociosa. Com efeito, o aumento de imposto e a absorção do trabalho ocioso não são fundamentos da desapropriação. (ob. cit., p. 692 - grifou-se)

Também merecem transcrição os ensinamentos do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles:

Outra hipótese de permissibilidade de alienação de áreas desapropriadas ocorre nas expropriações para formação de distritos industriais, desde que a Administração expropriante planeje a área e promova a urbanização necessária à sua destinação. Nem seria viável a implantação de qualquer núcleo industrial, em área desapropriada para esse fim, se não se reconhecesse ao Poder Público a possibilidade de alienação de glebas aos empresários que satisfaçam as exigências da Administração expropriante. *O que se nega é a legitimidade de desapropriações de áreas individualizadas e a subsequente transferência a interessados certos para eventual instalação de indústrias, sem qualquer planejamento e urbanização do local para zona industrial.* (ob. cit., pág. 600 - grifou-se)

É oportuno transcrever, ainda, parecer publicado na Revista de Administração Municipal (v. 49, n. 246, p. 49/51, mar./abr. 2004), de autoria de Natália Amitrano Vargas de Menezes, Consultora Técnica do Instituto Brasileiro de Administração Municipal-IBAM:

No tocante à possibilidade de alienação de toda a área desapropriada a uma única empresa, seria necessário analisar com mais minúcia o caso concreto. Tal alienação poderia implicar em desvio de finalidade. Chega-se a essa conclusão a partir da análise da *ratio* do permissivo legal. Como já se expôs, o legislador buscou uma forma de permitir a criação de parques industriais, agrupando indústrias e atividades correlatas, aproveitando de forma mais racional o espaço urbano e protegendo o ambiente urbanístico. Além disso, a própria norma legal consigna que a criação de distritos industriais inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação das indústrias e atividades correlatas, o que, ao menos em tese, demanda a união de diferentes empresas no mesmo local.

Sendo assim, é bastante difícil imaginar que a alienação a um único empreendedor possa ser conforme a norma jurídica, a não ser que se pretenda referida alienação para que o adquirente promova a criação da infra-estrutura e o loteamento e então aliene a terceiros interessados, remunerando-se, dessa forma, pelo trabalho de instalação dos equipamentos urbanos necessários.

Com efeito, por “distritos industriais”, nas exatas palavras de José Afonso da Silva (*in Direito Urbanístico Brasileiro*, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377), deve-se entender “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados.



Verifica-se, desse modo, que o decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

Outro aspecto que contribui para a ilegalidade do ato impugnado diz respeito à competência, tanto para a edição do decreto expropriatório como para a efetiva desapropriação.

A desapropriação, a teor do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, é permitida em nosso ordenamento jurídico por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização.

O Decreto-Lei n. 3.365/1941 regula os casos de desapropriação por utilidade pública, passando a prever, a partir da redação dada pela Lei n. 6.602/1978, a hipótese de expropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

É certo, porém, que a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe “o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, dependendo, ainda, “de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”, tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/1988, cuja redação é a seguinte:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Transcreve-se, por oportuno, trecho de parecer da lavra de Hely Lopes Meirelles, intitulado “Formação de Distrito Industrial”, publicado na Revista dos Tribunais (vol. 499, ano 66, p. 37/44, maio de 1977):

1. A formação dos chamados ‘distritos industriais’ não tem forma prescrita em lei, pelo que cada *município* adota as providências compatíveis com a situação local e com as forças do erário da prefeitura, para localizar corretamente as indústrias em seu território, e atrair aqueles que mais convenham aos interesses da população.

2. Geralmente, o *município* escolhe e delimita a gleba adequada e, se não lhe pertence, desapropria-a para a implantação do núcleo industrial, projeta o equipamento urbano necessário – água, esgoto, vias de comunicação, energia elétrica etc. –, estabelece as prioridades e forma da execução desses equipamentos, que tanto podem ser feitos pela municipalidade como pelos próprios interessados; impõe as condições para a instalação das indústrias; cria incentivos para atraí-las, dentre os quais a doação das áreas necessárias e os favores fiscais para os primeiros anos de funcionamento; propicia, enfim, as condições de implantação e desenvolvimento do pólo industrial que deseja em seu território.

3. *Essa atividade se enquadra nas funções do governo municipal*, que tem por missão promover o desenvolvimento local por todos os meios ao seu alcance, em tudo que concerne ao peculiar interesse da comunidade (Constituição da República, art. 15, e Lei Orgânica dos Municípios, art. 53). E nada é mais propulsor do progresso econômico e social de uma comunidade que a atividade industrial convenientemente dirigida para o aproveitamento do potencial humano da própria comunidade e dos produtos primários da região que sustentam essa mesma comunidade. Daí a natural ânsia de industrialização dos nossos *municípios*, dentre os quais se inclui o de Salto, que intenta implantar legítima e corretamente o seu distrito industrial, atraindo e incentivando as indústrias que interessam à sua população e ao seu governo, abrindo para aquela novas frentes da produção e trabalho, e para este novas fontes de tributação que certamente aumentarão a receita local.

4. Mas, a implantação dessas indústrias gera para o *município* um problema de ordem urbanística, exigindo a sua correta localização para evitar a poluição dos mananciais, a deterioração dos bairros residenciais e a concentração excessiva das vias públicas com tráfego pesado das cargas de matéria-prima e produtos industrializados, e a distância desmedida entre a moradia do trabalhador e o local do trabalho. Tudo isto se resolve pela correta localização e concentração industrial nas zonas próprias para a indústria.

5. Como os *municípios* normalmente não têm áreas públicas disponíveis para a localização desses novos núcleos industriais, são obrigados a adquiri-los nos locais tecnicamente indicados para esse uso, e, neste caso, recorrem à desapropriação para a subsequente alienação de lotes às indústrias interessadas, que satisfaçam as exigências legais da prefeitura. A desapropriação é, assim, o moderno instrumento de que se utiliza o Poder Público para obter as áreas necessárias à ordenação do uso do solo urbano ou urbanizável para quaisquer fins, inclusive para a formação dos núcleos industriais nos locais escolhidos para esse fim. (grifou-se)

Constata-se, desse modo, que o Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição do decreto expropriatório atacado



pela via do presente *mandamus* como para a efetiva desapropriação, visto ser do Município o interesse público capaz de ensejar a desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

A Primeira Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que “é lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder” (REsp n. 36.611-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.1994).

Confira-se, ainda, o seguinte precedente que corrobora esse entendimento:

Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência.

I - Conquanto ao Judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato, bem como a finalidade, pois aí reside o freio à discricionariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação.

II - Tendo em conta o interesse público, é vedado à administração desapropriar para construção de imóveis sem especificar a perseguição do interesse público, e dizer, a finalidade.

III - Se a finalidade referida no decreto expropriatório e fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação.

IV - Recurso provido e remessa dos autos ao Pretório Excelso. (REsp n. 1.225-ES, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Thibau, DJ de 21.05.1990)

À vista do exposto, seja por desvio de finalidade, seja por vício de competência, deve ser provido o recurso para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto n. 7.917/2001, expedido pelo Senhor Governador do Estado da Bahia.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de Governador do Estado da Bahia que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da parte recorrente.

O ato atacado é um Decreto do seguinte teor (fl. 02):

Fica declarada de utilidade pública, para fins de desapropriação, a área de terra medindo 43.200,00 m², com as benfeitorias nela existentes, pertencentes a

quem de direito, no Município de Itabuna-BA, a seguir descrita: partindo-se do marco A, de coordenadas UTM N=8.363.043,2048 e E=470.598.1006, situado no canto do limite, a 23,00m do eixo da Av. Manoel Chaves e seguindo com azimute verdadeiro de 92°46'26" e distância de 240,00m confrontando-se com a Av. Manoel Chaves, determina-se o marco B; daí, seguindo pelo limite, com azimute de 182°46'26" e distância de 180,00m, confrontando-se com o loteamento Hugo Kaufmann, determina-se o marco C; daí, seguindo pelo limite, com azimute de 272°46'26" e distância de 240,00m, confrontando-se com o loteamento Hugo Kaufmann, determina-se o marco C; daí, seguindo pelo limite, com azimute de 2°46'26" e distância de 180m, confrontando-se com o loteamento Hugo Kaufmann, retorna-se ao marco A, ponto inicial da descrição do perímetro, elaborada pela Superintendência de Desenvolvimento Industrial e Comercial, autarquia vinculada à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração.

O Tribunal de Justiça denegou o pedido mandamental, forte na argumentação seguinte (fls. 368/371):

O *mandamus* hostiliza o Decreto Governamental n. 7.917, de 29 de março de 2001, que declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, área de terra situada no Município de Itabuna, tida como necessária à implantação de um distrito industrial, conforme protocolos de intenções firmados, o primeiro, entre o Estado da Bahia e a Indústria de Calçados Jacob/Calçados Kildare e, o segundo, entre esta empresa e Município aludido.

Sustenta a impetrante, proprietária do imóvel, que a declaração expropriatória estaria inquinada de nulidade, apontando variegados motivos - que vão desde a ausência de bilateralidade no precedente processo administrativo, até à falta de dotação orçamentária -, imputando-lhe, ainda, intuito egoístico, pois teria visado ao benefício exclusivo de empresa privada.

Sem razão, todavia.

O Estado da Bahia e o Ministério Público, por seus ilustres representantes, rechaçaram *in totum* as alegações da impetrante, algumas delas prematuras - considerando que o ato vulnerado apenas precede a desapropriação propriamente dita, dele resultando "tão somente: a submissão do bem à força expropriatória do Estado, a fixação do estado do imóvel, suas condições, benfeitorias e melhoramentos; o direito do poder público entrar no imóvel, para medições; demarcação do termo de prazo de caducidade do decreto. Seus efeitos, portanto, não se confundem com a transferência do bem." (Parecer Ministerial, fl. 167).

Nesse passo, descabidas se afiguram, pela prematuridade que denotam, as questões concernentes à execução propriamente dita do projeto de implantação



da unidade industrial, cuja discussão terá lugar no processo judicial adequado. Recorre-se, uma vez mais, ao autorizado parecer ministerial:

A impetrante, no entanto, refere-se ao ato como se já tivesse sido efetivada a desapropriação. Adianta-se no tempo, quando ainda nem se iniciou o processo de transferência. Fala em plano de infra-estrutura urbanística e estudo de impacto ambiental de um planejamento que nem existe. Alude à competência municipal para ordenação do solo urbano, que não guarda relação com o Decreto do Governador, uma vez que este não altera em nada a ordenação do solo, e não interfere na competência do município, por que apenas declara de utilidade pública um imóvel, que está dentro de sua circunscrição. (fl. 167).

E mais: a lide está jungida à legalidade de decreto expropriatório fundado em declaração de utilidade pública, ato administrativo discricionário e, como tal, inofensivo ao crivo do Judiciário no que respeita à oportunidade e à conveniência. Também por essa razão, não há falar em nulidade do processo inaugural da fase declaratória da desapropriação, por ausência de bilateralidade, sendo certo que nenhum prejuízo acarretou à impetrante, cuja aquiescência, ademais, não se fazia necessária à prática do multicitado ato, dotado que é do atributo da imperatividade.

Como se faz claro, é vedado ao Judiciário, na espécie, decidir sobre a ocorrência do caso de utilidade pública, cabendo-lhe tão somente apreciar o fundamento desta.

Isto considerado, observa-se que o Decreto Governamental atende aos requisitos constitucionalmente estabelecidos, fundamentando-se no art. 5º, alínea **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e indicando, com suficiente clareza, a destinação do imóvel, inexistindo, por outro viés, qualquer irregularidade no uso da expressão unidade industrial, que se enquadra no artigo em referência.

De concluir-se, pelos fundamentos jurídicos da impetração, que o Decreto hostilizado não fere direito líquido e certo da impetrante, posto que é inerente ao Estado o poder de desapropriar, desde que fundamente seu ato.

Em conseqüência, a parte vencida interpôs o recurso ordinário ora examinado, alegando:

- a) nulidade do acórdão por não ter examinado devidamente os pedidos de nulidade do decreto expropriatório, conforme apresentados na petição inicial;
- b) nulidade, ainda, do acórdão por não ter apreciado pedido de ineficácia do Decreto por inobservância da competência exclusiva do Município no referente à ordenação do solo urbano, a denotar desvio de finalidade do ato administrativo;

c) nulidade, também, do acórdão por não ter observado o pedido de ineficácia do Decreto Expropriatório pela ausência de cientificação e autorização, por parte da recorrente, para a ilegal penetração nos seus imóveis antes da publicação do mencionado ato de desapropriação;

d) nulidade, inclusive, do acórdão por não ter apreciado pedido de nulidade do Decreto por se reportar a imóvel inexistente;

e) idem por não ter julgado o pedido de nulidade do ato atacado, pois não observou o determinado no art. 46 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

f) idem pela falta da plena prestação jurisdicional, pela ausência de fundamentação, pela não-apreciação dos fatos e provas supervenientes, pela violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, pela não-juntada de petição oportunamente apresentada, por ter silenciado sobre pedido de esclarecimento da recorrente sobre os procedimentos relativos ao direito inserto no art. 7º da Lei n. 8.906, de 1994;

g) nulidade do decreto expropriatório pela ausência de pressuposto de utilidade pública;

h) idem por ausência de prévio plano de infra-estrutura urbanística;

i) idem pela inobservância da competência exclusiva municipal no tocante à ordenação do solo urbano;

j) idem pela ausência de estudo prévio de impacto ambiental;

k) idem por ser de uso público o bem desapropriado.

Em contra-razões, o Estado da Bahia refutou todos os argumentos da recorrente.

O Ministério Público opinou, nesta instância, pelo desprovimento do recurso.

Do exame que fiz dos documentos depositados nos autos e das razões desenvolvidas pelas partes, estou convencido que o recurso não merece ser provido.

Com razão o Ministério Público Estadual, conforme parecer de fls. 579/581, da lavra do Subprocurador-Geral da República Benedito Izidro da Silva, ao afirmar:

4. O recurso não merece prosperar. Correta a análise feita pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

5. Isto porque, o Estado tem poderes para desapropriar, desde que fundamente seu ato, como no caso em análise, cuja justificativa se deu através do art. 5º, alínea **i**, do Decreto Lei n. 3.365/1941.



6. Na espécie, não ficou demonstrado o direito líquido e certo da impetrante, visto que o imóvel será destinado à implantação de unidade industrial no Município, conforme protocolo de intenções firmado entre o Estado da Bahia e a Indústria de Calçados Jacob/Calçados Kildare, e outro acordo firmado pelo Município de Itabuna e a mesma empresa, não acarretando nenhum prejuízo à impetrante.

7. Verifica-se que a recorrente nada mais quer do que a nulidade de tal ato, por entender que a declaração expropriatória não está devidamente fundamentada, uma vez que a alínea **i** do art. 5º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 não prevê a hipótese supostamente ilegal declarada de desapropriação para a implantação de unidade industrial.

8. Cumpre salientar, no entanto, que a jurisprudência do excelso Pretório, guardião máximo da Constituição, é firme no posicionamento de que a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação é atribuição discricionária do Poder Público, sendo perfeitamente legal quando propõe-se a alcançar finalidade prevista em Lei, caso dos autos (Decreto-Lei n. 3.365/1941). Se não vejamos:

Desapropriação. *Instalação de distrito industrial (Lei n. 3.820/1973, artigo 2º, do Município de Santos, SP). Utilidade pública. Conceito amparado pelo artigo 5º, i, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Precedentes do STF. II - mandado de segurança denegado em ambas as instâncias. III - recurso extraordinário que se não conhece pela incorrência de seus pressupostos. (grifo nosso)*

(RE n. 86.564, DJ: 21.09.1979, p. 07.036, Relator Ministro Thompson Flores)

Desapropriação por utilidade pública. Ações da Fazenda Santa Marta do Nordeste S/A. Desapropriação que se destina a implantação de uma empresa pública rural e de uma cooperativa de assentamento de base. Decreto n. 1.724, de 7 de julho de 1983, da Prefeitura Municipal de Vitória da Conquista-BA, baseado no artigo 5º, alínea **e**; do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Direito federal invocado. Artigos 60, I e II, 66, 161 e 170, da Constituição Federal, artigo 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e Lei Federal n. 4.320. *Não vulnerado nem dissídio jurisprudencial configurado, pois o decreto em exame propõe-se alcançar finalidade expressamente prevista em lei e não visa transferir a particulares a propriedade da área desapropriada: revogação da medida cautelar. RE não conhecido. (grifo nosso)*

(RE n. 112.637-BA, DJ 18.03.1988, p. 05.572, Relator Ministro Célio Borja)

Mandado de segurança. Revogação do ato de desapropriação. Sua possibilidade por inexistência de direito subjetivo do expropriado. *A declaração da utilidade pública para fins de desapropriação e, sem dúvida, atribuição discricionária do poder público, e, por igual, a retratação.* (grifo nosso)

(MS n. 1.601, DJ 11.10.1957, Relator Ministro Ari Franco)

9. É pacífico, também, o entendimento desse egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legal a desapropriação para utilidade pública, respaldada em Lei, que tem por objetivo uma melhor utilização da propriedade, dando à mesma uso de interesse coletivo.

10. Neste sentido:

Administrativo. Desapropriação por interesse social. Legitimidade do Estado.

1. *A desapropriação pode ser por utilidade pública, regida pelo DL n. 3.365/1941, ou por interesse social (Lei n. 4.132/1962).*

2. A desapropriação por interesse social abriga não somente aquela que tem como finalidade a reforma agrária, de competência privativa da União, como também aquela que objetiva melhor utilização da propriedade para dar à mesma uso de interesse coletivo.

3. Decreto Estadual que pautou-se no art. 2º da Lei n. 4.132/1962, tendo o Estado absoluta competência para a expropriação.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(grifo nosso)

(REsp n. 20.896-SP, DJ 13.12.1999, p. 00128, Relatora Ministra Eliana Calmon)

Ora, no proceder desapropriatório, conforme ensina José de Santos Carvalho Filho, em seu “Manual de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 5ª Ed., 1999, p. 575, “... o poder de escolha (por desapropriar, à vista da declaração de utilidade pública) é privativo da Administração Pública e não cabe ao juiz criar outro juízo de valor, porque é necessário garantir a separação de Poderes e de funções (art. 2º da CF).”

Em face do exposto, consagrado está na doutrina e na jurisprudência que não há possibilidade do Judiciário examinar o ato da Administração que, sob os critérios da oportunidade, necessidade e conveniência, desapropria, para fins de utilidade pública, bens para formação de Distrito Industrial.

Com razão, portanto, o Estado da Bahia ao consignar, às fls. 546/547:



É que tanto o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal quanto o art. 164, IV, da Constituição Estadual asseguram ao Estado da Bahia o poder de declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação, de bens situados ao alcance do seu domínio, sendo apenas exemplificativas as hipóteses previstas no art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

É o que, por todos - por Pontes de Miranda, por Guimarães Menegale, por Limongi França, por Pestana de Andrade -, observa José Carlos de Moraes Salles:

A enumeração legal dos casos de desapropriação é meramente exemplificativa. A aceitar-se o argumento de que a referida enumeração é taxativa, teríamos de aceitar, também, a consequência de ser impossível a expropriação quando, apesar de manifesta a necessidade ou utilidade pública de determinada obra a ser executada pelo Poder Público, não tivesse havido previsão legal abrangedora da mencionada hipótese.

Entendemos, pois, que, ocorrendo caso de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, ainda que não previsto em lei, possível será a desapropriação do bem pretendido pelo Poder Público para atendimento daquela finalidade, porque a previsão constitucional dos pressupostos da expropriação é suficiente.

A fundamentação acima referida do Estado da Bahia está assentada em ensinamentos de José Carlos de Moraes Salles, *in* “A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência”, SP, RT, 3ª ed., 1995, p. 90/91.

Socorre ao Estado recorrido o que, do modo próprio, se assinala à fl. 552:

De parte o fato de que, tendo agora essa oportunidade, a Recorrente não diz nada que ampare a sua pretensão, todavia, é certo que na fase declaratória da desapropriação, por utilidade pública, não há que se falar em processo bilateral.

É que o Decreto que declara, a. utilidade pública do bem a ser eventualmente expropriado é ato que, como observa Massami Uyeda, “consulta apenas a oportunidade, conveniência ou adequação da edição da medida”⁵. Tratando-se, assim, de ato administrativo preliminar ao processo expropriatório propriamente dito, uma vez que objetiva apenas manifestar a vontade da Administração no sentido de se apropriar do bem⁶, não há que se falar em bilateralidade de audiência.

Se “ao promover a desapropriação”, por ato declaratório da utilidade pública do bem, “o Poder Público não consulta a vontade, a conveniência ou a oportunidade do expropriando”, na medida em que aqui “o Estado age em função do interesse público e diante deste o interesse privado cede lugar”⁷, enfim, é claro que o contraditório só há de ter lugar na fase propriamente executória da pretensão de expropriar.

Sem que se possa falar, dessa. forma, em interesse tutelável do expropriando em integrar o *iter* que culminou no Decreto de declaração de utilidade pública do bem, tampouco se pode acolher mais esse argumento lançado na inicial do *writ*.

(⁵ Massarni Uyeda, Da desistência da desapropriação. Curitiba: Juruá. 2. ed., 1999, p. 31; ⁶ Miguel Seabra Fagundes, Da desapropriação no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2. ed., 1949, p. 62 e 133; ⁷ Massami Uyeda, Da desistência da desapropriação, *op. cit.*, p. 36/37.)

Tem dito a jurisprudência (fl. 87):

Desapropriação por utilidade pública de imóvel destinado a implantação de distrito industrial. Não compromete sua legitimidade a circunstância de se deverem vender a particulares, que neles hajam de levantar estabelecimentos industriais, lotes extraídos da área expropriada. Recurso Extraordinário conhecido, mas não provido. (RE n. 88.742-MG, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, publ. DJ de 08.06.1979, p. 04536, Ement Vol. 01.135-02, p. 00309, RTJ Vol. 00090-01, p. 00265).

Não se perca de vista que, conforme acentuado pela melhor doutrina, a expedição de decreto desapropriatório de bens para fins de utilidade pública não tem o condão, por si só, de transferir a propriedade do futuro expropriado ao Estado. Os seus efeitos são, unicamente, declaratórios. A efetivação do declarado no decreto será objeto de procedimentos futuros, inclusive, em caso de desapropriação por utilidade pública, ao condicionamento das obras serem aprovadas pelo município respectivo e, se for o caso, autorizadas pelos órgãos fiscalizadores do meio-ambiente. É essa a interpretação que se dá ao art. 5º, § 2º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Esses atos são praticados após a consumação da desapropriação e debates nos órgãos competentes dos projetos e apresentados com pretensão de serem liberados.

Não há que se confundir a declaração de utilidade pública posta no decreto expropriatório com a desapropriação propriamente dita. São fases distintas. É o que ensina José Carlos de Moraes Salles, na sua obra já citada, p. 141 (fls. 127/128):

Relembre-se, ademais, que a declaração de utilidade pública não se confunde com a desapropriação propriamente dita.

Pela primeira, declara-se um bem de utilidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação.

A desapropriação, entretanto, só se verifica com o acordo entre o expropriante e expropriado para a transferência do imóvel deste para aquele, ou principia com a citação para a ação judicial intentada, com o referido objetivo, pelo Poder Público ou por seus delegados.



Os demais argumentos da recorrente foram respondidos, corretamente, pela recorrida às fls. 537/545:

Da preliminar de nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional.

5. Apesar do título dado pela Recorrente, pretende ela, na verdade, declarar a nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional- ausência de apreciação fundamentada de supostas questões jurídicas por si aventadas no mandado de segurança, quais sejam:

a) nulidade do decreto expropriatório por inexistência de fundamentação (utilidade pública não configurada);

b) nulidade do decreto expropriatório por ausência de prévio plano de infraestrutura urbanística específico para implantação de distrito industrial;

c) nulidade do decreto expropriatório por inobservância da competência exclusiva municipal no tocante à ordenação do solo urbano, a caracterizar desvio de finalidade;

d) nulidade do decreto expropriatório pela ausência de cientificação e autorização da Recorrente para a penetração no seu imóvel antes da publicação do decreto;

e) nulidade do decreto expropriatório pela ausência do devido processo legal, ampla defesa e contraditório;

f) nulidade do decreto expropriatório pela ausência de autorização do órgão estadual respectivo e do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RETA);

g) nulidade do decreto expropriatório por deficiência na qualificação do objeto;

h) nulidade do decreto expropriatório por incluir bens públicos de uso comum do povo, insuscetíveis de desapropriação;

i) nulidade do decreto expropriatório pela inobservância do art. 46 da LC n. 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal - e da não demonstração de dotação orçamentária para indenização respectiva.

6. No entanto, *verifica-se que a Recorrente confunde a preliminar com o mérito da causa. Aqui, em sede de preliminar, deve-se tão somente examinar se houve ou não pronunciamento jurisdicional a respeito das matérias. O acerto ou erro deste pronunciamento constitui mérito do recurso.*

7. Constitui negativa da prestação jurisdicional a não solução das questões jurídicas (pontos controvertidos) suscitados pelas partes; e nunca o não acolhimento

das razões - argumentos - daquelas pelo órgão julgador. Este o entendimento unânime deste Superior Tribunal de Justiça:

II – Inocorre a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, eis que os temas foram devidamente analisados, não tendo o condão de macular a decisão, a ponto de anulá-la, o fato de não ter o tribunal encontrado a solução buscada pelo recorrente. A negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios só se configura quando, na apreciação do recurso, o tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida e não foi, o que não corresponde à hipótese dos autos.

No caso concreto, percebe-se:

8. Quanto à primeira questão (item 1.1. das razões de recurso), o acórdão a examinou e reconheceu a existência de motivação para a desapropriação pública (utilidade pública consubstanciada na implantação de parque industrial), salientando, ainda, não poder adentrar no exame da conveniência e oportunidade de ato administrativo discricionário, pois o controle jurisdicional encontrava-se limitado ao exame da legalidade (verificação da presença de motivação do ato administrativo).

9. De referência, à segunda questão (item 1.2), o acórdão é muito claro ao entender ser necessário o projeto de implantação de distrito industrial, previsto no § 3º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, somente quando da efetivação da desapropriação que, como sabido, somente ocorre com o pagamento do preço justo (arts. 10 e 29 do referido diploma legal).

10. A suposta terceira causa de nulidade (item 1.3) também foi decidida, reconhecendo o Tribunal de Justiça da Bahia a diferença entre a decisão administrativa expropriatória - declaração de interesse público sobre imóvel particular - e a competência municipal para ordenação do solo urbano, não ferindo tal competência a expropriação; sem contar que pretenderia a Recorrente antecipar-se à execução do projeto em si mesmo.

11. Solucionou-se a quarta (item 1.4) por não afetar o decreto expropriatório a ausência de permissão para conhecer o imóvel, cabendo, ao máximo, perdas e danos.

12. A quinta, questão (item 1.5) se mostrou uma das mais óbvias e foi resolvida justamente ao se reconhecer qual o procedimento administrativo para a desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/1941), no qual não há litígio entre Administração e particulares, a não ser a discussão sobre preço, que se efetiva judicialmente. O devido processo legal foi respeitado com a declaração de expropriação (decreto) e posterior propositura da ação cabível.



13. No que tange à sexta questão (item 1.6) a transcrição realizada pela Recorrente já serve a afastar a preliminar por si própria suscitada. Se decidiu que a questão era, prematura, pois condicionada à efetivação da desapropriação, houve sim solução judicial, descaracterizando a alegada omissão.

14. A sétima alegação de nulidade (item 1.7) também sofreu análise e foi afastada por se considerar perfeito o decreto expropriatório, inclusive quanto à descrição do imóvel.

15. A oitava (item 1.8) idem. Reconheceu-se inexistir qualquer vedação legal a expropriação de bem público.

16. Por fim, a nona alegação (item 1.9) tampouco mereceu acolhida porque a menção à dotação orçamentária não integra os requisitos do decreto expropriatório, não se configurando qualquer prova de violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A mera leitura do acórdão já serviria a afastar todas essas alegações.

17. Surpreendentemente, a negativa da prestação jurisdicional também adviria da ausência de apreciação de fatos e provas supervenientes (item 1.1.3), a saber, da juntada de petição da Recorrente, informando a propositura da desapropriação e a concessão da imissão de posse. Por urna mera constatação topológica, percebe-se que o relatório e o acórdão foram proferidos após a petição, a permitir se deduzir ter sido o citado fato analisado.

Da preliminar de nulidade do acórdão pela não juntada de petição da recorrente.

18. Suscita a Recorrente preliminar de nulidade do acórdão porque não teria sido juntada petição em que reitera o pedido de concessão de liminar.

Antes mesmo de se analisar juridicamente a questão proposta, imagine-se que pretende a Recorrente invalidar uma decisão de mérito porque não houve juntada de petição relativa a decisão liminar, que seria por aquela (decisão de mérito) substituída! Existiria lógica?

19. A decisão liminar, em mandado de segurança, serve à proteção da futura tutela a ser concedida. Substitui-se, portanto, a decisão liminar pela decisão de mérito. Na medida em que há decisão de mérito resta prejudicado o pedido de decisão liminar, sendo estes conceitos básicos.

Dessa maneira, a ausência da juntada da petição da Recorrente diante do julgamento de mérito do mandado de segurança não lhe traz qualquer prejuízo, antes, serve à efetivação dos princípios da celeridade e economia processuais, não sendo, pois, cabível argüir a invalidade por vício de forma, *ex vi* do devido processo legal. Não há nulidade sem prejuízo (CF/1988, art. 5º, LIV, c.c. CPC, arts. 244, 249, § 10).

Da preliminar de nulidade do acórdão pela ausência de manifestação sobre o pedido de esclarecimentos sobre procedimentos relativos ao direito inserto no art. 7º, VIII, da Lei n. 8.906/1994.

20. Com a devida vênua, o conhecimento da lei é obrigatório a todos e, principalmente, aos profissionais da área jurídica. Assim, descabido ao advogado pretender esclarecimentos acerca do direito a. ter acesso aos autos e ao julgador (EAOAB, art. 7º, VIII).

Se entendia a Recorrente a existência de “obstáculos” criados ao exercício profissional da advocacia, deveria ter agido na forma da lei, a exemplo de reclamação perante a Corregedoria Geral da Justiça, representação frente à Ordem dos Advogados do Brasil, enfim, deveria ter adotado os meios cabíveis para sanar o que via como problema, efetivamente estranho ao mandado de segurança impetrado.

21. O presente mandado de segurança não era o meio adequado à resolução do suposto conflito entre o advogado e o Gabinete do Relator (CF/1988, art. 5º, LXIX, de Lei n. 1.533/1951, art. 1º, e CPC, art. 267, VI), agindo com acerto o Tribunal de Justiça da Bahia ao afastar a questão administrativa.

Imagine-se anular uma decisão de mérito porque o advogado, supostamente, não logrou ter acesso aos autos, que se encontravam conclusos para decisão! No caso, resta muito claro que o objetivo dessa preliminar não é garantir exercício profissional.

Do pedido existente às fls. 443 de julgamento de mérito pelo STJ acaso acolhida a preliminar de nulidade.

22. Convenientemente, confunde a Recorrente os conceitos de declaração de nulidade e extinção do feito sem julgamento de mérito, invocando a aplicação do art. 515, § 3º do CPC.

23. A norma tem aplicação restrita, a partir da modificação de decisão em instância por outra, em 2ª instância. Pode-se afirmar pela substituição, reforma. Na hipótese de declaração de nulidade de decisão, esta decisão é desconstituída, portanto, impossível substituir algo sem validade no plano jurídico.

Se aplicado o art. 515, § 1º, ter-se-ia aqui supressão de instância, em violação ao devido processo legal (CF/1988, art. 5º, LIV).

Deve-se, pois, indeferir este pedido, na absurda hipótese de se acolher qualquer das preliminares de nulidade do acórdão.

Dos fatos reais.

24. O anexo processo administrativo, em que se materializou a fase declaratória da desapropriação, indica a existência de dois protocolos de intenção que precederam o Decreto em questão.



25. O primeiro protocolo, celebrado entre o Estado da Bahia e a Calçados Jacob S/A em junho de 1997, projetava estabelecer relações recíprocas para que aquela empresa instalasse urna unidade fabril no Município de Itabuna e, nomeadamente, ajustava, como compromisso do Estado disponibilizar área de 30.000 m² (trinta mil metros quadrados) de terrenos, na zona urbana do Município de Itabuna-BA (doc. anexo).

Em preâmbulo ao instrumento, assim se registrou a causa das tratativas:

A atração de empresas localizadas nas regiões mais desenvolvidas do País deverá efetivar-se através de concessão de benefícios que compensem as desvantagens da realocização industrial, como a infra-estrutura de suprimento de insumos e a necessidade de treinamento de mão-de-obra (doc. anexo).

25. Pelo segundo protocolo, celebrado entre a Prefeitura daquele Município e a empresa de calçados, ficou ajustado que:

o Poder Executivo do Município de Itabuna compromete-se a desenvolver todos os esforços para que o Poder Legislativo aprove legislação que permita o cumprimento dos compromissos assumidos no presente Protocolo (doc. anexo).

26. Com a localização da área que, de acordo com os entendimentos havidos em razão desses dois protocolos de intenção, melhor se ajustava à utilidade pública registrada no preâmbulo do primeiro instrumento, foi elaborado o memorial descritivo do imóvel e, em seguida, após a análise do órgão jurídico da Superintendência de Desenvolvimento Industrial e Comercial do Estado (doc. anexo), editou-se o Decreto de desapropriação.

Estou de pleno acordo com as razões acima apresentadas. Elas estão em harmonia, conforme demonstrado, com o nosso ordenamento jurídico.

Isso posto, voto pelo desprovemento do recurso, mantendo o acórdão recorrido que denegou a segurança.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki:

Administrativo. Desapropriação. Distrito industrial (art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 3.365/1941). Decreto expropriatório. Disponibilização da área a apenas uma empresa. Ilegalidade. Recurso ordinário provido, acompanhando a relatora.

1.- Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança visando à nulidade do Decreto n. 7.917/2001, que, com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (construção ou ampliação de distritos industriais) determina a desapropriação de área para implantação de unidade industrial no Município de Itabuna-BA (art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 7.917/2001 - fl. 148). O tribunal de origem denegou a ordem. Alega a recorrente que (a) o decreto expropriatório é nulo, pois fundado em dispositivo que não abarca a hipótese de implantação de unidade industrial; (b) o poder de desapropriar para fins de criação de distrito industrial é exclusivo do Município; (c) não foram respeitados o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal no processo administrativo que gerou o Decreto; (d) não foi realizado o EIA-RIMA, necessário à implantação de distrito industrial; (e) não há autorização legislativa para a realização da desapropriação, que, no caso, é necessária; (f) não há a prévia dotação orçamentária exigida pela Lei Complementar n. 101/2000. O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

A relatora, Min. Denise Arruda, deu provimento ao recurso em voto assim ementado:

Processual Civil. Mandado de segurança. Recurso ordinário. Decreto expropriatório. Art. 5º, alínea **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. Implantação de “unidade” industrial. Nulidade do ato viciado por desvio de finalidade, pois beneficia uma única empresa privada. Autoridade coatora incompetente para a expedição do ato.

1. Mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado da Bahia, consubstanciado na edição de decreto expropriatório que declarou de utilidade pública, para fins de implantação de unidade industrial, imóveis de propriedade da recorrente.

2. A declaração expropriatória exterioriza, tão-somente, a intenção estatal de desapropriar determinado bem, não repercutindo, de modo imediato, no direito de propriedade do expropriado. Sob esse aspecto, é possível constatar que os pressupostos necessários à desapropriação, sejam eles de que ordem for, não precisam estar presentes no momento da edição do decreto expropriatório.

3. O exame da oportunidade e da conveniência do ato ora impugnado não se sujeita a controle judicial. Entretanto, a hipótese legal de desapropriação elencada pelo administrador como fundamento do decreto expropriatório – art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, no caso dos autos – deverá ser compatível com o fim a que ele se destina, sob pena de se viciar o ato praticado.

4. Por distritos industriais deve-se entender “a área de concentração de indústrias e atividades complementares delas, ordenada pelo Poder Público



mediante plano urbanístico especial de urbanificação do solo, com possibilidade de desapropriação da gleba e revenda ou locação dos lotes aos estabelecimentos industriais interessados” (SILVA, José Afonso da. “Direito Urbanístico Brasileiro”, 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 377).

5. O decreto expropriatório editado com fundamento no art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, beneficiando uma única empresa privada, contém vício de finalidade que o torna nulo, na medida em que se desvia do interesse público, contrariando, ainda, os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, consagrados no art. 37 da Constituição Federal.

6. Ademais, a construção ou ampliação de distritos industriais pressupõe “o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, dependendo, ainda, “de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação”, tal como definido nos §§ 1º e 2º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, atraindo, desse modo, a competência exclusiva dos Municípios, a teor do disposto no art. 30, VIII, da CF/1988.

7. O Governador do Estado da Bahia não detém competência, tanto para a expedição do decreto expropriatório atacado pela via do presente *mandamus* como para a efetiva desapropriação, visto ser do Município o interesse público capaz de ensejar a desapropriação para a construção ou ampliação de distritos industriais.

8. A Primeira Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que “é lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder” (REsp n. 36.611-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 22.08.1994).

9. Recurso provido para se conceder a segurança pleiteada, declarando-se a nulidade do Decreto n. 7.917/2001, expedido pelo Governador do Estado da Bahia.

Em voto-vista, o Min. José Delgado divergiu da relatora, negando provimento ao recurso ao fundamento de que (a) “não há possibilidade do Judiciário examinar o ato da Administração que, sob os critérios da oportunidade, necessidade e conveniência, desapropria, para fins de utilidade pública, bens para formação de Distrito Industrial”; (b) a declaração de utilidade pública por Decreto do Governador do Estado diferencia-se da ordenação do solo urbano a ser levada a efeito pelo Município, que se dá em momento posterior; (c) as demais questões alegadas não são passíveis de exame no momento, pois são objeto da ação de desapropriação a ser promovida pelo Poder Público.

Pedi vista.

2.- Merece provimento o recurso. Conforme destacado pela Ministra relatora, a hipótese de desapropriação por utilidade pública para criação ou ampliação de distrito industrial (art. 5º, **i**, do Decreto-Lei n. 3.365/1941) não abarca hipóteses como a dos autos. No caso, o Decreto Expropriatório n. 7.917/2001, no parágrafo único do seu art. 1º, determina que a área a ser expropriada “destina-se à implantação de unidade industrial no Município de Itabuna” (fl. 148). Ademais, de acordo com o exposto no Protocolo de Intenções firmado entre o Governo do Estado da Bahia e a Calçados Jacob S.A., o Estado se compromete a (a) “disponibilizar área de 30.000 m² (trinta mil metros quadrados) de terrenos, na zona urbana do Município de Itabuna-Bahia”; (b) “construir e ceder, em regime de comodato, edificações para implantação de plantas industriais” (fl. 135). Ocorre que, na forma do § 1º do art. 5º do Decreto-Lei n. 3.365/1941, a criação de distrito industrial “inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas”, ou seja, (a) a implantação de várias indústrias na área expropriada; (b) a revenda ou locação dos lotes, e não sua disponibilização ou empréstimo a um determinada empresa. Assim, verifica-se a nulidade do Decreto baiano n. 7.917/2001, devendo ser concedida a segurança.

3.- Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário, acompanhando a relatora. É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 19.456-MG
(2005/0008734-6)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Lindomary de Lourdes Ribeiro
Advogado: Rita de Cássia Menossi Rodrigues e outro
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Impetrado: Secretário de Governo do Estado de Minas Gerais
Recorrido: Estado de Minas Gerais
Procurador: Heloiza Saraiva de Abreu e outros

EMENTA

Constitucional. Administrativo. Acumulação de proventos de aposentadoria. Magistério e oficial de registro. Decreto n. 41.689/2001 (MG) e Lei n. 8.935/1994. Impossibilidade. Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 02.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado por Lindomary de Lourdes Ribeiro contra ato do Secretário de Estado de Governo de Minas Gerais que indeferiu pedido de aposentadoria no cargo de Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Francisco Sá ao argumento de não ser possível a acumulação dos proventos pleiteados com os já percebidos em razão de anterior aposentadoria no cargo de professora estadual.

Após indeferir a liminar (fl. 153), o Tribunal de origem decidiu denegar a ordem. O acórdão (fl. 168) foi ementado nos seguintes termos:

Ação originária de mandado de segurança. Professor e escrevente do foro extrajudicial. Acumulação. Impossibilidade. Segurança denegada.

1. A Constituição da República consagra o princípio da inacumulatividade de cargos públicos e proventos, excepcionadas as hipóteses exaustivas previstas no art. 37, XVI.

2. A atividade do escrevente do foro extrajudicial, dada a sua natureza burocrática, não se enquadra no denominado cargo técnico ou científico, restando vedada a acumulação com o cargo de professor.

3. Segurança denegada.

No recurso ordinário (fls. 180/183), a recorrente sustenta que (a) tem natureza privada o serviço dos notários e registradores, que não podem ser classificados como servidores públicos; (b) revela-se constitucional a acumulação em debate, já que o serviço de Oficial de Registro comporta natureza técnica, haja vista que a Lei n. 8.935/1994 equipara a qualificação de bacharel em direito

ao exercício de função notarial ou de registro por 10 anos para inscrição no concurso de provimento destes cargos; e (c) “os notários e registradores, não obstante não possuam *status* de servidores públicos, têm direito de aposentar-se pelo regime estatal anteriormente vigente” (fl. 182), a teor do art. 51 da Lei n. 8.935/1994, que estabeleceu diretriz transitória em atendimento ao preceito constitucional do art. 236 da CF.

Em contra-razões (fl. 190/197), o recorrido alega que (a) a vedação constitucional à acumulação engloba não apenas cargos, mas também empregos ou funções públicas; (b) a atividade desenvolvida pela recorrente não apresenta natureza técnica, devido ao fato de ser meramente burocrática; e (c) “ainda que se provasse que o cargo de Oficial Substituto de Registro de Imóveis é de natureza técnica, ou que exige discernimento técnico, haveria de se provar que o cargo de professor, então exercido simultaneamente, (...) seria de conteúdo pertinente aos dos serviços registrares” (fl. 196), demandando instrução probatória - inadmissível em sede de mandado de segurança.

O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 212/214).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Sobre a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, assim dispõe o art. 37, XVI, **b**, e XVII, da Constituição:

Art. 37 - *omissis*

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) (...)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) (...);

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

No caso, a recorrente busca acumular os proventos de aposentadoria decorrentes do exercício do cargo de professora e da função de Oficial de



Registro Público. Importa analisar, à luz da norma constitucional, se a referida função tem natureza técnica.

2. Definindo cargo técnico, para fins de acumulação de cargos, empregos e funções públicas estaduais, o art. 2º do Decreto n. 41.689/2001, do Estado de Minas Gerais, aplicável à espécie, estabelece que:

Art. 2º Considera-se cargo técnico ou científico aquele para cujo exercício é exigida de seu titular:

I- formação em nível superior de ensino; ou

II- formação em nível de ensino médio, com habilitação para o exercício de profissão técnica.

Parágrafo único. Equivale à habilitação profissional em nível de ensino médio a obtida em curso oficialmente reconhecido como técnico, em nível de segundo grau de ensino.

A seu turno, a Lei n 8.935/1994, que trata dos serviços notariais e de registro, ao dispor sobre os requisitos para a delegação do exercício desses serviços, traz em seu art. 15, § 2º, que “ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro”. Observa-se, portanto, que não há exigência taxativa de formação em nível superior e, tampouco, de “formação em nível de ensino médio com habilitação para profissão técnica” para o exercício da função de Oficial de Registro, afastando-se, com isso, da definição de cargo técnico adotada pelo Decreto n. 41.689/2001.

Ademais, na lição de Pontes de Miranda, já adotada pelo Supremo Tribunal Federal (AgRg no RE n. 431.994-AM, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJ de 03.03.2006), “exerce cargo técnico-científico aquele que, pela natureza do cargo, nele põe em prática métodos organizados, que se apóiam em conhecimentos científicos correspondentes” (Comentários à Constituição de 1946, vol. VI, 1960, p. 316). De acordo com Marçal Justen Filho, “atividade científica consiste naquela de produção, desenvolvimento e transmissão de conhecimento científico” e “atividade técnica é aquela orientada a produzir a modificação concreta da realidade circundante, por meio da aplicação do conhecimento especializado” (Curso de Direito Administrativo, 2005, p. 600). Ora, também sob esse enfoque não pode ser considerada de natureza técnica ou científica a função de Oficial de Registro. Conforme bem assevera o acórdão recorrido (fl. 172), tal atividade é meramente burocrática, não se enquadrando na exigência constitucional.

Deve-se ressaltar, outrossim, que o art. 25 da Lei n. 8.935/1994 expressamente dispõe que “o exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão”.

Não há, portanto, possibilidade de acumulação de proventos no caso, uma vez que o cargo e a função em análise não podem ser acumulados.

3. Diante do exposto, nego provimento ao recurso ordinário. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 643.389-PE (2004/0053681-9)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Posto Regina Amélia Ltda

Advogado: Bruno Romero Pedrosa Monteiro e outros

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Nelson Silvério de Santana Filho e outros

EMENTA

Tributário. Finsocial. Empresas varejistas de combustíveis. Compensação. Legitimidade ativa *ad causam*.

1. A Primeira Seção, ao julgar os EREsp n. 648.288-PE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 11 de novembro de 2006, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

2. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou



provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Posto Regina Amélia Ltda* contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, na ação ordinária que visava à compensação de valores recolhidos indevidamente a título de Finsocial, deu provimento à apelação da Fazenda Nacional e remessa necessária.

O aresto restou assim ementado:

Processual Civil. Tributário. Finsocial. Comerciante varejista de combustíveis. Compensação. Valores pagos decorrentes de alíquotas superiores às previstas no Decreto-Lei n. 1.940/1982 com a Cofins pelo regime de substituição tributária. Ilegitimidade ativa *ad causam*.

1. O comerciante varejista de combustíveis, atrelado ao regime de substituição tributária, não tem legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a compensação, por não ser quem recolhe os valores das contribuições sociais.

2. O valor referente ao Finsocial encontra-se embutido no preço pago pelo comerciante quando da aquisição do combustível ou lubrificante, o qual repassa-o para o consumidor final.

3. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial providas. (fl. 277)

Nas razões do apelo especial, a parte recorrente aponta divergência entre o entendimento firmado no acórdão recorrido e a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à legitimidade ativa do substituído tributário, sustentando ser direito do contribuinte substituído pleitear a compensação de créditos porventura recolhidos indevidamente aos cofres públicos.

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões.

Admitido o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): A irresignação não merece acolhimento.

Sobre a matéria, a Primeira Seção, ao julgar os EREsp n. 648.288-PE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 11 de novembro de 2006, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final.

Nesse recurso, ao proferir o voto condutor, o Relator consignou:

Como se observa, a legislação vigente à época dos recolhimentos do extinto Finsocial, declarado inconstitucional pelo STF e que agora se pretende repetir na forma de compensação, estabelecia, quanto ao comércio de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes, o regime de substituição tributária para frente, impondo ao distribuidor de combustíveis a responsabilidade pelo pagamento do tributo. Porém, ao repassar o produto ao varejista, o distribuidor embute no preço a contribuição que antecipadamente recolheu. Assim, embora não figure na relação tributária como responsável pelo recolhimento do Finsocial, o comerciante varejista, substituído tributário, ao adquirir o combustível para posterior revenda, desembolsa, além do preço do produto, o montante equivalente ao ônus da imposição fiscal. Portanto, no âmbito do regime de substituição tributária, detém o substituído legitimidade ativa para questionar a exigência do Finsocial.

3. Todavia, a questão posta em debate é de outra natureza e não diz, propriamente, com a legitimidade ativa mas com o próprio direito de haver a repetição do indébito. É que o direito de haver a restituição de valores indevidamente recolhidos (inclusive, como aqui ocorre, por via de compensação), pertence, em princípio, ao sujeito passivo da obrigação tributária, isto é, daquele a quem a lei impõe o dever de pagar o tributo, seja ele contribuinte (CTN, art. 121, I) ou responsável (CTN, art. 121, II). Dispõe, no entanto, o Código Tributário que ‘a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la’ (art. 166). No mesmo sentido, a Súmula n. 546 do STF, editada após a entrada em vigor da regra do CTN, afirma 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’.



(...)

Subjaz a essas conclusões o desiderato central do art. 166 do CTN, que é o de evitar o enriquecimento sem causa. Impede-se que seja beneficiado com repetição quantias relativas quem não sofreu qualquer diminuição patrimonial pelo indevido pagamento. Permite, desta forma, que o substituído tributário pleiteie a restituição, desde que para tanto esteja expressamente autorizado pelo contribuinte de fato.

4. Seguindo essa orientação, embora se reconheça a sua legitimidade para questionar a exigência do tributo, não tem o substituído tributário (comerciante varejista) legitimidade ativa para pleitear a repetição dos valores indevidamente recolhidos, porque não demonstrado nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final. Acertado, portanto, o acórdão do Tribunal *a quo* que, interpretando tal dispositivo, afirmou que o comerciante varejista não possui 'legitimidade ativa *ad causam*, para requerer em juízo a devolução de tais valores, pois é empresa do ramo varejista, não sendo ela quem recolheu a exação em comento. Observe-se que no preço da venda do combustível já está incluído o valor do tributo, o qual é repassado diretamente ao consumidor final. A autora só faria jus a tal devolução se demonstrasse cabalmente, não ter repassado o valor do tributo ao consumidor final' (fl. 458). Irrepreensível também o acórdão embargado que explicitou não ter o comerciante varejista de combustíveis legitimidade para pleitear a compensação de valores indevidamente recolhidos, indicando jurisprudência desta Corte, segundo a qual 'o valor referente ao Finsocial encontra-se embutido no preço pago pelo comerciante quando da aquisição do combustível ou lubrificante, o qual repassa-o totalmente para o consumidor final' (fl. 498).

No mesmo sentido, vale conferir o escólio de Hugo de Brito Machado, para quem tanto o substituto como o substituído têm legitimidade ativa para propositura de ações questionando a validade de aspectos do regime, na medida em que ambos integram a relação jurídica tributária, fazendo-se, no entanto, a ressalva quanto à "ação de restituição de indébito, para a qual terá legitimidade quem provar haver efetivamente arcado com o ônus do tributo" (*Substituição Tributária e realidades afins - legitimidade ativa ad causam*, in *Revista Dialética de Direito Tributário* 68, maio de 2001, p. 68/69).

Nesse contexto, não merece reforma o acórdão do Tribunal de origem quando afirma que "a autora só faria jus a tal devolução se demonstrasse cabalmente não ter repassado o valor do tributo para o consumidor final. Não sendo, o revendedor varejista de combustíveis e lubrificantes quem arca com o ônus financeiro, não poderá esse reivindicar a sua devolução, caso contrário estaríamos autorizando o seu enriquecimento sem causa, concedendo a uma

determinada pessoa o que não lhe seria devido, fato esse deveras combatido pelo nosso ordenamento jurídico.” (fl. 273)

Diante do exposto, o recurso especial deve ser desprovido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 647.216-DF (2004/0037073-9)

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: União

Recorrido: Paulo Geovani Nunes Azzolin e cônjuge

Advogado: Ercias de Paula e outro

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Acidente de trânsito provocado por falha na pavimentação (buraco) de rodovia federal. Indenização por danos materiais. Rito sumário. Alegada violação do art. 277, § 5º, do CPC. Não-ocorrência. Conversão para o rito comum ordinário. Desnecessidade. Desprovimento.

1. A ação de indenização por danos materiais causados em acidente de veículo de via terrestre processar-se-á pelo rito comum ordinário, independentemente do valor da causa (CPC, art. 275, II, **d**).

2. O art. 277, § 5º, do CPC, autoriza a conversão do rito sumário para o ordinário *quando houver necessidade* de prova técnica de maior complexidade.

3. O TRF da 1ª Região, com base nos fatos e provas, conclui que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, os danos materiais, o nexo de causalidade e a omissão do Estado; (III) não houve culpa (negligência) do motorista no acidente.

4. O conjunto de provas produzidas nos autos (documentos, testemunhas e perícia técnica) foi suficiente para julgar a lide. Portanto, revela-se completamente desnecessária a realização de



prova técnica complexa e, assim, totalmente impertinente a conversão do procedimento.

5. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Denise Arruda, Relatora

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Denise Arruda: Trata-se de recurso especial interposto pela União Federal com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região sintetizado na seguinte ementa (fl. 277):

Direito Civil. Indenização por dano material. Acidente de automóvel em rodovia federal. Má conservação das estradas. Cabimento. Denúnciação da lide. Polícia Rodoviária Federal. Impossibilidade. Responsabilidade objetiva do Estado.

Não há se falar em denúnciação da lide fora das hipóteses elencadas no art. 70 do Código de Processo Civil, ainda que a relação de direito permita o ajuizamento de ação regressiva própria. Perfaz responsabilidade objetiva do Estado a conduta omissiva dos Órgãos ou Agentes estatais, que deixam de promover as devidas obras de conservação e restauração das rodovias sob sua administração, deixando a qualquer sorte os cidadãos usuários da malha rodoviária federal. Os acidentes havidos em decorrência dessa conduta omissiva, diante da comprovação do dano e presente o nexo causal com a aludida conduta, deverão ser indenizados pelo Estado, na conformidade do dispositivo constitucional insculpido no art. 37, § 6º. Recurso adesivo, apelação do DNER e remessa oficial improvidos.

A recorrente aponta violação do art. 277, § 5º, do Código de Processo Civil, alegando, em síntese, que: (a) “a solução da lide, acidente automobilístico em rodovia, exige a produção de provas mais complexas, ao contrário do que foi afirmado no v. acórdão, o qual optou por atender ao disposto no art. 275, inciso II, letra **d**, sem se atentar para o disposto no art. 277, § 5º, ambos do CPC” (fl. 283); (b) a manutenção do rito sumário prejudicou o seu direito de defesa, pois não teve condições de comprovar a improcedência do pedido.

Requer, assim, o provimento do recurso especial, a fim de anular o aresto regional e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, para que seja proferido novo julgamento (fl. 285).

Contra-razões não-apresentadas (fl. 286).

Admitido o recurso na origem (fl. 287), subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Denise Arruda (Relatora): Os recorridos ajuizaram ação de conhecimento, sob rito ordinário, pleiteando a condenação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) – sucedido, no feito, pela União Federal – ao pagamento de indenização por danos materiais causado no veículo e despesas médico-hospitalares decorrentes de acidente de trânsito provocado por falha na pavimentação (buraco) de rodovia federal.

Na decisão de fl. 133, o juiz de primeiro grau converteu o rito ordinário em sumário, com fundamento no art. 275, II, **d**, do CPC.

A r. sentença rejeitou a preliminar de denúncia da lide à Polícia Rodoviária Federal e, no mérito, julgou procedente o pedido, para condenar o réu ao pagamento dos danos causados ao veículo acidentado e das despesas médico-hospitalares e periciais, acrescidos de juros moratórios desde o evento danoso (Súmula n. 54-STJ) e correção monetária, além das custas processuais e honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) sobre o valor da condenação.

O TRF da 1ª Região, por seu turno, negou provimento ao recurso de apelação do DNER, mantendo, assim, a r. sentença. Merece destaque, pela absoluta pertinência, o seguinte excerto do voto condutor (fls. 269/272):

Consta dos autos que, enquanto trafegavam pela Rodovia Federal BR-476, sentido São Mateus do Sul-PR, os autores Paulo Geovani Nunes Azzolin, e sua esposa Mara Roseli Murari Azzolin, ao cruzarem o KM 162 da rodovia, se depararam com



falhas na pista que motivaram a conduta do motorista, Paulo Geovani, no sentido de proceder manobras para desviar dos buracos, ocasião em que se viu diante de um buraco maior, do qual não pode desviar, tendo seu veículo atingido a falha, e vindo a capotar na seqüência.

O *laudo pericial* concluiu que o tempo naquele momento era bom, e permitia boa visibilidade. O veículo desenvolvia velocidade compatível à da via, e o buraco teria sido realmente a razão do acidente. Não foram registradas no entanto, marcas de freadas antes do buraco.

As circunstâncias que envolveram o acidente estão ilustradas pelos croquis elaborado pela *perícia* do Batalhão da Polícia Rodoviária, constante dos autos sob as fls. 10/11.

Os *danos causados ao veículo* estão descritos nos orçamentos realizados por oficinas especializadas, constantes às fls 29/31, e visualizados pelas fotografias acostadas sob as fls. 36/39. Às fls. 32/33, os autores juntam *notas de atendimentos médicos* prestados à autora Maria Roseli Azzolin, em decorrência do acidente. (...)

Quanto à irresignação do apelante pelo rito sob o qual se processou o feito, convertido pelo MM. Juízo a quo em Ação Sumária conforme decisão de fl. 133, melhor sorte não merece, posto que é determinação imposta pela mesmo Código de Processo Civil em seu art. 275, II, d (...).

Desse modo, por se tratar de ação de reparação civil por danos materiais causados ao veículo automotivo dos autores, de via terrestre, enquadra-se perfeitamente na hipótese ilustrada no aludido dispositivo legal, razão pela qual há que ser rejeitada a preliminar.

Não é o caso portanto, de ação de responsabilidade civil do Estado, dissociada dos elementos causadores e circunstâncias envolvidas no evento ocorrido, como aduz o apelante. Trata-se de responsabilidade civil do Estado dentro da hipótese prevista no art. 275, II, **d**, do CPC.

Em nota colacionada pelo doutrinador Theotônio Negrão em seu Código de Processo Civil, 'O procedimento sumário é adequado para as causas de reparação de dano resultante de acidente de trânsito, seja esse dano de natureza material ou pessoal. (RT n. 475/1991, 501/105, 541/210, RJTJESP n. 50/41, Bol. AASP n. 846/180).'

No caso vertente, o que intentam os autores senão a reparação dos danos materiais e pessoais suportados pelos mesmos em decorrência do acidente por eles sofrido? Tenho portanto como superada a preliminar. (grifou-se)

A recorrente, como visto, defende que seria necessária a conversão do rito comum sumário em ordinário, com base no art. 277, § 5º, do CPC, que dispõe:

Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei n. 9.245, de 26.12.1995)

(...)

§ 5º A conversão também ocorrerá quando houver necessidade de prova técnica de maior complexidade. (Incluído pela Lei n. 9.245, de 26.12.1995)

Contudo, não lhe assiste razão. A pretensão de direito material deduzida pelos recorridos (ressarcimento de prejuízos materiais decorrentes de acidente de trânsito) enquadra-se, perfeitamente, na previsão do art. 275, II, **d**, do CPC, a saber:

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

II - nas causas, qualquer que seja o valor:

- a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;
- b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;
- c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; (Redação dada
- d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;*
- e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;
- f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;
- g) nos demais casos previstos em lei.

Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao estado e à capacidade das pessoas. (grifou-se)

Sob outro ponto de vista, compete ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo (CPC, art. 130), assegurando-se-lhe, à luz do princípio do livre convencimento motivado, apreciar livremente a prova, de acordo com os fatos e circunstâncias constantes dos autos (CPC, art. 129).

Diante disso, o TRF da 1ª Região, ao julgar o mérito, decidiu (fls. 272/275):



Passando ao exame do mérito, verifico que nos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas, é unânime a constatação de que a rodovia se encontra em péssimo estado de conservação, e que os motoristas que por ali trafegam têm que se submeter a um verdadeiro exercício de habilidade ao volante para não serem vitimados pelos inúmeros buracos espalhados por toda extensão da pista.

Especialmente no depoimento constante à fl. 119 dos autos, prestado por Ori Stoco, policial militar que participou como membro da Comissão de Análise de Acidentes do 1º CR/DER-PR, desprende-se que a Comissão chegou a conclusão de que não haveria indícios que imputassem ao condutor a culpa pelo acidente havido.

Todavia, em sua peça de apelação, o DNER levanta no mérito, diversas considerações no sentido de atribuir culpa ao condutor do veículo, sustentando que o longo tempo que empreendia em sua jornada e a ânsia de chegar ao seu destino, teriam comprometido seus reflexos, e teriam ocasionado o acidente. Aduzem ainda que a ausência de marcas de freada junto ao buraco que provocou o acidente traduziria o excesso de velocidade desenvolvida pelo autor, o que impossibilitou uma reação do mesmo em frear o carro para transpor o obstáculo.

Ora, não pode o DNER querer fazer acreditar que, contrariando o resultado do laudo pericial e todas as outras provas colhidas nos autos, a responsabilidade pelo acidente ocorrido seja exclusivamente do condutor do veículo, baseando tais assertivas simplesmente em suposições de sua autoria, sem que haja qualquer amparo para tanto. (...)

A obrigação de indenizar decorre da hipótese inculpada no art. 37, § 6º da Constituição Federal (responsabilidade civil do Estado), bastando que se façam presentes e comprovados o dano suportado pelo cidadão, e o nexo causal com a conduta do Órgão ou Agente estatal. (...)

In casu, os danos foram devidamente demonstrados, e da mesma maneira identificada a conduta omissiva do Estado, em não propiciar aos cidadãos, as devidas condições para que pudessem trafegar normalmente pelas estradas sob sua administração, assumindo destarte o risco pelos eventos danosos que porventura surgissem como consequência da mesma omissão. (grifou-se)

Desse modo, com base nos fatos e provas, conclui-se que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, os danos, o nexo de causalidade e a omissão do Estado; (III) não houve culpa (negligência) do motorista no acidente.

O conjunto de provas produzidas nos autos (documentos, testemunhas e perícia técnica) foi suficiente para julgar a lide. Revela-se, portanto, completamente

desnecessária a realização de “prova técnica de maior complexidade” e, assim, totalmente impertinente a conversão do rito comum sumário para o rito comum ordinário.

Diante do exposto, impõe-se o desprovimento do recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 674.884-PR (2004/0119974-1)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Conselho Regional de Farmácia do Estado do Paraná - CRF-PR

Advogado: Rodrigo Luiz Menezes e outro

Recorrido: C Rodrigues Mendonça - Matriz

Advogado: Deolindo Esturilio

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Negativa de prestação jurisdicional. Inexistência. Conselho Regional de Farmácia. Multa. Sanção pecuniária. Aplicabilidade do art. 1º, da Lei n. 6.205/1975. Precedentes.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcl no AgRg no EREsp n. 254.949-SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS n. 9.213-DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC n. 26.808-RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

2. Esta Corte sedimentou entendimento no sentido de que o art. 1º da Lei n. 6.205/1975, que veda a fixação de valores monetários com base no salário mínimo, não é aplicável às multas, porquanto estas são sanções pecuniárias.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar

provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ 22.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em embargos à execução fiscal, conheceu parcialmente da apelação interposta pelo recorrente para, nesta parte, dar-lhe provimento, decidindo, no que importa à presente demanda, que, com a edição da Lei n. 6.205/1975, o salário mínimo deixou de ser indexador para a apuração do valor da multa, “para dar lugar a um ‘sistema especial de atualização monetária’ que, ao depois, através do Decreto n. 75.704/1975, passou a ser o chamado valor de referência” (fl. 125).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 139/143).

No recurso especial (fls. 146/163), o recorrente aponta ofensa aos seguintes dispositivos: (a) arts. 535, II, 165, 458, II, do CPC, argumentando não ter sido sanada a omissão apontada nos embargos de declaração, essencial ao deslinde da controvérsia; e (b) arts. 1º da Lei n. 6.205/1975, 1º da Lei n. 5.724/1971, 2º do Decreto-Lei n. 2.351/1987, 2º da Lei n. 7.843/1989 e 5º da Lei n. 7.789/1989, aduzindo, em síntese, que o ordenamento não impede a vinculação do valor da multa aplicada pelo CRF-PR (art. 24 da Lei n. 3.820/1960) ao salário mínimo, pois essa penalidade tem natureza de sanção administrativa.

Sem contra-razões (fls. 193 v.).

É o relatório.

VOTO

O. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta (EDcl no AgRg no EREsp n. 254.949-SP, 3ª Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS n. 9.213-DF, 1ª Seção, Min. Teori

Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; REsp n. 172.329-SP, 1ª Seção, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.12.2003; AGA n. 512.437-RJ, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 15.12.2003; AGA n. 476.561-RJ, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 17.11.2003). Os embargos de declaração (fls. 132/137) limitaram-se a postular a manifestação do Tribunal acerca de diversas normas jurídicas - o que se mostrava totalmente desnecessário ante a suficiente fundamentação do aresto embargado.

2. No mérito, encontra-se sedimentado nesta Corte entendimento no sentido de que o art. 1º da Lei n. 6.205/1975, que veda a fixação de valores monetários com base no salário mínimo, não é aplicável às multas, porquanto estas são sanções pecuniárias. À guisa de exemplo, destacam-se os seguintes precedentes:

Administrativo. Drogarias e farmácias. Fiscalização. Competência do Conselho Regional de Farmácia. Responsável técnico em horário integral. Multa. Caráter de sanção pecuniária. Inaplicabilidade de sua fixação nos moldes do art. 1º, da Lei n. 6.205/1975 (“valor monetário”).

(...)

2. O Conselho Regional de Farmácia tem competência para promover a fiscalização e punição devidas, uma vez que o art. 24, da Lei n. 3.820/1960, que criou os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, é claro ao estatuir que farmácias e drogarias devem provar, perante os Conselhos, ter profissionais habilitados e registrados para o exercício de atividades para as quais são necessários, cabendo a aplicação de multa aos infratores do Conselho Regional respectivo.

(...)

5. Sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975 de considerar “valores monetários em salários mínimos” não as atingiu. Somente o Decreto-Lei n. 2.351/1978 submeteu as penalidades estabelecidas em lei à vinculação ao salário mínimo de referência, situação que permaneceu até a edição da Lei n. 7.789/1989, que extinguiu o salário mínimo de referência, voltando à antiga denominação, ou seja, pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único do art. 24 da Lei n. 3.820/1960.

6. *O colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo apreciando demandas penais, reconheceu ter a multa natureza de sanção pecuniária, o que afasta a aplicabilidade do art. 1º da Lei n. 6.205/1975 que vedou a utilização do salário-mínimo como “valor monetário”. Tal proibição tem fins estritamente econômicos, não possuindo qualquer pertinência com a seara sancionatória.*



7. Não ocorre ilegalidade nas multas aplicadas, visto que não ultrapassam o limite legal estabelecido pelo art. 1º da Lei n. 5.724/1971.

8. Recurso especial não-provido (REsp n. 776.682-SC, Min. José Delgado, 1ª T., DJ 14.11.2005)

Administrativo. Fiscalização. Exigência de profissional legalmente habilitado. Competência. Conselho Regional de Farmácia.

1. O Conselho Regional de Farmácia é o órgão competente para fiscalização das farmácias e drogarias, quanto à verificação de possuírem, durante todo o período de funcionamento dos estabelecimentos, profissional legalmente habilitado, sob pena de incorrerem em infração passível de multa.

2. É legal a utilização do salário mínimo para o cálculo da multa aplicada, por se tratar, no caso, de penalidade pecuniária e não de atualização monetária.

3. Recurso especial improvido (REsp n. 383.296-PR, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 16.08.2004).

Administrativo. Conselho Regional de Farmácia. Fiscalização.

Exigência de profissional legalmente habilitado, no estabelecimento, durante todo o período de funcionamento. Multa. Valor. Indexação. Precedentes jurisprudenciais.

(...)

4. Sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975, de considerar 'valores monetários em salários mínimos', não as atingiu. Somente o Decreto-Lei n. 2.351/1978 submeteu as penalidades estabelecidas em lei à vinculação ao salário mínimo de referência, situação que permaneceu até a edição da Lei n. 7.789/1989, que extinguiu o salário mínimo de referência, voltando à antiga denominação, ou seja, pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único, do art. 24, da Lei n. 3.820/1960 (...) Inocorrência de ilegalidade nas multas aplicadas, visto que não ultrapassam o limite legal estabelecido pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971 (...) O colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo apreciando demandas penais, pronunciou-se sobre a matéria jurídica de fundo aqui discutida (aplicação de multa com sanção pecuniária e não como valor monetário) (REsp n. 316.718-PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 03.09.2001).

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 441.135-PR, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 16.12.2002)

Administrativo. Drogarias e farmácias. Fiscalização. Competência do Conselho Regional de Farmácia. Responsável técnico em horário integral. Multa. Caráter de

sanção pecuniária. Inaplicabilidade de sua fixação nos moldes do art. 1º, da Lei n. 6.205/1975 (“valor monetário”).

(...)

3. Inexistência da alegada incompetência do Conselho Regional de Farmácia para promover a fiscalização e punição devidas, uma vez que o art. 24, da Lei n. 3.820/1960, que cria os Conselhos Federais e Regionais de Farmácia, é claro no estatuir que farmácias e drogarias devem provar, perante os Conselhos, terem profissionais habilitados e registrados para o exercício de atividades para os quais são necessários, cabendo a aplicação de multa aos infratores ao Conselho Regional respectivo.

(...)

6. Sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975, de considerar “valores monetários em salários mínimos”, não as atingiu. Somente o Decreto-Lei n. 2.351/1978 submeteu as penalidades estabelecidas em lei à vinculação do salário mínimo de referência, situação que permaneceu até a edição da Lei n. 7.789/1989, que extinguiu o salário mínimo de referência, voltando à sua antiga denominação, ou seja, pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971, que anteriormente tinha dado nova redação ao parágrafo único, do art. 24, da Lei n. 3.820/1960.

7. Inocorrência de ilegalidade nas multas aplicadas, visto que não ultrapassam o limite legal estabelecido pelo art. 1º, da Lei n. 5.724/1971.

8. O colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo apreciando demandas penais, pronunciou-se sobre a matéria jurídica de fundo aqui discutida (aplicação de multa com sanção pecuniária e não como valor monetário).

9. Recurso improvido (REsp’s n. 230.108, 265.664/Delgado e 265.725/Humberto) (REsp n. 379.628-PR, Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª T., DJ 12.08.2002).

Administrativo. Multa. Valor. Conselho Regional de Farmácia.

1. Em precedentes análogos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, sendo as multas sanções pecuniárias, a vedação contida na Lei n. 6.205/1975, de considerar “valores monetários em salários mínimos”, não as atingiu.

2. Recurso provido (REsp n. 355.692-PR, Min. Laurita Vaz, 2ª T., DJ 05.08.2002).

Merece reforma, portanto, o acórdão recorrido.

3. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido no ponto em que reconheceu a ilegalidade da vinculação da multa ao salário mínimo na vigência da Lei n. 6.205/1975. Considerada a sucumbência



recíproca, as custas e os honorários deverão ser suportadas na proporção de 1/3 (um terço) pelo embargante e 2/3 (dois terços) pelo ora recorrente. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 701.802-RS (2004/0160293-0)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Jornal de Santa Catarina S/A
Advogado: Guillermo Antônio Araújo Grau e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS
Procurador: Patrícia Vargas Lopes e outros

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária do empregador. Valores pagos a título de seguro de vida em grupo, contratado em favor dos empregados. Não-incidência. Precedentes.

1. Tendo em vista a circunstância de que o seguro de vida em grupo é contratado pelo empregador em favor de grupo de empregados, sem individualização do montante que beneficia cada um deles, devem ser excluídos do conceito de 'salário' os valores pagos a esse título, de forma a afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre tal verba. Precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dra. Indira Ernesto Quaresma pela parte recorrida: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em embargos à execução fiscal, deu parcial provimento à apelação da embargante, apenas para reduzir o percentual da multa para 40%, decidindo, no que importa ao presente recurso, que (a) o seguro de vida em grupo oferecido pela empresa com habitualidade é considerado remuneração, integrando o salário-utilidade, uma vez que, se não disponibilizado pela empresa, deveria ser suprido de forma particular pelo empregado, à custa de seu salário; (b) caracteriza, por essa razão, fato gerador da contribuição previdenciária (fls. 163/166).

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos com o propósito de obter do Tribunal pronunciamento sobre os artigos de lei ali indicados (fls. 171/174).

Nas razões do recurso especial (fls. 176/186), fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos artigos 457, *caput* e § 1º, e 458 da CLT e 28, I, da Lei n. 8.212/1991, aduzindo, em síntese, que (a) o art. 201, § 11, da CF determina a incorporação de parcelas à base de cálculo da contribuição previdenciária nos casos e na forma da lei; e (b) não há base legal para a inclusão do seguro de vida entre as parcelas passíveis de incidência da contribuição previdenciária, que deve alcançar somente aquelas integrantes do salário, na forma prevista na legislação trabalhista. Indica dissídio entre o acórdão recorrido e julgados dos TRFs da 3ª e da 5ª Regiões.

Em contra-razões (fls. 202/208), o recorrido pugna pelo não conhecimento do recurso ante a impossibilidade de se reexaminar provas em sede de recurso especial e, no mérito, pela manutenção do julgado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Deve ser conhecido o recurso especial, porquanto a matéria encontra-se devidamente prequestionada e a análise da controvérsia requer, tão somente, a análise da legislação infraconstitucional apresentada pelo recorrente.

2. No mérito, tendo em vista a circunstância de que o seguro de vida em grupo é contratado pelo empregador em favor de grupo de empregados, sem individualização do montante que beneficia cada um deles, merece provimento o recurso especial para se excluir do conceito de 'salário' os valores pagos a esse título, de forma a afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre tal verba.



Este é o posicionamento sedimentado em ambas as Turmas da Primeira Seção, consagrado nos seguintes precedentes: REsp n. 441.096-RS, Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 04.10.2004; REsp n. 695.575-RS, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ 13.03.2006; REsp n. 677.751-RS, Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 10.04.2006; EDcl no REsp n. 652.654-RS, Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 05.10.2006; REsp n. 695.724-RS, Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 16.05.2006; e REsp n. 794.754-CE, Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ 27.03.2006. Os três últimos assim ementados:

Tributário. Embargos de declaração. Contribuição social. Seguro de vida em grupo.

1. Após a edição da Lei n. 9.528/1997 (10.12.1997), que veio a alterar a redação do artigo 28 da Lei n. 8.212/1991, restou estabelecido explicitamente a inexistência de natureza salarial do seguro de vida em grupo, o que leva a não-incidência de contribuição social.

Precedentes de ambas a Turmas da Primeira Seção.

2. Entretanto, mesmo antes da edição do referido diploma legal, o seguro de vida em grupo já não continha os elementos exigidos para caracterizá-lo como salário, dada a forma genérica que era pago para todos os funcionários da empresa que nada usufruíam do valor pago.

Precedente da Turma: REsp n. 441.096-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 16.05.2006.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos para dar provimento ao recurso especial.

Previdenciário. Contribuição. Base de cálculo. Inclusão do seguro de vida em grupo.

1. O valor pago pelo empregador por seguro de vida em grupo é atualmente excluído da base de cálculo da contribuição previdenciária em face de expressa referência legal (art. 28, § 9º, **p**, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.528/1997).

2. O débito em cobrança é anterior à lei que excluiu da incidência o valor do seguro de vida mas, independentemente da exclusão, por força da interpretação teleológica do primitivo art. 28, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, pode-se concluir que o empregado nada usufrui pelo seguro de vida em grupo, o que descarta a possibilidade de considerar-se o valor pago, se generalizado para todos os empregados, como sendo salário-utilidade.

3. Recurso especial provido.

Tributário. Seguro de vida em grupo. Contribuição previdenciária. Não-incidência. Fatos geradores anteriores à alteração do art. 458, § 2º, da CLT pela Lei n. 10.243/2001 e do art. 28, § 9º, alínea **p**, da Lei n. 8.212/1991, pela Lei n. 9.528/1997. Natureza salarial. Descaracterização.

I - O art. 458, § 2º, da CLT, alterado pela Lei n. 10.243/2001, e o art. 28, § 9º, alínea **p**, da Lei n. 8.212/1991, modificado pela Lei n. 9.528/1997, estabeleceram, respectivamente, a natureza não-salarial do seguro de vida e a não-incidência da contribuição previdenciária sobre esses ganhos.

II - “O débito em cobrança é anterior à lei que excluiu da incidência o valor do seguro de vida mas, independentemente da exclusão, por força da interpretação teleológica do primitivo art. 28, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, pode-se concluir que o empregado nada usufrui pelo seguro de vida em grupo, o que descarta a possibilidade de considerar-se o valor pago, se generalizado para todos os empregados, como sendo salário-utilidade” (REsp n. 44.096-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 04.10.2004).

III - Recurso especial improvido.

Merece reforma, portanto, o acórdão recorrido.

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a inexigibilidade da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas aos empregados a título de seguro de vida em grupo. Inverto os ônus da sucumbência fixados na sentença (fls. 121/124). É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 713.243-RS (2004/0184087-2)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Torresul Empreendimentos Imobiliários Ltda

Advogado: Fernando Luís Buzarello e outros

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Igor Koehler Moreira e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Execução de título judicial contra a Fazenda Pública Estadual. Anuência do Estado embargado com cálculos do exequente. Transcurso *in albis* do prazo para oposição de embargos do devedor. Homologação dos cálculos. Exceção de pré-

executividade. Nulidade. Inexistência de título executivo. Extinção do processo de execução. Coisa julgada. Fenômeno exclusivo dos processos de cognição. Inocorrência, *in casu*, de preclusão *pro iudicato*.

1. Recurso especial no qual a controvérsia gravita em torno de saber-se, se na execução, a não oposição de embargos do devedor e a conseqüente homologação dos cálculos são aptos a gerar a coisa julgada capaz de validar o processo executivo, obstando inclusive, a decretação da nulidade do feito pelos juízos de cognição plena na hipótese em que, após a expedição do precatório, mas antes de seu efetivo pagamento, a parte executada demonstra cabalmente a inexistência de título executivo a instruir a ação executiva, via “exceção de pré-executividade”.

2. *In casu*, a Corte de origem, mediante análise do conjunto fático probatório carreado nos autos, assentou o entendimento de que: “No caso dos autos, não há a mínima evidência de que a exeqüente esteja vinculada ao título judicial, o que autorizava o decreto extintivo da execução, como lançado pelo operoso magistrado singular”.

3. O processo de execução guarda a finalidade de realizar direito já declarado, quer por meio de sentença condenatória, quer por documento extrajudicial a que a lei reconheça o poder de conferir à obrigação certeza, liquidez e exigibilidade.

4. Deveras, é justamente pela impossibilidade de se discutir, na execução, direito substancial das partes que, consoante o disposto na própria norma processual, “toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial” (CPC, art. 583).

5. O título executivo é assim, por expressa determinação legal, pressuposto de qualquer demanda executiva, o que revela incontestemente a máxima *nulla executio sine titulo*. Nesta esteira, a lição de Humberto Theodoro Júnior, *litteris*:

Mais grave do que a iliquidez, a incerteza ou a inexigibilidade é a própria ausência do título executivo. E evidente que nenhum credor pode iniciar a execução sem título executivo. Mas se por descuido do órgão judicial foi despachada uma petição inicial sem esse pressuposto básico da execução, é claro que será nulo todo o processado.

O mesmo pode ser dito da desconformidade entre o título executivo e o pedido do credor, como quando o título é de quantia certa e pede-se coisa certa, é de fazer e reclama-se entrega de coisa.

Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (in “Processo de Execução”, 23.^a ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)

6. Deveras, *in casu*, interdita-se a alegação de ofensa à coisa julgada e conseqüente violação dos arts. 467, 468 e 474 do CPC. É que sobressai cediço que a *res judicata* “é fenômeno próprio e exclusivo da atividade de conhecimento do juiz e insuscetível de configurar-se no plano de suas atividades executórias, consequenciais e consecutivas” (in NEVES, Celso. “Coisa Julgada Civil”, ed. 1971, p. 452)

7. Outrossim, a ilegitimidade da exeqüente ou a inexistência do título são fatos passíveis de cognição provocada ou *ex officio*, antes do pagamento e até mesmo na fase do precatório por força do novel dispositivo 1º-E da Lei n. 9.494/1997. Nesse segmento, expressivo o aresto recorrido que concluiu, após ampla cognição interdita ao E. STJ (Súmula n. 7):

(...) A apelante, então, e de fato, como decorre da própria inconsistência das razões de seu recurso, não detêm qualquer crédito decorrente do título judicial que estão a executar; a execução, portanto, era nula (art. 618 c.c. 586 do CPC), e só podia mesmo ter sido extinta, como foi, a qualquer tempo e mesmo independentemente de embargos.

As matérias relacionadas com as condições da ação e pressupostos processuais, como o são a de legitimidade das partes, questão de indiscutível ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinada a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, como decorre do que estabelecem os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, o que ainda mais haveria de ser admitido quando em jogo os interesses indisponíveis da Fazenda Pública. (...)

8. Destarte, eventual transação de direitos indisponíveis e por agente incapaz é *inutiliter data*.

9. A regra *nulla executio sine previa cognitio*, bem como a aferição da legitimidade do exeqüente, implicam em revisitar o conteúdo da sentença, excepcionando a eficácia preclusiva do julgado; por isso que, cediço em doutrina que:

(...) Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente



indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (in THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Processo de Execução”, 23.^a ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)

10. Inafastável, destarte, a aplicação ao processo *sub judice* das disposições insertas nos arts. 583 c.c. 618 do CPC, pelo que há de ser mantido hígido *decisum* hostilizado, na medida em que “toda execução tem que ter por base título executivo” e acertadamente reconheceu-se a nulidade do feito por falta do mesmo, matéria cognoscível mesmo após o prazo para a oposição de embargos à execução.

11. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto interposto por Torresul Empreendimentos Imobiliários Ltda, com fulcro nos art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de o mesmo ter malferido o disposto nos arts. 467, 468 e 474 do Código de Processo Civil, bem como por ter esposado entendimento distinto do adotado por esta Corte Superior no julgamento de demandas supostamente análogas a que se apresenta.

Noticiam os autos que a empresa ora recorrente ajuizou ação de execução em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o recebimento de valores referentes a juros moratórios e compensatórios, devidos na forma do título executivo judicial exarado em ação de desapropriação, que lhe teria reconhecido o direito à indenização por áreas expropriadas pelo Estado ora

recorrido para a formação do Parque da Guarita, localizado na Municipalidade de Torres.

Regularmente citado, o Estado executado concordou expressamente com os cálculos apresentados pela exeqüente em sua exordial, informando não ter interesse em opor embargos à execução (fl. 256).

O juízo de primeiro grau homologou os cálculos apresentados determinando fosse expedido o respectivo precatório (fl. 257). Desta decisão foi o procurador estadual intimado em 21 de janeiro de 1998. Assim, foi expedido o precatório n. 12.814, de natureza não alimentar, no valor de R\$ 773.745,03 (setecentos e setenta e três mil, setecentos e quarenta e cinco reais e três centavos), consoante se extrai da fl. 274.

Sucedera, porém, que o Estado do Rio Grande do Sul, em 03 de fevereiro de 2000, apresentou exceção de pré-executividade, pugnando pela extinção do feito por inexistência do título executivo, vez que não estaria a parte exeqüente dentre aquelas às quais a sentença proferida no feito expropriatório conferira a indenização. Assim fundamentou o Estado excipiente suas pretensões, *verbis*:

(...) O título executivo é a base da execução. Sem ele não há que se falar em ação executiva, pois ausente requisito essencial para a expropriação de bens do devedor.

No caso, demonstrar-se-á que a sentença de mérito, na ação de desapropriação, não reconheceu qualquer direito ao exeqüente, sendo nulo o pleito indenizatório.

Originalmente, o Estado desapropriou uma área de 1.235,105 hectares, através do Decreto Estadual n. 21.540/1971, com a finalidade da formação do Parque da Guarita, município de Torres.

Todavia, através dos Decretos n. 30.377/1981 e 31.250/1983, resultaram efetivamente desapropriados apenas 127,175 hectares, pois limitou o Estado a área a ser expropriada.

Assim a maior parte da área foi devolvida aos particulares, ainda na década de 1980.

A sentença prolatada no juízo monocrático foi clara ao excluir qualquer direito à indenização daqueles que tiveram de volta seus imóveis.

O exeqüente não teve seu imóvel desapropriado, não lhe sendo devido qualquer valor pelo Estado do Rio Grande do Sul.

A sentença no processo expropriatório conferiu direitos apenas àqueles cidadãos que tiveram efetivamente o imóvel desapropriado. Não é o caso de



Torresul Empreendimentos Imobiliários Ltda. Na leitura detida da decisão, constata-se que o juízo monocrático reconheceu direitos a apenas 15 (quinze) proprietários de terras no Parque da Guarita e 32 (trinta e dois) outros proprietários no Camping de Itapeva, nominando-os nas suas fls. 62/81.

O exeqüente não está dentre aqueles aos quais a sentença conferiu indenização.

De outra banda, basta simples leitura da petição inicial da execução para dedução lógica de que o pedido baseia-se unicamente no pagamento de *juros compensatórios, moratórios e honorários advocatícios*. Sequer cogita de pagamento pela desapropriação do bem. Constitui-se, assim, que a área em questão não foi efetivamente desapropriada, mas integrante do todo maior devolvido pelo Estado, através de decreto. (...) (fls. 293/294)

Em sentença que encontra-se acostada às fls. 326/330, o juízo de primeiro grau julgou procedente a exceção de pré-executividade declarando extinto o feito executivo proposto pela empresa ora recorrente. Condenou, ainda, a mesma, ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da execução, corrigidos a contar de seu ajuizamento.

Inconformada com o teor da r. Sentença proferida a exeqüente manejou recurso de apelação (fls. 347/360). Em suas razões, aduziu estar amparada pela coisa julgada, vez que passada em julgado a decisão homologatória de cálculos proferida pelo próprio juízo monocrático, ante a anuência do executado com os valores apresentados na inicial. Sustentou, ainda, ser equivocada a conclusão constante do *decisum*, então hostilizado, de que a disposição judicial executada tratou somente dos efetivamente desapropriados.

A Primeira Câmara do E. TJ-RS, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao apelo interposto, em aresto que restou assim ementado:

Desapropriação. Execução de sentença. Parque da Guarita. Exeqüente não contemplado no título judicial. Nulidade da execução.

Demonstrado que o exeqüente-apelante não se viu contemplado com o título judicial formado no processo expropriatório, é carecedor da pretensão executória, o que conduz à nulidade da execução, a ser reconhecida a qualquer tempo pelo julgador e independentemente de embargos. Inteligência dos artigos 618 c.c. 586 do CPC. *Apelação desprovida*.

Após opor e ter rejeitados seus embargos de declaração, a exeqüente, ainda irredimida com o teor do v. acórdão prolatado, interpôs o recurso especial que ora se apresenta, apontando como malferidos os arts. 467, 468 e

474 do CPC, bem como sustentando a existência de dissídio pretoriano entre o aresto recorrido e acórdãos desta Corte Superior, tomados como paradigmas (REsp n. 102.062-PR e REsp n. 309.786). Para demonstrar a divergência jurisprudencial suscitada limitou-se a recorrente a realizar a transcrição das ementas dos paradigmas.

Em suas razões (fls. 415/424), a recorrente narra os fatos de forma dissonante com a que, em verdade, os mesmos sucederam, ao aduzir nascida a coisa julgada na medida em que: a) “o Estado do Rio Grande do Sul, em tempo e modo, deflagrou o instituto dos *embargos à execução*, os quais foram recebidos e suspensa a execução”; b) “restaram, os embargos, resolvido por acordo entre as partes”; e c) “transitado em julgado, mandou-se que certificasse a decisão dos embargos nos autos da execução, expedindo-se o competente precatório” (fl. 418).

O Estado recorrido apresentou suas contra-razões ao apelo nobre, pugnando, preliminarmente, pela inadmissão do mesmo, face o teor dos enunciados sumulares n. 7 e 211, desta Corte Superior, e 282 e 356 do Pretório Excelso, bem como por restar desobedecida a regra do art. 255, § 2º, do RISTJ, no que concerne ao cabimento da irresignação pela alínea **c** do permissivo constitucional. No mérito, expendeu, novamente, considerações acerca da inexistência de título executivo, sustentando, ainda, a inexistência de coisa julgada em favor da recorrente, vez que sequer foram opostos embargos à execução. Concluiu sua argumentação aduzindo que “mesmo que o Estado tivesse oposto embargos à execução, por outra matéria que fosse, ainda assim estaria apto a alegar questões de ordem pública antes do pagamento do precatório, especialmente pela ausência do título executivo” (fl. 450), e arrematando que “o despacho que homologa cálculo não cria título executivo judicial, porque tal título somente poderá se originar da sentença de mérito. Sequer se pode cogitar de ter a Fazenda Pública transacionado, porque somente o Procurador-Geral do Estado possui essa prerrogativa e, como dito, a transação somente é possível no interior da lide, o que inexistente em sede de execução propriamente dita” (fl. 450), e mais, que “a inexistência do título executivo é vício insanável e nenhum comando judicial proferido em sede executiva teria o efeito de criar o título anteriormente inexistente” (fl. 450).

Na origem, em exame prévio, a presente irresignação recursal recebeu crivo negativo de admissibilidade, ascendendo, todavia, a esta Corte Superior, em face de decisão monocrática de minha lavra provendo agravo de instrumento (CPC, art. 544) pelo recorrente interposto.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): *Prima facie*, tenho que, estando implicitamente prequestionada a questão federal inserta nos dispositivos legais apontados pela recorrente como malferidos e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, revela-se, o presente recurso especial, merecedor de conhecimento pela alínea **a** do permissivo constitucional. Isto, a despeito de ter a recorrente - acredita-se por equívoco ou descuido - narrado os fatos ocorridos, em suas razões, de forma dissonante do que de fato se depreende dos autos.

No que se refere a alínea **c** do permissivo constitucional, mesma sorte não socorre à recorrente, vez que a divergência jurisprudencial aventada não foi demonstrada, ante a ausência do indispensável cotejo analítico dos arestos recorrido e paradigmas, e sequer comprovada, nos moldes como exigido pelo art.

Os dispositivos legais apontados nas razões da recorrente como afrontados, todos do Código de Processo Civil, assim dispõem:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Desta feita, cinge-se a presente controvérsia em saber se, na execução, a não oposição de embargos do devedor e a conseqüente homologação dos cálculos terminam por fazer coisa julgada capaz de validar o processo executivo, obstando inclusive, a decretação da nulidade do feito pelos juízos de cognição plena quando, após a expedição do precatório, mas antes de seu efetivo pagamento, são eles provocados pela parte executada que, demonstrando cabalmente a inexistência de título executivo a instruir a ação executiva, se socorre da chamada “exceção de pré-executividade”.

Ab initio, insta observar que a solução para a presente controvérsia requer a análise de dois pontos em especial: o primeiro, que se refere a ocorrência de nulidade da execução pela ausência de título executivo; e o segundo, referente a ocorrência ou não dos efeitos da coisa julgada no processo de execução, quando constatada a inexistência do título executivo somente após o transcurso do prazo

legal para oposição de embargos do devedor e a conseqüente homologação judicial dos cálculos apresentados pelo exeqüente.

Como de sabença, para a execução forçada exige o regramento processual civil brasileiro, além da existência de um crédito insatisfeito, que o suposto credor, agora na condição de exeqüente, esteja em posse de um título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial. Faz-se oportuno destacar lição de Amílcar de Castro quando discorre o mesmo acerca do título executivo:

(...) O título executivo é pressuposto processual da execução. Esta, sem aquele, não pode persistir. Mas, para isto se esclarecer, deve distinguir-se entre a substância e a forma do que se chama título. Substancialmente, título é a apreciação oficial do fato pelo órgão do Poder Judiciário: é a decisão judicial; é a própria sentença exeqüenda a ordenar o que o exeqüente pretende seja levado a efeito ou a obrigação assumida pelo devedor. Formalmente é o documento oficial ou extrajudicial, autêntico, em que a obrigação está contida, ou vem mencionada; é o papel continente do que foi escrito nos autos da ação, ou do que foi ditado, pelo julgador, como decisão oficial, ou do que foi subscrito pelo devedor.

Como pressuposto do direito de execução é que se exige o título em seu elemento intrínseco, substancial; como pressuposto da relação processual somente é exigido o título em sua forma externa: basta o documento. Resultam estas considerações da diferença entre a relação social judicialmente apreciada, o direito de ação, e a relação processual: o título executivo, em sua forma externa, abriga o direito que tem o exeqüente contra o Estado de; recorrer às vias judiciais; e em seu elemento intrínseco é que deve conter a decisão judicial ou a obrigação a ser executada. (CASTRO, Amílcar de. “Do Procedimento de Execução - Código de Processo Civil”, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 35)

Isto posto, tem-se que o processo de execução guarda a finalidade de realizar direito já declarado, quer por meio de sentença condenatória, quer por documento extrajudicial a que a lei reconheça o poder de conferir à obrigação certeza, liquidez e exigibilidade.

É justamente pela impossibilidade de se discutir, na execução, direito substancial das partes que, consoante o disposto na própria norma processual, “toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial” (CPC, art. 583).

O título executivo é assim, por expressa determinação legal, pressuposto de qualquer demanda executiva, o que revela incontestemente a máxima *nulla executio sine titulo*. Nesta esteira, imperioso transcrever lição de Humberto Theodoro Júnior, *litteris*:



Mais grave do que a iliquidez, a incerteza ou a inexigibilidade é a própria ausência do título executivo. E evidente que nenhum credor pode iniciar a execução sem título executivo. Mas se por descuido do órgão judicial foi despachada uma petição inicial sem esse pressuposto básico da execução, é claro que será nulo todo o processado.

O mesmo pode ser dito da desconformidade entre o título executivo e o pedido do credor, como quando o título é de quantia certa e pede-se coisa certa, é de fazer e reclama-se entrega de coisa.

Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (in “Processo de Execução”, 23.^a ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)

In casu, o v. Acórdão recorrido (fls. 383/393), mantendo inalterada a r. Sentença de primeiro grau (fls. 325/330), reconheceu que a empresa exequente, ora recorrente, não se viu contemplada com o título judicial formado no processo expropriatório, revelando-se assim carecedora da pretensão executória, conclusão conducente à nulidade da execução, passível de ser reconhecida a qualquer tempo pelo julgador, independentemente da oposição de embargos por parte do devedor. Vale externar os fundamentos empregados no aresto ora hostilizado:

Trata-se aqui de mais uma das tantas execuções de sentença supostamente originadas do rumoroso e acidentado processo expropriatório referente ao Parque da Guarita e Camping de Itapeva, em Torres.

E digo supostamente originadas porque, como sabido, a coisa julgada que lá se estabeleceu, a partir do v. acórdão prolatado pela colenda 4^a Câmara Cível deste Tribunal, na AC n. 589.080.472, relator o insigne Desembargador Aristides P. de Albuquerque Neto, foi no sentido de dividir os que, de alguma forma, restaram afetados pela desapropriação em quatro grandes grupos, a saber: os que, atingidos pela expropriação com a perda de suas propriedades, foram desde logo identificados e responderam ao processo, no qual restou desde logo definido o justo preço a que têm direito (1); os que, também atingidos pela expropriação, não restaram identificados e tinham seus imóveis situados em ditas áreas remanescentes, não avaliadas pericialmente, cuja indenização dependeria de posterior complementação, em liquidação, em liquidação, do laudo oficial (2); os que sofreram desapossamento mas acabaram beneficiados pela posterior redução da área expropriada e que vieram a interpor recurso de apelação, sendo desde logo contemplados com indenização pelo tempo em que perdeu a ocupação atribuída ao Estado, mediante o pagamento de juros compensatórios (3); e, finalmente, aqueles que sofreram

inicial desapossamento mas não tiveram ao final suas propriedades desapropriadas, e, entretanto, não interpuseram recurso contra a sentença de primeiro grau, o que, segundo o título judicial, remetia eventual reparação à demanda autônoma (4).

Como cada um de tais grupos é inequivocamente numeroso, formado por centenas de proprietários, que a acidentada fase de conhecimento do processo sequer conseguiu individualizar devidamente, evidente e compreensível que, quando do aparelhamento das inúmeras execuções daquele único título judicial, surjam dificuldades ainda mais expressivas para identificar precisamente o vínculo de cada pretendente à execução com a sentença exequenda, na esteira do que acabou por formar-se um dito quinto grupo, integrado por verdadeiros oportunistas, que, sem qualquer vinculação com o direito material formado na expropriação, buscam locupletar-se indevidamente, anunciando-se como titulares de crédito efetivamente inexistente ou, ao menos, sem suporte na sentença em questão.

No caso dos autos, não há a mínima evidência de que a exequente esteja vinculada ao título judicial, o que autorizava o decreto extintivo da execução, como lançado pelo operoso magistrado singular.

Segundo se infere das razões de apelo (e de forma diversa do que estaria a indicar a lacunosa inicial), estaria a apelante particular no suposto terceiro grupo acima referido - os que somente tiveram seu imóvel ocupado pelo Estado, e se viram beneficiados pela redução posterior da área expropriada.

Entretanto, como restou textualmente ressaltado no v. acórdão, eventual crédito decorrente daquele título judicial dependeria de que tivessem, via recurso de apelação, manifestado insurgência contra a sentença de primeiro grau, que deixara de conceder qualquer direito em relação àqueles donos de imóveis em que houve desistência da expropriação pelo Estado. Para os que não recorreram da sentença, só ação própria, ação indenizatória específica - fl. 34 do acórdão.

A apelante, então, e de fato, como decorre da própria inconsistência das razões de seu recurso, não detêm qualquer crédito decorrente do título judicial que estão a executar; a execução, portanto, era nula (art. 618 c.c. 586 do CPC), e só podia mesmo ter sido extinta, como foi, a qualquer tempo e mesmo independentemente de embargos.

As matérias relacionadas com as condições da ação e pressupostos processuais, como o são a de legitimidade das partes, questão de indiscutível ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinada a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, como decorre do que estabelecem os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, o que ainda mais haveria de ser admitido quando em jogo os interesses indisponíveis da Fazenda Pública. (...) (fls. 389/392 - grifo nosso)

O *decisum* impugnado não se revela assim merecedor de qualquer reparo, devendo ser mantido íntegro, vez que deu adequada exegese às disposições insertas nos arts. 586 c.c. 618 do CPC, ao manter inalterada acertada decisão do juízo de primeiro grau que extinguiu, por evidente nulidade, o presente feito executivo.

Não prosperam, de igual modo, os fundamentos expendidos pela ora recorrente, quando afirma estar o aresto hostilizado a afrontar a coisa julgada, na medida em o vício fora comunicado ao juízo da execução, pelo executado, somente após o transcurso de lapso temporal superior a 02 (dois) anos da homologação dos cálculos apresentados.

Diga-se, de imediato, que não assiste razão à recorrente quando aduz restarem malferidos os arts. 467, 468 e 474 do CPC. Vale destacar o consenso na doutrina especializada a respeito da inexistência de coisa julgada no processo de execução. Neste sentido ensina Celso Neves que a coisa julgada “é fenômeno próprio e exclusivo da atividade de conhecimento do juiz e insuscetível de configurar-se no plano de suas atividades executórias, consequenciais e consecutivas” (*in* “Coisa Julgada Civil”, ed. 1971, p. 452).

Ademais, a ilegitimidade da exequente ou a inexistência do título são fatos passíveis de cognição provocada ou *ex officio*, antes do pagamento e até mesmo na fase do precatório por força do novel dispositivo 1º-E da Lei n. 9.494/1997. Nesse segmento, expressivo o aresto recorrido que concluiu, após ampla cognição interdita ao E. STJ (Súmula n. 7):

(...) A apelante, então, e de fato, como decorre da própria inconsistência das razões de seu recurso, não detêm qualquer crédito decorrente do título judicial que estão a executar; a execução, portanto, era nula (art. 618 c.c. 586 do CPC), e só podia mesmo ter sido extinta, como foi, a qualquer tempo e mesmo independentemente de embargos.

As matérias relacionadas com as condições da ação e pressupostos processuais, como o são a de legitimidade das partes, questão de indiscutível ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinada a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, como decorre do que estabelecem os arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, o que ainda mais haveria de ser admitido quando em jogo os interesses indisponíveis da Fazenda Pública. (...)

Oportuno ressaltar que mesmo Redenti (um dos eméritos precursores da corrente que admite a ocorrência, *in casu*, da denominada *preclusão pro iudicato*) assim ensina:

Exaurido e findo o procedimento executivo, nenhum embargo é mais possível. Não é, todavia, excluído que fora dos embargos possa caber ao devedor executado outro remédio contra uma execução que tenha sido radicalmente e absolutamente privada de fundamento (caso de inexistência da ação executiva) como, para dar um exemplo escolástico, se alguém havia promovido e levado avante uma expropriação contra pessoa diversa da de seu devedor ou havia requerido e obtido a entrega de um imóvel não contemplado no título executivo e a cuja posse ou detenção ele não tinha direito.

A falta de uma oposição (embargos) proposta em tempo útil, não pode valer neste caso como uma espécie de aquiescência tácita à execução, que exclua qualquer possibilidade de remédio. (*in* “Diritto Processuale Civile, vol. III, 2ª ed., 1954, p. 319)

No mesmo sentido, valendo-se de razões diversas, são as lições de Humberto Theodoro Júnior, *verbis*:

Não é admissível, pois, com base no simples silêncio da Lei, e sem um argumento sólido de direito, afirmar que o mero fato do encerramento da execução, sem que o devedor tenha oposto embargos, seja causador de efeitos jurídicos análogos aos que provêm da sentença de mérito trânsita em julgado, com o efetivo acerto do direito positivo do direito do credor.

Lembre-se que a coisa julgada, no âmbito do processo de conhecimento, só tem a força que ostenta em razão de texto expresso de lei, que faz ostensivamente prevalecer a segurança sobre a justiça em torno da relação litigiosa.

Mas, sendo inaplicável a coisa julgada ao processo de execução, como é de geral entendimento, e inexistindo dispositivo legal aplicável à execução forçada similar ao que instituiu a *res iudicata*, nada leva à conclusão de que, finda uma execução desenvolvida à revelia do devedor, que mais tarde vem a descobrir prova da inexistência material da dívida executada, esteja ele privado da ação de repetição, por uma conclusão derivada da simples inércia na fase própria dos embargos. (*in* “Processo de Execução”, 23.ª ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 549)

Em suma: a) eventual transação de direitos indisponíveis e por agente incapaz é *inutiliter data*; b) a regra *nulla executio sine previa cognitio*, bem como a aferição da legitimidade do exequente, implicam em revisitar o conteúdo da sentença, excepcionando a eficácia preclusiva do julgado; por isso que, cedo em doutrina que:

(...) Propor execução sem base no conteúdo do título é o mesmo que propô-la sem título. A inicial é inepta e deve ser liminarmente indeferida. Se isto não for feito, o processo estará nulo. (*in* THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Processo de Execução”, 23.ª ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 264)



Inafastável, destarte, a aplicação ao processo *sub judice* das disposições insertas nos arts. 583 c.c. 618 do CPC, pelo que há de ser mantido hígido *decisum* hostilizado, na medida em que “toda execução tem que ter por base título executivo” e acertadamente reconheceu-se a nulidade do feito por falta do mesmo, matéria cognoscível mesmo após o prazo para a oposição de embargos à execução.

Finalmente, faz-se oportuno colacionar precedente da E. Quarta Turma desta Corte Superior, que ao apreciar questão análoga a que se afigura, quando do julgamento do REsp n. 419.376-MS, de relatoria do e. Ministro Aldir Passarinho Junior, exarou aresto assim ementado:

Processual Civil. Contrato de abertura de crédito. Hídez do título discutida em exceção de pré-executividade. Existência de embargos do devedor que não debateram a questão específica. Coisa julgada inexistente. Pressupostos de constituição da ação. Matéria conhecível de ofício. CPC, art. 267, IV c.c. § 3º.

I. Em se tratando de matéria conhecível de ofício, como é o caso da alegada falta de hídez do título cobrado, pode ela ser objeto de exceção de pré-executividade, ainda que não suscitada, antes, em sede de embargos à execução. Coisa julgada inexistente.

II. Nulidade da decisão decretada, para que seja examinada, em 1ª instância, o mérito da exceção apresentada.

III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 419.376-MS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 19.08.2002)

Ex positis, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 722.998-MT (2004/0140261-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Nilson José Crestani e outro

Advogado: Fernando Emílio Tiesca

Recorrente: Maria Bernardet Consoli Matsumoto

Advogado: Gervasio Fernandes Cunha Filho

Recorrido: Estado de Mato Grosso

Procurador: Cristiano Alencar Paim e outros

EMENTA

Processual Tributário. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens dos sócios integrantes do Conselho de Administração. Lei n. 8.397/1992. Responsabilidade tributária. Ausência de comprovação de excesso de mandato, infração à lei ou ao regulamento.

1. É assente na Corte que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa (Precedentes: *REsp n. 513.912-MG*, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 1º.08.2005; *REsp n. 704.502-RS*, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02.05.2005; *EREsp n. 422.732-RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09.05.2005; e *AgRg nos EREsp n. 471.1070-MG*, deste relator, DJ de 25.10.2004).

2. Os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza.

3. Medida cautelar fiscal que decretou a indisponibilidade de bens dos sócios integrantes do Conselho de Administração da empresa devedora, com base no artigo 4º, da Lei n. 8.397/1992.

4. Deveras, a aludida regra deve ser interpretada *cum grano salis*, em virtude da remansosa jurisprudência do STJ acerca da responsabilidade tributária dos sócios.

5. Consectariamente, a indisponibilidade patrimonial, efeito imediato da decretação da medida cautelar fiscal, somente pode ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, desde que demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (responsabilidade pessoal), nos termos do artigo 135, do CTN. No caso de liquidação de sociedade de pessoas, os sócios são “solidariamente” responsáveis (artigo 134, do CTN) nos atos em que intervieram ou pelas omissões que lhes forem atribuídas.

6. Precedente da Corte no sentido de que: “(...) Não deve prevalecer, portanto, o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, ao estabelecer que, na concessão de medida cautelar fiscal, ‘a



indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador'. Em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento. (...)” (REsp n. 197.278-AL, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 24.06.2002)

7. *In casu*, verifica-se que a decretação da indisponibilidade dos bens dos sócios baseou-se, tão-somente, no fato de integrarem o Conselho de Administração da Olvepar S.A. - Indústria e Comércio, “com competência para fiscalizar a gestão dos diretores, através de exame de livros e documentos da sociedade, bem como, para solicitar informações sobre contratos celebrados, incluindo-se o presente Contrato de Benefício Fiscal concedido à referida empresa por intermédio do Prodei (Programa de Desenvolvimento Industrial do Estado)”, o que configura ofensa ao artigo 135, do CTN.

8. Ressalva do ponto de vista no sentido de que a ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e *pro labore*, caracteriza, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público.

9. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recursos especiais interpostos por Nilson José Crestani e outro e por Maria Bernardet Consoli Matsumoto, ambos com

fulcro nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento aos agravos de instrumentos dos recorrentes, nos termos da ementa a seguir transcrita:

Cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens dos sócios. Poderes de administração. Devedora concordatária. Presença do requisito *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Agravo improvido.

Demonstrado nos autos que sócios tem poderes de administração, é possível a decretação da indisponibilidade de seus bens quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Noticiam os autos que os ora recorrentes, sócios da empresa Olvepar S/A Indústria e Comércio, interpuseram agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face de despacho que deferiu a liminar pleiteada em sede de medida cautelar fiscal intentada pela Fazenda Pública do Estado do Mato Grosso, sob os seguintes fundamentos:

Para fins e efeitos de deferimento de liminar em sede de medida cautelar, é indispensável a presença de dois requisitos basilares, ou seja, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

No presente caso, verifico que estes requisitos foram comprovados.

Salvo melhor prova, está claramente documentada a existência do crédito em favor da requerente no valor de R\$ 30.588.769,46 (trinta milhões, quinhentos e oitenta e oito mil, setecentos e sessenta e nove reais e quarenta e seis centavos) não se questionando a presença do *fumus boni iuris*, face à juntada da certidão da dívida ativa n. 000.367/2002.

Da mesma forma, está comprovado nos autos que a devedora possui três contratos com a empresa Sementes Maggi Ltda. que lhe garantem créditos futuros com pagamento previsto para o dia 30 de junho de 2002, pretendendo a requerente que seja depositado em conta judicial a fim de garantir execução fiscal que será ajuizada no momento oportuno.

Quanto ao *periculum in mora*, a exequente trouxe provas suficientes para a sua constatação, pois o elevado débito existente para com a Fazenda Pública Estadual já demonstra que a requerida não cumpre fielmente com suas obrigações, aliás, demonstrou isto quando ajuizou um pedido de concordata preventiva, a qual foi deferida, todavia, vencido o prazo da moratória, a mesma não honrou com os compromissos assumidos.

Ademais, poderá a requerente sofrer prejuízos irreparáveis se for indeferida a liminar - até porque vários outros credores quirografários da empresa requerida



postulam a decretação de sua quebra, portanto, é plenamente justificável o pedido liminar.

Ante o exposto, e verificando presentes os requisitos legais, *concedo a liminar* almejada em todos os seus termos.

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, pela unanimidade de votos de seus integrantes, rejeitou a preliminar de supressão de instância suscitada pelo agravado e, no mérito, negou provimento ao agravo, nos termos da ementa anteriormente reproduzida, asseverando o seguinte:

... a Lei n. 8.397/1993, que institui e rege a cautelar fiscal, autoriza seu aforamento, tratando-se ou não de débito fiscal.

É também a própria lei que prevê, em seu artigo 4º, *caput*, e § 1º, que:

A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação' e que, em se tratando de pessoa jurídica, pode esta ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais ao tempo do fato gerador, caso trate-se de lançamento de ofício ou, ao tempo do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

Assim, levando-se em conta que os agravantes eram membros do Conselho de Administração da empresa em questão, estão eles enquadrados na hipótese supramencionada, haja vista a autonomia do Conselho, conforme se deduz do art. 24 do Estatuto Social da Companhia, alterado pela Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30 de dezembro de 1999, cuja ata encontra-se nos autos às fls. 41 *usque* 48, que pode, dentre outros autos, 'fixar a orientação dos negócios da sociedade; eleger e destituir os Diretores da Sociedade e fixar-lhes as atribuições; fiscalizar a gestão dos Diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e documentos da sociedade, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em vis de celebração e sobre quaisquer outros atos e por fim, manifestar-se previamente sobre planos ou programas de expansão e diversificação de atividades que envolvam investimentos superiores ao patrimônio líquido da Sociedade.

Quanto ao *periculum in mora*, o simples fato de estar a empresa da qual os agravantes são sócios e membros dos Conselho de Administração, em processo de Concordata Preventiva, cujos termos estavam sendo descumpridos, já é motivo configurador de sua presença, tendo em vista grande possibilidade de decretação da quebra, já que a Lei Falimentar (Lei n. 7.661/1945) prevê em seu artigo 175, § 8º,

que o não cumprimento do inciso I, do § 1º, do referido artigo, no prazo, acarretará a declaração da falência, cabendo, da decisão, agravo de instrumento.

(...)

Opostos embargos de declaração por Maria Bernardet, restaram os mesmos desprovidos, por não terem sido vislumbrados os vícios apontados.

Nas razões do especial de Nilson José Crestani e outro, sustenta-se que o acórdão hostilizado contrariou o disposto no artigo 135, III, do CTN, uma vez que:

... os recorrentes não foram administradores da pessoa jurídica 'Olvepar S.A. Indústria e Comércio', apenas integrando o Conselho de Administração da empresa. Embora tivessem poderes de fiscalização, não detinham a administração direta da sociedade que era exercida pelo corpo diretivo da empresa.

Se constitui ilegalidade e afronta ao devido processo legal a inclusão do administrador no pólo passivo de demanda em que se busca a satisfação de crédito, seja ele tributário ou não, antes de apurada a responsabilidade deste pelo inadimplemento da obrigação, mais ainda se afigura ilegal o manejo de cautelar fiscal em face dos recorrentes, os quais não integravam o corpo diretivo da empresa, não exercendo, diretamente, a administração da pessoa jurídica.

(...)

Inconcebível, portanto, que os recorrentes permaneçam com seus bens indisponibilizados, quando sequer houve imputação pela recorrida de responsabilidade pela existência do débito fiscal.

O acórdão recorrido, assim dispondo, violou literal disposição de lei federal, ou seja, o art. 135, III, do CTN, presumindo, em relação aos recorrentes, a existência de infração à lei, apenas pelo fato de terem sido integrantes do Conselho de Administração da pessoa jurídica, sem exercer diretamente atos de gestão, não tendo a recorrida sequer alegado que os recorrentes tenham praticado um único ato de gestão caracterizador de infração à lei ou ao estatuto social.

(...)

Na hipótese em apreço, os recorrentes, Nilson José Crestani e Claudiomar Crestani, tornaram-se acionistas da Olvepar S/A Indústria e Comércio a 15.12.1999, somente de duas ações (PN - classe C), uma cada um.

A partir de 30.12.1999, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária, passaram a exercer a função de conselheiros de administração, órgão consultivo, sem poder de administração ou prática de atos de gestão, vez que a empresa possuía e possui corpo administrativo próprio, composto por presidente, vice-presidente e diretores. Os recorrentes, portanto, jamais dirigiram a companhia.



Em 20.02.2001, conforme Ata de Assembléia Geral Extraordinária, Claudiomar Crestani afastou-se, por renúncia, do Conselho de Administração da Olvepar S/A Indústria e Comércio, mesma data em que transferiu sua ação para terceira pessoa, consoante prova cópia do Termo de Transferência de ações tirada no livro de registro de transferências de ações, inclusa nos autos. Nilson José Crestani permanece até hoje como conselheiro e titular de uma única ação da empresa.

Portanto, no caso vertente, os recorrentes não exerceram efetivamente cargos de administração na pessoa jurídica 'Olvepar S.A Indústria e Comércio', tendo a recorrida inscrito como devedores solidários meros acionistas que, à época da formalização do contrato - fato que originou a CDA e a obrigação tributária - sequer faziam parte da S/A, não se podendo, de modo algum, serem os recorrentes responsabilizados por atos de gestão que não foram por si praticados.

Conclui-se, pois, que os recorrentes não se enquadram entre as pessoas capazes de responder à medida cautelar fiscal, em virtude de não serem acionistas controladores, menos ainda, por não deterem poderes específicos para fazer com que a empresa cumpra suas obrigações fiscais.

Demais disso, ainda que admitida a hipótese de que os recorrentes tenham exercido atos de administração, *o simples inadimplemento da obrigação não caracteriza infração legal, ...*

(...)

Como não há, pela recorrida, alegação alguma de que os recorrentes tenham praticado atos de gestão, agindo com excesso de poderes e atos que teriam sido praticados pelos recorrentes em sua gestão, não há falar-se em responsabilidade tributária solidária a esse título ou a título de infração legal.

O sucessor da pessoa jurídica é a massa falida, para a qual foi transferido todo o ativo e passivo, sendo, portanto, a responsável exclusiva pelas obrigações tributárias.

Deste modo, os bens particulares dos recorrentes não respondem pelas dívidas da pessoa jurídica, posto que não foram apontados como tendo, no exercício dos cargos de Conselheiros de Administração, dissolvido irregularmente a pessoa jurídica, nem violado a legislação em vigor ou os estatutos sociais.

(...)

Gize-se, aliás, que a decretação da quebra da empresa não caracteriza dissolução irregular, posto que o processo falimentar é modo regular e legal de dissolução de uma sociedade comercial.

(...)

Os aludidos recorrentes trazem ainda para confronto arestos do STJ, no sentido de que “não se pode atribuir a responsabilidade substitutiva para sócios, diretores ou gerentes, prevista no art. 135, III, do CTN, sem que seja antes apurada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. Segundo os precedentes citados, “não ocorre a substituição tributária pela simples circunstância de a sociedade achar-se em débito para com o fisco” (REsp n. 260.524-RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ de 1º.10.2001; REsp n. 79.155-CE, Relator Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ de 08.06.1998; REsp n. 139.872-CE, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJ de 10.08.1998; REsp n. 174.532-PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 21.08.2000; REsp n. 100.739-SP, Relator Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, DJ de 1º.02.1999).

Acerca do manejo de medida cautelar fiscal para a indisponibilização de bens de sócio-gerente em sociedade por quotas de responsabilidade limitada, equivalente ao acionista-diretor da sociedade anônima por ações, colacionam o seguinte aresto como paradigma:

Recurso especial. Alínea **a**. Execução fiscal. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens do sócio. Responsabilidade do sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992. Não aplicação.

A responsabilidade excepcional do sócio-gerente somente se configura quando, no exercício da atividade de administração da pessoa jurídica, restar demonstrado que este agiu com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, a teor do disposto no artigo 135 do CTN, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

Não deve prevalecer, portanto, o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, ao estabelecer que, na concessão de medida cautelar fiscal, “a indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador”.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 197.278-AL, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 24.06.2002)



Supletivamente, apontam ofensa ao artigo 535, do CPC, caso não seja considerada prequestionada a matéria federal ora ventilada.

O recurso especial, interposto por Maria Bernardet Consoli Matsumoto, aponta ofensa: 1) ao artigo 535, do CPC, uma vez que “não obstante ter a recorrente fundado seus argumentos na aplicação do artigo 135, do CTN, à espécie, fato é que, mesmo após a interposição de embargos de declaração, sobre ele, assim como a respeito dos arts. 2º e 3º, da Lei n. 3.397/1992, não se manifestou explicitamente o v. acórdão recorrido...”; 2) ao artigo 135, do CTN, posto que nunca foi gestora ou participou da administração direta da companhia, sendo somente membro do Conselho de Administração por período curto, posterior à constituição do débito fiscal. Sustenta que apenas se admite a responsabilidade pessoal dos sócios ou administradores quando as obrigações fiscais forem resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto ou extinção irregular da sociedade; 3) aos artigos 2º e 3º, ambos da Lei n. 8.397/1992, tendo em vista que a lei exige prova literal da constituição do crédito tributário para a concessão da medida cautelar fiscal, o que incorreu *in casu*; e 4) ao artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, uma vez que “se a própria lei comete à diretoria a representação da sociedade, e se somente ela executa qualquer ato de gestão, não se pode considerar o membro do conselho como seu representante e, muito menos, responsável por dívida tributária constituída antes de sua nomeação”.

Traz para confronto arestos do STJ, no sentido de que “em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento” e de que “o simples inadimplemento não caracteriza infração legal”.

O prazo para oferecimento de contra-razões decorreu *in albis*, consoante certidão de fl. 717.

Determinada a retenção dos recursos especiais, por força do artigo 542, § 3º, do CPC, restaram os mesmos destrancados em virtude do deferimento de medidas cautelares ajuizadas no âmbito do STJ (MC n. 8.273-MT e MC n. 8.420-MT).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Ao tratar da Responsabilidade Tributária de Terceiros, o Código Tributário Nacional, dispõe o seguinte:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A jurisprudência desta Corte tem entendido possível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente quando fique comprovado que este agiu com excesso de poderes, infração de lei, do contrato social ou dos estatutos.

A essas hipóteses a doutrina acrescentou o caso da dissolução irregular da sociedade. A respeito, pronunciou-se o eminente tributarista Hugo de Brito Machado:

Com acerto decidiu o Tribunal Federal de Recursos que, deixando a sociedade de operar, sem ter havido sua regular liquidação, os sócios-gerentes, diretores e administradores respondem pelas dívidas tributárias desta. Há, nesses casos, uma presunção de que tais pessoas se apropriaram dos bens pertencentes à sociedade.

Em conclusão, a questão em exame pode ser assim resumida: (a) os sócios-gerentes, diretores e administradores de sociedades por quotas de



responsabilidade limitada, ou anônimas, em princípio não são pessoalmente responsáveis pelas dívidas tributárias destas; b) em se tratando de IPI, ou de imposto de renda retido na fonte, haverá tal responsabilidade, por força da disposição expressa do Decreto-Lei n. 1.736/1979; (c) relativamente aos demais tributos, a responsabilidade em questão só existiria quando a pessoa jurídica tenha ficado sem condições econômicas para responder pela dívida em decorrência de atos praticados com excesso de poderes ou violação da lei, do contrato ou do estatuto; (d) a liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais. (*in* Curso de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 138)

No mesmo sentido tem se firmado a jurisprudência desta Corte Superior, consoante se extrai dos recentes julgados, que restaram assim ementados:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Sócio-gerente. Redirecionamento. Impossibilidade. Art. 135 do CTN. Violação aos artigos 591, 592, II, e 596 do CPC, 350 do Código Comercial, 2º do Decreto n. 3.708/1919 não configurada. Prequestionamento ausente. Súmula n. 282-STF Precedentes.

1. *O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. O simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal.*

2. A configuração do prequestionamento envolve a emissão de juízo decisório sobre a questão jurídica controvertida.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 513.912-MG, Segunda Turma, Relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 1º.08.2005)

Tributário. Embargos de divergência. Execução fiscal. Sócio. Administrador. Responsabilidade tributária. Limites. Art. 135, III, do CTN. Súmula n. 168-STJ.

1. *Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente* (EResp n. 260.107, Primeira Seção, Ministro José Delgado).

2. *‘Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal firmou-se no mesmo sentido do acórdão embargado’* (Súmula n. 168-STJ).

3. Embargos de divergência não conhecidos. (EResp n. 422.732-RS, Primeira Seção, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 09.05.2005)

Tributário. Execução fiscal. Dissolução irregular da empresa. Redirecionamento da execução contra os sócios. Possibilidade. Precedentes. Recurso especial provido.

1. Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional interposto pelo *Estado do Rio Grande do Sul* em face de acórdão (fl. 71) proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

Agravo de instrumento. Tributário. Execução fiscal. Redirecionamento da execução contra sócio da empresa.

A responsabilidade pessoal do sócio, gerente ou não, está condicionada à prática de atos contrários à lei ou ao contrato. E não é simplesmente objetiva, exigindo efetiva comprovação. Dessa forma, o simples débito fiscal da sociedade, como qualquer outro, não constitui só por si violação à lei. Se assim fosse, todos os credores estariam autorizados a executar bens particulares dos sócios de sociedades limitadas. Além disso, a obrigação tributária é da sociedade.

Por maioria, negaram provimento, vencida a Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro que provia.

2. A jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de que a responsabilidade do sócio-gerente, em relação às dívidas fiscais contraídas pela sociedade apenas ocorre quando aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo na empresa, exorbitou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatuto, a teor do que dispõe o artigo 135 do Código Tributário Nacional ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

3. In casu, a execução fiscal foi originariamente dirigida à empresa denominada Fioríssimo Ind. Com. Essenciais Art. Presentes Ltda., tendo sido tomadas providências para citação da mesma mediante citação via postal, com pedido de oficiamento à Receita Federal para informar o endereço, citação via mandado de execução fiscal, todas sem êxito, havendo por fim, o oficial de justiça informado que não foi possível a citação já 'que a mesma está desativada de fato há mais de noventa dias. Deixo de realizar os demais atos por não ter encontrado bens da devedora.' (fl. 31v.).

4. A dissolução irregular da sociedade oportuniza redirecionamento da execução independente de culpa ou dolo dos sócios. Esse o entendimento adotado neste Superior Tribunal de Justiça: 'É cabível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente quando a sociedade tiver sido dissolvida de forma irregular. Precedentes da Corte.' (AgRg no REsp n. 622.736-RS, Ministro Luiz Fux DJ 28.06.2004)

5. Portanto, ocorrendo a dissolução irregular, afirmativa não contestada nos autos, torna-se possibilitado o redirecionamento da execução contra os sócios, os quais



poderão, oportunamente, oferecer embargos do devedor, onde argüirão toda matéria de defesa. O que não é possível é o fisco ficar sem ter a quem dirigir a cobrança do crédito fiscal em face de a sociedade não mais existir.

6. Recurso especial provido. (REsp n. 704.502-RS, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ de 02.05.2005)

Processual Civil. Agravo regimental. Tributário. Embargos de divergência. Execução fiscal. Redirecionamento para o sócio-gerente. Impossibilidade. Incidência do verbete da Súmula n. 168-STJ. Dissenso entre acórdão que não conheceu do apelo, ante o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF e outro que apreciou o mérito do recurso especial. Divergência não configurada.

1. *O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.* Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

2. 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.' Súmula n. 168-STJ.

3. São inadmissíveis os Embargos de Divergência quando o acórdão embargado não conhece do recurso sob o fundamento de ausência de prequestionamento e os decisórios paradigmas conheceram do recurso e adentraram na matéria de mérito. Precedentes do STJ: EREsp n. 497.511-SP; EREsp n. 89.575-SP; EREsp. n. 247.250-SP e EREsp n. 302.341-MG.

4. Embargos de divergência liminarmente indeferidos (art. 266, § 3º, do RISTJ).

5. Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EREsp n. 471.107-MG, Primeira Seção, desta relatoria, DJ de 25.10.2004)

In casu, controverte-se sobre a indisponibilidade de bens prevista pela Lei n. 8.397/1992, instituidora da medida cautelar fiscal, que prevê que o respectivo procedimento poderá ser instaurado, em regra, após a constituição do crédito tributário, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias (redação dada pela Lei n. 9.532/1997).

O requerimento da medida cautelar independe da prévia constituição do crédito tributário, quando o devedor, notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal, põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros, ou aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei.

Acerca de indisponibilidade dos bens do requerido, o supracitado diploma legal, em seu artigo 4º, preceitua o seguinte:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, ao tempo:

- a) do fato gerador, nos casos de lançamento de ofício;
- b) do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

§ 2º A indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública.

§ 3º Decretada a medida cautelar fiscal, será comunicada imediatamente ao registro público de imóveis, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e às demais repartições que processem registros de transferência de bens, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a constrição judicial.

Em virtude da remansosa jurisprudência acerca da responsabilidade tributária dos sócios, a aludida regra deve ser interpretada *cum grano salis*.

Os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade patrimonial secundária na ação principal de execução são também exigidos na ação cautelar fiscal, posto acessória por natureza.

A indisponibilidade patrimonial, efeito imediato da decretação da medida cautelar fiscal, somente pode ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais, desde que demonstrado que as obrigações tributárias resultaram de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (responsabilidade pessoal), nos termos do artigo 135, do CTN. No caso de liquidação de sociedade de pessoas, os sócios são “solidariamente” responsáveis (artigo 134, do CTN) nos atos em que intervieram ou pelas omissões que lhes forem atribuídas.

Confira-se, à guisa de exemplo, o seguinte precedente:



Recurso especial. Alínea **a**. Execução fiscal. Medida cautelar fiscal. Indisponibilidade dos bens do sócio. Responsabilidade do sócio-gerente. Limites. Art. 135, III, do CTN. Artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992. Não aplicação.

A responsabilidade excepcional do sócio-gerente somente se configura quando, no exercício da atividade de administração da pessoa jurídica, restar demonstrado que este agiu com abuso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos, a teor do disposto no artigo 135 do CTN, ou, ainda, se a sociedade foi dissolvida irregularmente.

Não deve prevalecer, portanto, o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei n. 8.397/1992, ao estabelecer que, na concessão de medida cautelar fiscal, “a indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador”.

Em se tratando de responsabilidade subjetiva, é mister que lhe seja imputada a autoria do ato ilegal, o que se mostra inviável quando o sócio sequer era administrador da sociedade à época da ocorrência do fato gerador do débito tributário pendente de pagamento.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 197.278-AL, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 24.06.2002)

In casu, verifica-se que a decretação da indisponibilidade dos bens dos sócios, ora recorrentes, baseou-se, tão-somente, no fato de integrarem o Conselho de Administração da Olvepar S.A. - Indústria e Comércio, “com competência para fiscalizar a gestão dos diretores, através de exame de livros e documentos da sociedade, bem como, para solicitar informações sobre contratos celebrados, incluindo-se o presente Contrato de Benefício Fiscal concedido à referida empresa por intermédio do Prodei (Programa de Desenvolvimento Industrial do Estado)”, o que configura ofensa ao artigo 135, do CTN.

Diante do exposto, *dou provimento aos recursos especiais.*

RECURSO ESPECIAL N. 724.693-PR (2005/0022642-4)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Paulo Antônio Meneghel e outros

Advogado: Davi Deutscher Filho e outros

Recorrido: Estado do Paraná

Procurador: César Augusto Binder e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Violação aos arts. 126, 128, 165, 458, 459 e 535, I e II, do CPC. Inocorrência. Honorários advocatícios de sucumbência e contratual. Natureza.

1. Acórdão recorrido que conheceu a questão versada nos autos de forma completa, diversamente do que alegado pelos recorrentes, distinguindo, inclusive, as duas espécies de verba honorária (contratual e de sucumbência).

2. Inexiste ofensa aos arts. 126, 128, 165, 458, 459 e 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. É assente nesta Corte e no E. Pretório Excelso que os honorários de sucumbência, por dependerem do êxito do causídico na ação, sendo, assim, de percepção aleatória e incerta, não podem ser considerados inseridos na mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* prevista no art. 100, § 1.º, alínea **a**, da Lei Maior (Precedentes: *REsp* n. 329.519-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.11.2005; *REsp* n. 653.864-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 13.12.2004; *RMS* n. 17.536-DF, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJU de 03.05.2004; e *RE* n. 143.802-9-SP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 09.04.1999).

4. Por outro lado, caso fosse atribuída à verba sucumbencial natureza alimentar, estar-se-ia dando preferência ao patrono em detrimento de seus clientes.

5. Os honorários contratuais, por seu turno, representam a verba *necessarium vitae* através do qual o advogado provê seu sustento, ao contrário do *quantum* da sucumbência da qual nem sempre pode dispor, razão pela qual, em princípio, somente aqueles podem ser considerados de natureza alimentar.

6. *In casu*, porém, o patrono da causa convencionou com seus clientes, ora recorrentes, por ocasião de seu patrocínio em ação

indenizatória por desapropriação, honorários advocatícios na razão de 50% (cinquenta por cento) calculados sobre o êxito obtido na demanda (fls. 49/55).

7. Considerando-se que os honorários advocatícios de sucumbência não têm natureza alimentar em razão de sua incerteza quanto ao percebimento, posto sempre atrelados ao ganho de causa, encerram a mesma característica aqueles contratados sob o êxito, por força do princípio de que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

8. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de abril de 2006 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ 28.04.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Paulo Antônio Meneghel e outros, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta Maior, no intuito de verem anulado o v. Acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em sede de embargos de declaração, por ofensa aos arts. 126, 128, 165, 458, 459, 522, 524, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, ou, alternativamente, reformado o aresto prolatado por aquela Corte, no julgamento de agravo de instrumento (CPC, art. 522) manejado pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, sob o fundamento de o mesmo ter malferido as disposições insertas nos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994, bem como por ter esposado entendimento distinto adotado em arestos desta Corte Superior e do Pretório Excelso no que se refere a natureza dos honorários advocatícios da sucumbência.

Noticiam os autos que os ora recorrentes ajuizaram ação de indenização pelo rito ordinário em desfavor do DER-PR, tendo em vista este ocupar de forma irregular parte de imóveis a eles pertencentes, sem contudo garantir-lhes a prévia e justa indenização, prevista constitucionalmente, ou mesmo o rito previsto no Decreto-Lei n. 3.365/1941.

O pedido indenizatório foi julgado procedente e o DER condenando ao pagamento do principal corrigido e acrescido de juros compensatórios e moratórios, bem como ao pagamento de honorários da sucumbência e custas processuais.

Iniciada a execução do referido título judicial e após o transcurso *in albis* do prazo legalmente previsto para a oposição de embargos do devedor, os credores, ora recorrentes, requereram o desmembramento do valor exequendo de modo a serem expedidos dois precatórios requisitórios distintos: um em nome dos expropriados, de natureza comum; e outro em nome do patrono dos mesmos, de natureza alimentar, relativo aos honorários de sucumbência e contratuais.

O juízo de primeiro grau deferiu o pedido formulado (fl. 59), amparando-se, na ocasião, em decisões emanadas desta Corte Superior e do E. STF e, ainda, do disposto na legislação estadual do Paraná (Lei n. 13.213/2001 e Decreto n. 4.889/2001).

Contra esta decisão o ora recorrido insurgiu-se, valendo-se, para tanto, do recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 522). Em suas razões, afirmou o então agravante, em síntese, que precatório principal decorria de sentença condenatória proferida em ação de indenização, não sendo incluído, assim, como de natureza alimentar, consoante o disposto pelo art. 100 da Carta Maior. Aduziu, também, ser a verba honorária acessória, pelo que possuidora da mesma natureza do precatório principal e, mais, que inaplicável à espécie as disposições insertas na Lei Estadual n. 13.213/2001, vez que aquela define o precatório decorrente de honorários advocatícios para o fim de compensação de débitos fiscais, hipótese distinta da versada *in casu*.

A Quarta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos dos seus integrantes, deu provimento ao agravo de instrumento interposto, em aresto que restou assim ementado:

Agravo de instrumento. Expedição de precatório requisitório como de natureza alimentar. Verba decorrente de contrato de honorários advocatícios. Decisão reformada. Recurso provido.

Assim como o acessório segue a mesma disciplina do principal, torna-se impossível que o precatório referente aos honorários da sucumbência em ação de natureza comum, tenha natureza alimentar. (fl. 114)



Os exeqüentes, vislumbrando omissão no julgado, opuseram embargos de declaração (fls. 123/125). Nas razões de embargar, afirmaram que o aresto embargado “deixou de apreciar e analisar o argumento de que o art. 100, § 1º-A, da CF (EC n. 30 de 13.09.2000), não se aplica ao caso em tela, pois ofende o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito” (fl. 124). Requereram, ainda, fosse enfrentada e esclarecida a razão de não se aplicar a espécie a inteligência das normas insertas nos arts. 5.º, *caput* e incisos I e II, 6º, 7º, incisos IV, X, XXX, XXXII, da Constituição Federal, e nos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994. Ao final, pretenderam fosse esclarecida a natureza dos honorários de sucumbência, se comum ou alimentar.

A Corte de origem, novamente por unanimidade dos votos dos integrantes de sua 4ª Câmara Cível, rejeitou os embargos opostos, evidenciando, todavia, que: a) estabelecido no acórdão embargado que os honorários sucumbenciais, por sua natureza acessória, têm o mesmo caráter da ação principal em que foram fixados; b) tanto a Emenda Constitucional n. 30/2000, quanto a Lei Estadual n. 13.213/2001, são inaplicáveis ao caso em espécie; c) o *decisum* embargado tratou expressamente dos honorários sucumbenciais; e d) o E. TJ-PR assentou entendimento de que apenas os honorários advocatícios contratuais tem caráter alimentar, os sucumbenciais, por sua vez, seguem a natureza do principal onde fixados.

Ainda irresignados, os exeqüentes interpuseram o recurso especial que se apresenta, por meio do qual apontam, primeiramente, ofensa aos arts. 126, 128, 165, 458 e incisos, 459, 522, 524 e 535, incisos I e II, todos do Código de Processo Civil, bem como ao arts. 5.º, *caput* e incisos II, XXXV, LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal. Neste particular, aduzem os recorrentes que o E. Tribunal *a quo* deixou de enfrentar: “o argumento de que a Emenda n. 30 não pode retroagir e atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido; e a argumentação de que a natureza alimentara dos honorários decorre dos arts. 5º, *caput*, I e II, 6º, 7º, IV, X, XXX e XXXII, da CF, do próprio art. 100, *caput*, § 1º-A, da CF, e dos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994” (fl. 149). Pretendem, assim, sejam declarados nulos os arestos prolatados pela Corte de origem para que esta promova novo julgamento da demanda dando a integral prestação jurisdicional.

No que se refere ao cerne da questão versada nos autos, aduziram os recorrentes violação dos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994, suscitando, ainda, a existência de dissídio pretoriano entre o aresto hostilizado e v. Acórdão do Pretório Excelso, no qual consignado que: “A teor do disposto nos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.906/1994, os honorários advocatícios, incluídos na condenação,

pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentar” (RE n. 170.220-6-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 07.08.1998). Ao final, pugnam pelo provimento do apelo nobre que se afigura, para que seja reconhecida a natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais e contratuais.

O Estado do Paraná apresentou contra-razões ao apelo nobre (fls. 203/208), pleiteando não seja o mesmo conhecido, por aplicação, *in casu*, dos enunciados sumulares n. 282-STF e 83-STJ, ou seja, acaso conhecido, desprovido.

Na origem, em exame prévio, o presente recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, à esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Prequestionada a matéria federal ventilada, demonstrada a divergência jurisprudencial alegada e restando devidamente preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento.

No mérito, todavia, não merecem guarida nenhuma das pretensões dos recorrentes.

Primeiramente, pelo fato de não se vislumbrar contradição, omissão ou obscuridade, no acórdão recorrido, capaz de tornar nula a decisão impugnada pelo especial. Isto porque, o tribunal *a quo* apreciou presente demanda de modo suficiente, conforme se pode extrair do inteiro teor do v. acórdão prolatado, que encontra-se acostado às fls. 114/118 dos presente autos, e que fora perfeitamente integrado pelo aresto prolatado em sede de embargos de declaração (fls. 135/138), donde se extrai a inocorrência, em espécie, de violação de quaisquer dos dispositivos do Código de Processual Civil apontados como malferidos pelos recorrentes.

Assim, não merece acolhida a alegação dos recorrentes de que o acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos, não tenha se pronunciado acerca de todas as questões relevantes da demanda, e que, em consequência, teria violado os arts. 126, 128, 165, 458, 459, 522, 524, e 535, incisos I e II, do CPC ou teria adotado entendimento divergente ao desta Corte Superior no que atine aos mencionados dispositivos legais. É dizer que quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.



Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Entendimento uníssono desta Corte:

Tributário. Recurso em consulta administrativa. Exigibilidade do crédito tributário. Artigo 48, § 5º, da Lei n. 9.430/1996. Alegativa de infringência aos artigos 535, II, do Código de Processo Civil e 151, III do Código Tributário Nacional. Inocorrência. Recurso especial desprovido.

1. Não comete infringência ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil o acórdão que analisa todos os pontos relevantes atinentes à solução da lide posta em julgamento. O juiz, ao expor os motivos que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, não está subordinado a fazê-lo como quem responde a um questionário jurídico, mas sim fundamentadamente. Aliás, o decisório abordou explicitamente o artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, tema da insurgência recursal.

(...) 3. Recurso especial desprovido (REsp n. 600.218-RJ, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.05.2004).

Processo Civil e Administrativo. Recurso especial. Alínea **a**. Alegada violação aos artigos 458, II, e 535, II do CPC. Inocorrência. Técnico em metalurgia. Necessidade de inscrição no Conselho Regional de Química. Ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei federal apontados.

Não há nos autos qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a res in iudicium deducta.

(...) Recurso especial não conhecido (REsp n. 503.205-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 29.03.2004).

De igual modo, não se verifica, *in casu*, a ocorrência do alegado malferimento dos arts. 22, 23 e 24 da Lei n. 8.906/1994. Cinge-se a controvérsia, neste aspecto, a saber se possível ao advogado valer-se de precatório requisitório preferencial, para a percepção de valores referentes a honorários contratuais e/ou sucumbenciais, ao argumento de os mesmos revestirem-se de natureza de verba alimentar.

O cerne da questão principal trazida à esta Corte diz respeito sobre se o advogado pode ou não fazer uso de precatório requisitório preferencial em se tratando da percepção de honorários contratuais e/ou de sucumbência.

No que diz respeito à natureza dos honorários de sucumbência, insta expor que este relator já sedimentou seu entendimento, quando do julgamento do RMS n. 17.536-DE, ocasião em que se lavrou aresto, publicado no DJU de 03 de maio de 2004, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Honorários advocatícios decorrentes de sucumbência. Precatório. Art. 100, § 1-A, da Constituição Federal.

1. O art. 100, § 1-A da Constituição Federal dispõe: “Os créditos e natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

2. A *ratio essendi* do art. 1º da Emenda n. 30 dirige-se exatamente aquelas verbas *necessarium vitae*, que são devidas e em relação às quais as partes não podem praticamente sobreviver, razão pela qual mereceram um tratamento constitucional privilegiado.

3. Deveras, a verba decorrente dos honorários de sucumbência - cuja retribuição é aleatória e incerta - dependente do êxito da parte a qual patrocina, não podem ser considerados da mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* previstos na Carta Magna.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido. (RMS n. 17.536-DE, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJU de 03.05.2004)

Não é outro o entendimento desta Corte Superior sobre a questão posta nos autos, fazendo-se oportuno colacionar recentes julgados deste Sodalício, prolatados no julgamento de demandas análogas a que se afigura, com o fito de evidenciar a uniformização do entendimento jurisprudencial:

Tributário. Processo Civil. Execução. Concurso de credores. Crédito fiscal. Honorários advocatícios. Arts. 186 do CTN e 24 da Lei n. 8.906/1994.

1. Os honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados pelo juiz em favor do vencedor, têm retribuição aleatória e incerta, razão pela qual não podem ser caracterizados como verba de natureza alimentar.

2. A teor do disposto no art. 186 do CTN, o crédito tributário prefere a qualquer outro, à exceção dos créditos decorrentes da legislação trabalhista.

3. Em sede de concurso de credores de devedor comum, os honorários advocatícios não preferem aos créditos fiscais. Precedentes.



4. Recurso especial provido. (REsp n. 329.519-SP, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 21.11.2005)

Processo Civil e Constitucional. Honorários advocatícios. Preferência na ordem de pagamento. Art. 100 da Constituição Federal.

1. *Os honorários advocatícios oriundos da sucumbência não têm natureza alimentar.*

2. *Sob o aspecto ontológico, a álea só existe quando há sucesso na demanda, o que afasta a qualificação preferencial pretendida.*

3. Sob o ângulo constitucional, interpretado o art. 100, § 1º-A, verifica-se não estarem os honorários sucumbenciais no elenco dos créditos alimentares.

4. Divergência jurisprudencial que se resolve pela não-qualificação do crédito como sendo verba alimentar.

5. Recurso especial improvido (REsp n. 653.864-SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 13.12.2004).

Vale ressaltar, ainda, que o E. Supremo Tribunal Federal, espousa entendimento que segue na mesma direção, consoante se pode depreender dos fundamentos desenvolvidos pelo Exmo. Sr. Min. Sydney Sanches, quando da prolação do voto condutor do RE n. 143.802-9-SP *in verbis*:

(...) Objetiva o presente Recurso, a desconstituição do V. Acórdão de fls. que deu provimento ao agravo de instrumento dos ora recorridos, no sentido de que a verba honorária, por ter manifesto carácter alimentar não se enquadra na regra excepcional e provisória do artigo 33 das Disposições Transitórias da Carta Magna.

Resumidamente, o fulcro da questão se encontra na natureza da interpretação de serem os honorários advocatícios relativos à sucumbência, créditos de natureza alimentar. Tal não sucede, entretanto.

Os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, não têm, *data venia*, o carácter alimentar. É certo que esse cará ter deve ser conferido àquela verba resultante de contrato firmado entre o advogado e a parte, no momento do patrocínio. Desse numerário, efetivamente retira o patrono seu sustento. É diversa da verba decorrente da sucumbência, da qual o advogado não pode nem sempre dispor ou contar como certa.

À contemplar-se a verba decorrente da sucumbência como de natureza alimentar, constituir-se-ia uma inversão de valores, em detrimento daquele a quem o Estado ainda está a dever e que não conseguiu a liquidação plena de seu crédito, a favor daquele a quem deu seu patrocínio.

Não pode pois a sucumbência integrar o conceito de verba alimentar. Sua retribuição é aleatória eis que, os advogados efetivamente não podem contar com sua existência ou *quantum*.

Como já foi dito, os contratos de honorários não se resumem à percepção da verba a quem o sucumbente eventualmente venha a ser condenado. A prestação postulatória exige do patrocinado o pagamento da honorária certa *desvinculada da condenação que poderá não sobrevir*, se o patrono não alcançar o ganho da causa.

Um outro aspecto ainda, merece consideração: não existe entre o Estado e o advogado da parte adversa, qualquer relação de subordinação que resultasse na possibilidade de exigência da honorária como prestação de caráter alimentício. Não existe dependência entre a entidade devedora e o advogado de outra parte. A sucumbência é pois, um *plus* condenatório que se não reveste de natureza alimentar.

Finalmente, destaca-se o último obstáculo à pretensão dos Autores. Trata-se da sistemática obedecida no cumprimento dos ofícios requisitórios. A se atender e se considerar tal verba como caráter alimentício, importar-se-ia em segmentação dos requisitórios de tal sorte quantos fossem os advogados patrocinadores dos interesses dos demandantes, o que sem dúvida tornaria a situação extremamente tumultuária na liquidação dos precatórios, inclusive às vezes em detrimento dos próprios clientes.

Isto posto, e tendo sido violada a Carta Magna em seu artigo 33 das Disposições Transitórias, a Autarquia, invocando os suprimentos dessa egrégia Suprema Corte Federal, espera seja o V. Acórdão, ora atacado, desconstituído com o provimento do presente apelo extremo de modo a se restabelecer o verdadeiro direito emanado de nossa Constituição Federal, como medida de Justiça Total!

(omissis)

3. O Parecer do Ministério Público Federal, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral República Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, exarou-se à fls. 62, nestes termos:

Recurso Extraordinário onde se discute a interpretação a ser dada ao artigo 33 do ADCT que reza o parcelamento do pagamento dos precatórios judiciais.

A colenda Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal externou pensamento contrário ao entendimento esposado pelo Tribunal *a quo* no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 149.9893-SP, Rel. Min. Moreira Alves, IN DJ de 06.08.1993, pp. 14.908/9 e 162.312-8-SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, IN DJ de 13.05.1994, p. 11.357, entendendo aplicável inclusive às desapropriações, o artigo 33 do ADCT.

O parecer é, por conseguinte, provimento do Recurso Extraordinário.

4. Valho-me dos fundamentos deduzidos pelo recorrente e pelo Ministério Público federal, para conhecer do Recurso Extraordinário e lhe dar provimento.

É que o principal da justa indenização em processo expropriatório está sujeito à moratória prevista no art. 33 do ADCT, na conformidade da jurisprudência desta Corte.

Se assim é com o principal, pela mesma razão há de ser com a verba acessória, de honorários advocatícios, não se tratando aqui de ação proposta pelo Advogado contra o constituinte.

5. Nesse sentido é o meu voto. (RE n. 143.802-9-SP, Primeira Turma, Rel. Min Sydney Sanches, DJU de 09.04.1999).

Destarte, como a verba honorária a título de sucumbência depende do êxito do causídico na ação, sendo aleatória e incerta, não se pode considerar que esteja inserida na mesma categoria dos alimentos *necessarium vitae* prevista no art. 100, § 1.º, alínea **a**, da Lei Maior. Por outro lado, caso fosse atribuída à verba sucumbencial natureza alimentar, estar-se-ia dando preferência ao patrono em detrimento de seus clientes.

Os honorários contratuais, por seu turno, representam a verba *necessarium vitae* através do qual o advogado provê seu sustento, ao contrário do *quantum* da sucumbência da qual nem sempre pode dispor, razão pela qual, em princípio, somente aqueles podem ser considerados de natureza alimentar.

In casu, porém, o patrono da causa convencionou com seus clientes, ora recorrentes, por ocasião de seu patrocínio em ação indenizatória por desapropriação, honorários advocatícios na razão de 50% (cinquenta por cento) calculados sobre o êxito obtido na demanda (fls. 49/55).

Conclui-se, portanto, que até mesmo esta verba, contratual, terminou despida de seu caráter alimentar, visto que, como nos honorários de sucumbência, restou incerta e aleatória, até o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos da referida ação indenizatória.

Considerando-se que os honorários advocatícios de sucumbência não têm de natureza alimentar em razão de sua incerteza quanto ao percebimento, posto sempre atrelados ao ganho de causa, encerram a mesma característica aqueles contratados sob o êxito, por força do princípio de que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

Ex positis, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 768.689-RN (2005/0121815-1)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Fazenda Nacional
Procurador: Raquel Teresa Martins Peruch Borges e outros
Recorrido: Simas Industrial S/A
Advogado: Douglas S Diniz Moreno e outros

EMENTA

Tributário. Crédito presumido de IPI na exportação. Ressarcimento de débito. Art. 4º da Lei n. 9.363/1996. Condicionamento à inexistência de débitos. Art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996. Parcelamento. Legitimidade da retenção prevista no art. 6º, § 3º, do Decreto n. 2.138/1997.

I - Nos termos do art. 1º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996, somente é possível a restituição em dinheiro de créditos prêmio de IPI na exportação, caso esta seja precedida de compensação pelo Fisco de eventuais débitos do contribuinte pelo Fisco. Precedente: REsp n. 542.938-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 07.11.2005.

II - De acordo com o § 3º do art. 6º do Decreto n. 2.138/1997: “a Unidade da Secretaria da Receita Federal reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado”, sendo legítima a sua aplicação à hipótese em tela, haja vista que o mero parcelamento do débito não constitui forma de extinção do crédito tributário.

III - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 12.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com esteio no art. 105, III, **a**, da Lei Maior, contra v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim ementado:

Tributário. Administrativo. Mandado de segurança. IPI, crédito presumido como ressarcimento do valor do PIS e da Cofins. Lei n. 9.363/1997, artigo 4º. Impossibilidade de compensação. Pagamento em moeda corrente.

- Comprovada a impossibilidade de utilização do crédito presumido em compensação do IPI devido pelo produtor exportador, nas operações de venda, no mercado interno, é ilegítimo o ato da autoridade administrativa que reteve crédito presumido de IPI procedendo a compensação de ofício nos termos do art. 6º, do Decreto n. 2.136/1997, sob alegação de existência de outras dívidas tributárias da contribuinte, que foram objeto de parcelamento junto à autoridade administrativa.

- Apelação provida (fl. 127).

Opostos embargos de declaração, foram esses providos em parte (fl. 141).

Sustenta a recorrente, em síntese, afronta aos arts. 6º da Lei n. 9.363/1996 e 6º do Decreto n. 2.138/1997, aduzindo que as regras insertas na Instrução Normativa n. 21/1997 e no Decreto n. 2.136/1997, pelas quais se exige a prévia extinção dos débitos existentes perante a Secretaria da Receita Federal para que o ressarcimento em espécie ocorra, são perfeitamente válidas. Acrescenta que o crédito presumido de IPI possui natureza de incentivo fiscal, somente podendo ser usufruído se a pessoa jurídica estiver em dia com suas obrigações fiscais. Destaca que, no caso, o débito existente seria para com a seguridade social, ressaltando a vedação constitucional (art. 195, § 3º, da CF/1988) a que a recorrida usufruísse do incentivo fiscal em tela. Por fim, argumenta que o parcelamento efetuado não se constitui em extinção do crédito tributário, o que somente ocorrerá com a quitação plena de todas as parcelas, de sorte que remanesce a dívida para com o Fisco.

Transcorrido *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões ao apelo nobre (fl. 197v).

Instado, o douto representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial (fls. 210/213).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho por satisfeitos os requisitos de admissibilidade recursal, aí se incluindo o do prequestionamento da matéria controvertida, pelo que conheço do recurso especial.

O cerne do presente recurso é a compatibilidade entre a possibilidade de ressarcimento em dinheiro de crédito presumido de IPI nas operações de exportação, previsto no art. 4º da Lei n. 9.363/1996, e a compensação pelo Fisco de tais créditos com débitos existentes, nos termos do art. 6º do Decreto n. 2.138/1997.

O art. 4º da Lei n. 9.363/1993 reza que, *litteris*:

Art. 4º Em caso de comprovada impossibilidade de utilização do crédito presumido em compensação do Imposto sobre Produtos Industrializados devido, pelo produtor exportador, nas operações de venda no mercado interno, far-se-á o ressarcimento em moeda corrente.

Por sua vez, o art. 6º, §§ 1º ao 3º, do Decreto n. 2.138/1997 assim dispõe:

Art. 6º. A compensação poderá ser efetuada de ofício, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287, de 23 de julho de 1986, sempre que a Secretaria da Receita Federal verificar que o titular do direito à restituição ou ao ressarcimento tem débito vencido relativo a qualquer tributo ou contribuição sob sua administração.

§ 1º A compensação de ofício será precedida de notificação ao sujeito passivo para que se manifeste sobre o procedimento, no prazo de quinze dias, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§ 2º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, a Unidade da Secretaria da Receita Federal efetuará a compensação, com observância do procedimento estabelecido no art. 5º.

§ 3º No caso de discordância do sujeito passivo, a Unidade da Secretaria da Receita Federal reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

Para melhor elucidar a questão, merece destaque o conteúdo do art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996, *in verbis*:

Art. 7º A Secretaria da Receita Federal, antes de proceder a restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.

§ 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.



Art. 73 Para efeito do disposto no art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287, de 23 de julho de 1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:

I - o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir;

II - a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição.

Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Verifica-se, portanto, que se por um lado é permitida a restituição em dinheiro dos referidos créditos, pelo outro é outorgado ao Fisco o direito à compensação de eventuais débitos do contribuinte com créditos existentes.

Nesse contexto, deve-se proceder a uma interpretação das referidas normas, observando-se que não se trata de hipótese de revogação de norma anterior por lei posterior ou de incompatibilidade entre os referidos dispositivos, prestigiando o sistema como um todo.

Assim, tenho que somente seria possível a eventual restituição, *in casu*, se inexistissem débitos do contribuinte.

Noutras palavras, existindo débitos do contribuinte perante a autoridade fazendária, não é possível a restituição do valor total dos créditos porventura existentes, *ex vi* do art. 1º, § 1º, do Decreto n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta egrégia Primeira Turma:

Tributário. Crédito presumido de IPI na exportação. Ressarcimento de débito. Art. 4º da Lei n. 9.363/1993. Condicionamento à inexistência de débitos. Art. 7º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996.

I - Nos termos do art. 1º do Decreto-Lei n. 2.287/1986 e dos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.430/1996, somente é possível a restituição em dinheiro de créditos prêmio de IPI na exportação, caso esta seja precedida de compensação pelo Fisco de eventuais débitos do contribuinte pelo Fisco.

II - Recurso especial improvido (REsp n. 542.938-RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 07.11.2005, p. 87).

Resta, ainda, destacar que a recorrida fora notificada pela Secretaria da Fazenda para manifestar-se quanto à compensação de ofício prevista no art. 6º do Decreto n. 2.138/1997, tendo-se manifestado contrária a tal compensação, o que resultou na retenção do referido crédito pelo Fisco, com respaldo no § 3º daquele mesmo dispositivo legal.

A esse respeito, impecáveis as ponderações exaradas na r. sentença, *in verbis*:

... a Simas Industrial S.A. tem para com o Fisco, dívida vencida de mais de um milhão e cem mil Reais em contribuições sociais, que este, a fim de receber, parcelou em suaves sessenta e duas prestações, atualizados com base em taxa de juros muito abaixo da cobrada pelo mercado.

24. No momento em que a Autoridade Tributária tem em seu poder dinheiro suficiente para saldar uma parcela dessa dívida (sem provocar gravame excessivo para o caixa da empresa, vez que o dinheiro já foi recolhido e a impetrante continua operando normalmente no mercado) seria absurdo que o Fisco pagasse à impetrante oitocentos mil reais em dinheiro, deixando de reter esse montante até que fosse satisfeito o crédito tributário da União - dentro da ampla esfera de ação que lhe foi outorgada pelo art. 6º da Lei n. 9.363/1996, regulamentado pelas normas administrativas citadas no item 14.

25. Outra hipótese sensata, que a impetrante não autorizou, seria proceder à compensação tributária, vez que trata-se de duas dívidas líquidas, certas e vencidas.

26. Há, portanto, direito de retenção do crédito da impetrante, por parte da Autoridade Tributária, até que sejam quitadas as dívidas tributárias (fls. 83/84).

Por fim, impende reforçar que a celebração de parcelamento do débito tributário em nada macula a legitimidade da retenção de crédito prevista no § 3º do art. 6º do Decreto n. 2.138/1997.

Realmente, a referida norma estabelece a possibilidade de retenção de crédito pela Secretaria da Fazenda “até que o débito seja liquidado”, o que, em sentido contrário, significa dizer que a referida retenção de valores somente se torna *ilegítima* quando o *crédito tributário já houver sido extinto*, o que, consoante reiteradamente decidido por esta Corte, *não se dá* com a simples celebração de parcelamento do débito, que somente será considerado extinto com o total adimplemento das parcelas.

A esse respeito, ilustrativos os seguintes julgados:



Processual Civil e Tributário. Art. 535, inciso II, do CPC. Violação. Inocorrência. Crédito tributário. Parcelamento. Suspensão da exigibilidade. Contribuinte. Certidão positiva com efeito de negativa, e não Certidão Negativa de Débito.

1. O voto condutor do acórdão embargado não restou omissivo, pois decidiu a questão de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. A CND não pode ser emitida enquanto existir débito do contribuinte com o Fisco. *O parcelamento não tem o condão de extinguir o crédito tributário, mas, tão-só, de suspender-lhe a exigibilidade (art. 151, inciso VI, do CTN).*

3. O contribuinte que obteve parcelamento junto ao Fisco tem direito à emissão de certidão positiva com efeito de negativa - e não de CND -, embora aquela seja dotada dos mesmos efeitos desta.

4. Recurso especial provido em parte. (REsp n. 716.785-CE, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 07.11.2005, p. 227) (g.n.).

Recurso especial. Tributário. O parcelamento da dívida tributária nos embargos à execução não implica a extinção da execução mas a sua suspensão.

1. O parcelamento do débito na execução fiscal implica, tão-somente, a suspensão do processo, conservando-se perene a Certidão da Dívida Ativa a sustentar a execução até que se extinga a dívida, podendo operar-se a continuidade da execução fiscal pelo saldo remanescente, se o parcelamento não restar cumprido integralmente pelo sujeito passivo.

2. A figura do parcelamento não se confunde com a transação extintiva do crédito. A autocomposição bilateral ou transação é forma de extinção do crédito tributário, consoante determina o art. 156, III do CTN, implicando no término do direito da Fazenda Pública de cobrar a obrigação tributária.

3. Considerando que a transação é a forma pela qual as partes previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas, enquanto que o parcelamento é a mera dilação de prazo para o devedor honrar sua dívida, não há que falar em naturezas semelhantes. Ao revés, no parcelamento, a dívida ativa não se desnatura pelo fato de ser objeto de acordo de parcelamento, posto que não honrado o compromisso, retoma ela o os seus privilégios, incidindo a multa e demais encargos na cobrança via execução fiscal.

4. É novel regra assente no Código Tributário Nacional que o parcelamento do débito é meramente suspensivo.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 514.351-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19.12.2003, p. 347).

Ante todo o exposto, *dou provimento* ao recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 841.506-AL (2006/0081068-2)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal

Advogado: Fernando Carlos Araújo de Paiva e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Anna Regina L. R. de Barros e outros

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Penhora sobre o faturamento da empresa. Possibilidade. Necessidade de observância a procedimentos essenciais à constrição excepcional, existentes, *in casu*. Precedentes.

1. *Cuida-se de agravo* de instrumento interposto pela Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara-AL que deferiu a penhora, nos autos da execução fiscal movida pelo INSS, em 10% (dez por cento) sobre o faturamento, uma vez que não foram encontrados outros bens passíveis de constrição. *O Tribunal de origem* (fls. 316/323) deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o percentual da penhora para 3% (três por cento) sobre o faturamento mensal da empresa executada. Em sede de recurso especial, alega-se negativa de vigência dos artigos 620, 677 do CPC e 5º, LIV, LV, 23, IX, 93, IX e 100 da CF/1988. *Em suas razões*, sustenta: a) a penhora do faturamento é medida extrema que exige o cumprimento de determinadas regras e providências que, na espécie, não foram observadas, a fim de evitar que esta determinação equipare-se à penhora do próprio estabelecimento; b) a recorrente é empresa de economia mista cuja finalidade é a prestação de serviços públicos de caráter essencial, e a determinação judicial pode implicar a inviabilização de sua atuação, trazendo prejuízo a toda coletividade. *Sem oferecimento* de contra-razões, conforme certidão de fl. 384.

2. É defeso o exame da apontada violação dos arts. 5º, LIV, LV, 23, IX, 93, IX e 100 da CF/1988, uma vez que a própria Carta Política



limita a competência do recurso especial à interpretação da norma infralegal.

3. A constrição sobre o faturamento, além de não proporcionar, objetivamente, a especificação do produto da penhora, pode ensejar deletérias conseqüências no âmbito financeiro da empresa.

4. Na verdade, a jurisprudência mais atualizada desta Casa vem-se firmando no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa, podendo, no entanto, esta ser efetivada, unicamente, quando observados, impreterivelmente, os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão constritiva:

- a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional;

- a inexistência de outros bens a serem penhorados ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução;

- o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados, que possam garantir a execução, ou sejam os indicados de difícil alienação;

- a observância às disposições contidas nos arts. 677 e 678 do CPC (necessidade de ser nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento);

- fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

5. Autos que evidenciam a observância das formas elencadas. Na hipótese, restou comprovado que: a) a dívida gira em torno de R\$ 177.222.464,05 (cento e setenta e sete milhões, duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinco centavos) e a executada, por ser sociedade de economia mista, não dispõe de outros bens passíveis de penhora; b) nomeou-se representante legal (diretor-presidente), como administrador, consoante determina o art. 678 do CPC.

6. Recurso especial não-provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do

Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 26.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto pela Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal, com fulcro no art. 105, III, **a**, da Carta Magna, contra acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região que deferiu a penhora de 3% (cinco por cento) sobre o faturamento mensal da empresa executada.

A ementa do aresto combatido recebeu a seguinte síntese (fl. 323):

Processual Civil. Penhora de faturamento de empresa. Possibilidade em hipóteses restritíssimas.

1. A penhora sobre o faturamento de empresa, por acarretar sensíveis transtornos ao desenvolvimento regular de suas atividades comerciais, apenas se afigura viável em casos excepcionais quando, ao credor, não reste outra alternativa para garantir o débito em cobrança.

2. Como na hipótese, a executada não possui outros bens passíveis de constrição, afigura-se legítimo o pleito de penhora sobre o faturamento da sociedade.

3. Entretanto, levando-se em consideração a essencialidade dos serviços públicos prestados pela recorrente, o percentual de retenção fixado pelo doutro julgador monocrático (10% para cada uma das execuções em trâmite contra agravante) apresenta-se irrazoável.

4. Reputa-se suficiente percentagem estabelecida pela egrégia Quarta Turma desta Corte de Justiça quando do julgamento dos AGTRS nS 55.033-AL e 55.056-AL (3%) interpostos contra decisões idênticas a ora agravada - para também garantir o pagamento da dívida cobrada no executivo fiscal que subjaz ao presente recurso.

5. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração, estes receberam a seguinte síntese (fl. 338):

Embargos de declaração. Suposta sujeição da embargante à sistemática do precatório. Omissão do julgado.



1. Foi omissa o acórdão embargado ao não abordar com o devido mister a suposta sujeição da embargante à sistemática do precatório, eis que se limitou a discorrer sobre o cabimento da penhora sobre o faturamento da empresa.

2. Entrementes, descabido se falar em submissão da embargante à via do precatório para o pagamento de eventuais débitos que possua, já que não existe no ordenamento jurídico qualquer previsão legal nesse sentido.

3. Nos termos em que preconiza o art. 100 da Lei Maior, o regime especial de sujeição à sistemática do precatório revela-se indissociavelmente reservada à Fazenda Pública, não havendo qualquer preceito ou ressalva que estenda esse direito à generalidade de empresas do setor privado, no caso, à sociedade de economia mista.

4. Embargos de declaração acolhidos tão-somente para suprir a omissão apontada. Manutenção do acórdão embargado.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Companhia de Abastecimento D'Água e Saneamento do Estado de Alagoas - Casal contra decisão proferida pelo Juízo Federal da 5ª Vara-AL que deferiu a penhora, nos autos da execução fiscal movida pelo INSS, em 10% (dez por cento) sobre o faturamento, uma vez que não foram encontrados outros bens passíveis de constrição.

O Tribunal de origem (fls. 316/323) deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o percentual da penhora para 3% (três por cento) sobre o faturamento mensal da empresa executada.

Em sede de recurso especial, alega-se negativa de vigência dos seguintes dispositivos:

Do CPC:

Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

(...)

Art. 677. Quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 (dez) dias a forma de administração.

Da Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

Art. 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Art. 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Em suas razões, sustenta: a) a penhora do faturamento é medida extrema que exige o cumprimento de determinadas regras e providências que, na espécie, não foram observadas, a fim de evitar que esta determinação equipare-se à penhora do próprio estabelecimento; b) a recorrente é empresa de economia mista cuja finalidade é a prestação de serviços públicos de caráter essencial, e a determinação judicial pode implicar a inviabilização de sua atuação, trazendo prejuízo a toda coletividade.

Sem oferecimento de contra-razões, conforme certidão de fl. 384.

Interpostos recurso especial e extraordinário, ambos foram admitidos, consoante decisão proferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Conheço do recurso apenas pela aludida violação dos arts. 620 e 677, do CPC, únicos devidamente abordados pelo acórdão combatido.

De início, registro que é defeso o exame da apontada violação dos arts. 5º, LIV, LV, 23, IX, 93, IX e 100 da CF/1988, uma vez que a própria Carta Política limita a competência do recurso especial à interpretação da norma infralegal, razão pela qual, neste ponto, o apelo, não pode ser objeto de conhecimento.

Com efeito, apenas à luz da interpretação dos artigos 620 e 677, do CPC, passo ao exame do pleito.

Proclama a recorrente pela inadmissibilidade de constrição do seu faturamento, fixado pela Corte de origem, em 3% (três por cento) sobre o seu faturamento mensal.

Tal procedimento, além de não proporcionar, objetivamente, a especificação do produto da penhora, poderá ensejar deletérias conseqüências no âmbito financeiro da empresa, conduzindo-a, compulsoriamente, ao estado de insolvência, em prejuízo não só de seus sócios, como também, e precipuamente, dos trabalhadores e de suas famílias, que dela dependem para sobreviver.

No trato de questão análoga assim me pronunciei ao relatar o REsp n. 163.549-RS, onde fui voto-vencido:

Ao compulsar os autos, constata-se que o Fisco solicitou que a penhora recaísse sobre porcentagem (30%) do faturamento da empresa, porque ela ofereceu bens integrantes de seu ativo estático (instalação de rede elétrica com cabos, eletrodutos, etc.; prensas, calculadoras, máquinas datilográficas; e outros equipamentos) que, pelas suas condições de funcionamento, conservação e tecnologia, são de difícil liquidação, além de já terem sido ofertados à penhora em ações ajuizadas pela União Federal e INSS (fls. 44 – declaração da própria recorrida).

Pleiteia, pois, o recorrente, que seja obedecida a ordem preferencial de penhora consagrada no art. 11, da Lei n. 6.830/1980 (LEF), devendo recair, portanto, primeiramente a incidência da penhora sobre “dinheiro”, ainda que futuro (faturamento da empresa).

A controvérsia em questão é de fácil deslinde, já que o entendimento desta Corte já se encontra pacificado e é reiterada a jurisprudência no sentido de que o devedor, ao oferecer bens à penhora, deve obedecer a ordem estabelecida pelo art. 11, da Lei n. 6.830/1980, sendo admitida a penhora sobre o faturamento da executada.

Confira-se:

Execução fiscal. Substituição de bem penhorado. Lei n. 6.830/1980, arts. 11 e 15, II.

1. Não obedecida a ordem legal estabelecida para a penhora, pode o devedor requerer a substituição dos bens oferecidos.

2. A jurisprudência tem admitido a penhora do faturamento diário da devedora executada.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso provido. (REsp n. 105.247-SP, Rel. Min. Milton L. Pereira, unânime, DJU 15.12.1997).

Processual Civil. Penhora em dinheiro (5% do faturamento mensal). Lei n. 6.830/1980 (arts. 11 e 15, II).

1. Desatendida a ordem legal estabelecida para a penhora, o devedor pode requerer a substituição do bem oferecido. Acentua-se o exercício desse direito diante de leilões sem licitantes, demonstrando que a insistência acrescentará gastos, com prejuízo às partes. Não apontados voluntariamente pelo devedor, nem demonstrada a existência de outros, consideradas as peculiaridades do caso concreto, acolhe-se o pedido do credor para a penhora de percentual (5%) sobre o faturamento mensal.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso improvido. (REsp n. 89.694-SP, Rel. Min. Milton L. Pereira, unânime, DJU 22.04.1997).

A substituição requerida é, portanto, legítima, já que a ordem estabelecida pela Lei de Execuções Fiscais (art. 11) não foi cumprida e ao credor é possibilitado, em qualquer fase do processo, requerer a substituição, nos moldes estabelecidos pelo art. 15, II, da LEF.

Face ao exposto, dou provimento ao recurso.

Naquela ocasião, assim se pronunciou o Min. Garcia Vieira, tendo sido designado para a lavratura do acórdão:

Peço vênia ao eminente Ministro José Delgado para divergir de S. Exa. Inicialmente, esta Turma entendeu que poderia penhorar 30% do rendimento da empresa, mas, depois, a Turma e a própria Seção mudaram a orientação e não permitem mais a penhora do rendimento da empresa, porque isso equivale a penhorar a própria empresa. Nesse caso, teríamos que nomear um administrador e fazer um plano de administração da empresa. É nesse sentido que temos votado



nesta Turma. Fui vencido inicialmente e depois tive que reformular o voto. Se houver penhora do faturamento ou do rendimento, a empresa pode ficar inviável.

Nego provimento ao recurso.

No intuito de demonstrar, de maneira cristalina, os fundamentos acima delineados, transcrevo recentes e clássicos precedentes das distintas 1ª Seção e 1ª e 2ª Turmas deste Sodalício, *litteratim*:

A priori, os da 1ª Seção:

Embargos de divergência em agravo regimental. Ecução fiscal. Penhora. Faturamento. Medida excepcional.

- É firme a orientação deste Sodalício, esposada em inúmeros julgados desta Corte, no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionais. Dessa forma, a penhora sobre o faturamento bruto mensal da empresa executada somente pode ocorrer em último caso, ou seja, após tentativas frustradas de penhora sobre outros bens arrolados no art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

- Na hipótese dos autos, o v. acórdão embargado determinou a penhora sobre o faturamento da embargada ao fundamento de que “os bens oferecidos são insuficientes para garantia do Juízo e de difícil alienação, donde possível a penhora sobre renda de empresa, observados os critérios do art. 678, parágrafo único, CPC (fl. 114).

- Embargos de divergência acolhidos, para determinar a penhora sobre 5% sobre o faturamento mensal da embargada, desde que cumpridas as determinações dos artigos 677 a 679 do Código de Processo Civil.

(EAG n. 459.940-RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004)

Embargos de divergência em recurso especial. Execução fiscal. Penhora. Faturamento. Medida excepcional.

- É firme a orientação deste Sodalício, esposada em inúmeros julgados desta Corte, no sentido de que a penhora sobre o faturamento da empresa somente poderá ocorrer em hipóteses excepcionais.

- Verifica-se que o v. acórdão embargado, nessa linha de entendimento, ratificou o *decisum* da Corte de origem sob o fundamento de que ‘não fica vedada a penhora questionada, em percentual adequado ao valor da dívida objeto da execução, com a observância das cautelas legais (arts. 677 e 678, CPC), apenas afastando a possibilidade de constrição abrupta e direta’.

- Dessa linha de pensar não destoa a orientação esposada no v. aresto paradigma no sentido de que a penhora sobre o faturamento bruto mensal da

empresa executada somente pode ocorrer em último caso, ou seja, após tentativas frustradas de penhora sobre outros bens arrolados no art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

- Sustenta a embargante, diversamente, que 'ficou evidente que não houve o esgotamento das possibilidades de penhora elencadas na Lei de Execuções Fiscais'. Essa alegação, data vênua, contraria a seguinte assertiva do acórdão da Corte de origem: 'devedor que busca dificultar o ato de penhora'. Ademais, tal circunstância já não poderia ser objeto de exame em embargos de divergência, cujo escopo é uniformizar eventual dissídio entre as Turmas que compõem a egrégia Primeira Seção e não dar efeitos infringentes ao acórdão embargado.

- Embargos de divergência não conhecidos.

(REsp n. 267.449-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25.08.2003)

Processual Civil. Execução fiscal. A penhora em dinheiro pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado. Penhora sobre o movimento de caixa da empresa-executada: só em último caso. Precedentes. Embargos de divergência recebidos.

I - A penhora em dinheiro (art. 11, I, da Lei n. 6.830/1980 e art. 655, I, do CPC) pressupõe numerário existente, certo, determinado e disponível no patrimônio do executado.

II - A penhora sobre percentual do movimento de caixa da empresa-executada configura penhora do próprio estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, hipótese só admitida excepcionalmente (§ 1º do art. 11 da Lei n. 6.830/1980), ou seja, após ter sido infrutífera a tentativa de constrição sobre os outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal.

III - Inteligência dos arts. 10 e 11 da Lei n. 6.830/1980 e dos arts. 655, 677 e 678 do CPC.

IV - Precedentes das Turmas de Direito Público do STJ: REsp n. 35.838-SP e REsp n. 37.027-SP.

V - Embargos de divergência recebidos para 'restabelecer' o acórdão proferido pelo TJ-SP.

(REsp n. 48.959-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 20.04.1998)

Processual. Execução fiscal. Penhora da renda de empresa. Art. 678 do CPC.

- No processo executivo fiscal, a penhora da renda de empresa deve observar as cautelas recomendadas pelos arts. 677 e 678 do CPC. (REsp n. 24.030-SP, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.06.1997)



Em seguida, os das 1ª e 2ª Turmas:

Processo Civil. Medida cautelar. Execução. Penhora. Faturamento da empresa. Existência de outros bens penhoráveis. Impossibilidade. Art. 620 do CPC.

1. Esta Corte assentou entendimento no sentido de somente admitir a penhora sobre percentual do faturamento da empresa em caráter excepcional, ou seja, quando inexistentes outros bens a penhorar ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução.

2. Não se deve admitir a penhora sobre o faturamento antes de esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente demonstrada a inexistência de qualquer bem, direito ou valor que possa garantir a execução.

3. Na hipótese dos autos, registra-se que a empresa executada possui outros bens passíveis de penhora, que não foram aceitos pela exeqüente por falta de interesse em adjudicá-los, bem como por serem de difícil arrematação. Tais alegações não justificam a substituição dos bens indicados pela penhora sobre o faturamento, em atenção à regra do art. 620 do CPC, que determina que a execução seja feita pelo modo menos gravoso para o executado.

4. Medida cautelar julgada procedente.

(MC n. 7.647-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 25.10.2004)

Execução fiscal. Penhora sobre faturamento. Súmula n. 7 do STJ. Aplicabilidade.

1. A penhora sobre faturamento da empresa é medida a ser adotada apenas em casos excepcionais, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados no art. 11 da Lei n. 6.830/1980.

2. Discussão que depende do reexame de matéria fática, inviável na instância especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 221.627-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 11.10.2004)

Processual Civil. Medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial. Requisitos. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa executada. Possibilidade somente diante de situações excepcionais e na ausência de outros bens penhoráveis.

1. A concessão de efeito suspensivo a Recurso Especial depende da demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar que quando do provimento final não tenha mais

eficácia o pleito deduzido em juízo, bem como, a caracterização do *fumus boni iuris*, ou seja, que haja plausividade do direito alegado.

2. É admissível, em hipóteses excepcionais, a penhora sobre o faturamento da empresa, desde que esta não tenha apresentado outros bens passíveis de garantir a execução.

3. *In casu*, não há nos autos informações sobre a tentativa de penhora de outros bens da empresa devedora. Por conseguinte, omitindo-se a exequente em comprovar que não lhe resta outra opção para satisfazer seu crédito, subjaz descaracterizada a situação excepcionalíssima que legitima a penhora sobre o faturamento da empresa, donde exsurge claro o *fumus boni iuris* a amparar a pretensão da Requerente.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AGRMC n. 8.725-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.09.2004)

Execução fiscal. Penhora sobre faturamento. Súmula n. 7 do STJ. Aplicabilidade.

1. É possível a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento de empresas, apenas em caráter excepcional, desde que não encontrados bens suficientes para garantia e mediante a nomeação de administrador.

2. Para se aferir se foram feitas diligências suficientes em busca da satisfação dos créditos há necessidade do revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, por óbice da Súmula n. 7-STJ.

3. Recurso especial improvido.

(REsp n. 609.212-RO, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20.09.2004)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Inexistência de comprovação de que não existem outros bens passíveis de garantir a satisfação do crédito.

1. É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada.

2. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de penhora sobre dinheiro, razão porque esta Corte tem entendido que referida constrição exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor.

3. Admite-se como sendo possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de



garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput* do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

4. *In casu*, não há nos autos informações sobre a tentativa de penhora de outros bens da empresa, restando descaracterizada a situação excepcionalíssima que legitima a penhora sobre o faturamento da empresa.

5. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada a receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas, por isso que a penhora sobre o faturamento é uma modalidade útil ao processo de execução.

6. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, provido.

(REsp n. 609.151-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.08.2004)

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Prequestionamento. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Excepcionalidade da situação a justificar a constrição.

1. É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada.

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do Código de processo Civil quando o Tribunal aprecia as questões fundamentais ao deslinde da controvérsia posta, não sendo exigido que o julgador exaure os argumentos expendidos pelas partes, posto incompatíveis com a solução alvitada.

3. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de faturamento sobre dinheiro, razão porque esta Corte tem entendido que a constrição sobre o faturamento exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque, o art. 620 do CPC consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor.

4. Quando o devedor não tem bens que satisfaçam a penhora, tem-se admitido como possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput* do CPC), ao qual incumbirá apresentar as formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

6. *In casu*, o egrégio Tribunal *a quo*, na linha do entendimento esposado por esta C. Corte de Justiça, entendendo caracterizada a situação excepcional, deferiu

a incidência da penhora sobre o percentual de 10% sobre as rendas auferidas pelo Executado, razão pela qual não merece qualquer censura.

7. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no percentual de 10% (dez por cento) à míngua de outros bens penhoráveis.

8. Recurso Especial desprovido.

(REsp n. 584.915-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23.08.2004)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento. Excepcionalidade não-caracterizada. Precedente. Incidência da Súmula n. 7-STJ.

- Consoante jurisprudência predominante nas Turmas de Direito Público deste Tribunal, tem-se admitido a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento da empresa desde que em caráter excepcional, ou seja, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei n. 6.830/1980 (LEF).

- A penhora sobre o faturamento, repita-se, não é de ser admitida, senão quando esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente comprovada a inexistência de qualquer bem que possa garantir a execução.

- *In casu*, o v. acórdão de origem consignou que a Fazenda Nacional, ao recusar a nomeação de bem à penhora pela devedora, não verificou a existência de outros bens, móveis ou imóveis. Dessarte, adotar entendimento diverso do v. julgado objurgado envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n. 7 do STJ.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGA n. 523.311-MT, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 30.06.2004)

A penhora sobre o faturamento de uma sociedade comercial deve ser a última alternativa a ser adotada em um processo de execução, visto que implica verdadeiro óbice à existência da empresa, entendida como atividade econômica organizada profissionalmente para a produção, circulação e distribuição de bens, serviços ou riquezas (Artigo 966 do novo Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” – conceito de empresa).

- O ordenamento jurídico pátrio confere proteção especial ao exercício da empresa - mormente o novo Código Civil, por intermédio do Livro II, com a criação



do novo Direito de Empresa -, de sorte que amplia a construção doutrinária moderna acerca de suas características. Cesare Vivante, ao desenvolver a teoria da empresa no direito italiano (cf. Trattato de Diritto Commerciale. 4. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1920) congregou os fatores natureza, capital, organização, trabalho e risco como requisitos elementares a qualquer empresa.

- No mesmo sentido, Alfredo Rocco salienta a importância da organização do trabalho realizada pelo empresário e adverte que a empresa somente pode ser caracterizada quando a produção é obtida mediante o trabalho de outrem, a ser recrutado, fiscalizado, dirigido e retribuído exclusivamente para a produção de bens ou serviços (cf. Princípios de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1931).

- Em espécie, denota-se inequívoca a caracterização da empresa exercida por Begê Restaurantes de Coletividade Ltda. – empresário e sujeito de direito -, de modo que, embora seja uma abstração enquanto entidade jurídica – *tertius genus*, para Orlando Gomes; ente *sui generis*, conforme lição de Waldírio Bulgarelli e Ricardo Negrão; objeto de direito, segundo Rubens Requião -, a empresa merece tutela jurídica própria.

- Ora, ao determinar a realização da penhora sobre o faturamento da requerente, sem a nomeação de administrador, o ilustre Juízo de primeiro grau não observou dois dos elementos principais da empresa, a saber, o capital e a organização do trabalho. A penhora sobre o montante de 30% (trinta por cento) do faturamento da executada, somada à ausência de nomeação de administrador, impedirá que a organização da atividade econômica pelo empresário seja realizada com regularidade e habitualidade, visto que o capital destinado ao investimento e circulação restará prejudicado.

- Dessa forma, por mais que o acórdão recorrido tenha corretamente fixado o percentual sobre o qual deveria incidir a constrição – qual seja, 5% (cinco por cento) sobre o faturamento -, não nomeou administrador para gerir tal procedimento, o que representa inequívoca afronta ao artigo 620 do Código de Processo Civil. A segunda penhora equivocadamente realizada, bem como a inexistência de administrador nomeado, evidenciam que a execução não ocorreu da forma menos gravosa para o executado.

- Recurso especial provido.

(REsp n. 594.927-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 30.06.2004)

Processo Civil. Penhora sobre o faturamento. Imprescindibilidade da figura do administrador.

1. A penhora sobre o faturamento exige que seja designado, pelo juiz, um administrador, a quem incumbe arrecadar corretamente o percentual sobre o qual recai a garantia.

2. A figura do administrador não se confunde com a do depositário, sendo certo que não se pode exigir que, compulsoriamente, seja assumido o ônus de um ou de outro *munus*. O desempenho de um ou de outro encargo é de aceitação espontânea.

3. Recurso especial provido.

(REsp n. 488.000-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 28.06.2004)

Tributário. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Inexistência de comprovação de que não existem outros bens passíveis de garantir a satisfação do crédito. Precedentes.

1. A penhora sobre o faturamento da empresa não é sinônimo de faturamento sobre dinheiro, razão porque esta Corte tem entendido que a constrição sobre o faturamento exige sejam tomadas cautelas específicas discriminadas em lei. Isto porque o art. 620 do CPC consagra *favor debitoris* e tem aplicação quando, dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados em desfavor do executado, o juiz deve sempre optar pelo ato menos gravoso ao devedor.

2. Admite-se como sendo possível proceder-se a penhora sobre faturamento da empresa, desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput* do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

3. *In casu*, não há nos autos informações sobre a tentativa de penhora de outros bens da empresa, restando descaracterizada a situação excepcionalíssima que legitima a penhora sobre o faturamento da empresa.

4. A presunção de legitimidade do crédito tributário, a supremacia do interesse público e o princípio de que a execução por quantia certa deve ser levada a efeito em benefício do credor, justificam a penhora sobre o faturamento, no módico percentual de 3% (três por cento) à míngua de outros bens penhoráveis.

5. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o patrimônio de uma sociedade é servil a suas obrigações, notadamente a tributária, que é *ex lege*, e destinada a receita pública, cuja função é satisfazer as necessidades coletivas, por isso que a penhora sobre o faturamento é uma modalidade útil ao processo de execução.



6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 628.406-BA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 31.05.2004)

Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento. Excepcionalidade não caracterizada. Precedente.

- Consoante jurisprudência predominante nas Turmas de Direito Público deste Tribunal, tem-se admitido a penhora sobre percentual do faturamento ou rendimento da empresa desde que em caráter excepcional, ou seja, quando frustradas as tentativas de haver os valores devidos por meio da constrição de outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei n. 6.830/1980 (LEF).

- A penhora sobre o faturamento, repita-se, não é de ser admitida, senão quando esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, restando cabalmente comprovada a inexistência de qualquer bem que possa garantir a execução. Conquanto faltos os autos de elementos mais esclarecedores da obediência ao disposto nos artigos 677 e 678 do CPC, não se faz possível autorizar o procedimento construtivo.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGREsp n. 261.883-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 22.03.2004).

Processo Civil. Agravo regimental. Penhora sobre o faturamento da empresa.

1. A penhora sobre o faturamento da empresa somente se admite em situações excepcionais, que devem ser avaliadas à luz das circunstâncias fáticas apresentadas no curso da execução fiscal.

2. A penhora sobre o faturamento não equivale à penhora em dinheiro. Se haviam outros bens passíveis de penhora, não é o caso de deferir-se a substituição.

3. Decisão que não reavaliou o contexto fático-probatório, mas partiu de premissa fática incontroversa para aplicar o direito à espécie, a partir da tese jurídica prevalente na Corte.

4. Agravo regimental improvido.

(AGREsp n. 407.223-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05.05.2003)

Na verdade, a jurisprudência atualizada desta Casa firmou-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa, podendo, no entanto, esta ser efetivada, unicamente, quando observados, impreterivelmente, os seguintes procedimentos essenciais, sob pena de frustrar a pretensão constritiva:

a) a verificação de que, no caso concreto, a medida é inevitável, de caráter excepcional;

b) a inexistência de outros bens a serem penhorados ou, de alguma forma, frustrada a tentativa de haver o valor devido na execução;

c) o esgotamento de todos os esforços na localização de bens, direitos ou valores, livres e desembaraçados, que possam garantir a execução, ou sejam os indicados de difícil alienação;

d) a observância às disposições contidas nos arts. 677 e 678 do CPC (necessidade de ser nomeado administrador, com a devida apresentação da forma de administração e esquema de pagamento);

e) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa, na espécie, em 3% (três por cento) sobre o seu faturamento mensal.

No entanto, os autos evidenciam a observância das formas elencadas. Na hipótese, restou comprovado que: a) a dívida gira em torno de R\$ 177.222.464,05 (cento e setenta e sete milhões, duzentos e vinte e dois mil, quatrocentos e sessenta e quatro reais e cinco centavos) e a executada, por ser sociedade de economia mista, não dispõe de outros bens passíveis de penhora; b) nomeou-se representante legal (diretor-presidente), como administrador, consoante determina o art. 678 do CPC.

Tais procedimentos justificam a penhora do faturamento da empresa.

Por tais razões, amparado pelas considerações acima, *nego* provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 843.638-RJ (2006/0091913-9)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Hailson Fernandes Passos

Advogado: Guilherme Bahia Ganin e outros

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Andréa Vivacqua Corrêa de Oliveira Pugliese e outros

EMENTA

Tributário. Plano de previdência privada. Imposto de renda. Complementação de aposentadoria. Leis n. 7.713/1988 e 9.250/1995. Isenção. Precedentes.

1. Tratam os autos de ação declaratória de isenção tributária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Hailson Fernandes Passos contra a União (Fazenda Nacional), em que se discute a incidência de IRPF sobre valores recebidos mensalmente pelo autor através de previdência complementar. Concedida a antecipação de tutela, determinou-se o depósito judicial dos valores referentes ao imposto de renda incidente sobre a complementação de aposentadoria. Adveio sentença julgando improcedente o pleito, sob o entendimento de que autor não se incumbiu de provar fato constitutivo de seu direito. Interposta apelação, o egrégio TRF da 2ª Região, por unanimidade, negou-lhe provimento, consignando-se que, além de inexistir imunidade, a isenção foi afastada com a edição da Lei n. 9.250/1995, cuja eficácia e aplicação são imediatas. No recurso especial apresentado pelo autor, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, alega-se negativa de vigência aos arts. 6º da Lei n. 7.713/1988 e 4º da Lei n. 9.250/1995, pela ocorrência de bitributação, haja vista que “as contribuições recolhidas para formar o fundo de pensão, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, já haviam sido tributadas”. Sustenta que o acórdão recorrido deu interpretação divergente ao art. 333, I, do CPC, por descaber a inversão do ônus da prova na hipótese de tratar de “fato extintivo do direito do Autor”. Finaliza arguindo dissenso interpretativo com decisões emanadas por outros Tribunais, especificamente, com o TRF da 1ª Região, no sentido de que a complementação de aposentadoria “não possui caráter de acréscimo patrimonial, mas de cunho indenizatório”, devendo-se aplicar ao caso o teor da Lei n. 7.713/1988 “para o período em que as contribuições foram vertidas sob sua égide”. Contra-razões pela União (Fazenda Nacional) requerendo a manutenção do acórdão subjugado, sustentando, em sede preliminar, falta de prequestionamento dos dispositivos supostamente violados; ausência de comprovação do dissenso interpretativo; e inviabilidade do reexame de prova em sede especial (Sumula n. 7-STJ). Quanto ao mérito, aponta posicionamento jurisprudencial recente desta Corte corroborando o entendimento empossado pelo aresto recorrido, porquanto “a incidência do Imposto de Renda sobre os benefícios de aposentadoria complementar não representa dupla tributação, já que se trata de renda nova, isto é, acréscimo patrimonial, não importando se a contribuição mensal foi recolhida sob a égide da Lei n. 7.713/1988 ou da Lei n. 9.250/1995” (Precedente: REsp n. 705.599-DF).

2. A egrégia Primeira Seção desta Casa, ao apreciar os EREsp n. 621.348-DF, sob a relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, dirimiu a controvérsia instaurada sobre a matéria entendendo que o recebimento de benefícios decorrentes de complementação de aposentadoria privada, cujos recolhimentos foram realizados anteriormente à Lei n. 9.250/1995, não se sujeitam à incidência do imposto de renda.

3. O aresto recorrido pronunciou-se inversamente à linha de entendimento da jurisprudência dominante deste Sodalício, eis que entendeu não-evidenciada a ocorrência de bitributação na espécie.

4. Recurso especial conhecido e provido para se determinar a restituição dos valores indevidamente recolhidos, nos termos do pedido exordial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 09.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial interposto por Hailson Fernandes Passos (fls. 203/213), com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região, assim ementado (fl.199):

Processual Civil. Tributário. Incidência de Imposto de Renda Pessoa Física sobre o resgate de contribuição previdenciária privada. Inexistência de imunidade. Isenção afastada a partir de 1995.

I. Todos os rendimentos, de atividade ou da inatividade, são sujeitos à tributação, salvo previsão de imunidade (de porte constitucional) ou de isenção (infra-legal). Inexistente a imunidade e afastada a isenção a partir de 1995, a regra



é da incidência, na modalidade de proventos (CTN, art. 43), visto que na isenção há incidência, existindo o fato gerador, não havendo a exigibilidade do crédito tributário por questões de política fiscal.

2. A revogação tem eficácia imediata, podendo o tributo ser cobrado no mesmo exercício financeiro, em que a lei revogadora for publicada, sem afrontar o princípio da anterioridade tributária, salvo a hipótese do art. 178 do CTN (RE n. 99.908-RS, Rel. Min. Rafael Mayer, publicado na RTJ 107/430-432).

3. Negado provimento à apelação. Decisão unânime.

Tratam os autos de ação declaratória de isenção tributária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Hailson Fernandes Passos contra a União (Fazenda Nacional), em que se discute a incidência de IRPF sobre valores recebidos mensalmente pelo autor através de previdência complementar. Pleiteia-se, em linhas gerais, a devolução dos valores recolhidos de forma indevida, relativamente ao período dos cinco últimos anos, nos termos da Lei n. 7.713/1988, através de procedimento compensatório.

O juízo de primeiro grau (fls. 56/57) deferiu a antecipação de tutela determinando que a entidade de previdência privada, Real Grandeza - Fundação de Previdência Privada, procedesse ao depósito judicial mensal dos valores referentes ao imposto de renda retido na fonte, incidente sobre os valores da complementação da aposentadoria do autor.

Prolatada sentença, fls. 136/139, o pedido foi julgado improcedente. Em preliminar, o juízo *a quo* declarou a prescrição das parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação, e quanto ao mérito, entendeu que o autor não se incumbiu de provar fato constitutivo de seu direito, diante da ausência de provas neste sentido, o que afasta qualquer possibilidade de reconhecimento de eventual direito à restituição.

Interposta apelação dessa decisão, o egrégio TRF da 2ª Região, por unanimidade, negou-lhe provimento, por entender que, além de inexistir imunidade, a isenção até então existente foi afastada com a edição da Lei n. 9.250/1995, cuja eficácia é imediata, o que autoriza a cobrança do imposto no mesmo exercício financeiro. Por outro lado, consignou que o acatamento da tese defendida pelo autor implicaria vulneração ao princípio da legalidade, bem como denotaria o “*incentivo fiscal à margem da lei*”.

No recurso especial apresentado por Hailson Fernandes Passos, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissor constitucional, alega-se negativa de vigência aos arts. 6º da Lei n. 7.713/1988 e 4º da Lei n. 9.250/1995, pela ocorrência de bitributação, haja vista que “as contribuições recolhidas para formar o fundo de

pensão, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, já haviam sido tributadas”. Argúise, outrossim, que o acórdão recorrido deu interpretação divergente ao art. 333, I, do CPC, por descaber a inversão do ônus da prova na hipótese de tratar de “fato extintivo do direito do Autor”. Sustenta, por fim, a ocorrência de dissenso interpretativo com decisões emanadas por outros Tribunais, especificamente, com o entendimento do TRF da 1ª Região, no sentido de que a complementação de aposentadoria “não possui caráter de acréscimo patrimonial, mas de cunho indenizatório”, aplicando-se ao caso o teor da Lei n. 7.713/1988 “para o período em que as contribuições foram vertidas sob sua égide”.

Aduz violação dos seguintes dispositivos legais:

- *Do Código de Processo Civil:*

Art. 333, II - O ônus da prova incumbe: (...)II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (...)

- *Da Lei n. 7.713/1988:*

Art. 6º, VII - Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: (...) VII - os benefícios recebidos de entidades de previdência privada: a) quando em decorrência de morte ou invalidez permanente do participante; b) relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.

- *Da Lei n. 9.250/1995:*

Art. 4º - Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda poderão ser deduzidas: I - a soma dos valores referidos no art. 6º da Lei n. 8.134, de 27 de dezembro de 1990; II - as importâncias pagas a título de pensão alimentícia em face das normas do Direito de Família, quando em cumprimento de decisão ou acordo judicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais; III - a quantia de R\$ 90,00 (noventa reais) por dependente; IV - as contribuições para a Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V - as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social; VI - a quantia de R\$ 900,00 (novecentos reais), correspondente à parcela isenta dos rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por qualquer pessoa jurídica de direito público interno, ou por entidade de previdência privada, a partir do mês em que o contribuinte completar



sessenta e cinco anos de idade. Parágrafo único. A dedução permitida pelo inciso V aplica-se exclusivamente à base de cálculo relativa a rendimentos do trabalho com vínculo empregatício ou de administradores, assegurada, nos demais casos, a dedução dos valores pagos a esse título, por ocasião da apuração da base de cálculo do imposto devido no ano-calendário, conforme disposto na alínea e do inciso II do art. 8º desta Lei.

Contra-razões (fls. 145/156) pela União (Fazenda Nacional), pugnando a manutenção do acórdão subjugado. Argúi-se, em sede preliminar, falta de prequestionamento dos dispositivos supostamente violados; ausência de comprovação do dissenso interpretativo; e inviabilidade do reexame de prova em sede especial (Súmula n. 7-STJ). Quanto ao mérito, aponta posicionamento jurisprudencial recente desta Corte corroborante do entendimento adotado no aresto recorrido no sentido que “a incidência do Imposto de Renda sobre os benefícios de aposentadoria complementar não representa dupla tributação, já que se trata de renda nova, isto é, acréscimo patrimonial, não importando se a contribuição mensal foi recolhida sob a égide da Lei n. 7.713/1988 ou da Lei n. 9.250/1995” (Precedente: REsp n. 705.599-DF).

Juízo positivo de admissibilidade (fl. 251).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Merece ser conhecido o apelo.

De início, constata-se que nem todos os dispositivos tidos por violados foram devidamente prequestionados, ressentindo-se o art. 333, I, do CPC, da devida apreciação pela instância *a quo*. Deste modo, não restou atendido, quanto a este ponto, o inescapável requisito do prequestionamento. Entrementes, quando a parte inconformada não se socorreu dos mecanismos legais viabilizadores da pretensão recursal, deixando de opor os pertinentes aclaratórios com o fito de proceder à análise da norma supostamente violada.

Incidência, portanto, dos enunciados de n. 282 e 356 do STF, corroborados pela pacífica e remansosa jurisprudência desta Corte acerca do tema: “Inviável se apresenta o acesso às Instâncias Superiores quando os dispositivos legais apontados como violados não sofreram debate pelo acórdão impugnado e nem tampouco a parte apresentou embargos de declaração para tentar suprir tal requisito. Incidem, no caso, os óbices sumulares n. 282 e 356 do STF” (AgRg no Ag n. 716.196-RS, sob minha relatoria, DJ de 26.06.2006).

Não obstante, quanto à questão principal dos autos, merece prosperar o apelo extremo, seja pela alínea **a**, quanto aos demais dispositivos invocados pela parte insurgente, seja pela alínea **c** do permissor constitucional, pela indubitável divergência, convergindo para o reconhecimento do pleito do recorrente.

Com efeito, a controvérsia cinge-se em determinar se a incidência do imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de complementação de aposentadoria, consoante o período de recolhimento da contribuição mensal, ou seja, sob a égide da Lei n. 7.713/1988 e após a vigência da Lei n. 9.250/1995, constituem ou não *bis in idem*.

Relativamente ao Imposto de Renda - Pessoa Física nos casos de resgate das contribuições à entidade de previdência privada, ou de fruição do benefício, proferi voto em inúmeras ocasiões pela não-incidência da exação. Em especial, cito o Recurso Especial n. 782.752-PR que exprime o meu posicionamento sobre o assunto (DJU de 05.12.2005):

Os valores referentes ao resgate de poupanças formadas com as contribuições para Plano de Previdência Privada, ao menos aqueles subtraídos das remunerações dos servidores que já haviam previamente sofrido tributação do imposto de renda, não podem sofrer nova incidência.

A Fazenda Nacional afirma que a sobredita tributação encontra-se autorizada pela Lei n. 9.250/1995 que, em seu art. 33, determina:

Art. 33. Sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate das contribuições.

Ocorre que, anteriormente à edição da supracitada lei, a incidência do referido tributo já estava prevista no art. 31, I, da Lei n. 7.713/1988:

Art. 31. Ficam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), relativamente à parcela correspondente às contribuições cujo o ônus não tenha sido do beneficiário:

I. as importâncias pagas ou creditadas a pessoas físicas, sob a forma de resgate, pecúlio ou renda periódica, pelas entidades de previdência privada.

Em conformidade com a legislação citada, pode-se inferir que apenas aquelas contribuições para a Previdência Privada que sofreram dedução de imposto de renda na fonte são impositivas na forma do art. 33 da Lei n. 9.250/1995. Essa conclusão encontra-se corroborada pelo art. 7º da Medida Provisória n. 1.559-22:



Art. 7º. Exclui-se da incidência do Imposto de Renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

In casu, como já dito, os salários dos recorridos, enquadrados como fontes de rendimento, já estavam sujeitos à tributação do Imposto de Renda, na forma da norma regente à época, retirando-se, assim, do rendimento líquido, o valor destinado à contribuição para a entidade de previdência privada. Os valores recebidos, quando do resgate da poupança das contribuições de previdência privada, não constituem acréscimo patrimonial para fins de incidência do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN, de forma que a imposição de nova incidência tributária, nos moldes da Lei n. 9.250/1995, configuraria, forçosamente, *bis in idem*.

Portanto, a Lei n. 9.250/1995 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, já que, anteriormente a 1995, as parcelas de contribuição para a previdência privada não eram dedutíveis da base de cálculo sujeita à incidência mensal do imposto de renda.

No REsp n. 226.263-PE, DJ de 28.02.2000, externei os seguintes argumentos:

O recurso merece ser conhecido. A matéria jurídica nele abordada foi devidamente prequestionada: decidir-se a respeito da interpretação e aplicação do art. 33, da Lei n. 9.250, de 1995. Os fundamentos desenvolvidos no minucioso voto proferido pelo culto Juiz Geraldo Apoliano, como Relator, merecem ser integralmente acolhidos. Transcrevo-os (fls. 136/138):

Discute-se, no presente *mandamus*, acerca do disposto no artigo 33 da Lei n. 9.250, de 1995, o qual preceitua, *in verbis*:

Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

A incidência do IR, pela alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), foi objeto de várias impetrações, tais como no caso em tela, em que se menciona a ocorrência de autêntico *bis in idem*.

A tese é a de que, tendo sido o imposto já descontado na fonte, quando do recebimento dos salários, razão não haveria para que se tributasse o resgate das contribuições, simples parcelas daqueles

(reporto-me aos salários) deduzidas após o recolhimento do tributo. A legislação anterior não indicava o resgate da “reserva de poupança” como hipótese de incidência do tributo, mas, por outro lado, não permitia a dedução, na base de cálculo do imposto, das contribuições mensais, o que se tornou permitido com a nova Lei n. 9.250/1995.

Penso que a incidência do IR sobre as contribuições recolhidas anteriormente à Lei n. 9.250/1995, é irrita, pelo fato de já haver incidido o imposto sobre tais contribuições, quando do recebimento dos salários. As contribuições recolhidas após a vigência da citada lei, por seu turno, foram excluídas da base de cálculo do tributo, pelo que são passíveis de incidência do “IR” ao serem resgatadas.

De acordo com esse entendimento, foi editada, posteriormente à Lei n. 9.250/1995, a Medida Provisória n. 1.459, de 1996, cujo artigo 8º preconizou, *in verbis*:

Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

Entendeu o douto Juiz *a quo*, todavia, ser inconstitucional a restrição imposta no artigo, ou seja, que não poderia haver incidência do imposto nem sobre as contribuições efetuadas a partir de 1996.

Segundo o perillustre Magistrado, a restrição “contrataria o Código Tributário Nacional - CTN, que ostenta a qualidade de lei complementar de cunho genérico, à qual cabe, no campo tributário, entre outras atribuições, delimitar o fato gerador e a base de cálculo dos tributos (art. 146, III, **a**, da Constituição da República)”.

De acordo com o mesmo, o Imposto de Renda, mesmo em 1996, recairia sobre o que não é renda.

A meu ver - *data maxima vênia* -, não há inconstitucionalidade na incidência do tributo sobre as contribuições efetuadas a partir de 1996.

Tal inconstitucionalidade somente se verificaria na hipótese de já haver incidido o tributo sobre as parcelas destinadas às contribuições. Neste caso, haveria dupla incidência do tributo: a primeira, quando do recebimento do salário, e a segunda, quando do resgate da contribuição. A exação incidiria aí, é bem verdade, sobre o que, deveras, não é renda.



No caso em tela, contudo, não há a dupla incidência do imposto, eis que, consoante adrede destacado, a Lei n. 9.250, de 1995, excluiu da base de cálculo do “IR”, a partir de 1996, as parcelas destinadas a planos de previdência privada.

É só conferir o disposto no artigo 4º, desse ato normativo:

Na determinação da base de cálculo sujeita à incidência mensal do Imposto sobre a Renda poderão ser deduzidas:

I a IV – *omissis*;

V – as contribuições para as entidades de previdência privada domiciliadas no País, cujo ônus tenha sido do contribuinte, destinadas a custear benefícios complementares assemelhados aos da Previdência Social;

O novel diploma - ressalte-se -, indica como hipótese de incidência o resgate, mas permite que sejam deduzidas as contribuições mensais da base de cálculo do imposto.

Depreende-se, portanto, que não se excluem da incidência do tributo as contribuições efetuadas a partir de 1996. Também não se excluem as parcelas cujo ônus não tenha sido dos Impetrantes-Apelados, as quais, no entanto, não integram a chamada “reserva de poupança”, objeto do resgate.

(...)

Esforçado nessas razões, dou parcial provimento à Apelação e à Remessa Oficial.

É como voto.

Tenha-se em consideração que o art. 33, da Lei n. 9.250/1995, ... faz parte do novo disciplinamento que é dado às Contribuições e Benefícios de Previdência Privada e deve ser examinado em conjunto com os arts. 4º, inc. V, e 8º, inc. II, e, da mesma Lei. Estes últimos dispositivos, conforme já comentado no tópico próprio, admitem a dedutibilidade, para efeito de determinar a base de cálculo do imposto de renda, das contribuições feitas pelo contribuinte à entidade de previdência privada domiciliada no País. Paralelamente, o art. 33 determina que o contribuinte ficará sujeito ao imposto de renda, na fonte e na declaração, quando do recebimento dos benefícios ou por ocasião do resgate das contribuições efetuadas. Adota-se um tratamento simétrico, aplicável a esse tipo de pagamento e recebimento, que pode se constituir em importante mecanismo indutor do fortalecimento da poupança interna, de longo prazo,

que só tende a trazer benefício ao País, sem que isso represente qualquer privilégio para o contribuinte. (Agenor Manzano, Eivany A. Silva, Jorge V. Rodrigues e Romeu Salaro, *in* “Reflexões sobre as Leis n. 9.249 e 9.250, de 26.12.1995”, *in* RT, ano 4, n. 15 – abril-junho de 1996 – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas).

Não há, portanto, vício de inconstitucionalidade no dispositivo em questão. O que deve ser observado é, apenas, a sua não aplicação retroativa, como bem entendeu o acórdão recorrido.

Considere-se que no período anterior à vigência do art. 33, da Lei n. 9.250/1995, as contribuições em questão não eram dedutíveis para efeitos de determinar-se o imposto de renda a ser pago pela pessoa física. Logo, correta a interpretação de não fazer incidir o imposto de renda quando do recebimento do valor do referido benefício, pois, tal constituía, apenas, retorno do capital.

No mesmo sentido: REsp n. 694.450-RJ, Primeira Turma, DJ 19.09.2005.

De todo o exposto acima, podemos firmar as seguintes conclusões:

a) o resgate das contribuições recolhidas sob a égide da Lei n. 7.713/1988, anterior à Lei n. 9.250/1995, não constitui aquisição de renda, já que não configura acréscimo patrimonial. Salientando-se que aqui se está falando dos valores decorrentes dos ônus anteriormente assumidos pelos próprios contribuintes;

b) os valores recolhidos a título de contribuição para entidade de previdência privada, antes da edição da Lei n. 9.250/1995, eram parcelas deduzidas do salário líquido dos beneficiários que já haviam sofrido tributação de imposto de renda na fonte. Daí porque a incidência de nova tributação, por ocasião do resgate, configuraria bitributação;

c) a MP n. 1.559-22 - hoje n. 2.159-70/2001 - excluiu da incidência do Imposto de Renda na fonte e na declaração de rendimentos, conforme redação do seu artigo 7º, “os valores de resgate das contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião do seu desligamento do plano de previdência, correspondentes às parcelas das contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995”;

d) a Lei n. 9.250/1995 só vale em relação aos valores de poupança resgatados concernentes ao ano de 1996, ficando livres da incidência do imposto de renda os valores relativos aos exercícios anteriores.

Atualmente, após a egrégia Primeira Seção desta Casa, em 12.12.2005, apreciar os EREsp n. 621.348-DF sob a relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, dirimiu-se a controvérsia instaurada sobre a matéria ao se



entender que o recebimento de benefícios decorrentes de complementação de aposentadoria privada, cujos recolhimentos foram realizados anteriormente à Lei n. 9.250/1995, não se sujeitam à incidência do imposto de renda.

Desta forma, observa-se que o aresto ora recorrido pronunciou-se inversamente à linha de entendimento do julgado representativo da jurisprudência dominante deste Sodalício, eis que não-evidenciada a ocorrência de bitributação na espécie. Confira-se nesse sentido ementa do retrocitado acórdão:

Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis n. 7.713/1988 (art. 6º, VII, **b**) e 9.250/1995 (art. 33) e MP n. 1.943/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. *Bis in idem* exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 7.713/1988.

1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei n. 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

3. A Medida Provisória n. 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o n. 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do “valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995” (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do EREsp n. 380.011-RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento.

Diante do acima exposto, *dou provimento* ao presente recurso especial para reconhecer o direito do contribuinte à restituição das importâncias indevidamente recolhidas, no período correspondente à vigência da Lei n. 7.713/1988, nos termos do pedido exordial, valor este a ser atualizado monetariamente. Inversão do ônus sucumbencial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 845.885-SP (2006/0111091-3)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Município de Morro Agudo e outros

Advogado: Wilson Luís de Sousa Foz e outros

Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo

Procurador: Eduardo de Mello e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. IPVA. Lei Complementar n. 63/1990, art. 2º, parágrafo único. Parcelas de repasse do IPVA ao Município em atraso. Necessidade de a Fazenda Pública do Estado aplicar juros de mora de 1% ao mês. Sentença exequenda com trânsito em julgado. Preclusão do direito de a Fazenda Pública impugnar o critério de juros utilizados. Precedentes. Irresignação amparada no art. 102, **b**, do permissivo constitucional. Não-conhecimento. Recurso especial do Município conhecido em parte e provido.

1. Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **b** do permissivo constitucional, interposto pela Prefeitura Municipal de Morro Agudo e outros com o objetivo de reformar acórdão que, em autos de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face de decisão proferida em execução de sentença (n. 288/2005) de ação manejada pela Prefeitura recorrente, entendeu que os depósitos realizados pela ora agravante, em cumprimento da moratória fixada pelo art. 78 do ADCT, estão incompletos, haja vista que devem ser aplicados juros no percentual de 12% a.a..

2. O deslinde da controvérsia exige a consideração de alguns pressupostos de direito que estão registrados nos autos, como se



verifica: a) a questão litigiosa central está vinculada ao percentual de juros, se de 6% ou de 12%, a ser aplicado nas parcelas (2ª parcela em diante) de pagamento de moratória amparada no art. 78 da ADCT; b) a sentença exequenda, já com trânsito em julgado, determinou expressamente que (fls. 22/23) “...em liquidação por cálculos do Contador, deve ser apurado o montante de todos os créditos realizados em prazo superior a cinco dias úteis seguintes ao da arrecadação, mais juros da mora *de 1% ao mês* e correção monetária a partir de cada termo inicial com atraso”; c) a Lei Complementar n. 63/1990, artigo 10, parágrafo único, ao tratar do repasse, em atraso, do valor de IPVA de propriedade do Município, estabelece: “...o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e *a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso*”. d) o direito concedido na sentença exequenda, inclusive o estabelecimento de juros em 1% ao mês, não mereceu da Fazenda Pública do Estado impugnação pela forma e instrumento processual cabível.

3. Não há razão para que, como sustentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, sejam aplicados à espécie os juros de 6% ao ano instituídos pelo Código Civil então vigente, norma geral e inespecífica, em detrimento do critério e valor de juros (de 12% ao ano) disciplinados em Lei Complementar que, como antes referido, é própria e específica ao tema controverso.

4. Há que se registrar a impossibilidade de que, em juízo de liquidação, seja alterado o conteúdo de direito antes concedido por sentença com trânsito em julgado. Em verdade, está precluso o direito de a Fazenda Estadual atacar os fundamentos da sentença que, em processo de conhecimento, examinou e decidiu a lide.

5. O apelo não merece ser conhecido no que toca à irrisignação amparada na alínea **b**, do permissivo constitucional, uma vez que o acórdão atacado, de nenhum modo, considerou válido ato de governo local impugnado em face de legislação federal. Ao revés, o litígio mereceu solução sob ótica diversa.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido com a finalidade de que, nas parcelas de repasse de IPVA pagas pelo Estado ao Município, sejam aplicados juros de mora ao percentual de 1% ao mês.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 07.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de recurso especial (fls. 303/311) interposto pela Prefeitura Municipal de Morro Agudo e outras, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **b** da Constituição Federal de 1988, em face de acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado (fl. 108):

Agravo de instrumento. Execução de sentença. Precatório pendente. Parcelamento decorrente do art. 78 do ADCT da CF/1988, introduzido pela EC n. 30, de 13 de setembro de 2000. Cálculo das parcelas “iguais sucessivas”. Critério do art. 78. Incidência de correção monetária e juros compensatórios e moratórios até a data da EC n. 30. Exclusão desses juros, após referida data. Incidência, no valor de cada parcela, de atualização monetária e juros legais, entendendo-se estes como sendo aqueles previstos na legislação civil comum, vigentes à época da alteração constitucional (6% a.a.). Recurso provido.

Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo em face de decisão que, em execução de sentença (n. 288/2005) promovida pela Prefeitura Municipal de Morro Agudo, entendeu que os depósitos realizados pela ora agravante, em cumprimento da moratória fixada pelo art. 78 do ADCT, estão incompletos, haja vista que devem ser aplicados juros no percentual de 12% a.a.

A exordial de agravo de instrumento requereu (fls. 2/10), em síntese, a aplicação, no presente caso, dos juros de mora de 6% a.a., e o cancelamento da determinação do depósito da diferença.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade (fls. 108/114), negou provimento ao agravo, por entender que, *in casu*, considerando



que a dívida executada está submetida à disciplina moratória inserida pela EC n. 30/2000, ao valor do precatório pendente acrescentam-se os juros legais de apenas 6% a.a. Dispôs, ainda, que no valor da dívida, se paga antes de 13.09.2000, deve ser aplicada correção monetária, juros compensatórios e moratórios, desde a data da sua liquidação até a data da EC n. 30.

Apresentados embargos declaratórios, estes foram, à unanimidade, rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

Embargos de Declaração. O acórdão afirmou as teses de que os juros legais mencionados no art. 78 do ADCT, da CF, referem-se aos juros comuns, previstos no Código Civil e não a juros previstos em lei especial. Impossibilidade do efeito modificativo, sem ocorrência dos defeitos mencionados no art. 535 do Código de Processo Civil. Embargos rejeitados.

No recurso especial, aponta-se violação do art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar n. 63, de 11.01.1990, que assim dispõe:

Art. 10. A falta de entrega, total ou parcial, aos Municípios, dos recursos que lhes pertencem na forma e nos prazos previstos nesta Lei Complementar, sujeita o Estado faltoso à intervenção, nos termos do disposto na alínea **b** do inciso V do art. 34 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Independentemente da aplicação do disposto no *caput* deste artigo, o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso.

Defendem as recorrentes, em suma, que: a) há previsão legal, no artigo supra, da incidência de juros de 12% (doze por cento) até efetivo pagamento, não até a primeira parcela da moratória, diverso do que pretende o Tribunal *a quo*; b) é cabível o apelo pela alínea **b**, pois o TJSP considerou válidos os Decretos Estaduais n. 46.030/2001 e 11.377/2003; c) é inadmissível que Lei ou Decreto Estadual altere o percentual de juros de mora que Lei Complementar, hierarquicamente superior, já havia fixado até a data de efetivo pagamento.

Contra-razões pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 150/155).

Decisão positiva de admissibilidade somente do Especial (fls. 166/167).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **b** do permissivo constitucional, interposto pela Prefeitura

Municipal de Morro Agudo e outros, com o objetivo de reformar acórdão que, em autos de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face de decisão proferida em execução de sentença (n. 288/2005) de ação manejada pela Prefeitura recorrente, entendeu que os depósitos realizados pela ora agravante, em cumprimento da moratória fixada pelo art. 78 do ADCT, estão incompletos, haja vista que devem ser aplicados juros no percentual de 12% a.a.

De início, registre-se que o apelo não merece ser conhecido no que toca à irresignação amparada na alínea **b**, do permissivo constitucional, uma vez que o acórdão atacado, de nenhum modo, considerou válido ato de governo local impugnado em face de legislação federal. Ao revés, o litígio mereceu solução sob ótica diversa, como se evidencia.

No que respeita ao percentual de juros a ser aplicado nas parcelas de precatórios pendentes, se de 6% ou de 12% ao ano, a exegese aplicada pelo acórdão recorrido merece reparos.

Realmente, o deslinde da controvérsia exige a consideração de alguns pressupostos de direito que estão registrados nos autos, como se verifica:

a) a questão litigiosa central está vinculada ao percentual de juros, se de 6% ou de 12%, a ser aplicado nas parcelas (2ª parcela em diante) de pagamento de moratória amparada no art. 78 da ADCT;

b) a sentença exequenda, já com trânsito em julgado, determinou expressamente que (fls. 22/23) “... em liquidação por cálculos do Contador, deve ser apurado o montante de todos os créditos realizados em prazo superior a cinco dias úteis seguintes ao da arrecadação, mais juros da mora *de 1% ao mês* e correção monetária a partir de cada termo inicial com atraso”;

c) a Lei Complementar n. 63/1990, artigo 10, parágrafo único, ao tratar do repasse, em atraso, do valor de IPVA de propriedade do Município, estabelece: “... o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a *juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso*”.

d) o direito concedido na sentença exequenda, inclusive o estabelecimento de juros em 1% ao mês, não mereceu da Fazenda Pública do Estado impugnação pela forma e instrumento processual cabível.

Ao que se deduz, portanto, devem ser aplicados ao valor de IPVA tardiamente repassado pelo Estado ao Município, juros no percentual de 1% ao mês, tal como estabelecido no título executivo - sentença acobertada pela coisa julgada - e previsto, expressamente, na LC n. 63/1990, que é específica em relação à questão litigiosa.



Não há razão para que, como sustentado pela Fazenda do Estado de São Paulo, sejam aplicados à espécie os juros de 6% ao ano instituídos pelo Código Civil então vigente, norma geral e inespecífica, em detrimento do critério e valor de juros (de 12% ao ano) disciplinados em Lei Complementar que, como antes referido, é própria e específica ao tema controverso.

Nesse sentido, a propósito, os julgados:

Tributário. IPVA. Lei Complementar n. 63/1990. Atraso no repasse da arrecadação.

1. As parcelas do IPVA repassadas em atraso pelo Estado aos Municípios beneficiários estão sujeitas a correção monetária e juros de mora desde a data da efetiva arrecadação, ressalvadas as parcelas anteriores à vigência da Lei Complementar n. 63/1990.

2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp n. 113.470-SP/DJ 1º.02.2005, Rel. Min. João Otávio de Noronha)

Tributário. IPVA. Repasse extemporâneo do Estado para o Município. Incidência dos arts. 2º e 10, parágrafo único, da LC n. 63, de 11.01.1990. Correção monetária e juros de mora devidos desde a data em que deveriam ter sido creditados. Acórdão determinando a incidência da atualização monetária e dos juros. Alegada não incidência da correção monetária por ausência de fixação na lei de seu prazo inicial. Pretendida incidência dos juros a contar do trânsito em julgado e redução dos honorários. Não acolhimento. Recurso especial não conhecido.

- No que alude às parcelas de IPVA repassadas em atraso pelo Estado ao Município prevalece a interpretação do artigo 10, parágrafo único, da LC n. 63/1990, no sentido de que “ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso”. Assim, a correção monetária e os juros de mora são devidos desde o advento da LC n. 63/1990, em que o montante referente à arrecadação do IPVA e devido ao Município deveria ter sido creditado de imediato.

- Da simples leitura do artigo 2º da LC n. 63/1990, verifica-se que a irresignação da Fazenda Estadual carece de fomento jurídico, pois a palavra “imediatamente”, segundo já assentado nesta Corte Superior “só há de ser entendido como: que se segue, seguinte, de imediato, sem detença; ou, como bem define Caldas Aulete, no seu Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, ‘logo, sem interrupção, sem a mínima demora’, ‘primeiro que precede ou que segue outro no tempo ou na ordem’ (cf. REsp n. 51.119-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, *in* DJ de 26.09.1994).

- De igual maneira não merece acolhida o inconformismo da Fazenda Pública no pertinente aos honorários advocatícios, uma vez que pretende sejam revistos

os critérios adotados pela instância ordinária na fixação da verba. Essa pretensão, sabem-no todos, não encontra espaço nesta via estreita do especial.

- Recurso especial não conhecido. (REsp n. 197.275-SP, DJ 24.06.2002, Rel. Min. Franciulli Neto)

Há que se registrar, também, a impossibilidade de que, em juízo de liquidação, seja alterado o conteúdo de direito antes concedido por sentença com trânsito em julgado. Em verdade, está precluso o direito de a Fazenda Estadual atacar os fundamentos da sentença que, em processo de conhecimento, examinou e decidiu a lide.

Pelo exposto, conheço parcialmente do recurso e dou provimento ao pedido nele inscrito, com a finalidade de que, nas parcelas de repasse de IPVA pagas pelo Estado ao Município autor, sejam aplicados juros de mora ao percentual de 1% ao mês.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 885.737-SE (2006/0201101-2)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Empresa Energética de Sergipe S/A - Energipe

Advogado: Márcio Leite de Rezende e outros

Recorrido: José Antônio Santos Ferreira

Advogado: José Antônio Santos Ferreira (em causa própria) e outro

EMENTA

Fornecimento de energia elétrica. Interrupção. Decisão interlocutória. Religamento. Descumprimento. *Astreintes*. Execução. Possibilidade.

I - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que manteve decisão interlocutória que determina a imediata execução de multa diária pelo descumprimento da ordem Judicial.

II - Considerando-se que a “(...) função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância” (REsp n. 699.495-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 05.09.2005), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.



III - “Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais” (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., p. 654).

IV - A hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial.

V - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Denise Arruda e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJ 12.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pela Empresa Energética de Sergipe S.A. - Energipe, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, visando reformar decisão assim ementada pelo Tribunal daquele Estado:

Execução de decisão interlocutória. Possibilidade. Multa por atraso no cumprimento de obrigação de fazer. Recurso conhecido e improvido.

1. Possível a execução de decisão interlocutória. O rol dos títulos executivos do art. 584 do CPC não pode ser tido como exaustivo, sob pena de se deixar cair no vazio os revolucionários arts. 273 e 461 do CPC.

2. Tratando-se de decisão que tenha natureza precária, como uma antecipação de tutela (decisão que será confirmada ou não pela sentença), a execução será

provisória. Por outro lado, cuidando-se de decisões que definem outra norma jurídica individualizada, diferente da que é objeto do processo, surgida de fato gerador novo, ocorrido no curso do processo e por causa dele, a execução há de ser definitiva, já que o crédito estipulado independe de solução que for dada à causa. Caso das decisões que fixam multa por descumprimento de obrigações de fazer. Hipótese dos autos (fl. 126).

Alega a parte recorrente violação ao artigo 584, I, do então vigente Código de Processo Civil (hoje artigo 475-N), sustentando a impossibilidade de execução de decisão interlocutória (que estabeleceu *astreinte*), que somente poderia se dar após o trânsito em julgado do processo principal, eis que não se trata de título executivo judicial.

Para fins de comprovação da alegada divergência jurisprudencial, invoca decisões proferidas por outras Cortes do país.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade do apelo, dele conheço.

Como visto a controvérsia está centrada na possibilidade de se executar a decisão interlocutória que, na hipótese, fixou *astreinte* diária em caso de descumprimento por parte da ora recorrente, da obrigação de religação do fornecimento de energia elétrica no imóvel do ora recorrido.

A alegação recursal está pautada nos ditames do antigo artigo 584, do CPC (atual 475-N), sustentando que a decisão interlocutória nele não se insere para fins de execução, enquanto que o aresto recorrido decidiu, *verbis*:

(...) O rol dos títulos executivos do art. 584 do CPC não pode ser tido como exaustivo, sob pena de se deixar cair no vazio os tão comentados artigos 273 e 461 do CPC. De que adiantaria a fixação de multa por descumprimento de uma obrigação de fazer ou não-fazer, se não pudesse ser executada?

(...) *omissis*.

Confunde a Agravante, quiçá movido por interpretação literal do art. 584, I, CPC, sentença condenatória com eficácia condenatória. A rigor, desejou a Lei Processual Civil exprimir que é a decisão de natureza condenatória que cria título executivo judicial, não precisando ser, necessariamente, (1) sentença e (2) condenatória (fls. 131/2).



Tal alegação está em sintonia com o seguinte entendimento constante do Código de Processo Civil, comentado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *verbi*:

Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais (Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., p. 654).

A recorrente pretende afastar tal fundamento sob a alegação de que a *astreinte*, restará consagrada com o trânsito em julgado da decisão, sem possibilidade de lesão à parte contrária, mas na verdade esse não é o cerne da discussão.

Lembro o argumento expendido pelo Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux, nos autos do REsp n. 699.495-RS no sentido de que “(...) a função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância”.

Frise-se ainda, por oportuno que a hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial, *verbis*:

§ 4º - O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Acrescentado(a) pelo(a) *Lei n. 8.952/1994*)

Em razão do exposto, é de se manter o entendimento prestigiado pela Corte *a quo* ao prolatar o acórdão recorrido e, como consequência, *nego provimento* ao presente recurso especial.

É o voto.

Jurisprudência da Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 830.174-RJ
(2006/0250121-9)**

Relator: Ministro Herman Benjamin
Agravante: Darcy de Azevedo Ramos e outro(s)
Advogado: Jefferson Ramos Ribeiro e outro(s)
Agravado: Fazenda Nacional
Procurador: Tatiana P F Wajnberg e outro(s)

EMENTA

Tributário. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Incidência sobre benefício, resgate ou rateio. Não-incidência quanto às contribuições efetuadas sob a vigência da Lei n. 7.713/1988, cujo ônus tenha sido do beneficiário/participante.

1. Os recebimentos de benefícios, resgates e rateios decorrentes de recolhimentos de contribuições efetuados na vigência da Lei n. 7.713/1988, isto é, no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995, não estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda, mesmo que o recebimento seja efetuado após a entrada em vigor da Lei n. 9.250/1995, alcançando, tão-somente, os valores pagos por instituição de previdência privada que correspondam às contribuições vertidas pelo próprio beneficiado ou participante. Precedentes.

2. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão (fls. 553/554) que negou seguimento a Agravo de Instrumento nos seguintes termos:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão denegatória de Recurso Especial (art. 105, inc. III, **a**), no qual se alegou contrariedade aos arts. 535, inc. II do CPC, 43, inc. I e II, 3º, 9º, inc. I e 97, inc. I, do CTN, sob o fundamento de que deve ser afastada a incidência de Imposto de Renda sobre reserva de poupança formada por contribuições do poupador.

Sustentam os ora agravantes, em síntese, restarem preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso.

Contraminuta apresentada às fls. 544/549.

É o relatório.

Decido.

Não há que se falar em violação ao art. 535, inc. II, do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo* apreciou os temas pertinentes ao deslinde da controvérsia, visto que ao julgador cumpre apreciar a questão de acordo com o que reputar atinente à lide, não estando “compelido a refutar todos os argumentos exarados pelas partes, mormente se resultam implicitamente repelidos por incompatibilidade com os fundamentos contidos na decisão hostilizada, tidos por suficientes para solução da controvérsia” (AGA n. 720.570-RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 29.05.2006).

Em relação à incidência do Imposto de Renda sobre reserva de poupança formada por contribuições do poupador, o acórdão recorrido harmoniza-se com o entendimento pacífico deste egrégio STJ.

Confira-se o julgado a seguir:

Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis n. 7.713/1988 (art. 6º, VII, **b**) e 9.250/1995 (art. 33) e MP n. 1.943/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. *Bis in idem*. Exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 7.713/1988.

1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995. Em contrapartida, as



contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei n. 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

3. A Medida Provisória n. 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o n. 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do EREsp n. 380.011-RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.

6. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EREsp n. 643.691-DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 20.03.2006).

Diante do exposto, *nego provimento ao Agravo de Instrumento*.

Publique-se.

Intimem-se.

Os agravantes pretendem que seja afastada a incidência do Imposto de Renda sobre reserva de poupança formada por contribuições do poupador.

Requerem, ao final, a reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Conquanto os agravantes tenham demonstrado irresignação referente à r. decisão que negou seguimento a Agravo de Instrumento, não vislumbro, no Agravo Regimental, qualquer novidade capaz de modificá-la.

O Tribunal de origem decidiu a causa com a seguinte conclusão:

Conheço e dou parcial provimento ao apelo dos autores, (...) para, reformando a r. sentença, declarar a inexistência de relação jurídica tributária à incidência de imposto de renda em relação às Contribuições exclusivas do autor vertidas ao plano, no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995, (...). (fl. 349).

Esta Corte, quanto à incidência do Imposto de Renda sobre verbas auferidas, a título de complementação de aposentadoria, de entidades de previdência privada, tem examinado a questão à luz das Leis n. 7.713/1988 e 9.250/1995, concluindo o seguinte: se questionada a incidência do Imposto de Renda sobre o resgate ou recebimento do benefício quando as contribuições à entidade de previdência privada foram recolhidas na vigência da Lei n. 7.713/1988 não incide o imposto, porque já foi descontado na fonte, o que caracterizaria evidente *bis in idem*; e se questionada a incidência do imposto de renda quando as contribuições forem recolhidas na vigência da Lei n. 9.250/1995 incide o imposto sobre o resgate ou recebimento do benefício, porque deixou-se de recolher o tributo na fonte.

Portanto, não assiste razão aos recorrentes, uma vez que a jurisprudência desta Corte pacificou-se no mesmo sentido do entendimento perfilhado pelo acórdão recorrido, consoante demonstram os seguintes julgados:

Tributário. Embargos de divergência. Imposto de Renda. Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Não-incidência do imposto durante a vigência da Lei n. 7.713/1988. Recurso provido.

1. Não estão sujeitos à incidência do Imposto de Renda apenas os resgates e benefícios de complementação de aposentadoria relativos às contribuições para entidades de previdência privada, guardadas as devidas proporções no que se refere aos valores decorrentes de contribuições efetuadas entre janeiro de 1989 e dezembro de 1995, cujo ônus tenha sido da pessoa física, devendo ser restituídos os valores indevidamente recolhidos pelos contribuintes.

2. Precedentes.

3. Embargos de divergência providos.

(EREsp n. 751.712-DE, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 08.11.2006, DJ 27.11.2006, p. 240).

Tributário. IRPF. Complementação de aposentadoria. Leis n. 7.713/1988 (art. 6º, VII, **b**) e 9.250/1995 (art. 33) e MP n. 1.943/1996 (art. 8º). Incidência sobre o benefício. *Bis in idem*. Exclusão de montante equivalente às contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 7.713/1988.



1. O recebimento da complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995. Em contrapartida, as contribuições vertidas para tais planos não podiam ser deduzidas da base de cálculo do referido tributo, sendo, portanto, tributadas.

2. Com a edição da Lei n. 9.250/1995, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando a ser tributado o recebimento do benefício ou o resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, e não mais sujeitas à tributação as contribuições efetuadas pelos segurados.

3. A Medida Provisória n. 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o n. 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo do imposto de renda do “valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995” (art. 8º), evitando, desta forma, o *bis in idem*.

4. Da mesma forma, considerando-se que a complementação de aposentadoria paga pelas entidades de previdência privada é constituída, em parte, pelas contribuições efetuadas pelo beneficiado, deve ser afastada sua tributação pelo IRPF, até o limite do imposto pago sobre as contribuições vertidas no período de vigência da Lei n. 7.713/1988.

5. Questão pacificada no julgamento pela 1ª Seção do EREsp n. 380.011-RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02.05.2005.

6. Embargos de divergência providos.

(EREsp n. 643.691-DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 185).

Ausente a comprovação da necessidade de correções a serem promovidas na decisão agravada, proferida, ademais, correta e integralmente, com lastro em fundamentos suficientes e na consonância do entendimento pacífico deste Tribunal, não há que se prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Diante do exposto, *nego provimento ao Agravo Regimental*.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.540-SP
(2004/0088428-5)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Fadul Baida Neto

Advogado: Lindenberg Bruza e outros

T. origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Impetrado: Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e
Corregedoria da Polícia Judiciária de São Paulo - DIPO

Recorrido: Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Antecedentes criminais. Inquéritos arquivados. Exclusão de dados do registro do Instituto de Identificação da Polícia Civil.

1. Por analogia ao que dispõe o art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, de molde a preservar a intimidade do mesmo.

2. “A lei confere ao condenado reabilitado direito ao sigilo de seus registros criminais, que não podem constar de folha de antecedentes ou certidão (arts. 93, do CP e 748, do CPP). O réu absolvido, seja qual for o fundamento, faz jus ao cancelamento do registro pertinente, em sua folha de antecedentes.” (RMS n. 17.774-SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 1º.07.2004, p. 278).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon, João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 30.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra decisão do *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* que denegou *writ of mandamus* impetrado contra ato supostamente coator do *Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais de São Paulo*, que teria deixado de apreciar pedido de cancelamento de registros criminais.

Ao estilo da inicial, tem-se que: a) o impetrante obteve certidão de informações criminais, da qual constam referências a três ações-crime, com a respectiva menção a seu arquivamento. Em conseqüência, requereu ao Juiz de Direito Corregedor da Distribuição Criminal da Comarca de São Paulo fossem excluídos esses registros, no que foi prontamente atendido; b) todavia, foi informado da existência de *antecedentes criminais* registrados no Instituto de Identificação da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, insusceptíveis de figurar em atestados públicos, porém, consultáveis eletronicamente pelos sistemas informatizados das delegacias de Polícias e demais unidades de Segurança Pública; c) ato contínuo, o impetrante requestou à autoridade coatora “*a exclusão de seu nome dos terminais*” do Instituto de Identificação; d) o pedido foi negado pela autoridade, sob o color de que não pode o magistrado-corregedor determinar o cancelamento desses registros pelos órgãos de Segurança Pública, à vista da ausência de vínculo hierárquico daquele com essas; e) invocando analogicamente os arts. 202, da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984), e 748, do Código de Processo Penal, o impetrante postulou a nulidade do ato coator omissivo. (fls. 2/10)

Informações prestadas pela autoridade coatora, nas quais se ressalta que os dados podem e devem ser manuseados pelo Poder Judiciário e pelos órgãos policiais, sem publicidade a terceiros. (fls. 46/49)

Apreciada a segurança, o *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* denegou-a, invocando como fundamentos de sua decisão: a) ausência de concatenação lógico-jurídica entre os arts. 202 e 748, da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, e o suposto direito alegado; b) “o sigilo acerca dos dados constantes dos registros não se confunde com o cancelamento pleiteado pelo impetrante. Tanto que os dados não poderão ser omitidos quando requisitados por autoridade judiciária ou pelo Ministério Público”. (fls. 61/63)

Irresignado, o autor recorreu ordinariamente. (fls. 66/75)

As razões do recurso subministram as mesmas teses da inicial: a) aplicação analógica dos arts. 202, da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, e 748, do Código de Processo Penal; b) direito à retirada dos registros de antecedentes criminais dos arquivos informáticos do Instituto Criminal de São Paulo.

Contra-razões do Ministério Público do Estado de São Paulo. (fls. 77/80)

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso. (fls. 88/91)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): O recurso atende aos requisitos jurídico-formais ao seu conhecimento, permitindo o ingresso nas questões meritórias.

A atribuição para o conhecimento desse recurso não se vincula ao direito penal, mas, em verdade, a ato de natureza administrativa.

Com efeito. A lide centra-se na aplicação analógica dos arts. 202, da Lei de Execuções Penais, e 748, do Código de Processo Penal, que, respectivamente, prescrevem:

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei;

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

A interpretação analógica suscitada no recurso ao caso concreto foi objeto de amplo debate no STJ.

Em linhas gerais, prevaleceu a tese da exclusão dos antecedentes criminais em um grupo de casos, que tem origem no Estado de São Paulo, em situações absolutamente símiles às constantes do fascículo:

A lei confere ao condenado reabilitado direito ao sigilo de seus registros criminais, que não podem constar de folha de antecedentes ou certidão (arts. 93, do CP e 748, do CPP). O réu absolvido, seja qual for o fundamento, faz jus ao cancelamento do registro pertinente, em sua folha de antecedentes. (RMS n. 17.774-SP, Rel. Min. Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 1º.07.2004, p. 278);



Recurso ordinário. Penal. Inquérito policial. Arquivamento. Exclusão de dados dos terminais do Instituto de Identificação. Sigilo das informações.

Por analogia ao art. 748 do CPP – que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes –, esta Corte Superior tem entendido que devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados, de modo a preservar a intimidade do indivíduo. Precedentes.

Recurso conhecido e provido. (RHC n. 14.376-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJU 29.03.2004, p. 254);

Criminal. Recurso ordinário em mandado de segurança. Antecedentes criminais. Inquéritos arquivados. Reabilitação, absolvição e reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Exclusão de dados do Registro de Identificação Criminal. Direito líquido e certo.

Esta Corte Superior tem entendido que, por analogia ao que dispõe o art. 748 do Código do Processo Penal, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na sua folha de antecedentes, devem ser excluídos dos terminais dos Institutos de Identificação Criminal os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos em que tenha ocorrido a reabilitação do condenado, a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, ou tenha sido reconhecida a extinção da punibilidade do acusado pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, de modo a preservar a intimidade do mesmo.

Recurso provido. (RMS n. 16.202-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 12.08.2003, p. 246);

Administrativo. Mandado de segurança. Antecedentes criminais. Sentenças penais absolutórias e inquéritos policiais arquivados. Sigilo de registros. Exclusão dos dados do instituto de informação.

- Se o Código de Processo Penal, em seu artigo 748, assegura ao reabilitado o sigilo de registro das condenações criminais anteriores, é de rigor a exclusão dos dados relativos a sentenças penais absolutórias e inquéritos arquivados dos terminais de Instituto de Identificação, de modo a preservar as franquias democráticas consagradas em nosso ordenamento jurídico.

- Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (RMS n. 9.739-SP, RT 793/542).

A retirada desses registros dos terminais eletrônicos do órgão de Segurança Pública é direito do impetrante, que se fundamenta em razões hermenêuticas. De fato, se ao que foi condenado e reabilitado, a lei defere o benefício da isenção

dos registros pessoais dessa nódoa *ad perpetuam rei memoriam*, o que se dirá de alguém que foi absolvido? Aplica-se a máxima interpretativa latina *Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*, ou seja, *quem pode o mais, pode o menos*.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É como penso, é como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 496.444-PR (2003/0006115-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Conselho Regional de Farmácia do Estado do Paraná - CRF-PR

Advogado: Rodrigo Luiz Menezes

Recorrido: Farmacia Praia Mar Ltda

Advogado: Deolindo Esturilio

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Conselhos profissionais. Anuidade. Fixação por resolução. Atualização monetária.

1. As anuidades dos conselhos profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal.

2. No período de março/1991 a dezembro/1991, (compreendido entre a extinção da MVR e a criação da Ufir), não há por que incidir atualização monetária sobre as anuidades dos conselhos profissionais, tendo em vista a inexistência de previsão legal.

3. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.



Brasília (DF), 05 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 07.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de apelação, acordou a seguinte ementa:

Conselhos de Fiscalização Profissional. Natureza autárquica. Contribuição social de interesse das categorias profissionais. Submissão às regras do Sistema Tributário Nacional. Critérios legais de fixação de anuidades.

1. A questão da natureza jurídica dos conselhos foi ventilada na ADIN n. 1.717-6-DF, na qual foi deferida medida liminar, publicada no DJU de 25.02.2000, que suspendeu a eficácia do artigo 58 da Lei n. 9.649/1998, que atribui personalidade jurídica de direito privado aos Conselhos de Fiscalização Profissional. Assim, fica garantida à referida entidade, até o julgamento definitivo dessa ação, a manutenção do *status quo ante*, ou seja, sua equiparação à autarquia.

2. Por expressa previsão do art. 149 da Carta Magna, as contribuições de interesse das categorias profissionais destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza tributária, devendo, portanto, submeter-se aos princípios do Sistema Tributário Nacional, precipuamente ao disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III da Constituição Federal de 1988.

3. Os Conselhos Profissionais não têm poder para fixar suas anuidades, devendo esta fixação obedecer os critérios estabelecidos em lei.

4. A fixação do valor das anuidades devidas aos Conselhos Profissionais pela Lei n. 6.994/1982 deve, com a extinção da MRV pela Lei n. 8.177/1991, levar em consideração a fixação em cruzeiros pela Lei n. 8.178/1991 e, posteriormente, a sua transformação em UFIRs com o advento da Lei n. 8.383/1991. Finalmente, com a extinção deste indexador em outubro de 2000, as anuidades devem manter seu valor fixo em reais até a superveniência de lei que estabeleça novo critério de reajuste. (fl. 103).

Irresignado, o *Conselho Regional de Farmácia do Estado do Paraná (CRF-PR)*, com amparo na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, interpõe o presente recurso especial.

O recorrente alega que não fixou os valores da anuidade por ato administrativo, uma vez que os valores sempre estiveram previstos em lei (art.

1º, § 1º, **b**, da Lei n. 6.994/1982). Pondera que atendeu ao disposto na Lei n. 3.820/1960.

Defende a legalidade da incidência da correção monetária na espécie, ao tempo em que pugna pela aplicação dos arts. 97, § 2º, e 108, incisos I, II e IV, do CTN. Para tanto, assevera que a Lei n. 8.177/1991, ao extinguir o MVR, não criou outro índice substitutivo, o que ocorreu apenas 10 meses depois com a criação da Ufir. Conclui que a correção pretendida não pode ser concebida como majoração de tributo, mas sim como recomposição do valor da moeda em face da inflação.

Admitido o recurso, sem as contra-razões, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Trata-se de ação ordinária anulatória interposta pela Farmácia Praia Mar Ltda. objetivando ver anulada a cobrança do valor da anuidade de 1999.

O juízo monocrático deu parcial provimento ao pedido, assegurando à autora “o direito de pagar a anuidade de 1999 em número de Ufir compatível com o capital social da empresa” (fl. 75). Dessa decisão, o Conselho Regional de Farmácia interpôs recurso de apelação, que restou improvido.

Nas razões do presente recurso especial, o recorrente defende a legalidade da incidência da correção monetária.

O apelo não merece prosperar.

Quanto à alegada aplicação do disposto nos arts. 97, § 2º e 108, incisos I, II e IV, do CTN ao caso em tela, verifico que o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento sedimentado nesta Corte de que as anuidades dos Conselhos Profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária, de tal modo que seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, pois elas decorrem de lei e não podem ser arbitradas por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal. Cito, a propósito, os seguintes julgados: Primeira Turma, REsp n. 652.554-RS, relator Ministro José Delgado, DJ de 16.11.2004; Primeira Turma, MC n. 7.123-PE, relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 22.03.2004; Primeira Turma, REsp n. 225.301-RS, relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 16.11.1999.

Ademais, mais especificamente à possibilidade de atualização monetária das anuidades no período de março/1991 a dezembro/1991 (compreendido



entre a extinção da MVR e a criação da Ufir), registro que esta Corte, em caso análogo, decidiu que a aplicação de atualização monetária deve ser feita com supedâneo em lei antecedente expressamente prevista e, em face da ausência de previsão legal, não haveria por que, no intervalo em tela, incidir atualização sobre as anuidades. A propósito, confira-se este recente julgado:

Tributário. Conselho Regional de Corretores de Imóveis. Valor das anuidades. Período de março a dezembro de 1991. Correção monetária. Inaplicabilidade. Ausência de previsão legal.

I - No período de março a dezembro de 1991, quando substituído o maior valor de referência - MVR por valor fixo (Lei n. 8.178/1991), não há que incidir sobre as anuidades do conselho de corretores de imóveis qualquer atualização monetária, visto não existir previsão legal para tanto.

II - Recurso especial provido. (Primeira Turma, REsp n. 636.077-SC, relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 14.03.2005.)

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 507.483-RS (2003/0037712-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro

Procurador: Christian Santos dos Reis e outros

Recorrido: Spot Comércio de Roupas Ltda

Advogado: Luís Carlos Schimdt de Carvalho Filho

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Portaria do Conmetro. Lei n. 5.966/1973 (art. 9º). Legalidade. Precedentes.

1. O STJ firmou o entendimento de que não há ilegalidade na imposição de multa por meio de Portaria expedida pelo Conmetro, uma vez que há expressa previsão legal para que o órgão exerça o poder normativo, próprio da atividade administrativa do Estado, estabelecendo critérios e procedimentos para aplicação de penalidades

por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro)* com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e assim ementado:

Administrativo. Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro. Auto de infração. Notificação. Lei n. 5.966/1973. Resolução Conmetro n. 11/1988.

Revogação do art. 9º, da Lei n. 5.966/1973, pelo art. 13, da Lei n. 9.933/1999.

Somente a lei pode estabelecer critério de aplicação de penalidade, sendo inadmissível a delegação dessa atribuição à Administração, mediante atos de sua edição.

A própria Administração, tendo oportunidade de regular a graduação da pena de multa, não o fez.

A notificação, apresentando ao autuado a cifra da multa aplicada, não especificou o critério adotado para apurar tal valor.

Flagrante infração da garantia da reserva da lei.



O recorrente alega que o acórdão recorrido, ao entender ser descabida a cobrança de multa com base em Resolução do Conmetro, negou vigência ao art. 9º da Lei n. 5.966/1973, bem como divergiu da jurisprudência desta Corte. Para tanto, defende as seguintes teses: a) o procedimento fiscal adotado não infringiu o princípio constitucional da reserva legal; b) somente com a edição da Lei n. 9.933/1999 é que a Lei n. 5.966/1973 foi revogada, de modo que a notificação de decisão de aplicabilidade da multa imposta ao ora recorrido seguiu, rigorosamente, os termos da legislação vigente à época; c) a Resolução n. 4/1992 reproduz as regras para a aplicação de penalidade de multa previstas na Lei n. 5.966/1973; d) as portarias e atos normativos emitidos pelo Conmetro e pelo Inmetro são dotados de plena legalidade.

Diante dessa argumentação, pugna pelo provimento do presente recurso especial para:

reformular o V. acórdão, restabelecendo a legalidade da multa aplicada à autora.

Admitido o recurso, sem as contra-razões, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O apelo merece prosperar.

O objeto da controvérsia suscitada no presente recurso especial cinge-se à discussão sobre a legalidade da imposição de multa por meio de Portaria expedida pelo Conmetro.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo do Inmetro, asseverando que: i) o dispositivo legal que autoriza a cominação da penalidade administrativa, art. 9º da Lei n. 5.966/1973, foi expressamente revogado pelo art. 13 da Lei n. 9.933/1999; b) somente lei pode estabelecer critério de aplicação de penalidade, sendo inadmissível a delegação dessa atribuição à Administração, mediante atos de sua edição.

Impõe-se traçar um panorama da legislação que rege a matéria.

Os arts. 3º, alínea **f** e 9º da Lei n. 5.966/1973 dispõem que:

Art. 3º - Compete ao Conmetro:

(...)

f) fixar critérios e procedimentos para aplicação das penalidades no caso de infração a dispositivo da legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação da qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dela decorrentes;

Art. 9º - A infrações a dispositivos desta Lei e das normas baixadas pelo Conmetro, sujeitarão o infrator, isolada ou cumulativamente, às seguintes penalidades:

a) advertência;

b) multa, até o máximo de sessenta vezes o valor do salário-mínimo vigente ao Distrito Federal, duplicada em caso de reincidência;

c) interdição;

d) apreensão;

e) inutilização.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, constata-se que a imposição de multa pela Resolução n. 4/1992 do Conmetro não violou o princípio constitucional da reserva legal, porquanto há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

Ademais, na hipótese dos autos, à época da aplicação da multa, a Lei n. 5.966/1973 ainda estava em vigor, tendo sido revogada apenas em 20 de dezembro de 1999 com a edição da Lei n. 9.933.

Sobre o tema, o STJ, ao contrário do que sustenta o acórdão impugnado, firmou o entendimento de que não há violação do princípio da legalidade, porquanto há expressa previsão legal para que o Conmetro possa exercer o poder de polícia, próprio da atividade administrativa do Estado. Nesse sentido, cito os seguintes julgados:

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Não recepção pela CF/1988 dos arts. 3º e 9º da Lei n. 5.966/1973. Matéria de índole constitucional. Violação aos arts. 3º, alíneas **d**, **e** e **f**, 5º e 9º da Lei n. 5.966/1973. Inexistência. Resolução do Conmetro e Portaria do Inmetro. Fundamento na Lei n. 5.966/1973 e no CDC. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

1. É inadequada a via do especial para a apreciação de suposta não recepção de dispositivos legais pela Constituição Federal de 1988, pois tal resultaria em usurpação da competência do Pretório Excelso.



2. Não há ilegalidade na Resolução n. 11/1988 do Conmetro e na Resolução n. 74/1995 do Inmetro, por se tratarem de atos que estabelecem normas e critérios para efetivar a política nacional de metrologia, nos termos da Lei n. 5.966/1973.

3. Ademais, Código de Defesa do Consumidor veda a introdução no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes (Art. 39, VIII).

4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (Primeira Turma, REsp n. 416.211-PR, relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 31.05.2004.)

Administrativo. Recurso especial. Artigo 105, inciso III, **a** e **c**, da Constituição da República. Conmetro. Competência para estabelecer critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas referentes à metrologia. Recurso especial provido.

Da análise dos artigos 3º, alínea **f**, e 9º, da Lei n. 5.966, de 11 de dezembro de 1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, conclui-se que a imposição de multa pela Resolução n. 2/1982 do Conmetro não violou o princípio da reserva legal, uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

Divergência jurisprudencial não demonstrada.

Recurso especial provido pela alínea **a**. (Segunda Turma, REsp n. 273.803-SP, relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 19.05.2003.)

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para restabelecer a multa aplicada à ora recorrida.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 527.143-PR (2003/0050653-4)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Procurador: Sibele Regina Luz Grecco e outros

Recorrido: Irailson Gorski e outro

Advogado: José Cláudio Siqueira

EMENTA

Tributário. Dívida ativa. Inscrição. Restituição. Benefício previdenciário pago indevidamente.

1. As restituições de benefícios previdenciários indevidamente pagos enquadram-se como Dívida Ativa não Tributária, sendo, portanto, passíveis de escrituração, a fim de adquirir liquidez e executividade.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJ 08.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)*, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, o qual restou assim ementado:

Administrativo. Ato ilícito. Fraude contra o INPS. Certidão de Dívida Ativa. Nulidade.

1. É ilegítima a inscrição em dívida ativa e extração da CDA correspondente, do valor da indenização por fraude porque o conceito de dívida ativa não-tributária, embora amplo, não autoriza a Fazenda Pública a tornar-se credora de todo e qualquer débito. A dívida cobrada há de ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito pública. Precedente da Corte (AC n. 1998.04.01.070300-0-PR, Relator Juiz Paulo Afonso Brun Vaz, v.u., DJ2 n. 51-E, 14.03.2001, p. 425).

2. Embora constatado ser irregular a execução, nada obsta que o embargado promova a apuração de seu crédito através de processo administrativo regular ou que ingresse com a competente ação de cobrança, vez que a prescrição restou interrompida pela citação.



3. Apelação provida. (fl. 311)

Sustenta o recorrente, nas razões do apelo extremo, que o aresto recorrido violou os arts. 2º da Lei n. 6.830/1980 e 39, § 2º, da Lei n. 4.320/1964, alegando, ainda, divergência jurisprudencial. Em suma, defende que a restituição de renda mensal de benefício previdenciário recebido indevidamente pode ser inscrita em dívida ativa.

Admitido o recurso, sem contra-razões, subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): A irresignação merece prosperar.

O entendimento adotado pela Corte de origem deve ser reformado, pois, conforme previsto no § 2º do art. 39 da Lei n. 4.320/1964, as restituições de benefícios previdenciários indevidamente pagos enquadram-se como Dívida Ativa não Tributária, sendo, portanto, passíveis de escrituração, a fim de adquirir liquidez e executividade:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.735, de 20.12.1979)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmos, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Parágrafo incluído pelo Decreto-Lei n. 1.735, de 20.12.1979.)

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial* para reformar o acórdão recorrido.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 663.195-MG (2004/0114423-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Companhia Energética de Minas Gerais - Cemig
Advogado: João Luiz Correia Rodrigues
Recorrido: Aylton Baccharini Júnior
Advogado: Aylton Baccharini Junior (em causa própria)

EMENTA

Processual Civil. Embargos à execução. Alegada ofensa aos arts. 165, 458 e 535, do CPC. Omissão não configurada. Aresto *a quo* proferido com fundamentação suficiente. Rediscussão do parâmetro utilizado para fixar a verba honorária.

1. A ofensa aos arts. 165, 458 e 535, do CPC, não se configura se o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, solucionando a questão dita controvertida tal como lhe foi apresentada, com fundamento suficiente para tanto.

2. Inexistência da alegada violação ao art. 20, § 3º, do CPC. Verba honorária fixada na fase de conhecimento, sendo inviável a reanálise dos seus fundamentos em sede de Embargos à Execução. Impossibilidade de rediscutir a matéria em razão da preclusão.

3. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentação oral: Dr. Aylton Baccharini Junior, pelo Recorrido.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJ 17.09.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Companhia Energética de Minas Gerais - Cemig* - em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proferido em Embargos à Execução de honorários advocatícios. O aresto foi assim ementado:

Processo Civil. Execuções. Créditos. Principal e honorários advocatícios. Sentença. Interpretação. Limitação. Repetição de indébito. Tarifas de energia elétrica. *Quantum*. Apuração. Faturas. Correção monetária e juros de mora. Incidência. Termo inicial. Taxa. A apreciação de sentença, na fase de execução, é limitada a pontos necessários para dar-lhe efeito útil, sendo inviável interpretação restritiva ou ampliativa do seu conteúdo de mérito. Os valores considerados indevidos, a título de tarifas de energia elétrica, para efeito de repetição, são os constantes das faturas de energia elétrica, juntadas no processo, na fase cognitiva, os quais devem ser acrescidos de correção monetária, desde a data de cada recolhimento, e de juros moratórios, a contar da citação. Nega-se provimento aos recursos. (fl. 253).

O Recurso Especial foi admitido em sua origem somente em relação à “suposta ofensa ao disposto no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil” (fl. 383).

Alega a recorrente que o acórdão recorrido: *a)* é omissivo, ofendendo o art. 535, do CPC; *b)* viola o disposto no art. 20, § 3º, do CPC, porque a condenação na verba honorária utilizou como base o valor da causa, quando deveria usar o valor da condenação; *c)* não restou devidamente fundamentado, negando vigência aos arts. 165 e 458, do CPC; *e, d)* não aplicou devidamente a sucumbência recíproca na forma do art. 21, do CPC (fls. 321/322).

Deve-se destacar da sentença:

O colendo Superior Tribunal de Justiça conheceu do recurso e lhe deu provimento (fls. 343/344), sem fazer qualquer tipo de ressalva e, desta forma, acolhendo o pedido tal qual foi feito, qual seja, reformando a decisão recorrida e dando procedência ao pedido inicial em todos os seus termos. (fls. 155/156).

Na hipótese em tela, o Tribunal manteve a decisão proferida nos Embargos à Execução, declarando, expressamente, que é devida a verba honorária:

os acréscimos (correção monetária e juros) deverão incidir sobre o valor originário da repetição postulada, este consubstanciado nas diferenças apuradas nas contas de energia elétrica juntadas nos autos, uma vez que outro não pode ser o parâmetro de utilidade e de exequibilidade do acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça. (...) os mesmos critérios serão aplicados para o cálculo da verba honorária de sucumbência executada pelo patrono da autora do pedido de repetição de indébito (fl. 257).

Da mesma forma, manteve a decisão nos Embargos de Declaração:

Ementa: Execução de título judicial. Impossibilidade de inovação. Preclusão. Quando a instância especial dá provimento ao recurso, acolhe os termos do respectivo pedido. *A inversão dos ônus da sucumbência é consequência imediata e necessária da inversão do julgamento. O valor da causa é base válida para cálculo dos honorários de sucumbência e, se não for considerado justo, deve ser objeto de recurso, no processo de conhecimento.* Rejeitam-se os embargos de declaração. (fl. 298) - destaquei.

O voto do em. Min. Peçanha Martins, no julgamento do Recurso Especial interposto nos autos da ação de conhecimento, acompanhado por unanimidade pela Segunda Turma, determinou a inversão do ônus da sucumbência.

No caso, a recorrente utilizou-se de todos os recursos cabíveis em face desta decisão, conforme consta às fl. 70 (Acórdão do Recurso Especial) e 74 (Acórdão dos Embargos de Declaração).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Inicialmente, a alegada ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC, não se configura, haja vista ter o Tribunal de origem julgado integralmente a lide, solucionando a questão dita controvertida tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater um a um todos os argumentos trazidos pelas partes, visando à defesa da tese que apresentaram. Deve, apenas, enfrentar a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2007; e, REsp n. 855.073-SC, 1ª Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.06.2007.

A abordagem de todos os tópicos recursais é nítida na decisão proferida pelo Tribunal local, ao determinar que “os acréscimos (correção monetária e juros) deverão incidir sobre o valor originário da repetição postulada, este consubstanciado nas diferenças apuradas nas contas de energia elétrica juntadas nos autos, uma vez que outro não pode ser o parâmetro de utilidade e de exequibilidade do acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça. (...) os mesmos critérios serão aplicados para o cálculo da verba honorária de sucumbência executada pelo patrono da autora do pedido de repetição de indébito” (fl. 257).

Da mesma forma, com absoluta clareza o Tribunal manteve a decisão no julgamento dos Embargos de Declaração:



Ementa: Execução de título judicial. Impossibilidade de inovação. Preclusão. Quando a instância especial dá provimento ao recurso, acolhe os termos do respectivo pedido. *A inversão dos ônus da sucumbência é consequência imediata e necessária da inversão do julgamento. O valor da causa é base válida para cálculo dos honorários de sucumbência e, se não for considerado justo, deve ser objeto de recurso, no processo de conhecimento.* Rejeitam-se os embargos de declaração. (fl. 298) - destaquei.

Não é possível rediscutir o parâmetro utilizado para a fixação da verba honorária efetuada na fase de conhecimento, sendo indevido o debate em fase executória.

Assim, a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* está em consonância com os fatos e direito narrados no processo, sendo o apelo mero inconformismo com o seu conteúdo. Não se observa qualquer violação ao art. 20, § 3º, do CPC, considerando-se que a questão encontra-se preclusa, tendo sido solucionada de maneira definitiva na fase de conhecimento, na forma do voto do eminente Ministro Relator Peçanha Martins (fls. 70 - Acórdão do Recurso Especial - e 74 - Acórdão dos Embargos de Declaração).

Por tudo isso, *nego provimento ao Recurso Especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 717.977-MT (2004/0184610-2)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Estado de Mato Grosso
Procurador: Fernando Cruz Moreira e outros
Recorrido: Nilo Alves Bezerra e outro
Advogado: Nilo Alves Bezerra (em causa própria) e outro
Suces. de: Vicente Bezerra Neto
Recorrido: Ennio Viegas de Oliveira Paes e outros

EMENTA

Recurso especial. Administrativo. Processual Civil. Sentença homologatória de cálculos. Descabimento de ação anulatória. Ação rescisória. Cabimento.

1. Restringe-se a controvérsia acerca do cabimento, ou não, da ação declaratória de inexistência de ato jurídico quando o ato atacado trata de sentença homologatória de cálculos.

2. Já decidiu esta Corte que quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material é simplesmente homologatória, e não enseja ação rescisória.

3. No entanto, no caso concreto, a sentença homologou os cálculos apresentados e, portanto, o Juízo com eles expressamente concordou. Tal concordância não significa mera homologação, porquanto a apreciação dos cálculos representa aprovação de seu conteúdo, ou seja, os critérios apontados pelo perito do Juízo.

4. Conclui-se que, na presente hipótese, ocorreu uma decisão de mérito e, portanto, passível de ação rescisória. Precedentes.

Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “Proseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Eliana Calmon (voto-vista), João Otávio de Noronha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Estado do Mato Grosso*, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

Reexame necessário. Ação declaração de inexistência de ato judicial. Sentença definitiva. Não cabimento. Inteligência do artigo 486 do CPC. Petição inicial indeferida. Admissibilidade. Apelo improvido. Sentença mantida. Decisão unânime.



Sentenças definitivas não podem ser alvo de ação anulatória, uma vez que o ordenamento jurídico prevê remédio próprio e exclusivo para tal caso, qual seja, a ação rescisória, prevista no art. 485, do CPC. (fl. 190)

Alega o recorrente ofensa ao art. 486 do Código de Processo Civil, uma vez que o acórdão recorrido manteve a sentença que indeferiu a petição inicial da Ação Declaratória de Inexistência de Ato Judicial, por entender que o ato que se pretende anular é uma decisão de mérito, não sendo, portanto, cabível ação anulatória.

Sustenta o Estado de Mato Grosso que existem erros nos cálculos de atualização dos valores, na fase de liquidação da sentença que se quer ver anulada, o que autoriza a anulação da sentença homologatória de cálculos. Aduz, que tal sentença, por sua natureza meramente homologatória, não é passível de ação rescisória, mas sim da ação prevista no art. 486 do CPC.

Foram oferecidas contra razões (fls. 2.289/2.294), nas quais se alega que o recorrente pretende o reexame de provas, bem como a ocorrência de decadência, nos termos do art. 495 do CPC. Aduzem, ainda, os recorridos, que não existe a apontada ofensa ao art. 486 do CPC.

Admitido o recurso, por força de agravo de instrumento, subiram os autos para apreciação nesta Corte.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento do recurso especial (fls. 2.316/2.320).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Restringe-se a controvérsia acerca do cabimento, ou não, da ação declaratória de inexistência de ato jurídico quando o ato atacado trata de sentença homologatória de cálculos.

O ora recorrente questiona, com a ação intentada, os cálculos de atualização do valor da condenação, já na fase de liquidação de sentença. Alega a ocorrência de erro de cálculos, uma vez que o valor da condenação, atualizado até 31.05.2001, totalizaria R\$ 11.413.403,52 (onze milhões, quatrocentos e treze mil, quatrocentos e três reais e cinquenta e dois centavos), enquanto que, de acordo com o laudo homologado pela sentença que se quer ver anulada, o valor da condenação chegaria ao montante de R\$ 119.621.617,67 (cento e dezenove milhões, seiscentos e vinte e um mil, seiscentos e dezessete reais e sessenta e sete centavos).

Aduz que o remédio cabível não seria a ação rescisória, pois a natureza de tal decisão é meramente homologatória e, em casos assim, o Código de Processo Civil, em seu art. 486, dispõe expressamente sobre a anulação do ato judicial.

Preliminarmente, o recurso merece conhecimento, porquanto a matéria federal restou devidamente prequestionada, bem como a divergência foi demonstrada nos moldes regimentais.

No mérito, não merece provimento o recurso especial.

De início, impende tecer algumas considerações acerca da sentença homologatória que se quer ver desconstituída.

A sentença meramente homologatória não tem conteúdo próprio. Seu conteúdo é o ato realizado pelas partes, cujo julgamento é de caráter apenas formal, limitando-se à fiscalização das formalidades extrínsecas. Valem não por si mesmas, mas pelo ato jurídico que certificam.

Há muito decidiu o Supremo Tribunal Federal que quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material é simplesmente homologatória e não enseja ação rescisória (RE n. 101.303-SP, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 28.02.1986).

Assim também preleciona *Pontes de Miranda*, ao registrar que a sentença homologatória é ato jurídico processual transparente, porque nada acrescenta ao ato homologado, limitando-se a atestar a conformidade *formal* deste ato com os ditames do Direito (*Tratado da Ação Rescisória...* p. 411).

É a sentença homologatória, pois, ato meramente formal, certificador, sem qualquer avaliação do conteúdo do ato jurídico. No caso dos autos, ao revés, não se tratou de um ato meramente certificador, pois o juiz, avaliando *os critérios adotados pelo cálculo em liquidação*, houve por bem *declará-los como corretos*, em patente juízo de valor.

A chamada *homologação* pela parte em seu recurso especial é, na realidade, *verdadeira declaração* dos critérios adotados para o cálculo, bem como sua correção. Ou seja, a sentença analisou o conteúdo do ato.

Como nos ensinam *Luiz Guilherme Marinoni* e *Sérgio Cruz Arenhart*, “a coisa julgada incide sobre o elemento declaratório da sentença de mérito. Sendo assim, se o ato judicial independe de sentença, não pode ele vir a ser acobertado pela coisa julgada, por falta do substrato ao qual deva aderir.” (Manual do Processo do Conhecimento... p. 640).

Na hipótese ora em julgamento, o ato dependia da sentença que, como já alinhavado, analisou o conteúdo do próprio ato os critérios que ensejaram os valores apresentados, declarando-os corretos.



A fim de melhor elucidar a controvérsia, adoto as bem lançadas palavras do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Flávio Giron, *in verbis*:

(...) a homologação dos valores apurados pela contadoria judicial pelo magistrado não se restringe apenas aos aspectos extrínsecos do cálculo, ao revés, o chamado ato de homologação, precede o juízo de convicção do órgão judiciário de que aqueles cálculos apresentam-se escorreitos quanto à legitimidade do método escolhido e bem assim em relação aos resultados aferidos, e principalmente que a liquidação de sentença encontra-se em consonância com a decisão exequenda (fl. 2.318).

Conclui-se que, na presente hipótese, ocorreu uma decisão de mérito e, portanto, passível de ação rescisória.

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial. Ação rescisória. Decisão em fase de liquidação de sentença.

1. Entende a Primeira Seção que ‘a ação rescisória constitui via adequada de desconstituição de uma decisão homologatória de liquidação’ (AR n. 489-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 26.05.1997).

(REsp n. 531.263-SC, Rel. Min. Castro Meira, DJ 22.08.2005);

Ação rescisória. Sentença homologatória de cálculos. Peculiaridade da espécie. Cabimento. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 759.682-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 24.04.2006, p. 407);

Processual Civil. Homologação de cálculo. Sentença. Ação rescisória (Art. 485, CPC).

1. A homologação de conta por cálculo do contador, decorrente de sentença de liquidação, fixando os limites do título judicial exequendo, face ao seu conteúdo de fundo, para a sua desconstituição encontra adequada via processual na ação rescisória.

2. A ação rescisória não escapa da interpretação construtiva de norma legal na aplicação dinâmica do direito, libertando a ordem jurídica do formalismo impiedoso ou tecnicista.

3. Recurso provido.

(REsp n. 6.357-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 16.05.1994, p. 11.708);

Recurso especial em agravo de instrumento que determinou o prosseguimento da execução de decisão transitada.

1. A eficácia preclusiva do julgado impede que a parte renove, no processo de execução matérias atinentes ao processo de cognição, salvo a falta de citação no caso de revelia (art. 741, I, do CPC), hipótese em que os embargos revelam nítido caráter rescindente.

2. Pretensão de desconstituir execução de julgado transitado com fulcro em matérias inerentes à cognição, ainda que referentes ao processo de liquidação.

3. É passível de rescindibilidade o *quantum* fixado em processo de liquidação, via ação rescisória. Ultrapassado esse prazo, interdita-se à parte agitar, no curso da execução, matérias preclusas, máxime em se considerando que a entidade agravante concordou com os valores da perícia, consoante constatado pela instância *a quo* e pelo juízo de primeiro grau, razão pela qual concluiu o aresto recorrido com acerto, *verbis*: 'Agravo de instrumento. Execução de sentença. Suspensão do processo. Sobrestamento do precatório. Inviabilidade mediante simples petição.

'*Incidente de execução*' Decisão equivocada – Materiais contratados, entregues pela empresa ao Município, circunstância reconhecida pelo juízo das informações. Desconstituição. Cálculo. Concordância expressa. Preclusão. Coisa Julgada. Inadmissível qualquer modificação por simples petição. *Agravo provido.*' 4. Deveras, na sindicância da matéria fática referente ao dispêndio em confronto com o capital empregado, a Corte local decidiu ao ângulo probatório, interditado ao STJ, que 'é pacífico que os 500 abrigos encomendados foram entregues e recebidos pela municipalidade...(...)' 5. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 482.079-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 16.02.2004, p. 208).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - Pedi vista antecipada dos autos porque fiquei impressionada com os valores monetários e o contexto fático da demanda.

Início meu voto destacando os principais fatos do processo, para melhor análise e compreensão da tese de fundo:

I. O Estado de Mato Grosso ajuizou ação declaratória de inexistência de ato judicial, objetivando tornar sem efeito a homologação de cálculos proferida na sentença relativa ao processo 1.379/85, que tramitou perante o Juízo de Direito da Décima Primeira Vara Cível da Comarca de Cuiabá-MT, e que chancelou o pagamento de uma altíssima indenização de R\$ 119.621.617,67 (cento e dezenove milhões, seiscentos e vinte e um mil, seiscentos e dezessete reais e sessenta e sete centavos) - valores relativos a 25.06.2001 (fl. 132).



II. O Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública, em Cuiabá-MT, decidiu da seguinte forma:

Depara-se-nos declaratória incoada pelo Estado de Mato Grosso, em face de Ennio Viegas de Oliveira Paes e outros, anelando desconstituir sentenças definitivas, porque nulas e inexistentes.

Sem embargo do largo empenho votado à causa pela ilustrada subscritora da inicial, estamos que o requerente vem de ser carecedor de ação, à míngua de condição genérica entendendo com possibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, *ut* articulado na página capitular, tem-se em perspectiva sentenças definitivas, revestidas da coisa julgada material, restando, pois, imutáveis os seus efeitos.

Ora, se sob o manto da coisa soberanamente julgado, de toda evidência, que pedido quejando vem de ser impossível.

Logo, com fincas no art. 295, parágrafo único, III c.c. art. 267, I do Código de Processo Civil, indefiro a petição inicial e, por isso mesmo, dou por extinta a nascente relação processual. (fl. 147)

III. Os autos subiram ao Tribunal de Justiça, por força de apelação e de remessa *ex officio*, ficando, contudo, mantida a sentença integralmente, conforme se pode verificar da ementa do julgado:

Reexame necessário. Ação declaratória de inexistência de ato judicial. Sentença definitiva. Não cabimento. Inteligência do artigo 486 do CPC. Petição inicial indeferida. Admissibilidade. Apelo improvido. Sentença mantida. Decisão unânime.

Sentença definitivas não podem ser alvo de ação anulatória, uma vez que o ordenamento jurídico prevê o remédio próprio e exclusivo para tal caso, qual seja, a ação rescisória, prevista no art. 485, do CPC. (fl. 190)

IV. Irresignado, interpôs o *Estado de Mato Grosso* recurso especial, com fulcro na letra **a** do permissivo constitucional, sustentando que o aresto impugnado violou o art. 486 do CPC, pelas razões que podem ser assim resumidas:

a) nos processos que se busca anular há diversas irregularidades, destacando-se aquelas relativas aos cálculos de atualização de valores, que foram, na fase de liquidação de sentença, artificialmente elevados, passando de uma quantia de R\$ 11.413.403,52 (onze milhões, quatrocentos e treze mil, quatrocentos e três reais e cinquenta e dois centavos) para o montante absurdo de R\$ 119.621.617,67

(cento e dezenove milhões, seiscentos e vinte e um mil, seiscentos e dezessete reais e sessenta e sete centavos) - valores relativos a 25.06.2001. Este motivo por si só é suficiente para a procedência do pedido inicial;

b) é meramente homologatória a sentença que chancelou os cálculos que resultaram no valor estratosférico acima mencionado, sendo, portanto, este ato judicial passível de anulação, como pleiteado na inicial; e

c) nos autos fica evidente a existência de um conflito entre princípios, quais sejam, o princípio da segurança jurídica e, em contrapartida, os princípios da justa indenização, da razoabilidade, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público e da moralidade, devendo, ser aplicado, no caso em exame, o instituto da relativização da coisa julgada.

V. Após as contra-razões, foram os autos inadmitidos, subindo a esta Corte, contudo, em razão do provimento do agravo de instrumento. Nesta instância, opinou o *Ministério Público Federal* pelo não-conhecimento do recurso especial, entendendo que a sentença que homologa cálculos da perícia contábil do juízo possui conteúdo decisório, não se limitando à simples chancela do montante apurando, de forma que somente pode ser rescindida nos termos precisos do art. 485 do CPC.

VI. O relator dos autos, Ministro Humberto Martins, bem salientou a tese central dos autos, que pode ser resumida nesta questão: é possível ajuizar-se ação anulatória para desconstituir ato jurídico consubstanciado em sentença homologatória de cálculos?

Sua Excelência entende que não, a partir da diferenciação entre a sentença meramente homologatória - que não tem conteúdo próprio, pois apenas chancela a adequação formal deste ato aos ditames do direito - e a sentença que homologa cálculos de liquidação, avaliando os critérios adotados para tal providência, sendo esta última verdadeira declaração que, por sua natureza, pode ser desconstituída por ação rescisória.

Para fortalecer sua posição, alinhou o relator precedentes desta Corte, da lavra dos Ministros Castro Meira, Cesar Asfor Rocha, Milton Luiz Pereira e Luiz Fux, que preconizam o entendimento por ele esposado.

VII. Embora impressionem os contornos fáticos dos autos, principalmente o elevadíssimo valor financeiro em jogo, não se pode perder de vista que o recurso especial, pela sua tecnicidade, limita-se a análise da tese jurídica defendida nas razões recursais em torno da legislação federal supostamente violada.

Nessa linha, após análise detalhada dos autos e consulta à jurisprudência deste Tribunal de precedentes, entendo correta a linha de raciocínio adotada



pelo eminente relator, pois efetivamente descabe a utilização de ação anulatória para anular sentença que homologou cálculo de liquidação. Esta última, na linha dos julgados desta Corte, deve ser desconstituída mediante ação rescisória, nos termos do art. 485 do CPC.

Com essas considerações, acompanho o relator, Ministro Humberto Martins, em seu judicioso voto.

RECURSO ESPECIAL N. 793.977-RS (2005/0181161-0)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Marília de Araújo Mallmann e outros

Recorrido: Delcio Antonio Moretti

Advogado: Ubirajara Machado Teixeira

EMENTA

Administrativo. Crédito educativo. Ação revisional. Juros moratórios. Limite do art. 7º da Lei n. 8.436/1992. Inaplicabilidade. Cláusula de seguro de vida. Multa contratual. Não aplicação do CDC.

1. O 7º da Lei n. 8.436/1992, pelo qual “os juros sobre o crédito educativo não ultrapassarão anualmente a seis por cento”, refere-se tão-somente aos juros remuneratórios. Os juros moratórios, que podem ser previstos em contrato para os casos de inadimplência, não se sujeitam ao mesmo limite.

2. Inexiste óbice legal que se celebre contratos geminados, em que um deles esteja inserido como cláusula de um outro, como ocorre no contrato de mútuo com seguro.

3. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do crédito educativo, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC e, em consequência, mantém-se a multa contratual pactuada, por não incidir à espécie a Lei n. 9.298/1996.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com base no permissivo constitucional das alíneas **a** e **c**, contra acórdão do TRF da 4ª Região, assim ementado (fl. 139):

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor a contratos bancários. Contrato de crédito educativo. O Código de Proteção ao Consumidor (Lei n. 8.078/1990) é aplicável aos negócios jurídicos firmados entre as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços (art. 3º, § 2º), viabilizando o reconhecimento de nulidade das cláusulas viciadas e a revisão judicial dos contratos, com a reconstrução dos pactos com base no princípio da equidade, aí se incluindo os contratos de crédito educativo.

Juros moratórios. A Lei n. 8.436/1992 estabeleceu limitação genérica da taxa de juros anual para os contratos de crédito educativo (art. 7º), atingindo também os juros moratórios.

Aplicação da TR. Esse índice não é tecnicamente adequado para atualização monetária. Todavia, sua aplicação é mais favorável ao consumidor em comparação com a variação acumulada do INPC e do IGPM/FGV. Ausência de interesse de agir da CEF para modificar o julgado.

Capitalização de juros. Anatocismo. A capitalização só pode ser feita nos casos autorizados em lei. O art. 5º da MP n. 2.170, de 23.08.2001, que buscou permitir a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, teve sua inconstitucionalidade reconhecida por este Tribunal no julgamento da Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC n. 2001.71.00.004865-0/RS. Capitalização



anual dos juros no período de amortização, respeitadas as renovações semestrais no período de concessão do crédito.

Multa moratória. A multa de mora está limitada a 10% até 1º.08.1996 e, após, a 2%, sobre o valor das prestações vencidas/saldos devedores, vedada a capitalização.

Pagamento do prêmio do seguro. A cláusula obriga o estudante a pagar o prêmio e dá poderes à CEF para representar o estudante na conclusão de outro negócio jurídico, infringindo o disposto no art. 51, inc. VIII, do CDC e gerando a sua nulidade.

Apelação improvida.

Alega a recorrente violação do art. 7º da Lei n. 8.436/1992, sustentando que “o limite de seis por cento ao ano somente se aplica aos juros que remuneram o contrato de crédito educativo e não aos juros moratórios decorrentes do inadimplemento do devedor”. Outrossim, aponta dissídio jurisprudencial, no sentido da inaplicabilidade do CDC ao Programa de Crédito Educativo, bem como da legitimidade da exigência do pagamento do prêmio do seguro por morte ou invalidez.

Sem as contra-razões, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Com relação aos juros moratórios tem razão a recorrente.

Dispõe a Lei n. 8.436/1992, em seu art. 7º, que “Os juros sobre o crédito educativo não ultrapassarão anualmente a seis por cento”.

Não há dúvida que o objetivo da Lei foi o de não onerar o crédito, a fim de facilitar o seu pagamento pelo estudante carente. Contudo, não se pode entender que, em razão da carência, tenha a Lei também beneficiado o estudante inadimplente, pois, ainda que carente o estudante, deve ele arcar pontualmente com o compromisso assumido.

Desse modo, entendo que não teve o legislador a intenção de desonerar os encargos pela inadimplência com a limitação do juros de mora. Assim, resta evidente que a menção a “juros” no art. 7º da Lei n. 8.436/1992 referiu-se tão-somente aos juros remuneratórios. Com bem colocado pela CEF, “dar interpretação extensiva ao art. 7º da referida Lei é corroborar com o inadimplemento”.

Desse modo, se há previsão contratual de juros de mora por atraso no pagamento das prestações do crédito educativo, devem estes ser aplicados.

Também tem razão a CEF, quanto à inaplicabilidade do CDC *in casu*.

Com efeito, tenho mantido o entendimento de que o CDC não se aplica aos contratos de crédito educativo, por não tratar-se de um serviço bancário, mas de um programa do governo, custeado inteiramente pela União. A Caixa Econômica Federal oferece esse serviço como espécie de preposta ou delegada, não entrando no financiamento nenhum subsídio de seus cofres.

Com efeito, a Lei n. 8.436, de 25 de junho de 1992, ao institucionalizar o “Programa de Crédito Educativo”, deixou a cargo do Ministério da Educação as diretrizes do programa (art. 3º), originando-se os recursos do orçamento do Ministério da Educação e de parte dos depósitos compulsórios exigidos das entidades bancárias pelo Banco Central, conforme preceitua o art. 5º dessa lei. Por fim, deixou claro o art. 4º qual é a posição da CEF: mera executora do programa, autorizada a partilhar a atividade com outros bancos ou entidades, mediante convênios. Dentro dessa normatização, é impossível identificar a CEF como fornecedora e o estudante que adere ao programa como consumidor.

Esta Segunda Turma, em recurso especial de que fui relatora, decidiu, em relação aos juros do crédito educativo, que não acompanhavam eles as restrições do mercado consumidor, por fazer parte de uma relação específica, que não se confunde com a relação de consumo.

Em conclusão, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ, considero inaplicável o CDC e, por conseguinte, descaracterizada a natureza abusiva da cláusula que estipulou o seguro de vida e mantida a multa contratual pactuada. Assim, não há ilegalidade alguma, não estando vedado pela lei a possibilidade de contratos geminados, mútuo e seguro, o que é, aliás, bem comum.

Faço porém a ressalva de que a Primeira Turma desta Corte, a contrário senso, tem se reconhecido a aplicação do CDC nos contratos para o financiamento do crédito educativo.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, para reconhecer a legitimidade da incidência dos juros de mora, nos termos do contrato, bem como da cláusula que prevê o pagamento de prêmio do seguro.

Mantida a condenação em honorários advocatícios como fixado na sentença.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL N. 804.389-RS (2005/0208529-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Brasília Guaíba Obras Públicas S/A

Advogado: Ana Clara da Rosa Alves e outros

Recorrido: Município de Encruzilhada do Sul

Advogado: Kátia Rosane Pereira Louzada Muller e outro

Interes.: Prefeito Municipal de Encruzilhada do Sul

Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Tributário. ISS. Serviços de terraplanagem, drenagem, obras de arte correntes, pavimentação, sinalização horizontal e vertical e serviços complementares: serviços de construção civil fatos geradores ocorridos em 1998, 1999 e 2000. Código Tributário Municipal. Lista de serviços. Interpretação extensiva. Possibilidade. Isenção do art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968. Não-recepção pela nova ordem constitucional de 1988. Aplicação da regra geral: item “32” da lista anexa à LC n. 56/1987. Violação do art. 535 do CPC: inexistência.

1. Inexiste omissão no julgado se o Tribunal analisou, ainda que implicitamente, a tese defendida pelo embargante. Também não há contradição no julgado capaz de comprometer a prestação jurisdicional se o acórdão foi suficientemente claro ao concluir que entendia devido o ISS a partir de uma interpretação extensiva. Violação ao art. 535 do CPC que se afasta.

2. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da taxatividade da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, contudo, o enquadramento de serviços idênticos aos expressamente previstos, a partir de uma interpretação extensiva.

3. O Decreto-Lei n. 406/1968, em seu art. 11, isentava de ISS a execução de obras de construção civil contratadas por entes públicos e empresas concessionárias de serviços públicos, dentre as quais se inseriam os serviços de terraplanagem (e outros) para a construção de estradas.

4. Segundo o Tribunal *a quo*, em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, a referida isenção não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

5. Embora os serviços tributados não se enquadrem no item “33” da Lista de Serviços da Lei n. 1.298/1990 (Código Tributário Municipal), que dizem respeito à reparação e conservação de estradas, é devido o imposto com amparo na regra geral: item “32” da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n. 56/1987, vigente à época dos fatos geradores.

6. Acórdão mantido por outros fundamentos.

7. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 10 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 20.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - Trata-se de recurso especial interposto, com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado pela recorrente contra ato do Prefeito de Encruzilhada do Sul-RS, consubstanciado no indeferimento das reclamações administrativas contra lançamentos de ISSQN relativos aos anos de 1998, 1999 e 2000.

Denegada a segurança pelo juiz de 1º grau, foi aviada apelação que restou assim decidida:

Tributário. Mandado de segurança. ISSQN. Serviços de terraplanagem, drenagem, obras de arte correntes, pavimentação, sinalização horizontal e vertical e serviços complementares. Lançamentos. Competência. Princípio da territorialidade. Capitulação legal. Lista de serviços. Interpretação extensiva. Isenção. Artigo 11 do Decreto-Lei n. 406/1968. Revogação. Lei Complementar n. 116/2003. Critérios de cálculo. Controle. Dilação probatória. Necessidade. Inadequação da via eleita.



A interpretação extensiva, para fazer incidir ISSQN sobre atividades semelhantes àquelas previstas na lista de serviços, constitui mecanismo distinto da analogia (vedada no art. 108, § 1º, CTN) e não acarreta irregularidade ou invalidade do lançamento.

Por força do princípio da territorialidade das leis tributárias, o ISSQN é devido ao Município em cujo território ocorreu a prestação do serviço, independentemente do local em que esteja estabelecido o prestador. Precedentes do STJ.

A Lei Complementar n. 116 de 31 de julho de 2003, que alterou a legislação do ISSQN, expressamente revogou o artigo 11 de Decreto-Lei n. 406/1968, consagrando exegese da doutrina e jurisprudência, segundo a qual a isenção ali conferida não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

O mandado de segurança não comporta o controle judicial da licitude dos critérios adotados para cálculo do tributo, se pressupõe atividade probatória, incabível nesta via.

Apelação desprovida. (fl. 307)

Dessa decisão foram opostos embargos declaratórios, rejeitados (fl. 325).

Alega o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, violação aos seguintes dispositivos:

1) art. 535, I e II, do CPC:

a) omissão, pois o acórdão recorrido não apreciou matéria fundamental – os serviços executados pela recorrente. “Não basta que se diga que pode ser aplicada a interpretação extensiva para que se considere a construção de uma nova estrada como se fosse o mesmo que a reparação”.

Ressalta que o serviço de terraplenagem não é realizado para reparação ou conservação de estrada, mas para a fundação de uma nova rodovia, circunstância não percebida pelo acórdão.

b) contradição na fundamentação do acórdão recorrido quanto à conclusão acerca do que é “analogia” e o que é “interpretação extensiva”, pontos essenciais para a solução apropriada do caso em tela.

Ademais, na segunda alínea da fl. 311, o acórdão transcrito no corpo do voto afirma que pode ser utilizada a interpretação ampla e analógica, porém, na ementa do julgado embargado consta que a interpretação é mecanismo distinto da analogia;

2) arts. 108, § 1º e 114 do CTN: quando não atenta para os critérios da legislação, que definem o fato gerador do tributo. As atividades desenvolvidas pela

recorrente – terraplenagem, drenagem, obras de arte correntes, pavimentação, sinalização horizontal e vertical – não estão enquadradas no tipo legalmente definido, quais sejam, reparação, conservação e reforma;

3) art. 8º do DL n. 406/1968: pois entende que a lista de serviços constante da Lei Municipal n. 1.298/1990 é taxativa, não admitindo interpretação extensiva.

Após as contra-razões, admitido o recurso na origem, subiram os autos.

Relatei.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): - Não vislumbro a alegada violação do art. 535, I e II, do CPC.

Na verdade, o Tribunal não ignorou a tese defendida pela recorrente relativamente ao serviço de terraplanagem. Apenas concluiu de forma diversa daquela advogada pela impetrante. Vejamos o que disse o voto condutor do julgado:

(...)

Valendo-se daquele poder fiscal delegado pela Carta da República, o Município de Encruzilhada do Sul consolidou o seu Código Tributário Municipal através da Lei n. 1.298, de 28 de dezembro de 1990.

A teor do artigo 40, § 1º, item “33”, do referido diploma municipal, “considere-se serviço, nos termos da legislação federal pertinente: (...) Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes portos e congêneres” (fl. 33).

Subsumem-se, inquestionavelmente, na referida regra, os “serviços de terraplanagem, drenagem, obras de arte correntes, pavimentação, sinalização horizontal e vertical e serviços complementares”, executados pela impetrante “na Rodovia RD-471, Trecho: Encruzilhada do Sul - Boa Esperança, numa extensão de 37,50 km”, em cumprimento do contrato que celebrou com o DAER.

O recurso à atividade com “maior semelhança de características”, para tributação de serviço não elencada na tabela (previsto no artigo 48 do Código Tributário do Município de Encruzilhada do Sul), não constitui causa de invalidade ou irregularidade do lançamento.

(...)

Sob essa ótica, inquestionável a inserção do serviço pactuado entre a autora e o DAER no item 33 Lista de Serviços do Código Tributário de Encruzilhada do Sul. (fls. 310/311)



Em outras palavras, o Tribunal entendeu que, embora não houvesse previsão expressa no CTM quanto ao serviço prestado, pela semelhança de características pode ser incluído no item “33” da norma municipal. E isso porque, na esteira da jurisprudência do STJ, a Lista de Serviços sujeitos à tributação, embora taxativa, comporta interpretação extensiva.

Também não vislumbro contradição capaz de comprometer a prestação jurisdicional, porque o julgado foi suficientemente claro no sentido de que o imposto era devido a partir de uma interpretação extensiva.

Nessas circunstâncias, fica nítido o efeito infringente buscado pela empresa, que não se conformou com o resultado do julgamento.

Prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos apontados como violados, passo ao exame do recurso especial, restando para apreciação as seguintes questões:

1) a Lista de Serviços constantes da Lei Municipal n. 1.298/1990 é taxativa? Comporta ela interpretação extensiva?

2) as atividades desenvolvidas pela recorrente – terraplanagem, drenagem, obras de arte correntes, pavimentação, sinalização horizontal e vertical – são passíveis de tributação a título de ISS? Enquadram-se na regra municipal que tributa “reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres? O legislador, de fato, pretendeu isentar de imposto a construção de novas rodovias, ao passo que elegeu como fato gerador do ISS apenas a reparação e conservação das estradas já existentes?

Quanto ao primeiro tópico, entendo que não tem razão a recorrente, haja vista o entendimento do STJ a respeito.

Não se tem dúvida quanto à taxatividade da indicação constante da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968. Esse entendimento está consagrado na jurisprudência, inclusive desta Corte, como espelham os arestos seguintes:

Processual Civil. Tributário. Citação. Gerente. Banco. Validade. ISS. Não incidência. Serviços bancários. Taxatividade da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968.

1. Validade de citação efetuada na pessoa do gerente da agência bancária do município instituidor do tributo.

2. Consoante iterativa jurisprudência da Corte não incide ISS sobre os serviços bancários não incluídos na lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, que é taxativa.

3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 68.876-MG, rel. Min. Paulo Gallotti, 2ª Turma, unânime, DJ 1º.08.2000)

Tributário. ISS. Decretos-Leis n. 406/1968 e 834/1969. Lista de serviços. Taxatividade. Serviços bancários. Exclusão.

1. Consoante entendimento uniforme nesta Corte e no egrégio STF, a lista de serviços constante do DL n. 406/1968, alterado pelo DL n. 834/1969, e taxativa, não podendo lei municipal extrapolar os ditames de preceito constitucional.

2. Os serviços bancários, não incluídos na mencionada lista, não sofrem incidência do ISS.

3. Recurso não conhecido. (REsp n. 41.848-MG, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, unânime, DJ 09.06.1997)

Tributário. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Serviços bancários. A lista adotada pelo Decreto-Lei n. 834, de 1969, não previa a tributação de serviços bancários na amplitude a final assegurada pela redação que lhe deu a Lei Complementar n. 56, de 1987; tendo caráter taxativo, não podia ser interpretada por analogia. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 49.405-MG, rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, unânime, DJ 07.04.1997)

ISS. Serviços bancários. Atividades auxiliares. Inexigência fiscal.

A questão já se pacificou neste colendo tribunal. não pode a prefeitura exigir ISS sobre serviços bancários não previstos na lista específica.

Recurso provido. (REsp n. 65.925-MG, rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, unânime, DJ 28.08.1995)

Tributário. Imposto Sobre Serviços (ISS). Serviços bancários. Taxatividade da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406, de 1968, alterada pelo Decreto-Lei n. 834, de 1969.

I - Ao entender que os serviços tributados pela embargada não figuravam na lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, só vindo a integrá-la com o advento da Lei Complementar n. 56, de 1987, o acórdão recorrido decidiu na consonância dos precedentes desta Corte no sentido da taxatividade da referida lista. Precedentes.

II - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 36.038-MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Turma, unânime, DJ 28.08.1995)

Recurso especial. Tributário. Atividades bancárias. Incidência do Imposto sobre Serviços. Lista do Decreto-Lei n. 406/1968. Taxatividade.

Tem caráter taxativo ou exaustivo e não apenas exemplificativo a lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, sendo ilegítima a cobrança do imposto sobre os serviços bancários não enumerados. (REsp n. 35.808-MG, Rel. Min. Hélio Mosimann, 2ª Turma, unânime, DJ 03.04.1995)



Tributário. ISS. Serviços bancários de custódia de valores mobiliários (ações). Não incidência. Decreto-Lei n. 406/1968. Decreto-Lei n. 834/1969.

1 - Não há incidência de ISS sobre os serviços bancários de custódia de valores mobiliários.

2 - Não admite-se interpretação analógica da lista de serviços que acompanha o DL n. 406/1968, alterado pelo DL n. 834/1969, visto que a mesma é taxativa e não exemplificativa.

3 - Precedentes desta Corte do STF.

4 - Recurso improvido. (REsp n. 102.291-SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, unânime, DJ 18.11.1996)

Tributário. ISS. Serviços acessórios prestados por bancos. Não incidência. Lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968. Taxatividade.

Os serviços bancários não incluídos na lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 não possuem caráter autônomo, pois inserem-se no elenco das operações bancárias originárias, executadas, de forma acessória, no propósito de viabilizar o desempenho das atividades-fim inerentes às instituições financeiras.

A lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 é taxativa, não se admitindo, em relação a ela, o recurso à analogia, visando alcançar hipóteses de incidência diversas das ali consignadas. Precedentes.

Recurso improvido, sem discrepância. (REsp n. 192.635-RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, unânime, DJ 31.05.1999)

Contudo, a taxatividade não impede que seja feita uma leitura ampla e analógica de cada item. Tal posição foi abraçada pelo STF, como indicado no acórdão RE n. 75.952-SP relatado pelo Ministro Thompson Flores e hoje encontra-se sedimentada neste Tribunal, conforme se depreende dos arestos que destaco:

Tributário. ISS. Lista de serviços.

1. A jurisprudência sedimentada é no sentido de entender como taxativa a enumeração da lista de serviços que acompanha a LC n. 56/1987.

2. Embora taxativa, admite a lista interpretação extensiva para abrigar serviços idênticos aos expressamente previstos, mas com diferente nomenclatura.

3. Tarifas em cobrança, que se incluem na expressão “serviços prestados pela atividade bancária” (item 95 da lista).

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 567.592-PR, Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 15.12.2003)

Tributário. ISS. Serviços bancários.

1. É de se emprestar interpretação ampla e analógica a lista oficial de serviços sujeitos ao pagamento do ISS.

2. Recolhimento do ISS efetuado por empresa bancária sobre serviços prestados a terceiros.

3. Indicação genérica do tipo de serviços pelo próprio contribuinte.

4. Certidão de dívida pública sem vício de nulidade. Elementos nela constantes que possibilitaram ampla defesa por parte do contribuinte.

5. Serviços prestados que estão listados no item 46 do Decreto n. 539/1987.

6. Violação aos arts. 535 e 538, parágrafo único, do CPC não caracterizada.

7. Recurso improvido.

(REsp n. 256.267-PR, Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ)

A lógica é evidente, porque, se assim não fosse, teríamos, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço a incidência ou não-incidência do ISS.

Quanto ao segundo tópico, a questão merece análise mais detida:

Em primeiro lugar, deve-se destacar que a cobrança de ISS questionada nesses autos diz respeito a fatos geradores ocorridos em 1998, 1999 e 2000, portanto, após o advento da Carta Magna de 1988.

O Decreto-Lei n. 406/1968, em seu art. 11, revogado pela Lei Complementar n. 116/2003, previa:

Art. 11. A execução, por administração, empreitada e subempreitada, de obras hidráulicas ou de construção civil e os respectivos serviços de engenharia consultiva, quando contratadas com a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e empresas concessionárias de serviços públicos, ficam isentos do imposto a que se refere o art. 8º.

(...)

Assim, sob a égide dessa norma, estava isenta de ISS a execução de obras de construção civil quando contratados os serviços por entes públicos e empresas concessionárias de serviços públicos, dentre os quais se incluem os serviços de terraplanagem para a construção de estradas, como se depreende do aresto a seguir transcrito:

Tributário. ISS. Terraplenagem. Os serviços de terraplenagem se incluem no âmbito da construção civil, sujeitando ao Imposto sobre Serviços a empresa que os explore, ainda que não qualificada tecnicamente para esse efeito (CTN, art. 118);



local da prestação do serviço, nesse caso, e aquele onde se efetuar a prestação (DEL n. 406/1968, art. 12, **b**). Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 73.692-ES, rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 20.11.1997, DJ 09.12.1997, p. 64.657)

Para assim concluir, o Ministro Ari Pargendler argumentou no voto condutor do julgado:

(...)

Todavia, na lição de Hely Lopes Meirelles:

Construção, em sentido técnico, nos oferece o duplo significado de atividade e de obra, como atividade indica o conjunto de operações empregadas na execução de um projeto; como obra significa toda realização material e intencional do homem, visando a adaptar a natureza às suas conveniências. Neste sentido, até mesmo a demolição se enquadra no conceito de construção, porque objetiva, em última análise, a preparação do terreno para subsequente e melhor aproveitamento (Direito de Construir, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª edição, p. 334/335).

Aceito esse conceito de construção, nele se enquadra evidentemente a terraplenagem, havendo nesse sentido precedente do Supremo Tribunal Federal, de que foi Relator o eminente Ministro Thompson Flores, assim ementado:

ISS. Isenção a que se refere o art. 11 do DL n. 406/1968, c.c. a respectiva tabela, n. 19 e 20. Os serviços que se compreendem na expressão construção civil alcançam, sem afronta ao art. 111, II, do CTN., as obras de construção de estradas de rodagem, terraplenagem, pavimentação, a eles conexas. II. Recurso extraordinário que se não conhece, porque ausentes seus pressupostos. (DJU, 03.07.1979, p. 5.158).

(...)

O Supremo Tribunal Federal, contudo, tem entendido que a isenção prevista no art. 11 do DL n. 406/1968, se não confirmada por lei municipal, restou revogada pelo art. 41 do ADCT. Nesse sentido, temos:

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Tributário. Isenção de ISS prevista no art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968. Benefício fiscal que, no caso, por não haver sido confirmado por lei municipal, encontrava-se, à época do fato gerador do tributo, revogado em face da norma do art. 41 do ADCT. 3. Agravo regimental conhecido e provido para negar provimento ao recurso extraordinário. (RE-AgR n. 219.694-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 08.08.2006, DJ 1º.09.2006, p. 42)

Ementa: Constitucional. Tributário. ISS. Isenção concedida pela União. CF/1967, com a EC n. 1/1969, art. 19, § 2º. Proibição de concessão, por parte da União, de isenções de tributos estaduais e municipais. CF, 1988, art. 151, III. I. - O art. 41, ADCT/1988, compreende todos os incentivos fiscais, inclusive isenções de tributos, dado que a isenção é espécie do gênero incentivo fiscal. II. - Isenções de tributos municipais concedidas pela União na sistemática da CF/1967, art. 19, § 2º; DL n. 406/1968, art. 11, redação da Lei Complementar n. 22/1971. Revogação, com observância das regras de transição inscritas no art. 41, §§ 1º, 2º e 3º, ADCT/1988. III. - Agravo não provido. (RE-AgR n. 361.829-MG, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 17.05.2005, DJ 02.09.2005, p. 43)

Sobre o tema, tem se posicionado o STJ:

Processual Civil e Tributário. ISS. Engenharia consultiva. Serviços prestados antes da CF/1988. Isenção. DL n. 406/1968, art. 11. Divergência jurisprudencial não comprovada. Precedente da 2ª Turma.

Os serviços de engenharia consultiva prestados à Administração Pública antes da vigência da nova ordem constitucional estão isentos do recolhimento do ISS, a teor do então disposto no art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1988.

Os arestos colacionados como paradigmas devem apreciar o mesmo tema de direito decidido no acórdão recorrido, dando-lhes soluções distintas, porém sob o enfoque da mesma legislação federal, para que se tenha por configurada a divergência jurisprudencial invocada.

Recurso não conhecido. (REsp n. 164.400-CE, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 05.06.2001, DJ 03.09.2001, p. 184)

Tributário. Serviços de engenharia consultiva. ISS. Isenção. Art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968.

É de se manter julgamento que, antes da vigência da Constituição de 1988, com base na redação, à época, do art. 11 do Decreto-Lei n. 406/1968, reconhecia em favor de empresa de engenharia, direito de isenção de ISS, por serviços de engenharia consultiva prestado a empresa concessionária de serviço público.

Recurso improvido. (REsp n. 28.859-RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Segunda Turma, julgado em 13.03.2001, DJ 23.04.2001, p. 124)

Sobre a inexistência de isenção, assim manifestou-se o Tribunal *a quo*:

De resto, a Lei Complementar n. 116 de 31 de julho de 2003, que alterou a legislação do ISSQN, expressamente revogou o artigo 11 do Decreto-Lei n.



406/1968, consagrando exegese da doutrina e da jurisprudência, segundo a qual a isenção ali conferida não foi recepcionada pela Constituição de 1988. (fl. 313)

Não tem razão a recorrente ao afirmar que estaria “isenta” do ISS por inexistir dispositivo legal expresso que fizesse incidir o imposto sobre sua atividade. Ora, tal raciocínio não tem qualquer cabimento no âmbito do Direito Tributário, já que a isenção, para produzir efeitos, deve ser expressamente contemplada pela lei tributária.

Feitas essas considerações e partindo da premissa de que inexistia isenção sobre os serviços de construção civil quando da ocorrência dos fatos geradores, a conclusão lógica é a de que devida a tributação com amparo na regra geral vigente à época, qual seja, o item “32” da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n. 56/1987, vigente à época dos fatos geradores (e que atualmente corresponde ao item 7.02 da LC n. 116/2003), assim dispondo:

32. Execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM);

Desta forma, nego provimento ao recurso especial, confirmando o acórdão recorrido, embora por outros fundamentos.

RECURSO ESPECIAL N. 837.001-PE (2006/0102457-4)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Sebastião Serafim de Lemos

Advogado: Michele Petrosino Júnior e outros

Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Ângelo Gustavo Barbosa Peter e outros

EMENTA

Processual Civil. FGTS. Juros progressivos. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo. Parcelas anteriores aos trinta anos da propositura da ação. Exigibilidade das parcelas posteriores.

1. Prescrição das parcelas anteriores a trinta anos do ajuizamento da ação.
2. Nas obrigações de trato sucessivo, que se renovam mês a mês, o termo inicial da prescrição segue a mesma sistemática.
3. Ação para cobrança de juros progressivos, cuja prescrição, pela regra, tem início a cada mês, no dia em que era obrigação da CEF creditar em conta.
4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 10 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJ 20.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: - Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 5ª Região que concluiu pela prescrição dos juros progressivos.

Aponta o recorrente dissídio jurisprudencial e violação dos arts. 7º, 23, § 5º, da Lei n. 8.036/1990, 295, IV, 301, X, 333, 358 do CPC e 24 do Decreto n. 99.684/1990, defendendo que:

a) o acórdão não poderia ter declarado a prescrição do direito do recorrente, pois estariam prescritas apenas as parcelas vencidas antes dos 30 anos do ajuizamento da ação, em razão das parcelas serem renovadas a cada mês;

b) caberia à CEF, ao unificar as contas vinculadas ao FGTS, cobrar dos bancos que detinham tais contas e ter sob sua responsabilidade o último extrato da conta do FGTS das contas dos empregados e exibi-los em juízo, com o fim de comprovar se houve, efetivamente, o crédito dos juros progressivos; e



c) o Tribunal de origem, negando vigência ao art. 333, II, do CPC, afrontou o art. 358 do CPC, as normas que regem a administração e a gerência do FGTS bem como os ônus processuais de cada parte perante o processo judicial.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): - Inicialmente, constato que o Tribunal *a quo* não emitiu juízo de valor acerca das teses dos itens **b** e **c**, sustentadas no especial, atraindo, assim, a incidência da Súmula n. 282-STF

Verifico, também, que o dissídio jurisprudencial não restou configurado, pois o recorrente não logrou demonstrar a similitude de suporte fático entre as hipóteses confrontadas, inobservando os ditames dos arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC.

Prequestionada a tese remanescente, passo ao exame do especial.

De referência à prescrição em torno dos juros progressivos, o Tribunal de origem fez o seguinte pronunciamento (fl. 96):

O prazo prescricional do FGTS é trintenário, conforme disposto na jurisprudência do e. STJ e demais tribunais pátrios, e no que se refere aos juros progressivos, a prescrição é a mesma aplicada ao próprio direito da ação do FGTS, já que, sendo acessórios, devem seguir o principal (Súmula n. 210-STJ). Esse prazo prescricional tem seu termo *a quo* fixado em 21 de setembro de 1971, isto é, a partir da vigência da Lei n. 5.705/1971.

A decisão monocrática foi no sentido de que por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, a prescrição incide apenas quanto às parcelas ou créditos constituídos antes da trintena que antecedeu a propositura da demanda, não alcançando o próprio direito.

Tal entendimento não merece ser acolhido porque foi a Lei n. 5.705/1971, que alterou a sistemática de capitalização de juros, prevista no art. 4º, da Lei n. 5.107/1966. Sendo, portanto, a partir da vigência daquela que se iniciou o prazo para os correntistas ingressarem em juízo e pleitearem o que lhes for de direito.

Tendo a presente ação sido ajuizada há mais de trinta anos após a edição da referida lei, de onde se pode concluir pela prescrição do fundo do direito do demandante, quanto à capitalização de juros.

Não comungo da posição adotada pelo Tribunal de origem quanto ao termo inicial da prescrição quanto à taxa progressiva de juros.

A tese defendida pelo autor, no sentido de que a prescrição ocorre “mês a mês”, merece acolhimento tendo em vista a jurisprudência desta Corte quanto ao tema. Neste sentido, os seguintes precedentes:

FGTS. Taxa progressiva de juros. Súmula n. 154-STJ. Juros de mora. Incidência. Precedentes. Prescrição. Inocorrência. Súmula n. 210-STJ.

- É devida a taxa progressiva de juros, na forma da Lei n. 5.107/1966, aos optantes nos termos da Lei n. 5.958/1973. (Súmula n. 154-STJ) - Consoante entendimento Sumulado desta Corte, os depósitos para o Fundo de Garantia têm natureza de contribuição social, sendo trintenário o prazo prescricional das ações correspondentes (Súmula n. 210-STJ).

- Tratando-se a condenação de incidência sucessiva (de renovação mensal), a prescrição atinge apenas as parcelas ou créditos constituídos antes dos trinta anos que antecederam a propositura da ação.

- Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 739.174-PE, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 19.05.2005, DJ 27.06.2005, p. 357)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. FGTS. Juros progressivos. Opção feita antes da vigência da Lei n. 5.705/1971. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo. Parcelas anteriores aos trinta anos da propositura da ação. Exigibilidade das parcelas posteriores.

1. Acórdão que reconheceu prescrito o direito de ação, pois, no que concerne à capitalização dos juros, não prescrevem somente as parcelas anteriores aos trinta anos da propositura da ação, mas o próprio fundo de direito. Afirmou-se que a prescrição principiou a fluir a partir de 21 de setembro de 1971, quando da publicação da Lei n. 5.705/1971, que extinguiu a progressividade prevista no art. 4º da Lei n. 5.107/1966, tendo o lapso trintenário findando em 21 de setembro de 2001. Recurso especial em que se defende a inexistência da prescrição, haja vista o prazo renovar-se mensalmente, de modo de que só são atingidas as parcelas anteriores aos 30 (trinta) anos do ajuizamento do feito. Requer seja a CEF condenada ao pagamento da verba honorária.

2. É cediço que a prescrição se inicia no momento em que o sujeito ativo pode, mediante a ação, exercer direito contra aquele que se coloca em situação contrária. Assim, o não-cumprimento de uma obrigação autoriza o titular do direito a acionar o devedor com vistas a compeli-lo a executar a prestação devida, iniciando-se, pois, com o surgimento da sua pretensão, a contagem do prazo prescricional.

3. Equívoco eleger-se a data da entrada em vigor da Lei n. 5.705/1971 como termo *a quo* da prescrição para as hipóteses de ação em que se pretende obter



o reconhecimento do direito à capitalização de juros àqueles que optaram pelo regime do FGTS ainda na vigência da Lei n. 5.107/1966. Na realidade, o prazo prescricional tem início a partir da data da recusa do sujeito passivo em cumprir a sua obrigação, ou seja, o momento em que a empresa pública se negou a corrigir as contas vinculadas com observância da taxa progressiva de juros. Esse termo inicial não coincide, necessariamente, com a data da vigência da Lei n. 5.705/1971 que extinguiu a capitalização de juros.

4. Nas obrigações de trato sucessivo, a violação do direito dá-se, também, de forma contínua, renovando-se o prazo prescricional em cada prestação periódica não-cumprida, de modo que cada uma pode ser fulminada isoladamente pelo decurso do tempo, sem, no entanto, prejudicar as posteriores. Aplicando-se esse raciocínio à hipótese em exame, conclui-se que a prescrição atingiu tão-somente o direito de exigir o pagamento das parcelas anteriores aos trinta anos que antecederam o ajuizamento da demanda.

5. No que se refere aos honorários advocatícios, constata-se que a matéria inserta no art. 29-C da Lei n. 8.036/1990 não restou, em momento algum, apreciada pelo acórdão atacado, tampouco foram opostos embargos declaratórios a fim de provocar manifestação expressa do Tribunal *a quo*. Assim, ausente o requisito do prequestionamento, incidem as Súmulas n. 282 e 356-STF.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido a fim de que se creditem as parcelas relativas aos juros progressivos, exceto as fulminadas pela prescrição trintenária. (REsp n. 793.925-PE, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.02.2006, p. 228)

Processual Civil. Tese recursal. Falta. Prequestionamento. FGTS. Taxa progressiva de juros. Prescrição. Súmula n. 210-STJ.

1. Os temas insertos nos artigos 295, IV, 301, X, 333, II e 358 do Código de Processo Civil não foram objeto de debate pela Corte *a quo*. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Os depósitos para o Fundo de Garantia possuem natureza de contribuição social é de trinta anos o prazo prescricional das ações, conforme entendimento consubstanciado na Súmula n. 210 desta Corte.

3. Não há prescrição do fundo de direito de pleitear a aplicação dos juros progressivos nos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, porquanto o prejuízo do empregado renova-se mês a mês, ante a não-incidência da taxa de forma escalonada, mas tão só das parcelas vencidas antes dos trinta anos que antecederam à propositura da ação. Precedente: REsp n. 739.174-PE, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, publicado no DJU de 27.06.2005.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 795.392-PE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07.02.2006, DJ 20.02.2006, p. 324)

Processual Civil. Recurso especial. Matéria fática. Súmula n. 7-STJ. FGTS. Juros progressivos. Prescrição trintenária. Início da contagem do prazo. Honorários. Art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.164-40/2001. Ações ajuizadas antes de 27.07.2001. Inaplicabilidade.

1. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.

2. Na ação para cobrança de juros progressivos sobre depósitos do FGTS, por se referir a relação jurídica de trato sucessivo, a prescrição é contada a partir de cada parcela, aplicando o entendimento das Súmulas n. 85-STJ e 443-STF.

3. O art. 29-C da Lei n. 8.036/1990, introduzido pela MP n. 2.164-40/2001, é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC, aplicando-se às ações ajuizadas após 27.07.2001, inclusive nas causas que não têm natureza trabalhista, movidas pelos titulares das contas vinculadas contra o FGTS, administrado pela CEF.

4. A Medida Provisória n. 2.164-40/2001 foi editada em data anterior à da EC n. 32/2001, época em que o regime constitucional não fazia restrição ao uso desse instrumento normativo para disciplinar matéria processual.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp n. 805.860-CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.04.2006, DJ 02.05.2006, p. 266)

Assim, a conclusão é de que o termo *a quo* da prescrição inicia-se desde o momento em que a CEF tinha obrigação de aplicar os juros progressivos e não o fez, estando prescritas as parcelas anteriores a trinta anos do ajuizamento da ação.

Com essas considerações, conheço em parte do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, para reconhecer a prescrição nos termos acima delineados.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 895.846-RS (2006/0230613-0)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul



Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Patrícia Bernardi Dall'acqua e outros
Interes.: Justino Coelho de Oliveira
Repr. por: Jane do Carmo Coelho de Oliveira
Advogado: Marcelo Minghelli e outro
Interes.: Município de Carazinho
Advogado: Eliane Terezinha Becker e outros

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Custeio de tratamento médico. Moléstia grave. Bloqueio de valores em contas públicas. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Multa diária.

1. O § 5º do art. 461 do CPC confere ao julgador a prerrogativa de fixar as medidas que considere necessárias ao cumprimento da tutela específica concedida, independentemente de requerimento da parte, não havendo que se falar em julgamento *extra petita* na decisão que determina, de ofício, o bloqueio de valores em conta do Estado.

2. Apesar de possível a fixação pelo juízo, de ofício ou a requerimento da parte, de *astreintes* contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de dar, não viola os artigos 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil o acórdão que conclui ser ineficaz a multa, pois cabe às instâncias ordinárias aferir a adequação dessa medida.

3. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado na alínea **a** do permissivo constitucional e interposto contra acórdão proferido em agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

Agravo de instrumento. Constitucional, Administrativo e Processual Civil. Saúde pública. Microcefalia e retardo mental. Medicamentos essenciais e fraldas geriátricas. Ação ordinária com tutela antecipada. Deferimento na origem. Cominação de multa diária e bloqueio de valor. Posicionamento ressalvado. Impossibilidade. Decisão *extra petita*. Adequação aos limites do pedido. Efeito suspensivo que concede parcialmente. Recurso a que se dá provimento em parte.

1. Decisão *extra petita*. 'O que se tem é uma decisão que defere o que não foi postulado. Se o vício é este excesso, normalmente ele pode ser corrigido no segundo grau, não se justificando a decretação da nulidade da sentença. Suficiente cassar-se a eficácia do que exorbitou'. Este o ensinamento de Calmon de Passos, por isso é caso de adequação aos limites do pedido. Preliminar rejeitada.

2. Esta Câmara adotou o entendimento de que a aplicação de multa diária, na prática, não possui eficácia, porquanto causa prejuízos aos contribuintes, ressaltando que o disposto no § 4º do artigo 461 do CPC é mera faculdade concedida ao juiz.

3. Mérito. É consabido que a Saúde Pública é obrigação do Estado em abstrato, desimportando qual a esfera de poder que, efetivamente, a cumpre, pois a sociedade que contribui e tudo paga, indistintamente, ao ente público que lhe exige tributos cada vez mais crescentes, em todas e quaisquer esferas de poder estatal, sem que a cada qual seja especificada a destinação desses recursos. Nesse contexto, o direito à vida e o direito à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo 'primado supera restrições legais'.

4. Preliminar rejeitada. Apelo provido parcialmente. (fl. 113).

O recorrente sustenta que o acórdão impugnado, ao afastar a determinação de bloqueio de valores em conta do Estado do Rio Grande do Sul e a cominação de multa diária pelo descumprimento do dever de prestar medicamentos essenciais à vida do autor, violou o disposto nos arts. 128, 460 e 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil.

As contra-razões foram ofertadas às fls. 137/153.

Admitido o especial na origem, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Discute-se a possibilidade de imposição das medidas coercitivas de multa e bloqueio de valores contra o Estado, como mecanismos para o cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos, bem como a existência de julgamento *extra petita* na decisão que determina tais medidas mesmo sem requerimento específico da parte a quem aproveitam.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Na hipótese sob análise, ainda que sem pedido expresso da parte autora, que se limitou a requerer o fornecimento, pelo ente estatal, de medicações necessárias à sua sobrevivência, o magistrado de primeiro grau determinou, para o caso de descumprimento da tutela específica concedida, o bloqueio do valor necessário à aquisição dos remédios.

A cominação de tal medida coercitiva foi afastada pelo acórdão recorrido, que a considerou estranha à postulação do autor e, portanto, *extra petita*.

Nesse ponto, merece acolhimento a pretensão recursal.

A efetivação dos provimentos judiciais a envolverem uma obrigação de fazer, não fazer ou dar, por parte do vencido, sempre se mostrou bastante problemática, porquanto tais tutelas, para terem uma imediata utilidade prática ao credor, requerem a atuação espontânea do demandado, que, na maioria das vezes, não se mostra disposto a colaborar.

Com o fito de conferir maior efetividade àquelas decisões, o legislador pátrio previu, inicialmente no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e posteriormente nos artigos 461 e 461-A do CPC, a chamada tutela específica da obrigação e a tutela pelo equivalente.

Eis o conteúdo das normas referidas:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Além de prever a possibilidade de concessão da tutela específica e da tutela pelo equivalente, o CPC armou o julgador com uma série de medidas coercitivas, denominadas na lei de “medidas necessárias”, que têm como escopo viabilizar o quanto possível o cumprimento daquelas tutelas.

É o que se deduz do § 5º do artigo 461 do CPC:

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

As medidas previstas no citado parágrafo foram antecedidas da expressão “tais como”, o que denota o caráter não exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao magistrado a competência para a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto, com o objetivo de assegurar o cumprimento da tutela concedida.

Além do mais, concedeu-se ao julgador a possibilidade de abandonar a sua habitual posição de inércia, conferindo-lhe a lei a prerrogativa de agir, na escolha e na imposição das medidas, mesmo sem o requerimento da parte interessada.

Em comentário sobre os arts. 461 do CPC e 84 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, assim se pronunciou Luiz Guilherme Marinoni:

14.3.4. *O art. 461 do CPC e o art. 84 do CDC como exceções ao princípio da congruência entre a sentença e o pedido.*

De acordo com os arts. 461 do CPC e 84 do CDC, o juiz pode conceder a tutela específica ou o chamado ‘resultado equivalente ao do adimplemento’.

Reconhece-se, ainda, em ambos os dispositivos, o poder de o juiz, de ofício, ordenar sob pena de multa ou determinar as denominadas ‘medidas necessárias’ (executivas), para que seja obtida a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Assim, por exemplo, se o autor requerer, em ação coletiva, que o juiz determine que um terceiro instale um filtro em uma fábrica (sentença executiva), o juiz pode proferir sentença mandamental, ordenando, sob pena de multa, que a empresa ré instale o equipamento reputado necessário para evitar a poluição.

Mesmo quando é requerida uma ordem sob pena de multa, o juiz, em vista da urgência que envolve o bem a ser protegido, pode proferir outra modalidade de sentença (ou seja, uma sentença executiva) e até mesmo conceder algo diverso daquilo que foi pedido (mas necessário em face da causa de pedir exposta pelo autor). Exemplificando: sendo a única saída para se evitar a poluição a cessação das atividades da indústria ré, o juiz, em vista da situação de urgência que envolve o bem a ser protegido, pode determinar a interdição da indústria ré, ao invés



de ordenar a cessação de suas atividades sob pena de multa (MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.458).

Esta Corte de Justiça também já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema:

Processual Civil. Incorporação imobiliária. Atraso na entrega da obra. Obrigação de fazer. Multa imposta de ofício. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Cerceamento de defesa. Indeferimento de prova pericial e testemunhal. Reexame de matéria fática.

Possível, independentemente de requerimento da parte a quem aproveita, a cominação de multa diária pelo descumprimento de mandamento judicial. Precedente.

'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (verbete n. 7 da Súmula do STJ).

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 769.532-PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 14.08.2006);

Processual Civil. Ilegitimidade passiva *ad causam*. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Multa diária. Julgamento *ultra petita*. Não ocorrência.

1 - Aferir se há ilegitimidade passiva *ad causam* esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ, pois demanda revolvimento de matéria fático-probatória.

2 - Não há julgamento *ultra petita* pela estipulação de multa diária (*astreintes*) em valor superior ao requerido na inicial, porque o § 4º do art. 461 do CPC autoriza essa imposição até mesmo de ofício.

3 - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 149.297-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 1º.02.2006).

Assim, tem-se por equivocada a decisão recorrida na parte em que afasta o bloqueio de valores em conta do Estado por considerá-lo *extra petita*.

Já no que concerne à imposição de multa diária, não se mostra possível a revisão do julgado.

O tribunal de origem, ao decidir a questão, preconizou a inviabilidade das *astreintes*, por considerá-las destituídas de resultado prático como instrumento de pressão contra o Estado, consoante se deduz do voto condutor do aresto recorrido:

Penso - e já externei meu posicionamento em diversas oportunidades - que enquanto a cominação de multa funciona como instrumento adequado e eficaz

contra o particular para a obtenção do cumprimento de obrigação, o mesmo não se pode dizer em relação ao ente público. A começar pelo fato de que as penalidades de ordem pecuniária aplicadas ao Estado (*lato sensu*) são suportadas pelo contribuinte, ou seja, pela sociedade, não agindo como instrumento de pressão porque não atinge diretamente o bolso do infrator, como ocorre com o particular. Depois, porque há instrumentos de pressão mais produtivos e menos onerosos aos cidadãos, qual seja a responsabilização direta do agente político, inclusive no âmbito penal pelo delito de desobediência, além de eventuais sanções decorrentes de ação de improbidade pela não implementação das providências necessárias ao cumprimento da ordem judicial.

Não estou proclamando a impossibilidade da aplicação de multa contra o Estado, até porque há jurisprudência pelo cabimento, conforme se constata nos autos.

Apenas consigno meu posicionamento no sentido de sua ineficácia na prática e dos prejuízos causados aos contribuintes, ressaltando que o disposto no § 4º do art. 461 do CPC é mera faculdade concedida ao juiz. (fl. 115, verso).

Venho consignando que não cabe a esta Corte aferir a eficácia das medidas coercitivas em hipóteses como a dos autos, em que o tribunal *a quo* conclui que, embora sejam possíveis contra a Fazenda Pública, mostram-se inócuas.

Em casos tais, apesar de possível em tese a multa, em razão do inadimplemento da obrigação de dar, não viola os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil o acórdão que conclui pela sua inviabilidade ou falta de razoabilidade, pois cabe às instâncias ordinárias aferir sua adequação.

Nesse sentido:

Processual Civil. Obrigação de dar. *Astreintes*. Aferição da eficácia.

1. Apesar de possível a fixação, pelo juízo ou a requerimento da parte, de *astreintes* contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de dar, não viola os artigos 461, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil o acórdão que conclui ser inadequada a multa, pois cabe às instâncias ordinárias a aferição da eficácia dessa medida.

2. Recurso especial improvido. (REsp n. 855.788-RS, DJU de 23.10.2006).

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e dou-lhe provimento em parte*.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL N. 899.576-CE (2006/0236735-7)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: José Edmundo Barros de Lacerda e outros

Recorrido: Raimunda Gonçalves Mota e outros

Advogado: Henrique Davi de Lima Neto e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Imposto de Renda. Rendimentos advindos de decisão judicial. Art. 46 da Lei n. 8.541/1992.

1. O imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente deve ser calculado com base nas tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, ou seja, a retenção na fonte deve observar a renda que teria sido auferida mês a mês pelo contribuinte se não fosse o erro da administração, e não no rendimento total acumulado recebido em virtude de decisão judicial. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

2. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 22.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em apelação cível, prolatou acórdão representado pela seguinte ementa:

Tributário. Imposto de Renda. Rendimentos advindos de decisão judicial que garantiu a aplicação do art. 201 da CF/1988. Não efetivação do pagamento no seu devido tempo. Não incidência do tributo.

I - Nos termos do art. 153 da CF/1988 c.c. art. 143 do Código Tributário Nacional, o imposto de renda incide sobre a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim como os proventos de qualquer natureza os quais se traduzem pelo acréscimo patrimonial não compreendido no conceito de renda. Verifica-se, entretanto, que no presente caso não houve acréscimo patrimonial, mas o acúmulo de pequenos valores que se tivessem sido pagos no momento oportuno não seriam objeto da tributação impugnada.

II - A incidência de Imposto de Renda sobre valores devidos pela Administração a título de aplicação do art. 201 da CF/1988 e pagos de uma só vez representaria para a União se beneficiar de sua própria torpeza, já que está cobrando tributo sobre dívida em atraso que sobre ela não incidiria se fosse paga nos prazos do ordenamento jurídico.

III - Apelação e Remessa Oficial improvida (fl. 94).

Os embargos de declaração opostos foram julgados nos termos da ementa, a saber:

Processual Civil. Embargos declaratórios. Existência de omissão. Honorários advocatícios.

I. Existência de omissão quanto ao item referente aos honorários advocatícios.

II. Embora o parágrafo 4º do art. 20 do CPC autorize o prolator da sentença, quando vencida a Fazenda Pública, a estabelecê-los em porcentagem inferior a 10%, a profissão do advogado não pode ser degradada pela redução da verba devida aos que a exercem com dedicação e eficiência.

III. Honorários mantidos no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

IV. Embargos acolhidos (fl. 107).

A Fazenda Nacional, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, alega afronta aos artigos 43 e 113 do Código Tributário Nacional, 46 da Lei n. 8.541/1992 e 20, § 4º, do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial no tocante ao percentual da verba honorária. Sustenta a legalidade da cobrança do imposto de renda sobre a correção e juros aplicados ao benefício recebido. Ressalta que devem ser utilizados os critérios de equidade para a fixação dos honorários advocatícios.

Transcorreu *in albis* o prazo para apresentação de contra-razões.

Admitido o recurso especial, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A questão gira em torno da possibilidade de cobrança de imposto de renda sobre verbas recebidas por força de decisão judicial.

A matéria deve ser analisada à luz do artigo 12 da Lei n. 7.713/1988, que dispõe ser devido o imposto de renda na competência em que ocorre o acréscimo patrimonial (art. 43 do CTN), ou seja, quando o respectivo valor se tornar disponível para o contribuinte. Confira-se:

Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização.

O dispositivo citado não fixa a forma de cálculo, mas apenas o elemento temporal da incidência. Assim, no caso de rendimentos pagos acumuladamente em cumprimento de decisão judicial, a incidência do imposto ocorre no mês de recebimento, como dispõe o artigo 12 da Lei n. 7.713/1988, mas o cálculo do imposto deverá considerar os meses a que se referirem os rendimentos.

Nesse sentido, há inúmeros precedentes de ambas as Turmas de Direito Público, como se observa das seguintes ementas:

Recurso especial. Tributário. Imposto de Renda. Benefício previdenciário. Pagamento acumulado efetuado com atraso pelo INSS. Valor mensal isento de Imposto de Renda. Atualização monetária do montante recebido. Não-incidência do tributo. Recedentes da Primeira Turma.

Merece prevalecer o entendimento esposado pela Primeira Turma de que 'o imposto de renda não incide sobre os valores pagos de uma só vez pela Administração, quando a diferença do benefício determinado na sentença condenatória não resultar em valor mensal maior que o limite legal fixado para isenção do imposto de renda' (REsp n. 505.081-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.05.2004).

Recurso especial improvido (REsp n. 723.196-RS, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU de 30.05.2005);

Tributário. Diferenças de vencimentos de servidor público estadual. Reconhecimento por decisão judicial. Precatório. Retenção de Imposto de Renda. Art. 46 da Lei n. 8.541/1992. Interpretação.

1. À luz do art. 46 da Lei n. 8.541/1992, somente poderá haver retenção na fonte de imposto sobre rendimentos pagos em cumprimento a decisão judicial quando cada parcela mensal ensejar o desconto do imposto.

2. Recurso especial provido. (REsp n. 399.949-RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 07.04.2006).

Por outro lado, o artigo 46 da Lei n. 8.541/1992 determina que só poderá haver retenção na fonte de imposto sobre rendimentos pagos em cumprimento a decisão judicial, nos casos em que cada parcela mensal ensejar o desconto do imposto.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte excerto do voto do Ministro Franciulli Netto exarado no Recurso Especial n. 659.008-RS:

Ab initio, impende transcrever o texto do art. 46 da Lei n. 8.541/1992, dispositivo tido por violado pelo recorrente:

Art. 46 - O Imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

Prevalece neste Sodalício o entendimento de ser auto-aplicável o disposto no art. 46 da Lei n. 8.541/1992. Ocorre que, em tese, a retenção do imposto de renda deve se dar mês a mês, se satisfeito, no tempo devido, o pagamento das diferenças dos vencimentos e proventos cabíveis ao servidor público estadual.

Assim, o art. 46 da Lei n. 8.541/1992 deve ser interpretado de forma que reflita os princípios gerais impostos pelo sistema tributário.

Com efeito, se cada parcela mensal paga ao servidor, por força de lei, está isenta de recolhimento de imposto de renda na fonte, atenta contra a lealdade tributária exigir tal desconto quando, por culpa da parte devedora, esses valores são pagos a destempo cumulativamente.

A respeito, merecem ser registrados e acolhidos, como razões de decidir, os argumentos desenvolvidos no parecer do Ministério Público Estadual de que, 'se em determinado mês forem pagas prestações de vários meses, o imposto de renda será calculado com base no salário de cada um daqueles meses que não foram pagos. Caso contrário imputar-se-á a dupla penalização ao credor' (fl. 167). Ou seja, por não receber o que lhe era devido na época própria em que tais valores não eram suscetíveis de tributação e por recebê-los, posteriormente, ocasião em que, por acumulação, formam, então, montante tributável.

In casu, a percepção de rendimentos, sobre os quais incide o imposto de renda, não pode ser confundida com o pagamento decorrente de condenação judicial por vencimentos não-pagos, sob pena de punição, pelo atraso, do próprio servidor que



teve que se valer do remédio judicial e que, se pago originalmente, não veria a incidência sobre as parcelas devidas nos diversos meses.

Eis a ementa do julgado:

Recurso especial. Tributário. Diferenças de vencimentos e proventos de servidor público estadual. Reconhecimento por decisão judicial. Precatório. Retenção de Imposto de Renda. Parcelas pagas de modo acumulado. Art. 46 da Lei n. 8.541/1992. Não-incidência. Competência. Justiça Estadual.

In casu, a percepção de rendimentos, sobre os quais incide o imposto de renda, não pode ser confundida com o pagamento decorrente de condenação judicial por vencimentos não-pagos, sob pena de punição, pelo atraso, do próprio servidor que teve que se valer do remédio judicial e que, se pago originalmente, não veria a incidência sobre as parcelas devidas nos diversos meses.

Ainda que assim não fosse, já decidiu esta Corte Superior de Justiça que é da Justiça Estadual a competência para conhecer das causas contra retenção de imposto de renda, no pagamento de vencimentos de servidor público estadual (ROMS n. 10.044-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17.04.2000).

Recurso especial improvido. (DJU de 14.03.2005).

Em conclusão, o cálculo do imposto a ser retido deverá ser efetuado com observância das tabelas e alíquotas vigentes “nos meses a que se referirem” cada um dos rendimentos, e não na totalidade das rendas recebidas acumuladamente.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 900.334-SP (2006/0245869-4)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Irmãos W D Oliveira Ltda

Advogado: Wilson Luis de Sousa Foz

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Fernando Netto Boiteux e outros

EMENTA

Tributário. Execução. Ação de repetição de indébito. Finsocial.

1. Nos casos de compensação ou restituição, os índices de correção monetária aplicáveis desde o recolhimento indevido são: o IPC, de março/1990 a janeiro/1991; o INPC, de fevereiro a dezembro/1991, e a UFIR, a partir de janeiro/1992 a dezembro/1995, observados os respectivos percentuais: janeiro/1989 (42,72%), fevereiro/1989 (10,14%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990 (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%).

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJ 20.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado na alínea **c** do permissivo constitucional e interposto contra acórdão proferido em apelação pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

Processual Civil. Embargos à execução. Repetição de indébito. Correção monetária. Provimento n. 24/1997.

1. A correção monetária visa tão-somente a recompor o valor real da moeda, diminuído pela inflação, preservando o valor originariamente desembolsado pelo contribuinte.

2. Correta a utilização, na liquidação da sentença, do Provimento n. 24/1997, da E. Corregedoria-Geral da Justiça Federal da Terceira Região, o qual estabeleceu para tal finalidade critérios objetivos e uniformes, determinando a aplicação dos seguintes indicadores de correção monetária: variação integral do IPC, nos meses de janeiro/1989 (42,72%) e março/1990 (84,32%); ORTN/OTN/BTN, nos



demais meses, até fevereiro/1991; INPC de março a dezembro/1991 e, a partir de janeiro/1992, a UFIR. Os juros são calculados à taxa de 1% ao mês, incidindo a partir do trânsito em julgado (arts. 161 e 167 do CTN) .

3. Apelação e Recurso Adesivo improvidos (fl. 76).

Nas razões do especial, a recorrente aduz dissídio pretoriano no sentido de que cabe a inclusão do IPC aos indébitos, especificamente, no tocante aos meses de janeiro de 1989 a fevereiro de 1991, janeiro/1989 (42,72%); março/1990 (84,32%); abril/1990 (44,80%); maio/1990 (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%).

Sem contra-razões.

Admitido o especial, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Verifica-se que, por ser notória a aventada dissidência pretoriana, são mitigadas as exigências formais, pelo que passo a seu exame.

A correção monetária não é um *plus*, mas visa impedir o enriquecimento sem causa, de modo que se deve aplicar ao crédito a ser restituído ou compensado o índice de correção monetária que melhor reflita a inflação acumulada do período. Dessa forma, merece reforma o acórdão recorrido para se amoldar ao entendimento desta Corte no sentido de que os índices a ser utilizados em casos de compensação ou restituição são, desde o recolhimento indevido: o IPC, de março/1990 a janeiro/1991; o INPC, de fevereiro a dezembro/1991; e a UFIR, a partir de janeiro/1992 a dezembro/1995.

Devem, ainda, ser observados os seguintes expurgos inflacionários: março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990 (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%).

Confirmam-se os seguintes precedentes desta Turma a respeito:

Tributário. PIS. Prescrição. Compensação. Tributo sujeito à lançamento por homologação. Declaração de inconstitucionalidade. Prazo decenal para a repetição de indébito. Correção monetária.

1. A extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não havendo homologação expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais

cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (REsp n. 435.835-SC, j. em 24.03.2004).

2. A Primeira Seção, em 24.03.2004, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 435.835-SC (cf. Informativo de Jurisprudência do STJ n. 203), decidiu que a 'sistemática dos cinco mais cinco' também se aplica em caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF, mesmo que tenha havido resolução do Senado nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

3. Nos casos de compensação ou restituição, os índices de correção monetária aplicáveis são: desde o recolhimento indevido, o IPC, de outubro a dezembro/1989 e de março/1990 a janeiro/1991; o INPC, de fevereiro a dezembro/1991 e a UFIR, a partir de janeiro/1992 a dezembro/1995.

4. Na repetição de indébito ou na compensação, incide a taxa Selic a partir do recolhimento indevido ou, se este for anterior à Lei n. 9.250/1995, a partir de 1º.01.1996, não cumulada com quaisquer outros índices de juros ou correção monetária.

5. Recurso especial provido. (REsp n. 871.714-SP DJU de 08.11.2006);

Processo Civil e Tributário. Adicional de Imposto de Renda. Repetição de indébito. Prova pericial. Preclusão. Correção monetária. Índices aplicáveis. Juros moratórios. Verba honorária. Súmula n. 7-STJ.

1. Inexistência de violação ao art. 535 do CPC.

2. O julgador, ao constatar que a prova pericial levou em consideração documentos inservíveis para demonstrar o *an debeatur*, deve determinar a exclusão dos valores a serem devolvidos, a fim de evitar enriquecimento ilícito, mesmo que a parte interessada não tenha impugnado oportunamente a prova. Art. 473 do CPC não violado.

3. Quanto aos índices de correção monetária, a jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários na repetição de indébito, utilizando-se: a) o IPC, no período de março/1990 a janeiro/1991; b) o INPC de fevereiro/1991 a dezembro/1991; e c) a partir de janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei n. 8.383/1991. O índice de janeiro/1989 é de 42,72% (REsp n. 43.055-SP DJ de 18.12.1995). Confira-se o REsp n. 206.503-SP DJ de 02.08.1999, e o REsp n. 192.015-SP DJ de 16.08.1999.

4. Na repetição de indébito, são devidos juros moratórios de 1% ao ano, a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 161 c.c. o art. 167 do CTN, não tendo aplicação o art. 1º da Lei n. 4.416/1964 e art. 1.062 do CC.

5. Aplicação da Súmula n. 7-STJ no que se refere à verba honorária.



6. Recurso especial da *Fazenda Estadual* improvido e provido em parte o recurso especial dos autores. (REsp n. 418.644-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 05.08.2002).

A Primeira Turma também assim se manifestou:

Tributário. Contribuição social. Administradores e autônomos. Compensação. Correção monetária. Expurgos inflacionários. Fixação na sentença. Inexistência de apelação. Preclusão. Restabelecimento da sentença no ponto.

1. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) UFIR, a partir de janeiro/1992; (d) taxa Selic, exclusivamente, a partir de janeiro/1996; com observância dos seguintes índices: janeiro/1989 (42,72%), fevereiro/1989 (10,14%), março/1990 (84,32%), abril/1990 (44,80%), maio/1990, (7,87%) e fevereiro/1991 (21,87%). Nesse sentido: REsp n. 418.644-SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 05.08.2002; EDREsp n. 424.154-SP, 1ª Turma., Min. Garcia Vieira, DJ de 28.10.2002; REsp n. 286.788-SP, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 19.05.2003; REsp n. 267.080-SC, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.05.2003.

2. O fato de não ter sido interposto recurso de apelação por parte da ora recorrente faz presumir seu conformismo quanto à fixação da correção monetária realizada na sentença. Precedente: REsp n. 177.225-SP

3. Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 848.630-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 04.09.2006).

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.

Jurisprudência da Terceira Turma

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 408.122-PR
(2002/0005182-5)**

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Embargante: Lavoura Indústria e Comércio Oeste S/A e outros

Advogados: Carlos Roque Colla

Claudio Jorge Siqueira Rodrigues Pereira

Embargado: Antunes Zanotto e outro

Advogado: Alfredo de Assis Gonçalves Neto e outros

EMENTA

Embargos de declaração. Alegação de omissão decorrente da falta de apreciação de pedido subsidiário. Hipótese em que o pedido principal foi acolhido. Inexistência de omissão.

- Nos termos do art. 289 do CPC, o pedido subsidiário somente é apreciado na hipótese de não ser acolhido o pedido principal. Portanto, acolhido este, não há omissão quanto à falta de julgamento daquele.

Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de embargos de declaração opostos para esclarecimento de acórdão desta Terceira Turma, em recurso especial inicialmente relatado pelo i. Min. Humberto Gomes de Barros e no qual restei designada relatora para acórdão, cuja decisão restou assim ementada:

Direito Societário. Ação de dissolução de sociedade anônima, proposta por acionistas minoritários. *Quorum* mínimo atendido na data da propositura da ação. Desistência da ação por um dos autores, no curso do processo. Homologação pelo juízo. Correspondente diminuição da participação detida pelos autores no capital social da companhia a ser dissolvida, para patamar inferior ao mínimo legal. Irrelevância.

- A titularidade de 5% do capital social da companhia, em ações de dissolução proposta com base no art. 206 da Lei das S.A., é condição a ser preenchida na data da propositura da demanda, sendo irrelevantes as alterações nesse percentual ocorridas no curso do processo.

- Na hipótese dos autos, a desistência de um dos litigantes não poderia prejudicar os demais. Sendo necessário o litisconsórcio formado por ocasião da propositura da ação, o consentimento dado pelo autor no início do processo não pode ser revogado em seu curso. A desistência só pode ser admitida caso subscrita por todos os autores.

Recurso especial conhecido e provido.

Alega a embargante que no voto vencedor não foi analisada a possibilidade de dissolução parcial da sociedade. Tal análise seria indispensável porquanto “ainda que se considere que o afastamento da ilegitimidade determina o retorno dos autos ao juízo de origem para julgamento do mérito, deve-se ter em conta a existência de voto divergente que, em sede de embargos de divergência, poderá passar a entendimento dominante e dessa forma o acórdão ficaria ‘insuficiente’, por não ter analisado todos os pedidos.”

Da mesma forma, o esclarecimento solicitado também se estende ao voto vencido, proferido pelo i. Min. Humberto Gomes de Barros. O motivo é o de que “ele se encontra eivado de vício por ter julgado o pedido alternativo de forma contrária aos autos”. Tal vício estaria consubstanciado em que “o voto se contradiz ao considerar a sociedade como anônima para manter a ilegitimidade ativa e, em seguida, acatar a possibilidade de ser ela sociedade limitada”.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Não há omissão no acórdão embargado. O pedido de dissolução parcial foi formulado, pelos autores deste processo, de forma subsidiária. Assim, nos expressos termos do art. 289 do CPC, ele somente seria apreciado na hipótese de não ser acolhido o pedido principal. Tendo sido acolhido, nos termos do voto desta relatora, o pedido de retirada dos



sócios com fundamento no art. 206 da Lei das S.A., não há sentido em se apreciar o pedido subsidiário.

A intenção da parte de opor embargos de divergência contra o acórdão ora recorrido não é prejudicada por esta suposta omissão. Tais embargos, para serem cabíveis, deverão ter por fundamento a efetiva divergência, entre diferentes Turmas desta Corte, a respeito da tese efetivamente adotada pelo acórdão. Assim, tal recurso deverá impugnar a matéria que foi acolhida no julgamento ora discutido, e não a matéria abordada no voto vencido, que, justamente por esse motivo, também não carece de esclarecimentos.

Forte em tais razões, rejeito os embargos de declaração.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.286-PR
(2006/0150728-5)**

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Valdir Brambilla e outros

Advogados: Adyr Sebastião Ferreira
Christian Brauner de Azevedo

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Cível de Apucarana-PR

Recorrido: Cooperativa Agropecuária Centro Norte do Paraná Ltda - em
liquidação

Advogado: Ezílio Henrique Manchini

EMENTA

Recurso ordinário. Anulação de arrematação de ofício após expedição de carta de arrematação. Impossibilidade. Necessidade de ação própria. Devido processo legal. Contraditório e ampla defesa.

- Após expedição de carta de arrematação, a anulação do ato deve ser objeto de ação autônoma contra o arrematante com as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Não é lícito ao juiz declarar *ex officio* a nulidade de tal arrematação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 04.06.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Valdir Brambila e outros impetraram Mandado de Segurança contra decisão do Juiz de Direito que desconstituiu arrematação de imóveis ocorrida em liquidação judicial.

No suposto ato coator, o MM. Juiz, de ofício, declarou nula a arrematação por ausência de intimação da hasta pública ao credor hipotecário (fls. 56/67).

Os impetrantes, em suma, alegaram que:

1) não haveria necessidade de intimação da hasta pública aos credores hipotecários;

2) o Juiz não poderia anular a decisão de ofício, porque não se trata de questão de ordem pública ou que cause prejuízo;

3) a anulação da arrematação se fez sem o respeito ao devido processo legal.

O Relator indeferiu, de pronto, a inicial (fls. 117/120).

Os impetrantes, ora recorrentes, opuseram embargos declaratórios que, recebidos como agravo regimental (fl. 147), foram providos para dar seguimento à ação (fls. 160/163).

O Juiz da 2ª Vara de Apucarana prestou informações (fls. 299/306).

A Cooperativa Agropecuária Centro Norte do Paraná compareceu ao processo como litisconsorte (fls. 332/334).

A Oitava Câmara Cível do TJPR, por maioria, declinou da competência (fls. 402/414) e o processo foi distribuído à Décima Sexta Câmara Cível que denegou a Segurança. Eis a ementa do julgado:

Mandado de segurança. Nulidade de arrematações realizadas em procedimento de liquidação de cooperativa. Ordem impetrada pelos arrematantes. Ocorrência de vício. Credores hipotecários não intimados da realização da praça. Art. 698, CPC. Decretação de ofício. Possibilidade. Inteligência do art. 694, parágrafo único, CPC.



Diante da possibilidade de o juiz da causa conhecer de ofício a nulidade da arrematação, por falta de intimação do credor hipotecário conhecido (art. 698, CPC), a ordem impetrada, no sentido de ver reconhecida a sua validade, é de ser denegada.

Ordem de segurança denegada. (fl. 427).

Foram rejeitados os embargos declaratórios opostos (fls. 462/471).

Daí o recurso ordinário, que, resumidamente, traz as seguintes alegações:

1) o Tribunal de Justiça não examinou o fundamento essencial da impetração. Vale dizer: a tese de que, no processo de liquidação judicial de Cooperativa, equiparado ao de falência, é inócua e desnecessária a intimação dos credores hipotecários, porque existem credores fiscais e trabalhistas, que têm preferência.

2) o Juiz antes de anular a arrematação deveria ouvir os terceiros-arrematantes, em respeito ao devido processo legal.

Contra-razões às fls. 527/532.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do e. Subprocurador Pedro Henrique Távora Niess, opinou pela denegação da Ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A impetração de Mandado de Segurança por terceiro, contra ato judicial, não depende da interposição de recurso. (Súmula n. 202)

Nossa jurisprudência afirma que o Juiz pode, de ofício, desfazer a arrematação nos próprios autos da execução. Confira-se: REsp n. 130.911/Noronha, REsp n. 100.706/Sálvio, dentre outros.

Essa regra não incide após a expedição da carta de arrematação. É que a adjudicação do bem já estará perfeita e acabada.

Por isso, após expedição da carta, a anulação da arrematação deve ser pleiteada em ação contra o arrematante, com as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A decretação da nulidade *ex officio* surpreende o arrematante, retirando-lhe direito já incorporado a seu patrimônio por outorga do próprio Judiciário.

Confira-se recente precedente desta Corte:

1. A arrematação pode ser desconstituída, ainda que já tenha sido considerada perfeita, acabada e irretroatável, caso ocorra alguma das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 694 do CPC.

2. O desfazimento da arrematação por vício de nulidade, segundo a jurisprudência consagrada neste Superior Tribunal de Justiça, pode ser declarado de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte interessada nos próprios autos da execução.

3. Há exceção a essa orientação. Quando já houver sido expedida a carta de arrematação, bem como quando já transferida a propriedade do bem, não pode a desconstituição da alienação ser feita nos próprios autos de execução, devendo ser realizada por meio de ação própria, anulatória, nos termos do art. 486 do CPC.

4. A carta de arrematação transcrita no registro de imóvel confere presunção *juris tantum* de propriedade em nome daquele a quem se transcreve o imóvel arrematado.

5. No caso dos autos, considerando que houve expedição da carta de arrematação, registro do imóvel adquirido, bem como sua posterior transferência a terceiro, é necessário que o pedido de desconstituição da arrematação seja efetuado em ação própria.

6. Recurso especial provido. (REsp n. 577.363/Denise).

Na mesma linha: REsp n. 855.863/Castro Meira, REsp n. 426.106/Eliana, REsp n. 788.873/Fux, dentre outros.

No caso, já havia carta de arrematação expedida em favor dos impetrantes quando veio a decisão judicial que anulou o ato (fls. 25/45 e 56/67).

Dou provimento ao recurso para conceder a Segurança, desconstituindo a decisão judicial quanto aos impetrantes, ora recorrentes.

RECURSO ESPECIAL N. 451.258-RS (2002/0097488-2)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Otair Agostinho Rebelatto e outros

Advogado: Norberto Baruffaldi e outros

Recorrido: Banco do Brasil S/A

Advogados: Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz
Daici Kaiser Carvalho e outros



EMENTA

Securitização de dívida rural. Dívida originária de crédito rural extinta por transação homologada judicialmente, dela constando que a composição se dava “*sem ânimo de novar*”; nessas condições, o título resultante da homologação judicial não teve o efeito de abstrair o negócio originário, estando por conseguinte o prazo da dívida sujeito ao alongamento previsto na Lei n. 9.138, de 1995. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Pelo recorrente, Dra. Adaiana Francescato de Pizzol.

Brasília (DF), 03 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 18.06.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Otair Agostinho Rebelatto e outros ajuizaram ação ordinária, com pedido cominatório, contra o Banco do Brasil S/A, requerendo a “securitização da dívida dos autores, representada no processo n. 4.638, com o prazo para o pagamento previsto no inc. V, do parágrafo 5º, do artigo 5º da Lei n. 9.138, de 29.11.1995” (fl. 22).

O MM. Juiz de Direito Dr. Ralph Moraes Langanke julgou improcedente o pedido ao fundamento de que o alongamento da dívida é mera faculdade da instituição financeira (fls. 277/284).

A Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora a Desembargadora Ana Beatriz Iser, negou provimento à apelação nos termos do acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação ordinária. Securitização. Dívida que não é originária de crédito rural. Não é passível de ser securitizada a dívida para com o Banco do Brasil que não é originária de crédito rural. A securitização não é mera faculdade da

instituição financeira, sendo obrigação a sua concessão se preenchidos os requisitos legais. Sentença mantida.

Recurso improvido. (fl. 438).

O Tribunal *a quo* concluiu que, como os débitos originários foram extintos por transação homologada judicialmente, “o crédito do Banco é um título executivo judicial, assim reconhecido em decisão transitada em julgado, e que não se enquadra nos parâmetros da legislação pertinente à securitização das dívidas originárias de crédito rural” (fl. 443).

Daí a interposição do presente recurso especial por Otair Agostinho Rebelatto e outra, alegando violação do artigo 5º da Lei n. 9.138, de 1995, bem como divergência jurisprudencial (fls. 464/487).

O recurso especial interposto contra a decisão que indeferiu a tutela antecipada ficou retido nos autos (fls. 302/326 dos autos em apenso).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): A dívida originária de crédito rural foi extinta por transação homologada judicialmente em 18 de outubro de 1991 (fl. 149), tendo a sentença transitado em julgado em 11 de novembro de 1991 (fl. 150v).

O Tribunal *a quo* foi influenciado por essa circunstância, a de que os títulos extrajudiciais (*cédulas de crédito rural*), sujeitos a contestação quanto a valores e encargos, transformaram-se em dívida líquida e certa por força da transação homologada por sentença – portanto, em título judicial.

A homologação por sentença, todavia, supõe a validade da transação nos termos acordados, e ali ficou estabelecido que a composição se dava “*sem ânimo de novação*” (fl. 144), subsistindo “em vigência o penhor e hipoteca cedulares” (fl. 145).

Se é assim, o título judicial não teve o efeito de abstrair o negócio originário; foi, tão só, um modo de reforçá-lo, mantendo sua natureza e garantias de pagamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é direito do devedor, e não faculdade do credor, o alongamento de dívidas originárias de crédito rural, obedecidas as condições estabelecidas na Lei n. 9.138, de 1995.

Na espécie, deve ser reconhecido o direito à securitização do débito rural, desde que satisfeitas as condições previstas no artigo 5º da Lei n. 9.138, de 1995.



Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que o tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação – prejudicado o recurso especial retido (fls. 302/326 dos autos em apenso).

RECURSO ESPECIAL N. 624.355-SC (2003/0222613-7)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF
Advogados: Rogério Ampessan Coser Bacchi e outro(s)
Flavio Queiroz Rodrigues
Recorrido: Aquelino Eugenio Schmitt
Advogado: Hans Lorenz Junior e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Embargos à execução. Desconstituição de penhora. Bem de família. Piscina localizada em imóvel contíguo. Penhorabilidade.

I - Se a residência do devedor abrange vários lotes contíguos e alguns destes suportam apenas acessões voluptuárias (piscina e churrasqueira) é possível fazer com que a penhora incida sobre tais imóveis, resguardando-se apenas aquele em que se encontra a casa residencial.

II - Imóveis distintos, ainda que contíguos, podem ser desmembrados, para que se faça a penhora.

III - Interpretação teleológica da Lei n. 8.009/1990, Art. 2º, parágrafo único, para evitar que o devedor contumaz se locuplete e utilize o benefício da impenhorabilidade, como instrumento para tripudiar sobre o credor enganado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 28.05.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: *Aquelino Eugênio Schmitt* opôs embargos à execução ajuizada pela *Caixa Econômica Federal - CEE*, visando a desconstituição da penhora. Sustentou que o imóvel atingido é sua residência e, por isso, imune à constrição judicial.

Os embargos foram recebidos e desconstituída a penhora. (fls. 120/124).

A apelação foi improvida em acórdão assim ementado:

Embargos à execução. Impenhorabilidade do imóvel residencial. Art. 1º da Lei n. 8.009/1990. Bem de família. Padrão da construção.

1. O imóvel residencial do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por dívida fiscal, nos termos do disposto no art. 1º da Lei n. 8.009, de 29.03.1990, que protege o bem de família.

2. O padrão do imóvel não exerce qualquer influência sobre sua impenhorabilidade, uma vez que a Lei n. 8.009/1990 não faz qualquer distinção entre residências grandes ou pequenas, luxuosas ou modestas, exigindo apenas que sejam utilizadas como moradia permanente da entidade familiar. (fl. 157).

No Recurso Especial, a recorrente queixa-se de ofensa ao art. 2º, da Lei n. 8.009/1990.

Alega que a residência ocupa mais de um lote. Diz mais, que nos lotes de n. 7 e 8 localizam-se a piscina e a churrasqueira - acessões voluptuárias, enquadrando-se na exceção do art. 2º, da citada lei, passíveis de penhora.

Sem contra-razões. (fl. 189).

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): A teor do acórdão recorrido, as edificações são distintas. No lote n. 6 está a residência da família e nos lotes de n. 7 e 8, contíguos ao lote 6 foram construídas a churrasqueira e a piscina.



Não foi propósito do legislador permitir que o devedor contumaz se locuplete injustamente utilizando o benefício da impenhorabilidade, como instrumento para tripudiar sobre o credor enganado. Por isso, o alcance do preceito legal deve ser temperado.

O Art. 2º evidencia a preocupação de evitar exageros deste teor. Nele, o legislador conclui a impenhorabilidade aos bens suntuosos. Vale dizer: voluptuários.

No caso, os lotes, embora anexos, constituem imóveis distintos, sendo possível o desmembramento e cabível a penhora, como decidiu o STJ. Confira-se:

Processual Civil. Lei n. 8.009/1990. Bem de família. Imóvel residencial. Desmembramento. Possibilidade. Circunstâncias de cada caso. Doutrina. Precedente. Recurso desacolhido.

I - Como residência do casal, para fins de incidência da Lei n. 8.009/1990, não se deve levar em conta somente o espaço físico ocupado pelo prédio ou casa, mas também suas adjacências. A própria lei afirma que 'a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza ...' II - Admite-se, no entanto, a penhora de parte do imóvel quando possível o seu desmembramento sem descaracterizá-lo, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso. (REsp n. 326.171/Sálvio)

Embargos de terceiro. Penhora. Lei n. 8.009/1990. Bem de família. Imóvel residencial. Quatro imóveis contíguos. Matrículas diferentes. Possibilidade do desmembramento. Pelas peculiaridades da espécie, preservada a parte principal da residência em terreno com área superior a 2.200 m², com piscina, churrasqueira, gramados, não viola a Lei n. 8.009/1990 a decisão que permite a divisão da propriedade e a penhora sobre as áreas sobejantes. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 139.010/Cesar).

Dou provimento ao recurso especial para declarar lícita e subsistente a penhora sobre os lotes de n. 7 e 8.

RECURSO ESPECIAL N. 629.320-DF (2004/0020016-1)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Recorrente: Simão Guimarães de Sousa e outro

Advogado: Simão Guimarães de Sousa (em causa própria) e outro
Recorrido: Paula Franssineti Peixoto Leal
Advogado: Ana Lucia de Paulo Arantes e outro(s)

EMENTA

Execução. Penhora. Bem imóvel. Casal. Intimação da penhora. Desconstituição.

- Se a penhora incide sobre bens imóveis, a falta de intimação do cônjuge da executada, não faz nula a penhora, que apenas, deve ser aperfeiçoada com a intimação do marido. Precedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Nancy Andrichi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 07 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator

DJ 04.06.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Simão Guimarães Sousa e outro promoveram execução forçada de honorários advocatícios contra Edivaldo Martins Leal e Paula Franssineti Peixoto Leal. A segunda executada Paula foi citada. Já o primeiro não foi citado por não residir em Brasília. A falta de citação foi suprida pelo seu comparecimento aos autos para nomear bem à penhora.

Os executados nomearam à penhora bem imóvel de sua propriedade, cuja escritura encontra-se aos autos. Os credores concordaram com a indicação do bem. Lavrou-se o termo de penhora.

Apenas a segunda executada foi intimada da penhora.

Os exeqüentes, em razão da dificuldade de promoverem intimação do primeiro executado, desistiram da execução em relação a ele, prosseguindo contra a segunda executada.



A desistência foi homologada pelo juiz *a quo*, que determinou a desconstituição da penhora. Louvou-se no argumento de que o imóvel é indivisível (fl. 5).

Os exequentes agravaram (fls. 02/04).

Alegaram que a propriedade quando pertencente a mais de uma pessoa gera condomínio, permitindo que os condôminos exerçam todos os direitos compatíveis com a indivisão (CC/2002, art. 1.314).

Afirmaram que o parágrafo único do art. 669 do CPC, permite que a penhora recaia sobre bens imóveis de cônjuges, apenas exigindo a intimação do outro consorte. Pediram a reforma da decisão que desconstituiu a penhora, bem como o prosseguimento da execução.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios negou provimento ao agravo de instrumento, em acórdão assim ementado:

Processual Civil. Agravo de instrumento. Execução contra casal. Desistência da pretensão executiva em face de um dos cônjuges. Homologação. Desconstituição de penhora de bem imóvel. Reconhecida dificuldade na intimação do cônjuge varão. Economia processual. Recurso improvido.

I - O parágrafo único do art. 699 do Código de Processo Civil prescreve que “recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor”. Ora, se os próprios agravantes desistiram da pretensão executiva em desfavor do cônjuge varão por reconhecerem a dificuldade de sua citação no processo executivo, obviamente não podem defender a manutenção do gravame sobre bem imóvel do casal, posto que inexoravelmente levaria ao mesmo entrave procedimental, devido à impossibilidade de sua intimação. (fl. 30)

Daí o recurso especial (alíneas **a** e **c**), queixando de ofensa ao parágrafo único do art. 669 do CPC e apontando dissídio jurisprudencial com julgado do STJ.

Os recorrentes sustentam que a desistência da execução quanto a um dos cônjuges não tem o condão de levar à desconstituição da penhora, uma vez que esta pode alcançar apenas a parte ideal de um deles.

Foram apresentadas contra-razões (fl. 58).

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros (Relator): O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios negou provimento ao agravo de instrumento manejado pelos ora recorrentes, porque:

O parágrafo único do art. 669 do Código de Processo Civil prescreve que “recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do devedor”. Ora, se os próprios agravantes desistiram da pretensão executiva em desfavor do cônjuge varão, por reconhecerem a dificuldade de sua citação no processo executivo, obviamente não podem defender manutenção no gravame sobre bem imóvel do casal, posto que inexoravelmente levaria ao mesmo entrave procedimental, devido à impossibilidade de sua intimação. É claramente incompatível a extinção da execução em face do cônjuge varão, em virtude da impossibilidade de sua citação, com a manutenção da constrição de bem imóvel que importe necessariamente na intimação do mesmo.

Com efeito, reconhece-se, como proclama iterativamente a melhor doutrina, a existência de litisconsórcio necessário na hipótese do art. 699, § 1º, do CPC. Imprescindível se apresenta a intimação do cônjuge do executado, sob pena de nulidade *pleno iure*, mais grave que a própria nulidade absoluta, uma vez que jamais convalida e insuscetível de preclusão, por dizer respeito à própria constituição da relação jurídica processual. (fl. 34).

Consta dos autos que os cônjuges executados indicaram à penhora bem imóvel de sua propriedade. Aceita a indicação, lavrou-se o termo de penhora. A mulher executada foi intimada.

Em razão da dificuldade de intimar da penhora o marido, os exequentes desistiram da execução contra ele, prosseguindo contra a executada, que já fora intimada da penhora.

O Juiz singular acolheu a desistência e julgou extinta a ação em relação a Edivaldo Martins Leal, prosseguindo o feito contra Paula Frassinetti. Por ser indivisível o bem penhorado, o juiz desconstituiu a penhora.

Não há razão para desconstituir a penhora.

O imóvel, oferecido pelos executados, foi aceito pelos credores. Houve lavratura do termo de penhora e intimação da executada.

Aceita a nomeação, cumpre ao devedor, dentro de prazo razoável assinado pelo juiz, exibir a prova de propriedade dos bens (CPC, art. 656, parágrafo único). Consta dos autos que a escritura foi apresentada.

Já o Art. 657 do CPC, dispõe que “cumprida a exigência do artigo antecedente, a nomeação será reduzida a termo, havendo-se por penhorados os bens...”

A penhora é válida, só não se aperfeiçoou pela dificuldade de intimar o varão. A exclusão do executado da lide, não desconstituiu a penhora.



O STJ, no REsp n. 331.812-MG, Relator Ministro Rui Rosado, examinou-se tema parecido. Concluiu-se que, não intimado o cônjuge da executada, não se invalida a penhora. Apenas o ato de intimação. Confirma-se a seguinte passagem do voto condutor daquele acórdão:

2. Não foi intimada da penhora o cônjuge da executada Edna, casada com separação de bens. Esse ato deve acontecer, para que se formalize a constrição. Porém, tanto não significa que o ato se desfaz, senão que depende, para sua perfectibilização, de que se complete com a cientificação do cônjuge, momento a partir do qual deverá ser contado o prazo para embargos (REsp n. 79.794-SP). A invalidade não é da penhora, apenas do ato de intimação incompleto ou imperfeito.

Confirma-se a ementa do julgado, no que interessa:

2. Recaindo a penhora em bens imóveis, a falta de intimação do cônjuge da executada é defeito que incide sobre o ato de intimação, não sobre a penhora, que continua válida e eficaz, devendo ser completada com a intimação do marido, e somente a partir daí fluirá o prazo para embargar. Por isso, inaceitável o recurso da executada que pretende seja desfeita a penhora. Recurso não conhecido.

Dou provimento ao recurso especial para restaurar a penhora.

RECURSO ESPECIAL N. 655.357-SP (2004/0054517-2)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Luiz Beethoven Giffoni Ferreira

Advogado: Aderbal da Cunha Bergo e outro

Recorrido: Lauda Editora Consultoria e Comunicações Ltda

Advogado: Afonso André Piccazio

EMENTA

Responsabilidade civil. Dano moral. Notícias publicadas em jornal. Decadência. Precedentes da Corte.

1. Monótona jurisprudência da Corte afasta a aplicação da decadência prevista na Lei de Imprensa.

2. Assentou a Corte que constando do acórdão não existir violação do direito de informar, estando a narrativa conforme à realidade,

avaliando a prova dos autos, não há espaço para a obrigação de indenizar, ausente o ânimo de atingir a honra do autor.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andriahi.

Brasília (DF), 20 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Luiz Betthoven Giffoni Ferreira interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Indenização. Dano moral atribuído a seqüência de matérias jornalísticas. Acolhimento do pedido em primeiro grau. Recursos de ambas as partes. Suspeição da magistrada sentenciante, argüida como preliminar, nas razões de apelo. Admissibilidade, na situação especial, fora de exceção, pois a magistrada, até o momento da sentença, não oficiara no feito. Inconsistência, porém, manifesta da argüição, deduzida sem lastro de seriedade, parecendo, muito mais, de forma oportunista, expressar insatisfação da ré, frente ao desate do litígio, pelo juízo *a quo*. Cerceamento de defesa tampouco configurado. Prova oral perfeitamente dispensável, diante da documental, abundante e exaustiva, para a instrução da causa. Decadência, porém, operada, com relação a diversas das matérias apontadas, com publicação anterior ao prazo de três meses, contado retroativamente desde o ajuizamento da ação. Art. 56, da Lei de Imprensa, recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Não caracterização, no mais, com atinência às publicações mais recentes, de conduta ilícita, tampouco abusiva, atribuível ao órgão de imprensa, que se limitou a notificar os fatos, a reproduzir críticas ou elogios à atuação funcional do autor, com identificação da origem e das pessoas entrevistadas, sem emitir juízo



de valor, com vista a apoiar, ou não, tais opiniões. Rejeição do pedido indenizatório, com inversão do ônus da sucumbência. Apelo da ré provido, ficando prejudicado o adesivo do autor (fls. 493/494).

Opostos embargos de declaração (fls. 504 a 515), foram rejeitados (fls. 520 a 524).

Alega o recorrente contrariedade aos artigos 20, § 1º, 21, 22, 49, *caput* e § 2º, da Lei n. 5.250/1967 e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal tendo em vista que “o v. acórdão recorrido confere à empresa recorrida, publicadora do ‘Jornal de Jundiá’ uma inovadora espécie de imunidade, ao consagrar, com afronta a lei, que a produção da calúnia, da injúria e da difamação não atinge aquele que as reproduz. A decisão afronta, ainda, a responsabilidade objetiva consagrada no artigo 49, § 2º” (fl. 551) da lei em referência.

Sustenta negativa de vigência dos artigos 56 da Lei n. 5.250/1967 e 159 do Código Civil de 1916 afirmando “que a Constituição Federal recepcionou o artigo 56 da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa), autorizando o reconhecimento de decadência do direito a indenização, quando a propositura da ação ocorrer posteriormente ao prazo decadencial de 03 (três) meses” (fl. 538). Alega, ainda, que “a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos dispositivos da lei de imprensa (especial) que tratam da tarifação (art. 52) e do prazo decadencial (art. 56), autoriza a aplicação da norma geral, do artigo 159 do CC (1916)” (fl. 538).

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 660 a 674), o recurso especial (fls. 532 a 586) foi admitido (fls. 676 a 681).

Houve recurso extraordinário (fls. 603 a 637), admitido (fls. 676 a 681).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrente, Juiz de Direito, ingressou com ação de indenização por danos morais alegando que o Jornal de Jundiá publicou reiteradas matérias ofensivas à sua honra.

A sentença julgou procedente o pedido e condenou a parte ré a pagar o equivalente a mil salários mínimos a título de danos morais. A Juíza considerou que o jornal “extrapolou o seu poder-dever de informar e não se ateve aos fatos. Publicou impressões pessoais de terceiros interessados em denegrir a imagem

do autor, de forma que deve responder pela divulgação desses fatos, já que não cuidou de preservar a honra e a dignidade daquele” (fl. 329).

O Tribunal de Justiça de São Paulo proveu a apelação. Considerou o acórdão primeiro que a ação estava marcada pela decadência afirmando que recepcionado pela Constituição Federal o art. 57 da Lei de Imprensa. Todavia, avançou no mérito para dizer que “as matérias publicadas pelo jornal editado pela ré, nas edições indicadas, - não diferindo do que se dera com as anteriores, também examinadas, malgrado fulminada persecução de suposto ilícito civil, pela decadência operada, porque espelhando opiniões de autoria identificada, inclusive do próprio magistrado, quando ouvido – não desbordaram de puro sentido narrativo de matéria fática consistente nas reações de pessoas insatisfeitas com a atuação do magistrado, não resvalaram para as subscrever ou apoiar, não emitiram juízo de valor, não encamparam nenhum dos ataques perpetrados contra o autor, por isso descabendo responsabilizar a ré, por suposta conduta ilícita, para que houvesse descambado” (fls. 499/500).

Os embargos de declaração foram rejeitados.

O fato essencial para o julgamento da causa está bem posto no especial quando afirma que se trata “de situação *sui generis* onde não existe um trecho apenas que possa ser rotulado ofensivo à honra do recorrente. Como afirmado, promoveu o *Jornal de Jundiaí* uma campanha atentatória à dignidade do recorrente, *como pessoa e como magistrado*, atingindo-lhe, de maneira arquitetada, proposital, livre e consciente, tanto a honra objetiva quanto a honra subjetiva. Existem, *no todo das matérias publicadas e veiculadas, os crimes de injúria, difamação e calúnia*, ora praticados de forma direta, outras vezes de maneira reflexa ou oblíqua, a partir de insinuações e comparações extremamente ofensivas, *porém indúvidas de modo a atingir diretamente o recorrente*” (fl. 543).

Primeiro examino a questão da decadência reconhecida pelo Tribunal local no plano infraconstitucional, também objeto do extraordinário. E aqui, sem dúvida, a jurisprudência da Corte ampara a inconformidade do recorrente. Já decidiu a Terceira Turma que não prevalece o prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei de Imprensa para a ação de indenização por dano moral (REsp n. 277.044-PR, da minha relatoria, DJ de 12.11.2001; REsp n. 390.594-RJ, Relator o Ministro *Fernando Gonçalves*, DJ de 31.05.2004; REsp n. 473.734-AL, Relator o Ministro *Castro Filho*, DJ de 07.06.2004; REsp n. 72.343-RJ, Relator o Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJ de 04.02.2002). Assim, afastado a decadência no plano infraconstitucional.

Investe o especial no mérito em torno dos artigos 20, § 1º, 21, 22 e 49 da Lei de Imprensa asseverando ser equivocada a interpretação do acórdão de que



a reprodução da opinião de terceiros identificados sem a verificação do conteúdo pelo órgão de imprensa afasta a responsabilidade. Segundo o recorrente, isso representa imunidade porquanto a reprodução de entrevista contendo calúnia, injúria ou difamação está no âmbito da empresa jornalística.

Todavia, esse fundamento não esgotou a base do acórdão para afastar a indenização. Na verdade, o voto condutor de nosso hoje eminente colega, então Desembargador *Quaglia Barbosa*, cuidou de assinalar que as matérias não “desbordaram de puro sentido narrativo de matéria fática consistente nas reações de pessoas insatisfeitas com a atuação do magistrado, não resvalaram para as subscrever ou apoiar, não emitiram juízo de valor, não encamparam nenhum dos ataques perpetrados contra o autor, por isso descabendo responsabilizar a ré, por suposta conduta ilícita, para que houvesse descambado” (fl. 500).

O Tribunal local, portanto, fez apreciação sobre o mérito das publicações e considerou que houve narração de fatos efetivamente ocorridos.

A leitura das matérias descritas na inicial mostra que determinado advogado ligado ao Conselho Municipal de Infância e Juventude investiu contra decisões proferidas pelo autor no tocante à adoção. Essa manifestação cresceu com a participação das mães e chegou à mídia nacional. O órgão de imprensa local divulgou as denúncias feitas pelo advogado e as manifestações das mães e, ainda, o fato de canal de televisão ter noticiado a inconformidade das partes interessadas.

A nossa jurisprudência tem entendido que se “a notícia guarda correspondência com a ocorrência, como constatado no exame da prova feito nas instâncias ordinárias, não há falar em dever de indenizar” (REsp n. 488.695-DE, da minha relatoria, DJ de 24.11.2003; no mesmo sentido: REsp n. 299.846-MG, da minha relatoria, DJ de 04.02.2002). Em outra ocasião, esta Terceira Turma, afastando a responsabilidade do órgão de imprensa por divulgar discurso pronunciado em sessão pública do órgão legislativo municipal, adiantou ser “preciso ponderar as duas pontas da liberdade, aquela da preservação da dignidade da pessoa humana e aquela da livre circulação da informação pela mídia. É essa ponderação que eleva e protege o cidadão contra ataques a sua honra e, *exempli pare*, assegura direito à informação” (REsp n. 403.639-PR, da minha relatoria, DJ de 10.03.2003).

Em nosso país a liberdade de imprensa, como todos sabemos, está subordinada ao regime da reserva legal qualificada, o que quer dizer que se deve preservar sempre a dignidade da pessoa humana, a sua honra, a sua vida privada. O eixo da reserva legal qualificada está na necessidade de avaliar cada situação de modo a não sacrificar a liberdade de imprensa e não malferir os direitos da

personalidade que são assegurados pela Constituição Federal. Como assinalei alhures, a “proteção aos direitos da personalidade ganha uma dimensão muito especial nessa quadra da nossa vida, à medida que o sistema de comunicação social une a humanidade”. Em razão disso, “surge um ponto crítico, que é o balanceamento entre a proteção constitucional dos direitos da personalidade e o direito à livre manifestação do pensamento e à liberdade de imprensa” (Estudos de Direito Público e Privado, Renovar, 2006, p. 301).

Gilmar Ferreira Mendes, em admirável estudo sobre o tema, mostrou diversos casos julgados pela Corte Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) para assinalar que “no processo de *ponderação* desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção dos direitos da personalidade” (Revista de Informação Legislativa n. 122/297).

No presente caso, trata-se de atuação do Juiz no tocante à defesa e proteção de menores, presente processo de adoção e de guarda. São decisões que necessariamente envolvem paixões e estão suscetíveis de inconformidade. Esse é o drama da judicatura que exige do Magistrado dizer o direito deixando uma das partes vencida. Quando tal ocorre e a parte substitui o direito de recurso pela manifestação pública por meio da imprensa, assume ela própria o risco de agredir a honra do Magistrado, que julga com sua consciência obedecendo ao que dispõe o direito positivo e a prova dos autos. A notícia da inconformidade realizada pela imprensa não escapa do âmbito da responsabilidade civil, podendo ser apenada civilmente se a matéria divulgada está em desconformidade com a realidade dos fatos ou se ajunta a esses fatos avaliação que foge ao padrão narrativo aceitável diante do princípio constitucional da liberdade de imprensa ou, ainda, se ficar comprovado que houve o ânimo de atingir a honra do autor.

A Corte assentou em precedente exatamente essa orientação quando decidiu que a “simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar”, mas, naquele caso, quando a “empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – ‘apelido’ – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os conseqüentes danos morais” (REsp n. 613.374-MG, Relatora a Ministra *Nancy Andrighi*, DJ de 12.09.2005).



Tal, como é evidente, não serve como paradigma para o chamado jornalismo investigativo, hoje tão em moda, quando o órgão de imprensa se substitui aos órgãos institucionalizados para apurar fatos ou denúncias por sua própria conta e risco. Nesses casos, portanto, a responsabilidade há de ser apurada considerando outros elementos que não estão agregados à jurisprudência sobre a notícia de fatos efetivamente ocorridos, porquanto o veículo é que assume a responsabilidade pela apuração e divulgação dos fatos, o que, sob todas as luzes, não é o que está sendo julgado nestes autos.

Aqui, o Tribunal local considerou que o jornal não avançou sobre a narrativa dos fatos, o que inviabiliza a procedência do pedido. Como já assinalou a Corte em diversas oportunidades, tendo “constado do aresto que o jornal que publicou a matéria ofensiva à honra da vítima abusou do direito de narrar os fatos, não há como reexaminar a hipótese nesta instância, por envolver análise das provas, vedada nos termos do enunciado n. 7 da Súmula-STJ” (REsp n. 85.019-RJ, Relator o Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ de 18.12.1998; AgRg no Ag n. 612.157-RJ, da minha relatoria, DJ de 17.12.2004; AgRg no Ag n. 397.103-SP, da minha relatoria, DJ de 23.09.2002; REsp n. 453.598-MT, Relator o Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJ de 19.12.2003). Assim, se as instâncias ordinárias consideraram que as matérias publicadas estavam de acordo com os fatos ocorridos, dentro, portanto, dos limites do direito de informação, avaliando a prova dos autos, não há como impôr a indenização. Casos há, é certo, em que mantida a base empírica do acórdão, pode e deve esta Corte decidir em outra direção sem invadir a Súmula n. 7 (REsp n. 263.887-MS, da minha relatoria, DJ de 07.05.2001). Mas esse não é o caso dos autos.

Não conheço do especial.

RECURSO ESPECIAL N. 674.571-SC (2004/0096226-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Ademar de Oliveira e outros

Advogado: Agnaldo Chaise

Recorrido: Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina - Unoesc

Advogado: Marylisa Pretto Favaretto

EMENTA

Recurso especial. Mensalidades escolares. Lei n. 9.870/1999. Forma de cálculo. Distinção entre valor cobrado de calouros e veteranos de um mesmo curso. Impossibilidade. Medida Provisória n. 2.173-24 (MP n. 1.930/1999). Possibilidade. Requisito. Planilha de custos nos termos do Decreto n. 3.274/1999.

- Conforme o parágrafo 1º, do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999 (Lei das mensalidades escolares), o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar deve ter por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior.

- Por força da Medida Provisória n. 2.173-24, 23.08.2001 (Medida Provisória n. 1.930, 29.11.1999) era possível que o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar tivesse por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior, acrescida do valor proporcional da variação de custos a título de pessoal e de custeio, desde que o estabelecimento de ensino comprovasse tal variação mediante apresentação de planilha de custo, nos moldes do Decreto n. 3.274, 06.12.1999.

- De acordo com o art. 1º, da Lei n. 9.870/1999, não é possível a distinção entre o valor das mensalidades cobradas entre alunos do mesmo curso, mas em períodos distintos, isto é, não é possível a cobrança de mensalidades em valores diferentes para calouros e veteranos de um mesmo curso.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.



Brasília (DF), 14 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

DJ 12.02.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Recurso especial interposto por Ademar de Oliveira e outros, com arrimo na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJSC.

Ação: de conhecimento com pedidos desconstitutivo e condenatório, em que os ora recorrentes moveram em face da Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, ora recorrida, objetivando a redução do valor das mensalidades e a devolução da quantia paga maior. Afirmaram que no segundo semestre de 1999 ingressaram no curso de Direito mantido pela ora recorrida, firmando, para tanto, contratos individuais de prestação de serviços educacionais, renováveis a cada período de 12 (doze) meses. Alegaram, todavia, que o valor das mensalidades deles cobradas era superior ao das mensalidades cobradas dos alunos matriculados em períodos mais adiantados do mesmo curso, o que contrariaria o princípio constitucional da isonomia e o Código de Defesa do Consumidor, pois não se justificaria a cobrança de valores distintos, a título de mensalidade, pela prestação do mesmo serviço.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos (fl. 134).

Acórdão: negou provimento à apelação dos ora recorrentes, com a seguinte ementa:

Apelação cível. Ação ordinária declaratória de inexistência de obrigação cumulada com repetição de indébito e/ou compensação. Instituição particular de ensino. Alegada ofensa ao princípio da igualdade (art. 206, I, da CF) e ao art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.870/1999, modificado pelo art. 1º da Medida Provisória n. 1.930/1999, na cobrança das mensalidades. Não ocorrência. Autonomia da entidade no exercício de suas atividades financeiras. Inteligência dos arts. 207 da Constituição Federal e 53 da Lei n. 9.394/1996. Sentença mantida. Recurso não provido.

Possuem as universidades autonomia financeira para o custeio de suas atividades educacionais, razão pela qual a cobrança das mensalidades com valores diferenciados para os acadêmicos ditos 'calouros' e 'veteranos' não caracteriza ofensa ao disposto no art. 206, I, da Constituição Federal, porquanto as necessidades educacionais dos estudantes das fases iniciais não são iguais as dos formandos ou cursando fases avançadas. (fl. 196).

Embargos de declaração: opostos pelos recorrentes, mas rejeitados (fl. 229).

Recurso especial: alegam violação, em síntese, aos parágrafos 1º, 3º e 4º, do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999 (Lei das Mensalidades Escolares), pois, ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido, “a fixação do novo valor da semestralidade ou anuidade deverá ter como base o valor correspondente à última parcela da semestralidade ou anuidade estabelecida no ano anterior, ou seja, a nova mensalidade terá sempre como referência o valor cobrado no ano ou semestre anterior.” (fl. 269).

Prévio juízo de admissibilidade: Após as contra-razões, foi o especial admitido na origem, subindo os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora): Cinge-se a controvérsia à interpretação do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999 (Lei das Mensalidades Escolares), para se saber se o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar deve ter por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior.

À exceção do parágrafo 4º do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999, a matéria jurídica encontra-se devidamente prequestionada, com perfeita viabilização do acesso à instância especial.

Nesse sentido, dispõe o *caput* do art. 1º da referida lei que “O valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável.” Por sua vez, o parágrafo 1º do mesmo artigo preceitua que “O valor anual ou semestral referido no *caput* deste artigo deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo.” Já o parágrafo 3º do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999, estabelece que “O valor total, anual ou semestral, apurado na forma dos parágrafos precedentes terá vigência por um ano e será dividido em doze ou seis parcelas mensais iguais, facultada a apresentação de planos de pagamento alternativos, desde que não excedam ao valor total anual ou semestral apurado na forma dos parágrafos anteriores.”

Não há dúvida, portanto, que da interpretação do art. 1º, *caput*, combinado com os seus parágrafos 1º e 3º, da Lei n. 9.870/1999, o valor da mensalidade



para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar deve ter por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior.

Além disso, da análise dos parágrafos 1º e 3º, do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999, observa-se que nenhum deles autoriza a distinção entre o valor das mensalidades cobradas entre alunos do mesmo curso, mas em períodos distintos, vale dizer, não autoriza a cobrança de mensalidades em valores diferentes para calouros e veteranos de um mesmo curso.

Contudo, às fls. 199, nota-se que o acórdão recorrido foi proferido sob a vigência da Medida Provisória n. 2.173-24, 23.08.2001 (cuja edição originária era a Medida Provisória n. 1.930, 29.11.1999), que havia alterado o art. 1º, da Lei n. 9.870/1999, dispondo que a redação do § 3º do referido artigo seria a seguinte: “Poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico.”

Referida planilha de custo, a qual aludia a antiga redação do § 3º do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999, deveria ser apresentada conforme o modelo estabelecido pelo Decreto n. 3.274, de 06 de dezembro de 1999.

Assim, quando da prolatação do acórdão recorrido realmente era possível que o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar tivesse por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior, acrescida do valor proporcional da variação de custos a título de pessoal e de custeio, desde que o estabelecimento de ensino comprovasse tal variação mediante apresentação de planilha de custo, nos moldes do Decreto n. 3.274/1999.

Contudo, neste processo, observa-se que tanto a sentença como o acórdão recorrido são omissos em relação à existência de comprovação pela recorrida da variação de custos a título de pessoal e de custeio – mediante apresentação de planilha de custo em conformidade com o modelo estabelecido pelo Decreto n. 3.274/1999 –, que pudesse autorizá-la a cobrar mensalidades em valores diferentes para calouros e veteranos de um mesmo curso.

Nessa linha de entendimento, segundo o contorno fático delineado pelo acórdão recorrido e pela sentença, como a recorrida não comprovou a variação de custos a título de pessoal e de custeio, o valor da mensalidade a ser cobrada dos calouros deveria ficar limitado à forma de fixação prevista no § 1º, do art.

1º, da Lei n. 9.870/1999, pelo que o acórdão recorrido, assim não entendendo, acabou por violá-lo.

Por fim, vale ressaltar também, que a cobrança das mensalidades dos alunos do mesmo curso só atenderá ao princípio constitucional da isonomia se não houver distinção entre o valor cobrado dos calouros e o dos veteranos.

Forte em tais razões, *conheço* do presente recurso especial e *dou-lhe provimento*, para, reformando o acórdão recorrido, julgar procedentes os pedidos deduzidos na ação movida pelos recorrentes em face da recorrida, determinando que o valor das mensalidades devidas pelos recorrentes fique limitado à forma de fixação prevista no § 1º, do art. 1º, da Lei n. 9.870/1999. Determino, ainda, a devolução aos recorrentes de qualquer quantia cobrada em desconformidade com a forma aqui estabelecida, com acréscimo de correção monetária pelo IPCA, com termo inicial de acordo com a Súmula n. 43-STJ, e juros moratórios à taxa legal, com termo inicial de acordo com a Súmula n. 54-STJ, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Em razão da sucumbência, condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que alunos do curso de Direito mantido pela Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, Campus Chapecó, pagam mensalidades diferenciadas: maiores para os que o iniciam, gradativamente menores para os demais à medida que avançam no curso.

Os autores da ação, dizendo pagar mais do que alunos que cursam semestres posteriores, não se conformaram com isso, e pediram tratamento isonômico (fls. 02/19).

A MM. Juíza de Direito Dra. Rosane Portella Wolff, reportando-se ao art. 1º da Medida Provisória n. 1.930, de 1999, julgou improcedente o pedido, destacando-se na sentença os seguintes trechos:

Principalmente por se tratar de uma Faculdade de Direito, é importante frisar que anualmente é preciso renovar o acervo da biblioteca, comprando livros sobre novos assuntos e atualizar os volumes já existentes, além de investir na qualidade do corpo docente da faculdade e na melhoria nas condições de ensino a serem oferecidas.



Aproveitando o raciocínio, os alunos que estão na iminência de se formar não gozarão ou aproveitarão das mesmas condições que os ‘calouros’ irão aproveitar nos próximos cinco anos e meio, condições estas que abrangem o acervo dos alfarrábios jurídicos, a melhoria da infra-estrutura, a melhoria da qualidade do ensino que é oferecido ano após ano, entre outras circunstâncias que legitimam a diferença do valor do crédito das mensalidades entre os acadêmicos das diversas fases do mesmo curso (fl. 132).

O tribunal *a quo* manteve a sentença, seja porque a cobrança diferenciada nas mensalidades escolares em função do período cursado não afronta o art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.870, de 1999, na redação dada pela Medida Provisória n. 1.930, de 1999, seja porque está autorizado pelo art. 207 da Constituição Federal (*autonomia universitária*), seja porque não contraria o art. 206, I, do texto básico (fls. 192/202).

Seguiram-se embargos de declaração (fls. 219/222), rejeitados (fls. 229/233), bem como recurso especial, com base no art. 105, inc. III, letra **a** (fl. 258), da Constituição Federal, por violação do “art. 1º da Lei n. 9.870/1999, com os acréscimos introduzidos pela Medida Provisória n. 1.930/1999” (fl. 263) – cuja redação é a seguinte:

Art. 1º - O valor das anuidades ou semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio ou superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou responsável.

§ 1º - O valor anual ou semestral referido no caput deste artigo deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo.

§ 2º - (vetado)

§ 3º - Poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico.

§ 4º - A planilha de que trata o parágrafo anterior será editada em ato do Poder Executivo (fl. 258).

Data venia, as aludidas normas legais nada tem a ver com a espécie, dizendo respeito exatamente ao inverso dela.

Enquanto aqui se ataca o decréscimo das mensalidades escolares à medida que o aluno avança no curso, os parágrafos do art. 1º da Lei n. 9.870, de

1999, com as alterações da Medida Provisória n. 1.930, de 1999, controla o aumento das mensalidades para impedir que o respectivo valor seja majorado arbitrariamente.

A norma legal, portanto, foi mal aplicada.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para expungir do julgado o fundamento infraconstitucional.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de recurso especial interposto por *Ademar de Oliveira* e outros, com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de distinção entre o valor das mensalidades cobradas entre alunos do curso de Direito da Fundação Educacional Unificada do Oeste de Santa Catarina - Unoesc, ora recorrida, que cursam períodos distintos.

Sustentam os recorrentes que o acórdão violou aos parágrafos 1º, 3º e 4º, do artigo 1º, da Lei n. 9.870/1999, (Lei das Mensalidades Escolares).

Ao contrário do que foi preconizado pelo tribunal estadual, a eminente Ministra Nancy Andrighi, relatora do feito, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, por entender que "... quando da prolatação do acórdão recorrido realmente era possível que o valor da mensalidade para vigor a partir do início de determinado ano ou semestre escolar tivesse por base a última mensalidade cobrada no ano ou semestre escolar imediatamente anterior, acrescida do valor proporcional da variação de custos a título de pessoal e de custeio, desde que o estabelecimento de ensino comprovasse tal variação mediante apresentação de planilha de custo, nos moldes do Decreto n. 3.274/1999. Contudo, neste processo, observa-se que tanto a sentença como o acórdão recorrido são omissos em relação à existência de comprovação pela recorrida da variação de custos a título de pessoal e de custeio (...) que pudesse autorizá-la a cobrar mensalidades em valores diferentes para calouros e veteranos de um mesmo curso."

Concluindo, também, pelo conhecimento e provimento do recurso, porém por outro raciocínio, o ilustre Ministro Ari Pargendler entendeu que:

Data venia, as aludidas normas legais nada tem a ver com a espécie, dizendo respeito exatamente ao inverso dela.

Enquanto aqui se ataca o decréscimo das mensalidades escolares à medida que o aluno avança no curso, os parágrafos do artigo 1º da Lei n. 9.870, de 1999,



com as alterações da Medida Provisória n. 1.930, de 1999, controla o aumento das mensalidades para impedir que o respectivo valor seja majorado arbitrariamente.

A norma legal, portanto, foi mal aplicada.

Solicitei vista para melhor examinar a matéria.

Com efeito, o que buscam os recorrentes é o malferimento da isonomia entre alunos do mesmo Curso de Direito, de uma mesma Universidade.

Sob esse prisma, no caso em exame, não há que se questionar ou verificar se a recorrida podia ou não aumentar as mensalidades do curso para somente os 'calouros', mas analisar-se se há malferimento ao princípio fundamental da isonomia, ao permitir que haja um decréscimo das mensalidades no evoluir do curso. E, na hipótese, como julgado pelas instâncias ordinárias, não há como se avaliar a legalidade de diferenciação das mensalidades, pelas normas aplicadas.

Nessa linha de pensamento, acompanho a parte dispositiva dos votos anteriores, porém pelos fundamentos do voto do ilustre Ministro Ari.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 695.000-RJ (2004/0146745-1)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: Sport e Lazer IV Centenário S/A

Advogado: Alexandre J. Selva Carneiro Monteiro

Recorrido: Sandro Rogério de Resende Carapiá

Advogado: Felipe Rodrigues Cardozo e outros

Interes.: Ricardo Batelli do Amaral

Advogado: João Felipe B. C. Vianna e outro

EMENTA

Ação de indenização. Agressão em casa noturna. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Julgamento *extra petita*. Honorários de advogado.

1. Há relação de consumo entre o cliente e a casa noturna.
2. Desnecessário enfrentar a questão da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor quando o pedido veio

também amparado na responsabilidade subjetiva e as instâncias ordinárias identificaram a negligência da casa noturna que ensejou o ato lesivo.

3. A valoração da prova diz com o erro de direito quanto ao valor de determinada prova, abstratamente considerada, não sendo o caso dos autos em que houve exame detalhado de todas as provas produzidas, incluída a pericial, sendo certo que o fato de testemunhas terem amizade com o autor por si só não as desqualifica quando se sabe que também estavam no local em que ocorreu o evento danoso.

4. Não existe decisão *extra petita* quando o pedido, embora sem a melhor técnica, menciona a perda da capacidade profissional da vítima, reconhecida nas instâncias ordinárias.

5. A exclusão do pedido de lucros cessantes justifica o reconhecimento da sucumbência recíproca, não se podendo falar em decaimento mínimo, aplicando-se o art. 21 do Código de Processo Civil com a redução do percentual sobre o valor da condenação.

6. Recurso especial conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler. Sustentou oralmente o Dr. Eduardo Lessa Bastos, pelo recorrido.

Brasília (DF), 03 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 21.05.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Sport & Lazer IV Centenário S.A. interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:



Responsabilidade civil.

Relação de consumo.

Responsabilidade objetiva.

Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Despersonalização da pessoa jurídica.

Parágrafo 5º do artigo 28 do diploma consumerista.

Prestação de serviço.

Boate.

Dever de observar a segurança mínima do consumidor no interior do recinto.

Consumidor que sofre agressões graves dentro de boate, praticadas por lutadores de lutas marciais que são frequentadores assíduos naquele local.

Omissão na segurança prestada.

Traumatismo craniano na vítima, ocorrência de seqüelas.

Testemunha.

Suspeição.

Ausência de motivo que justifique a negativa da oitiva de testemunha que participou do evento.

Juiz destinatário das provas.

Não havendo motivo que justifique a negativa da oitiva de testemunha que participou do fato, agiu bem o juízo ao indeferir a pretensão de suspeição imotivada, já que este é o destinatário das provas, sendo certo que o convencimento monocrático se forma a partir do conjunto probatório.

O fornecedor de serviços responde objetivamente pela omissão na segurança prestada ao consumidor no interior da boate, devendo reparar os danos decorrentes do evento, já que não comprovada a culpa exclusiva da vítima.

Deve o magistrado reconhecer a despersonalização da pessoa jurídica quando vislumbrar possibilidade de que o consumidor não seja ressarcido, nos termos do disposto no parágrafo 5º do artigo 28.

Cabe ao juiz avaliar livremente o *quantum* indenizatório do dano moral, aquele de acordo com o sofrimento de quem o postula, este com a deformidade física sofrida pela vítima, de forma que os valores estabelecidos não sirvam de enriquecimento, mas que apenas venham confortar a dor, a tristeza e a humilhação.

O critério de fixação da verba indenizatória a título de danos morais, não pode ser indexada ao salário mínimo por ferir disposição constitucional expressa.

Diante da ocorrência de lesões indenizáveis, de acordo com o laudo pericial, não tendo a vítima comprovado efetivamente os ganhos tidos com sua atividade laborativa, a pensão deve ser fixada em um salário mínimo, de acordo com a firme jurisprudência dos Tribunais.

Os critérios de sucumbência são objetivamente definidos em lei, não havendo que se falar em reciprocidade quando a parte decai em parte mínima.

Preliminar rejeitada.

Recursos improvidos (fls. 787 a 789).

Opostos embargos de declaração (fls. 815 a 825), foram procedentes em parte (fls. 828 a 834), assim ementado:

Embargos de declaração.

Correção monetária.

Incidência.

Citação válida.

Omissão suprida.

Pré-questionamento.

Enfrentamento expresso dos dispositivos legais e constitucionais suscitados.

Irrelevância.

Discussão da matéria de fundo.

Embargos procedentes em parte (fl. 828).

Sustenta a recorrente violação do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que não foram sanadas as omissões do julgado recorrido, mesmo depois de interpostos embargos declaratórios.

Alega negativa de vigência do artigo 405, § 3º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que “deveria ser declarada a suspeição das testemunhas ouvidas a fls. 637/638, ante ao indiscutível laço de amizade íntima existente entre elas e o recorrido” (fl. 839).

Aduz contrariedade aos artigos 6º, inciso I, e 14, *caput*, § 1º, do Código de Processo Civil e 159 e 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916 (artigos 186, 927 e 932, inciso III, do Código Civil de 2002), tendo em vista que “os restaurantes, bares ou quaisquer outras casas comerciais não podem ser consideradas responsáveis, porque um dos seus clientes resolveu agredir o outro. Não hánexo causal e a ausência de culpa é manifesta” (fl. 842), que “não houve ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência de sua parte, nem de



seus empregados, no evento em questão” (fl. 842) e que “os danos sofridos pelo recorrido não decorreram da relação de consumo entre ele e a recorrente, mas, tão somente, da ação e reação manifestada, exclusivamente, por dois grupos de clientes, sobre os quais a recorrente não tem controle, nem comando” (fl. 843).

Sustenta violação dos artigos 131, 332, 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil, pois “o v. aresto recorrido incorreu em manifesta valoração equivocada das provas carreadas nestes autos” (fl. 847).

Argumenta excesso na indenização por dano moral, que, se mantida, acarretará o enriquecimento sem causa do recorrido.

Aduz negativa de vigência dos artigos 1.539 do Código Civil de 1916 (artigo 950 do Código Civil de 2002) e 460 do Código de Processo Civil, uma vez que “o v. acórdão recorrido condenou a recorrente e seu litisconsorte no pagamento mensal ao recorrido de pensão equivalente a 1 salário mínimo. Ocorre que tal pensão não foi objeto do pedido do recorrido” (fls. 850/851).

Assevera ofensa aos artigos 20, § 3º, e 21 do Código de Processo Civil, haja vista que inegável a “sucumbência recíproca das partes” (fl. 859) e que “não se justifica no caso a fixação dos honorários sucumbenciais em seu percentual máximo. A natureza da causa e o trabalho realizado pelos advogados não demandaram esforços incomuns, nem pesquisas laboriosas, nem, tampouco, tempo excessivo, para o serviço, já que não é complexa a matéria tratada nesta ação” (fl. 861).

Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 895 a 954), o recurso especial (fls. 836 a 862) não foi admitido (fls. 969 a 972), tendo seguimento por força de agravo de instrumento provido (fls. 673 a 675-apenso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrido ajuizou ação ordinária de indenização alegando que no dia 26 de abril de 1996 “o Autor, juntamente com outros amigos, resolveu comemorar o seu aniversário naquela casa noturna (Resumo da Ópera), não estando os mesmos cientes dos perigos que estavam correndo pela quantidade de maus elementos ali presentes, assim como pela convivência da própria administração da casa com esses ‘lutadores da morte’” (fl. 4). Prossegue a inicial narrando que o “Autor se encontrava no bar da referida boate, juntamente com seus amigos, Srs. Marcelo Navarrias Carapiá e Flávio Luis

de Carvalho, quando resolveu dançar” (fl. 5). Ao descer as escadas dirigindo-se à pista de dança, “sem mais nem porque, foi violentamente agredido por um dos lutadores de ‘Jiu-Jitsu’, com uma ‘gravata’ por trás (na terminologia do esporte ‘Mata Leão’), e quando estava prestes a perder os sentidos pela falta de respiração e circulação no cérebro, foi violentamente agredido por um soco, desferido por um dos lutadores (que usava soco inglês) vindo a desfalecer, sendo em seguida, segundo os testemunhos, brutalmente chutado por cinco ou seis integrantes do bando ‘armado’, por vários minutos” (fl. 5), tudo se passando sem que houvesse qualquer intervenção dos “fiscais de salão”, que somente intervieram “quando a carnificina já tinha sido interrompida por outros freqüentadores, incluindo os amigos do Autor, que, por tentarem apartar, também sofreram agressões violentas” (fl. 5).

A sentença julgou procedente, em parte, o pedido para condenar “os réus de forma solidária, ao pagamento ao autor das verbas referentes aos danos materiais e morais como anteriormente descritos, em itens 18 e 20, como acima descrito, sendo que em relação aos danos materiais, mister se fará, em relação ao reembolso das parcelas, execução nos termos do art. 604 do CPC” (fl. 676), e, com relação ao pagamento das pensões, “mister se fará liquidação da sentença por arbitramento, após o trânsito em julgado desta” (fl. 676). Finalmente, afirmou a sentença que a liquidação dos danos morais “se fará nos termos do art. 604 do CPC” (fl. 676).

Os embargos de declaração foram recebidos com efeitos infringentes para presumir rendimentos de um salário mínimo e mandar fazer a liquidação por artigos.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao agravo retido e às apelações, alterando, porém, o critério de fixação dos danos morais para determinar a importância de R\$ 400.000,00. O Tribunal local negou provimento ao agravo retido interposto pela empresa ré afirmando que o Juiz não se apoiou “exclusivamente no testemunho alegado suspeito para formar o seu convencimento, valorando todo o conteúdo probatório dos autos, bem assim, tendo devidamente fundamentado seu entendimento através da decisão de fls. 667” (fl. 791). Asseverou o acórdão que “o fato de testemunhas serem amigas da vítima não as tornam suspeitas para deporem em juízo, sendo relevante que, na hipótese, as testemunhas estavam envolvidas no incidente e, por isso, foram ouvidas como testemunhas de viso, no que tange ao desenrolar dos fatos ocorridos no recinto” (fl. 791). No mérito, reconhece que há relação de consumo e que a empresa deve garantir a incolumidade de seus clientes enquanto no interior do estabelecimento. No caso, de acordo com a prova dos autos, o acórdão afirmou



que a “Apelada negligenciou em seu dever de cuidado, no que tange a segurança a ser mantida na boate, o que era indiscutivelmente de sua responsabilidade” (fl. 803). Prossegue o acórdão dizendo que “não foi comprovado pelos Réus a culpa exclusiva da vítima no desenrolar do evento, como excludente da responsabilidade, ao contrário, sendo evidenciado através das várias reportagens trazidas à colação, bem assim, das demais provas instrutórias dos autos, que havia certa valoração pela frequência de praticantes de lutas marciais naquele estabelecimento, o que justificaria ainda mais a observância da segurança no recinto” (fls. 803/804). Sobre a responsabilidade do segundo réu, disse o acórdão que há previsão no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, para o Tribunal de origem, “comprovada a responsabilidade indenizatória e ainda, tendo a prova pericial concluído pelo nexo de causalidade entre os fatos ocorridos e o dano causado ao Autor, passa-se à análise das verbas indenizatórias” (fl. 807). Em seguida, rechaçou a alegação de julgamento *extra petita* “por ter a sentença condenado os Réus, solidariamente, ao pagamento de pensão mensal equivalente a um salário mínimo ao Autor, tendo em vista que os lucros cessantes fizeram parte do pedido inicialmente por ele formulado e, no caso, o laudo pericial concluiu pela presença de lesões definitivas, com redução da capacidade profissional do Autor, desta forma, não sendo possível provar os efetivos ganhos, já pacificou a jurisprudência dos Tribunais que esta pensão deve ser fixada com base em um salário mínimo” (fl. 808). Sobre o valor do dano moral, o acórdão levou em consideração a idade do autor na época, 29 anos, e a repercussão do acontecido em sua vida, incluída “a declaração médica de atendimento clínico devido aos graves danos psicológicos e neurológicos decorrentes do acidente (fls. 302/311), sendo enfocado no laudo pericial que houve risco de vida para o Autor em decorrência das lesões sofridas, com o traumatismo craniano, andou bem a sentença ao fixar o *quantum* indenizatório em valor equivalente a 2000 (dois mil) salários mínimos” (fls. 811/812). Ocorre que a vedação de fixar o valor da indenização em salários mínimos impõe a sua conversão, daí fixar-se a importância de R\$ 400.000,00, “equivalentes a 2.000 salários mínimos, à época, devidamente corrigido” (fl. 812). Por fim, considerou que não há sucumbência recíproca, porquanto o autor decaiu de parte mínima.

Os embargos declaratórios foram recebidos para que a correção monetária corra da citação válida.

O especial começa alegando que violado o art. 535 do Código de Processo Civil. Mas violação não há. O aresto contém fundamentos suficientes para ensejar a apreciação do recurso nesta Corte sem óbice de prequestionamento.

Depois, apresenta violação do art. 405, § 3º, do Código de Processo Civil no tocante ao agravo retido interposto oralmente na audiência no que se refere às testemunhas considerando os laços de amizade com a vítima. Mas sem razão alguma. É que o fato da amizade existente entre testemunha e vítima não pode, por si só, desqualificar o depoimento, nem, no caso, o depoimento da testemunha contraditada foi o apoio exclusivo da sentença para impor a condenação, como bem posto no acórdão.

Em seguida, procura afastar a aplicação da Súmula n. 7 da Corte para afirmar que *“a elevadíssima condenação imposta à recorrente e seu litisconsorte acarretou a afronta de diversos dispositivos legais, ultrapassou os limites traçados pelo e. STJ, e revelou ofuscante equívoco na valoração jurídica das provas produzidas no caso, o que levou o v. aresto recorrido a arbitrar a indenização em danos morais na vultosa quantia de R\$ 400.000,00, a ser corrigida desde a citação (fls. 831 a 834), o que, nesta data, elevaria essa importância a R\$ 565.352,20, acrescida dos danos materiais e pensão de 1 (hum) salário mínimo”* (fl. 840). Houve, segundo a empresa recorrente, aumento da condenação em quase 50% do valor fixado na sentença, deixando de considerar a orientação desta Corte sobre a necessidade de moderação no valor da indenização por dano moral.

Por outro lado, procura demonstrar que não houve culpa da empresa ré ao argumento de que o autor da ação não foi agredido por nenhum empregado e que foram os fiscais da empresa “que o protegeram e apartaram a briga em que ele e seus amigos se envolveram com outro grupo de freqüentadores no estabelecimento dela. O recorrido jamais acusou qualquer empregado da recorrente de tê-lo agredido e a prova dos autos confirma isso, a toda evidência” (fls. 841/842). Procura o especial afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor afirmando não ser o caso de responsabilidade objetiva “porque os danos sofridos não resultaram da relação de consumo entre a recorrente e o recorrido, mas, tão somente, da ação e reação manifestada, exclusivamente, por dois grupos de consumidores, o do próprio recorrido e amigos dele, de um lado e, de outro, o dos seus adversários” (fl. 842). Ademais, afirma que a “recorrente não ofereceu um produto com defeito aos consumidores. Ela não é firma de segurança que se obriga a prestá-la ao seu contratante, nem agência bancária que promete segurança aos valores nela depositados. As informações insuficientes ou inadequadas sobre fruição de riscos e o fornecimento de segurança, a que aludem o art. 14, *caput*, e § 1º do CDC, logicamente, dizem respeito aos produtos oferecidos pelo construtor, transportador e outros, que vendem embutidos nos seus serviços a proteção contra riscos, o que não é o caso das casas noturnas” (fl. 843). Argumenta a recorrente que “por todos os motivos de lógica e bom senso,



não se pode invocar o instituto da responsabilidade objetiva em relação às boates ou restaurantes, quanto à garantia de total e irrestrita proteção aos seus clientes, contra agressões de outros clientes, uma vez que, na maioria das vezes, as brigas ocorrem em frações de segundos” (fl. 844).

Ainda nesse capítulo, a recorrente sustenta ter ficado claro, “mediante a realização de prova oral, e a partir do depoimento de testemunhas, que (a) foi o recorrido quem deu início à briga, desferindo um soco em um de seus agressores, não se sabe se por causa da disputa por um copo ou se em virtude da reação a obsceno assédio do recorrido à namorada de um deles (fls. 68vº), quando, então, começou a rixa, com o instantâneo conflito de amigos de ambas as partes, e que (b) a recorrente, através de seus empregados tomou todas as medidas possíveis para dissipar o conflito, separando os contendores e dando saída aos feridos, o v. aresto recorrido entendeu pela responsabilidade da recorrente e de seu litisconsorte no evento” (fl. 845).

Examinando primeiro a questão da responsabilidade.

Não tenho dúvida de que as casas noturnas enquadram-se no Código de Defesa do Consumidor quando prestam seus serviços. Há evidente relação de consumo entre o cliente e casa noturna. Não se trata de configurar a intenção do cliente que não frequenta o estabelecimento destinado ao lazer para brigar, mas, apenas, “conversar, dançar, namorar, se encontrar, fazer amigos e se conhecer” (fl. 843). Nem, por outro lado, é possível acolher a afirmação de que o “recorrido não entrou no estabelecimento da recorrente procurando segurança pessoal, ou proteção contra eventuais riscos, previstos e imprevisos, nem tampouco a recorrente, ou qualquer casa noturna do gênero, por seu turno, têm meios de garantir proteção pessoal infalível e absoluta” (fl. 843). De fato, a realidade é outra. O cliente da casa noturna, sem dúvida, ali não está para buscar proteção ou segurança pessoal. Todavia, incumbe ao estabelecimento oferecer aos clientes condições para que ele possa divertir-se com tranquilidade e segurança, cuidando de manter fiscalização adequada e eficiente para que esse objetivo seja alcançado. A relação de consumo não se afere aqui na perspectiva pretendida pela recorrente, qual seja, a de que os danos sofridos pelo recorrido não decorreram da relação de consumo entre ele e a recorrente. Ao contrário, a relação de consumo está exatamente na natureza do serviço prestado, isto é, no oferecimento de condições para que o consumidor que lá se encontra possa desfrutar do serviço de diversão oferecido pela casa noturna com proteção, com segurança. Isso quer dizer, pelo menos na minha compreensão, que na relação de consumo entre a casa noturna e o consumidor, aquela garante que este possa divertir-se sem ser atropelado por incidente que gere dano capaz de prejudicar-lhe a integridade física.

Ademais, veja-se que o acórdão, embora tenha adotado raciocínio de pôr a responsabilidade no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, cuidou de asseverar que houve negligência do estabelecimento, seja pela existência de superlotação, seja pela deficiência do sistema de segurança dos frequentadores, com número reduzido de agentes de segurança e mau desempenho desses fiscais no curso do evento, deixando bem claro “que a Apelada negligenciou em seu dever de cuidado, no que tange a segurança a ser mantida na boate, o que era indiscutivelmente de sua responsabilidade” (fl. 803). Com isso, admitida a negligência da ré, embora tenha considerado a responsabilidade objetiva, o fato é que examinou também a sua culpa, a tanto equivale a identificação de que houve negligência no agir do estabelecimento. Veja-se, ainda, que o acórdão completou seu raciocínio com a afirmação que não foi “evidenciado através das várias reportagens trazidas à colação, bem assim, das demais provas instrutórias dos autos, que havia certa valoração pela frequência de praticantes de lutas marciais naquele estabelecimento, o que justificaria ainda mais a observância da segurança no recinto” (fls. 803/804). Anote-se que a sentença, mantida pelo acórdão na identificação da responsabilidade, tratou de mostrar que não se desafiava a responsabilidade objetiva, “mas sim de responsabilidade tanto no aspecto cível quanto no aspecto do fornecimento de serviços de má qualidade aos consumidores pela má condução dos negócios, má condução esta que resulta clara em manter um espaço aonde se concentram pessoas problemáticas, estimular esta concentração e não providenciar nenhum sistema ou esquema de segurança, para evitar ocorrência de danos a terceiros, como cuidam os presentes autos” (fl. 674).

O especial não descurou dessa parte atinente à responsabilidade, nos termos do art. 159 do antigo Código Civil. Na verdade, destacou capítulo específico para afirmar, dentre outros pontos, que a recorrente “não era uma casa com ringues de luta onde se praticassem esportes perigosos ou outras atividades de risco. Ao invés disso, ela se dirigia ao público jovem de boa educação da zona sul carioca” (fl. 845), daí que afastava os artigos 6º, I, e 14 e § 1º do Código de Defesa do Consumidor, que teriam sido manifestamente transgredidos no caso, embora, apesar disso, possuísse “empregados, impropriamente chamados de seguranças, que, na realidade, eram meros fiscais, contratados para proteger o patrimônio do próprio estabelecimento, orientar clientes, evitar excessos eventuais de frequentadores, ou prestar-lhes algum auxílio. Esses fiscais não eram um exército treinado para enfrentar lutadores, nem foram contratados para arriscarem sua integridade física, muito menos estavam obrigados a obter êxito em conflitos corporais, nos quais podem, sem dúvida, sair feridos e machucados, sem conseguirem dominar a situação, num completo fracasso. Realmente não



haveria obrigação de resultado” (fl. 845). E, mais adiante, assevera que os “fiscais da recorrente separaram, sim, a briga, com eficiência, e o mais rápido possível. No entanto, foi impraticável aos fiscais chegarem, instantaneamente, ao ponto da rixa. Não é preciso dizer que uma briga se desenvolve em poucos segundos. Alguns socos e chutes desferidos rapidamente já podem causar severos danos. Um dos amigos do recorrido, *Alexandre Medeiros Silveira*, ressaltou, em seu próprio depoimento, a fls. 73, que sequer chegou a ver o conflito, mas somente um tumulto, apenas porque estava um pouco afastado” (fl. 846). Daí concluir que não se podia exigir outra conduta da recorrente e de seus empregados, não podendo ser responsável o estabelecimento “pelas ações voluntárias e inesperadas de outrem contra terceiro. Ela não tem culpa se um de seus clientes resolve agredir o outro. A culpa é do agressor e não do estabelecimento ou do seu dono. Não há meios de se evitar uma agressão, que se desenvolve em frações de segundos. Só há como se tentar interromper a briga, que foi no caso efetivamente debelada pelos empregados da recorrente” (fl. 846). Por isso é que a recorrente repudia a negligência, a imprudência ou imperícia.

Com esse raciocínio no domínio da responsabilidade com base na culpa é que o recurso avança sobre a valoração da prova.

O que está bem explanado, embora não creio deva ser acolhida, é a defesa da empresa recorrente sobre a ausência de sua responsabilidade diante da falta de negligência, imperícia ou imprudência. E assim é pelo só fato de que as instâncias ordinárias construíram os julgados respectivos com o exame da prova produzida, apesar de o acórdão ter ingressado também no campo da responsabilidade objetiva. E, com todo respeito aos bem fundados argumentos sobre valoração da prova, disso aqui não se trata estando nítido que a pretensão esbarra nesse ponto no reexame dos fatos e das provas. Para acrescer essa convicção já bem arrimada, vale lembrar que o especial conclui o raciocínio nessa parte afirmando que, “em vista das conclusões das provas oral, documental, médica e contábil, bem como considerando a possibilidade de o e. STJ, em casos como o de que aqui se cuida, conhecer da matéria relativa a valoração jurídica das provas, é inequívoco que foram violados, no particular, os arts. 131, 332, 333, I e II, do CPC” (fl. 850). Como sabido, e está na jurisprudência da Corte, a valoração da prova concerne “ao erro de direito quanto ao valor de determinada prova, abstratamente considerada”, o que não é o caso (REsp n. 431.255-MT, Terceira Turma, Relator o Ministro *Castro Filho*, DJ de 12.05.2003; REsp n. 191.431-RJ, Quarta Turma, Relator o Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ de 15.04.2002; REsp n. 525.712-RS, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 29.03.2004; REsp n. 626.652-MT, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 17.10.2005).

Passa o especial em seguida a desafiar o tema da decisão *extra petita*. O argumento é que o pedido foi posto relativamente aos lucros cessantes e danos emergentes, não postulando o autor pensão mensal correspondente ao trabalho para o qual ficou inabilitado.

Vamos à leitura da inicial. O autor, na conclusão, pediu que “sejam citados os Réus, o segundo para que tome ciência da ação, e, querendo, conteste a presente, e que, conforme o permissivo do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, responda pela indenização no caso de a primeira Ré de alguma forma deixar de proceder ao ressarcimento dos danos causados. Requer, ainda, seja julgada procedente a presente ação, afim de que seja o Réu condenado ao pagamento das indenizações devidas, considerando-se os danos à vida de relação, os lucros cessantes e os danos morais sofridos pelo Autor” (fls. 30/31). O autor, na petição, identificou os danos. Vejamo-los como descritos.

Quanto aos lucros cessantes, disse o autor que a medicação utilizada “causa forte sonolência, o que impede o seu usuário de dirigir veículos automotores. Ocorre que, como parte de suas atividades profissionais, o Autor utilizava-se de seu veículo para locomover-se por toda a cidade e suas redondezas, possibilitando a visita a clientes, necessárias à aprovação de orçamentos, *layouts*, campanhas, etc.” (fls. 17/18). Mostra, então, que houve drástica perda de receita durante o período de convalescença, afirmando, ao final, que são “inequívocas e comprovadas as enormes perdas materiais sofridas pelo Autor em função do descaso da empresa ré com a segurança oferecida a seus clientes” (fl. 20).

Quanto ao dano à vida de relação, diz o autor na inicial que aqui “leva-se também em consideração o indivíduo em relação à sociedade, ou seja, o indivíduo em relação à sua eficiência social, aqui compreendidas não só suas atividades profissionais, mas também as ocupações marginais por ele desenvolvidas fora de seu ambiente de trabalho, suas manifestações intelectuais estranhas ao labor específico” (fl. 23). No caso, assinala o autor, publicitário, que a medicação reduziu “sua capacidade de lazer e diversão, visto que dormia mais de doze horas por dia, assim como era impedido de participar de coquetéis (eventos obrigatórios à sua profissão) e festas” (fl. 23), e que “possui fobias de lugares públicos, passando a ter receio, inclusive, de sair à rua sozinho, tudo após aquela fatídica noite na casa noturna Resumo da Ópera” (fl. 23). Finaliza esse tópico dizendo que “os danos que lhe foram impingidos tiveram reflexo em sua vida laborativa, extralaborativa, assim como em sua vida pessoal e espiritual, danos estes agravados pela omissão de socorro imediato da vítima pelos representantes da Boate Resumo da Ópera, que afetou-lhe seriamente as funções cerebrais pelo retardamento do próprio socorro” (fl. 24).



Quanto ao dano emergente, afirmou a inicial que o autor ficou sem trabalhar durante mais de um ano, comprovando despesas no valor de R\$ 780,00 referentes exclusivamente aos gastos com tratamento psicológico. Ademais, em posterior esclarecimento, como indicado no próprio recurso, o autor disse “que sua pretensão indenizatória refere-se ao ressarcimento pelos lucros cessantes relativos ao período não trabalhado e à diminuição da capacidade laborativa, pelo dano emergente representado pelas despesas incorridas e pelos danos morais sofridos” (fl. 851).

O Juiz impôs o dano material com o reembolso das despesas comprovadas, pagamento de pensão equivalente a 10% da média dos ganhos líquidos do autor, nos termos da tabela apresentada pelo perito, afinal corrigido nos embargos de declaração pela presunção no equivalente a um salário mínimo, e dano moral no equivalente a 2.000 salários mínimos. O pedido em torno de lucros cessantes foi indeferido. O acórdão disse que havia pedido de lucros cessantes e, ainda, que o laudo pericial “concluiu pela presença de lesões definitivas, com redução da capacidade profissional do Autor” (fl. 808), com o que, “não sendo possível provar os efetivos ganhos, já pacificou a jurisprudência dos Tribunais que esta pensão deve ser fixada com base em um salário mínimo” (fl. 808).

Evidentemente andou mal o acórdão quando vinculou a pensão também ao pedido de lucros cessantes. É que, como vimos antes, os lucros cessantes foram indeferidos e a apelação foi desprovida. Assim, não há como considerar a pensão englobada no pedido de lucros cessantes. Mas não é esse fundamento equivocado que autoriza o conhecimento do especial. É preciso avaliar se o pedido feito na inicial não comportaria a fixação da indenização por danos materiais sob a forma de pensão. É o que passo a examinar.

Tenho convicção firmada no sentido de que para aferir se há julgamento *extra petita* não basta apenas olhar o pedido final. É necessário considerar o conteúdo da petição inicial. É certo que a melhor técnica recomenda que a inicial discrimine os pedidos feitos pela parte autora. Mas, como sabemos, a ausência de melhor técnica não pode acarretar prejuízo à parte autora. Por essa razão é que se deve considerar o raciocínio desenvolvido na inicial e o alcance da pretensão para saber se está incluído o pedido que se aponta de fora.

É o que ocorre neste caso. Como a própria empresa recorrente assinalou, a pretensão indenizatória refere-se também à perda da capacidade laborativa, o que seria suficiente para justificar a condenação no pagamento de pensão.

Mas, além disso, que também foi considerado pelo acórdão, o pedido alcançou o que chamou de dano à vida de relação. Esse tipo de dano está

relacionado com o que a doutrina francesa denomina de *préjudice d'agrément*, estudado por *Geneviève Geney* e *Patrice Jourdan*, que engloba “as satisfações que o lesado podia normalmente usufruir da vida antes do acidente”, isto é, “tudo o aquilo que em decorrência da lesão a vítima tenha deixado de desfrutar” (*Carlos Alberto Menezes Direito* e *Sérgio Cavalieri*, *Comentários ao Código Civil, Forense*, Vol. XIII, 1ª ed., 2004, p. 422). Trata-se, assim, de uma busca da reparação integral, alcançando todos os bens materiais e imateriais que o lesado possuía antes do evento danoso.

Ora, na minha compreensão, a referência à perda da capacidade de trabalho, que foi reconhecida pelo acórdão quando afirma que o “laudo pericial concluiu pela presença de lesões definitivas, com redução da capacidade profissional do Autor” (fl. 808), e pela sentença, nesta última expressamente mencionada quando afirma que a perícia a identificou “por sua sobrevida” (fl. 674), e que consta da inicial e depois do acréscimo destacado pelo recurso, adicionando-se o tópico relativo ao dano à vida de relação, afasta a alegação de julgamento *extra petita*.

Em seguida, o especial combate o valor da indenização por danos morais. Mas não creio que mereça alteração. Esta Terceira Turma tem entendido que a modificação do valor somente é possível quando considerado exorbitante, absurdo, despropositado o valor fixado nas instâncias ordinárias e tal não me parece o caso. O autor foi gravemente atingido e ficou com redução definitiva da capacidade de trabalho, sem falar nas seqüelas de ordem psicológica que alcançam as vítimas desses atos lesivos. Assim, não se pode ter como abusivo o valor de R\$ 400.000,00 fixado no acórdão. Por essa razão, descarto o dissídio considerando que não há a identificação necessária do abuso no valor fixado, único caminho que esta Terceira Turma tem admitido para modificá-lo.

Finalmente, o especial aponta ofensa aos artigos 20, § 3º, e 21 do Código de Processo Civil ao argumento de que o pedido de indenização alcançou a cifra de R\$ 1.200.000,00. Aqui, com razão a parte recorrente. É que o autor decaiu da parte relativa aos lucros cessantes, o que justifica plenamente o reconhecimento da sucumbência recíproca. A sentença impôs honorários de 20% sobre o total da condenação. No entanto, isso quer dizer que não se levou em conta a improcedência do pedido relativo aos lucros cessantes considerando que foi estabelecido o máximo percentual previsto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Destarte, conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para fixar os honorários em 10% sobre o valor da condenação já considerada a sucumbência recíproca.



RECURSO ESPECIAL N. 784.127-MA (2005/0155722-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler
Recorrente: Rodobens Administração e Promoções Ltda.
Advogado: Marco Antônio Coelho Lara e outro(s)
Recorrido: Luciano Lobão
Advogados: Oscar Luís de Moraes
Gustavo Adolpho Dantas Souto
Jonilson Almeida Viana

EMENTA

Processo Civil. Embargos de declaração. Prestação jurisdicional deficiente, afrontando o art. 535, II, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrigli, Castro Filho e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator. Pelo recorrente, Dr. Pedro Bentes Pinheiro Filho, e pelo recorrido, Jonilson Almeida Viana.

Brasília (DF), 05 de setembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 18.06.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Nos autos de ação ordinária proposta por Luciano Lobão contra Rodobens Administração e Promoções Ltda. (fls. 03/14, 1º vol.), o MM. Juiz de Direito Dr. José Ribamar D'Oliveira Costa Júnior originariamente antecipou a tutela sob a cominação de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para o caso de descumprimento da decisão (fls. 44/49, 1º vol.), mas a final julgou improcedentes os pedidos (fls. 220/224, 2º vol.), tendo a sentença sido reformada pelo tribunal *a quo*, relatora a Desembargadora Cleonice Silva Freire, nos termos do acórdão assim ementado:

Apelação cível. Ação indenizatória. Consórcio. Contrato de adesão. Cláusula não compreensível e redigida de forma obscura. Impossibilidade obrigacional do consorciado. Incidência dos artigos 4º, 46 e 51 do CDC. Recurso provido. Unânime.

Resta iníqua, por ofender os artigos 4º, 46 e 51, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que é redigida de forma incompreensível e obscura, dificultando o entendimento sobre sua disposição, sendo inaplicável ao contratante de boa-fé e que pressupôs a subsistência de situação diversa da contratada (fl. 289, 2º vol.).

A parte dispositiva do voto condutor teve a seguinte redação:

Pelas razões expostas, indubitavelmente inexigível a obrigação entabulada no contrato no qual o Recorrido descumpriu o dever de informar de forma clara e compreensível, sendo por esse fator e obviamente alicerçada nas normas antes citadas, preponderante dar provimento ao apelo reconhecendo o direito do Recorrente ao resgate do valor concernente a R\$ 33.148,15 (trinta e três mil, cento e quarenta e oito reais e quinze centavos), com correção monetária desde a data em que deveria o Apelante receber o crédito exigido e juros a partir da citação, mais perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença, por arbitramento. Além disso, revigoro as *astreintes* estipuladas no juízo de base, sendo o *dies a quo* a data da contagem do primeiro dia do lapso temporal para interposição recursal sem efeito suspensivo, a atacar, possivelmente, essa decisão ou do seu trânsito em julgado nesta instância (fl. 296, 2º vol.).

As partes opuseram embargos de declaração (fls. 298/312 322/325, 2º vol.), rejeitados os de Rodobens Administração e Promoções Ltda. (fls. 316/320) e acolhidos os de Luciano Lobão, “para fixar como valor total da condenação ... a quantia de R\$ 141.860,79 (cento e quarenta e um mil, oitocentos e sessenta reais e setenta e nove centavos), com incidência de juros legais a partir da citação e correção monetária” (fls. 341/343, 2º vol.).

Rodobens Administração e Promoções Ltda. interpôs, então, recurso especial, com base no art. 105, inc. III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, por violação do art. 535 do Código de Processo Civil, bem como dos arts. 1.060 e 1.080 do Código Civil (fls. 346/382, 2º vol.).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. Os fatos reconhecidos pelo tribunal *a quo*

“Breve síntese da situação fática materializada nos presentes autos” – está dito no acórdão recorrido – “informa que no ano de 1998, o Apelante firmou



contrato de adesão com a Apelada, referente a participação em consórcio, visando à aquisição de veículo de fabricação estrangeira, a ser pago segundo a cotação do dólar.

Registre-se que o valor do bem objeto do contrato era o equivalente a R\$ 58.480,88 (cinquenta e oito mil, quatrocentos e oitenta reais e oitenta e oito centavos), que correspondia a US\$ 51.075,00 (cinquenta e um mil e setenta e cinco dólares), com plano de duração de 50 (cinquenta) meses.

Nestes termos, ao adimplir a prestação de n. 42, foi a cota do Recorrente contemplada, sendo que a Recorrida só disponibilizou quantia inferior à que o Apelante entende ser a devida, contrariando o crédito constante no próprio recibo que enviava, este no importe de R\$ 141.860,79 (cento e quarenta e um mil, oitocentos e sessenta reais e setenta e nove centavos).

Por sua vez, afirma a Recorrida ter se baseado na Cláusula de n. 7, do retrocitado contrato, que previa o preço da tabela do fabricante do veículo no dia da assembléia, sendo que “para efeito de elaboração do boleto, é feita uma previsão do preço do veículo na data da assembléia, com base no dólar; no entanto, para efeito de contemplação, o que vale é o preço de tabela do fabricante do veículo, no dia da assembléia”.

Portanto, fácil concluir que o impasse que gerou a lide em comento é o concernente ao pagamento ou não da diferença disponibilizada pela Apelada ao Apelante, mais perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento” (fl. 291/292, 2º vol.).

2. O negócio jurídico ajustado entre as partes

As partes assinaram um “contrato de participação em consórcio para aquisição de bem móvel durável” (fl. 16/18, 1º vol.), precedido de uma “proposta de admissão em consórcio”.

Pelo ajuste preliminar, Luciano Lobão propôs “sua admissão no Consórcio Rodobens, para adquirir com o respectivo crédito, o bem móvel durável caracterizado nesta proposta, comprometendo-se a cumprir rigorosamente todas as obrigações constantes do Contrato de Participação em Consórcio. O proponente, em atendimento ao disposto no inciso II, da Cláusula 25 do Contrato de Participação em Consórcio, indica antecipadamente o concessionário acima (Star Motors), para fornecer o bem a ser entregue ou intermediar o faturamento e a entrega junto ao fabricante, quando da contemplação” (fl. 18).

O contrato identificou assim o bem a ser adquirido: “um veículo novo, zero quilômetro, marca Mercedes Benz, C-180 Classic, de fabricação estrangeira”, no valor de R\$ 58.480,88 (fl. 16).

A respectiva cláusula 5ª - *a respeito da qual se controverte* - dispõe o seguinte:

Cláusula 5ª - Para efeito de determinação do crédito na data da contemplação e fixação das contribuições devidas pelos consorciados, a base de cálculo adotada será representada pelo preço do bem discriminado neste contrato, constante na Tabela de Preços fornecida pelo fabricante do bem, vigente na data da assembleia do mês.

Parágrafo único - Quando se tratar de bem de fabricação estrangeira, a base de cálculo do crédito será sempre fixada em Reais; equivalente ao valor em moeda estrangeira, conforme tabela referida nesta cláusula, observado que:

a) o valor das prestações mensais será determinado pela Administradora levando-se em conta uma variação cambial estimada na data de emissão do boleto de cobrança até a data da realização da Assembleia;

b) caso o valor definitivo da prestação mensal venha a ser superior ou inferior ao valor da prestação cobrada nos termos da alínea **a**, a diferença será ajustada de acordo com a cláusula 7ª, do presente contrato (fl. 16).

Consórcio, segundo o Dicionário eletrônico *Houaiss* da língua portuguesa, é o “grupo de pessoas que assumem o compromisso formal de pagar mensalmente uma prestação para uma caixa comum, destinada à compra futura de um bem (automóvel, eletrodoméstico, etc), cujas unidades serão entregues paulatinamente a cada um dos consorciados, a intervalos estipulados, mediante sorteio e/ou lance”.

A respectiva lógica é a de que as prestações dos membros do grupo, acrescidas dos lances autorizados, sejam bastantes para a aquisição de um bem que individualmente não poderiam fazer no momento da contemplação, até que todos tenham recebido o crédito correspondente – devolvido aos membros do grupo o eventual crédito remanescente do fundo, *in verbis*:

Cláusula 39 – Dentro de 60 (sessenta) dias da contemplação de todos os consorciados do respectivo grupo e da colocação dos créditos à disposição da Administradora, observada a seguinte ordem, deverá comunicar:

III – aos demais consorciados, que estão à disposição os saldos remanescentes nos fundos comum e de reserva (se cobrado), proporcionalmente ao valor das prestações pagas (fl. 17-verso).

Num grupo formado para a aquisição de bens cotados em moeda corrente nacional, a tendência é a de reajustes do preço por indexadores que reflitam a evolução da inflação – compensados pelo correspondente aumento do valor das prestações.



Já para os grupos formados para a aquisição de bens cotados em moeda estrangeira, essa tendência – que seria a mesma à vista da histórica desvalorização da moeda nacional em face das chamadas moedas fortes (*Dólar, Euro, Libra*) – foi alterada em meio a execução do contrato *sub judice*: depois de uma brusca desvalorização do real em janeiro de 1999, agravada às vésperas da posse do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o “real” se valorizou em relação ao “dólar”, criando situação aparentemente inédita, a de que os consorciados contemplados *nessa conjuntura* precisavam de créditos menores, em moeda corrente nacional, para adquirir o veículo estrangeiro – com uma peculiaridade na espécie, a de que “a Mercedes Benz, além de baixar o preço do veículo modelo “C 180 Classic” (US\$ 57.900,00) para US\$ 55.000,00, ainda decidiu adotar uma política de comercialização, pela qual o dólar permaneceria cotado em R\$ 1,95 durante todo o mês de julho de 2001” (o sublinhado é do texto original, fl. 72, 1º vol.), disso resultando que, “na data da assembléia de 12.07.2001, em que foi contemplado o autor, o valor do crédito consorcial (US\$ 55.000,00 x R\$ 1,95 = 107.250,00) estava muito abaixo do valor estipulado previamente (R\$ 141.860,79)” – fl. 71, 1º vol.).

3. A motivação do acórdão recorrido

Após transcrever a Cláusula 5ª do contrato (fl. 294), o tribunal *a quo* inferiu:

Destarte, da leitura da referida cláusula surgem, premonitoriamente, as seguintes conclusões: 1ª - Incidente em relação aos litigantes o parágrafo único da referida norma, eis que o bem é de fabricação estrangeira; 2ª - O valor da prestação levará em conta a variação cambial estimada entre a data da emissão do boleto de cobrança até a data da assembléia.

Aqui surge circunstancial **dúvida** (o **negrito** é do texto original): se o valor da prestação levará em conta a variação cambial entre a data de emissão do boleto até a data da assembléia, porque o crédito objeto da contemplação só poderá levar em conta a tabela de preço vigente na data da assembléia? O disciplinamento previsto no caput da referida cláusula contratual não seria somente inerente aos bens de fabricação nacional, ou seja, não estrangeira, dado o conteúdo específico do parágrafo único e suas alíneas?

Com efeito, me chama atenção nos autos breve correspondência de 04 (quatro) laudas, juntada à fl. 27, onde precisou a advogada da Apelada – Dra. Mirela Renata Góes – explicar extensamente ao Apelante como se dava a disponibilização do crédito objeto da contemplação.

Ora, há de se lembrar que são deveres do fornecedor: I – o de informar clara, ostensiva e adequadamente; II – o dever de segurança (o produto e serviço

devem ser seguros, em proteção ao consumidor); III – o dever de suportar os riscos inerentes a qualquer atividade empresarial.

Se o fornecedor descumpre o dever de informar claramente, logo, estará sujeito a suportar os riscos de sua ação. No caso específico da relação contratual, por expressa disposição legal, o risco é o de não obrigar o consumidor ao que pensa está prescrito contratualmente, ou seja, **não gera um dever** (o **negrito** é do texto original, fl. 295).

Ora, é falaciosa a tentativa de manter em vigor uma determinada cláusula do contrato, do qual o consumidor não teve acesso pleno às suas condições aderidas por ausência de facilidade na compreensão e clareza no entendimento do prescrito.

Há de se ponderar, ainda, que na própria correspondência enviada ao recorrente pela recorrida, esta constante a fl. 26, consta o valor do crédito disponível no importe referente a R\$ 146.440,85 (cento e quarenta e seis mil, quatrocentos e quarenta e seis reais e oitenta e cinco centavos).

Em outro polo, cabe lembrar que o princípio da conservação dos contratos, (*sic*) não se pode perder de vista, aplicando-se tão-somente na hipótese de se invalidar as condições abusivas, pormenorizadas, dentre outras, no artigo 51 do Código das Relações de Consumo, (*sic*) sem prejudicar ou invalidar por completo o negócio jurídico.

Na hipótese aqui *sub judice*, trata-se de suprimir as condições abusivas e primar pela conservação do negócio, do qual o consumidor não teve prévio conhecimento de forma clara e compreensiva de parte do seu conteúdo.

De tudo resulta a ausência no presente caso de elemento de cognoscibilidade, como realização do dever de informar e de redigir de forma clara e compreensível à cláusulas contratuais, mormente em se tratando de contrato de adesão, onde notória a falta de participação bilateral na sua feitura.

Assim, sem dúvida, em uma interpretação sistêmica, a norma principiológica reveste-se do caráter cogente na exegese do artigo 46 c.c. artigo 54, ambos do Código de Defesa do Consumidor, cominando a pena ao recorrido de não obrigar o consumidor, sendo imperativo destacar a necessidade de prevailecimento do entendimento alicerçado na boa-fé (fls. 295/296, 2º vol.).

4. Os embargos de declaração

Os embargos de declaração opostos por Rodobens Administração e Promoções Ltda., no que têm de importante, reclamaram que “o v. acórdão em momento algum conseguiu demonstrar que a embargante incorreu nonexo causal entre a imputada injuridicidade da ação e o suposto dano, e se assim é incontroverso que ela está isenta de qualquer obrigação de indenizar” (fl. 303, 2º vol.).



Não obstante esses embargos de declaração tenham sido rejeitados (fls. 316/320, 2º vol.), o tribunal *a quo* enfrentou o tema das perdas e danos, do seguinte modo:

Destarte, quanto à condenação em perdas e danos, tenho que descurou-se o Embargante de fazer a leitura dos autos. Se assim não fosse, utilizando da mesma Teoria do Homem Médio, teria sabido interpretar o alcance fático e jurídico dos documentos de fl. 33, 36 e 37 e saberia da interpretação dos fatos ali materializados, retirar o nexos causal entre a conduta ilícita e o dano (fl. 319, 2º vol.).

Segundo a numeração posta nos autos pelo tribunal *a quo*,

(a) o documento de fl. 33 (1º vol.) constitui carta endereçada por Capri Caminhões Ltda., empresa estabelecida em Imperatriz, MA, revendedora de veículos Ford, a Luciano Lobão, dando conta de que “a proposta datada de 21.09.2001 de (03) três unidades de Cargo 1617, passada diretamente da Ford Motor Company Brasil Ltda., terá sua validade máxima e intransferível de 30.09.2001” (fl. 33, 1º vol.);

(b) o documento de fl. 36 (1º vol.), sem qualquer assinatura, informa que a “cotação” de dois caminhões modelo TNE, “foi recusada por financiamento indefinido” (fl. 36, 1º vol.);

(c) o documento de fl. 37 (1º vol.) é uma carta de Planor Construções e Comércio Ltda., assinada pelo seu diretor, consultando a respeito da “cotação de preços de aluguel mensal de caminhões novos”, para “um período mínimo de 12 meses (agosto 2001 a agosto de 2002” (fl. 37, 1º vol.).

Salvo melhor juízo, a só “leitura dos autos” (fl. 319, 2º vol.) não é suficiente para a identificação do nexos causal entre esses fatos e a condenação ao pagamento de perdas e danos.

Onde a relação entre a participação num consórcio para a aquisição de um automóvel Mercedes-Benz e as perdas e danos reclamadas? Luciano Lobão é empresário no ramo de aluguel de caminhões? Obtém lucro nessa atividade? Ou o tribunal *a quo* presumiu esses lucros?

Enfim tantas são as indagações a esse respeito que o recurso especial deve ser conhecido e provido por ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, em razão da deficiente prestação jurisdicional.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para que, anulado o acórdão proferido nos embargos de declaração, outro seja prolatado.

RECURSO ESPECIAL N. 798.264-SP (2005/0190864-1)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Relator para acórdão: Ministra Nancy Andrighi
Recorrente: Vale Refeição Ltda e outro
Advogados: Roberto Moreira da Silva Lima e outros
Sérgio Luiz Oliveira de Moraes
Felipe Adjuto de Melo
Recorrido: Real S/A Participações e Administração e outros
Advogados: Roberto Ferreira Rosas e outro
Rubens Ferraz de Oliveira Lima e outros
Recorrido: José Aloysio Borges
Advogado: Carlos Eduardo Nicoletti Camillo
Recorrido: Augusto Esteves de Lima Júnior
Advogado: Valter Eustáquio Franco

EMENTA

Recurso especial. Direito Processual Civil e Direito Societário. Art. 117, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades). Modalidades de abuso de poder de acionista controlador. Forma exemplificativa. Caracterização do abuso de poder. Prova do dano. Precedente. Montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador. Fixação em liquidação de sentença. Possibilidade.

- O § 1º, do art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas enumera as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador de forma apenas exemplificativa. Doutrina.

- A Lei das Sociedades Anônimas adotou padrões amplos no que tange aos atos caracterizadores de exercício abusivo de poder pelos acionistas controladores, porquanto esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores.

- Para a caracterização do abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das Sociedades por ações, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva do acionista controlador em prejudicar a companhia ou os minoritários, é indispensável a prova do dano. Precedente.

- Se, não obstante, a iniciativa probatória do acionista prejudicado, não for possível fixar, já no processo de conhecimento, o montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador, esta fixação deverá ser deixada para a liquidação de sentença.

Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por maioria, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Castro Filho e Ari Pargendler. Votou vencido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: VR Vales Ltda. e VR Participações Ltda. interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Sociedade anônima. Ação indenizatória ajuizada por acionista, com fulcro na responsabilidade civil dos administradores.

Prescrição. Inocorrência. Prazo trienal cujo termo *a quo* é contado da data da publicação da assembléia que aprovou o balanço do exercício social correspondente àquele em que se deu a prática dos atos tidos como prejudiciais.

Ilegitimidade ativa ad causam, em razão da alienação da participação acionária das autoras. Rejeição. Hipótese em que as suplicantes não estavam impedidas de postular o ressarcimento, pelo princípio do *tempus regit actum*. Ato de quitação que excluiu expressamente a hipótese.

Incompatibilidade de pedidos. Arguição repelida. Pretensão de natureza social que tem a mesma fundamentação da pretensão de natureza pessoal.

Inépcia da inicial. Acolhimento. Fatos Caracterizadores de gestão fraudulenta, eivados de dolo ou vício que não foram suficientemente descritos. Não pode haver dissociação entre pedido e *causa petendi*. Inteligência dos arts. 117 e 146 da Lei das Sociedades Anônimas.

Responsabilidade civil de administradores de sociedade anônima. Não caracterizada.

Pressuposto para a propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores de sociedade anônima, que pela própria sociedade, quer por acionista, é a deliberação prévia de assembléia, nos termos do previsto no art. 159 e §§ 3º e 4ª da Lei das Sociedades por Ações.

Verba honorária que se revelou correta e adequada, eis que os patronos dos demandados tiveram seus esforços justamente remunerados.

Recursos improvidos (fls. 1.576/1.577).

Opostos embargos de declaração (fls. 1.586 a 1.593), foram rejeitados (fls. 1.598 a 1.600).

Sustentam as recorrentes violação do artigo 535, inciso II, do Código de processo Civil, uma vez que não foram sanadas as omissões do acórdão recorrido, ainda que interpostos embargos declaratórios.

Alegam ofensa aos artigos 282, inciso III, e 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil, afirmando que “a inicial expôs adequadamente os fatos sobre os quais embasa a pretensão das Recorrentes” (fl. 1.626) e que “a causa de pedir foi perfeitamente exposta na inicial. Afinal, esclareceu-se de forma minuciosa quais os atos e fatos de responsabilidade dos administradores e controladores elencados no pólo passivo da ação, e em que medida foram lesivos aos direitos da sociedade e dos acionistas minoritários, ensejando o dever de indenizar” (fl. 1.628).

Argumentam que “mesmo que a inicial pudesse ser considerada falha, mal redigida ou defeituosa (...), nem assim o juiz deveria extinguir o processo. Compreensível a inicial, deve ser ela aproveitada, em especial se o réu é capaz de respondê-la” (fl. 1.632).

Aduzem contrariedade aos artigos 330 e 332 do Código de Processo Civil, uma vez que, “ao mesmo tempo em que se decidiu que as Recorrentes deixaram de melhor especificar os atos e fatos narrados na inicial, cuja demonstração seria reconhecidamente possível por meio da produção de determinadas provas, negou-



se a elas, Recorrentes, o direito de produzir referidas provas, sob o argumento de que poderiam (ou melhor, deveriam) ter sido produzidas antecipadamente” (fl. 1.638).

Arguem negativa de vigência do artigo 159, §§ 3º e 4º, da Lei n. 6.404/1976, tendo em vista que o Tribunal de origem “entendeu pela impossibilidade do ajuizamento de ação de responsabilidade contra os administradores da Companhia sem a realização de assembléia prévia deliberando sobre a matéria, sendo certo que tal ato seria absolutamente inútil e que também há cumulação de ação de ressarcimento de cunho civil, não adstrita a tal dispositivo legal” (fl. 1.650).

Apontam dissídio jurisprudencial, colacionando julgados, também, desta Corte.

Contra-arrazoado (fls. 1.725 a 1.755 e 1.803 a 1.812), o recurso especial (fls. 1.619 a 1.651) não foi admitido (fls. 1.814 a 1.818), tendo seguimento por força de agravo de instrumento provido (fls. 1.838/1.839).

Houve recurso extraordinário (fls. 1.603 a 1.615), não admitido (fls. 1.814 a 1.818), tendo sido interposto agravo de instrumento contra essa decisão (fl. 1.820).

É o relatório.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): As empresas recorrentes ajuizaram ação ordinária de indenização alegando que as autoras são acionistas detentoras de mais de 5% do capital do Banco Real S.A. e têm legitimidade, nos termos do art. 246, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, a propor ação de indenização para ressarcimento das perdas e danos que as sociedades controladoras, no caso, as duas primeiras rés e indiretamente o terceiro réu, causaram ao Banco Real S.A. De igual modo, têm legitimidade nos termos do art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades Anônimas “para promover ação de responsabilidade civil contra os administradores do *Banco Real S/A*, supra identificados, pelas perdas e danos causados ao seu patrimônio, em decorrência dos atos ilícitos praticados por tais administradores do *Banco*” (fl. 3). Ademais, estão também legitimadas pelo art. 1.059 do antigo Código Civil. Depois de explicitar a legitimação passiva, a inicial afirma que as empresas controladoras e os administradores réus “praticaram atos lesivos ao *Banco Real* em favorecimento de empresas coligadas, controladas, direta ou indiretamente, apenas pelo Sr. *Aloysio de Andrade Faria*, caracterizando desta forma o abuso no

exercício do poder de controle nas formas previstas nos arts. 117 e 245, da Lei n. 6.404/1976, devendo responder, solidariamente, pelos ilícitos praticados” (fl. 4). O fundamento do pedido de indenização está ligado à operação realizada entre o ABN Amro Bank e o Banco Real pela utilização da rede de agências do último “sem contrato estritamente comutativo” (fls. 6/7), caracterizando “ato abusivo do acionista controlador, de que trata o art. 117 da Lei n. 6.404/1976” (fl. 7). Passa a inicial a indicar as irregularidades constatadas e, em seguida, a explicitar o abuso de poder, asseverando que se “configura quando o titular exerce a sua faculdade, desviando-se de sua finalidade, que é a de fazer a sociedade realizar o seu objeto e de cumprir a sua função social. Agindo assim é passível de responsabilização civil pelos danos causados aos direitos e interesses dos demais acionistas, dos que participam da vida societária e do meio social em que se insere” (fl. 14). Prossegue a inicial afirmando que o abuso de poder está configurado “em seu sentido estrito, quando o agente não exerce com moderação a prerrogativa que lhe é legalmente atribuída, fazendo-o contrariamente ao interesse de terceiros e com o objetivo de causar-lhe danos, seja cerceando-lhes o exercício de seus direitos, seja visando a alcançar, com o abuso, enriquecimento ilícito ou vantagem sem justa causa” (fl. 14). Mostra a inicial que em direito societário “caracteriza-se o desvio de poder quando o agente, embora observando as formalidades e não cometendo violação expressa de norma, exerce o seu poder com uma finalidade diversa daquela para a qual lhe foi conferida essa prerrogativa” (fl. 14). Pedem, finalmente, que os réus sejam condenados a ressarcir às autoras “os prejuízos que lhes foram causados, em razão dos atos ilícitos praticados, pelos acionistas controladores e pelos administradores do *banco*, conforme relatado nesta peça, ocorridos a partir do exercício de 1995, inclusive, até 30 de outubro de 1998, a serem apurados em perícia” (fl. 21), além do prêmio de 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 246, § 2º, da Lei n. 6.404/1976.

A contestação dos réus assegura que a ação decorre do fato de ter sido criada empresa concorrente da primeira autora, o que provocou o começo de oposição manifestada nas assembléias gerais com a adoção de voto múltiplo e busca de eleição de um membro do Conselho de Administração do banco, o que não foi obtido. Mas foi deferido o pedido de instalação de Conselho Fiscal sendo eleitos, então, com os seus votos, dois conselheiros. Segundo a contestação, a ação de responsabilidade do art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas, seja movida pela própria companhia, seja movida pelo acionista como substituto processual, não exclui outra ação, desta feita não mais social, mas individual, segundo o direito comum, do acionista contra o administrador pelos prejuízos diretamente causados, defendendo direito próprio. É certo, ainda, que a ação



contra a sociedade controladora prevista no art. 246 da lei de regência é ação social, com isso, ou defere-se o resultado da ação de indenização à companhia ou ao acionista, o que leva à conclusão “*inegável* de que um *mesmo ato* (ou um mesmo conjunto de atos) supostamente ilícitos *não pode ensejar*, numa única Ação, ao mesmo tempo, reparação de danos à companhia e ao acionista, separada e cumulativamente” (fl. 189). Isso deixa claro “que a presente Ação sofre de defeito estrutural e, *data venia*, não chegará a superar as preliminares ao mérito” (fl. 190), que explicita. A primeira diz com a inépcia da inicial ou carência de ação diante de pedidos incompatíveis entre si; a segunda, com a existência de pedidos sem a mínima especificação e ausência de causa de pedir; a terceira, com a carência de ação contra os administradores com base no art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas; a quarta, argúi a ilegitimidade passiva do réu Aloysio de Andrade Faria; a quinta, argúi a ilegitimidade passiva das rés Real Participações e Consórcio Real; a sexta diz com a prescrição e a falta de interesse de agir. No mérito, cuida de demonstrar o vazio das alegações apresentadas na inicial, destacando que o que houve, e está no comunicado mencionado na inicial, é que o Banco Real e o ABN Amro Bank N.V, ajustaram uma participação do último em holding a ser constituída e que irá controlar o Banco Real e outras empresas que se utilizam largamente da rede do Banco Real, que relaciona. Assim, o referido fato relevante apresentado pelas autoras “não implicou em alteração da utilização da rede, que continuou sendo usada pelas mesmas empresas. Toda essa celeuma gerada pelas Autoras não passa, pois, de um lamentável e injustificável erro de sua parte, *treslendo* - para dizer-se o mínimo - o claro texto do comunicado de fl. 51” (fl. 210). A contestação rebate os argumentos trazidos sobre os prejuízos que teriam sido causados mostrando que as “operações entre o *Banco Real S/A* e as demais empresas do Conglomerado sempre foram regidas por contratos absolutamente regulares, sob todos os aspectos, observando condições estritamente comutativas e com pagamento compensatório adequado, tanto que geraram para o Banco vultosa receita” (fl. 213).

Estão nos autos também as contestações individuais de Augusto Esteves de Lima Junior e de José Aloysio Borges. A primeira argúi preliminares sobre a prova escrita de violação de sigilo e ilegalidades decorrentes, sobre a inépcia da inicial e a ilegitimidade *ad causam* das autoras, sobre a ilegitimidade passiva do contestante. Em seguida, menciona a frustração das autoras como causa da propositura da ação e aponta as anomalias da petição inicial. No mérito, rebate as alegações de prejuízo. A segunda, pede a extinção do processo, sem julgamento de mérito, mostrando que na causa de pedir não existe qualquer sustentação de prejuízo que tenha sido causado diretamente às autoras, argúi a ilegitimidade das autoras e a ilegitimidade passiva do contestante. No mérito, rebate as alegações

da inicial, afirmando que foram legítimas as operações realizadas entre o Banco Real e as demais empresas do conglomerado.

A sentença julgou extinto o processo com fundamento no art. 267, I, c.c. art. 295, I e parágrafo único, I, do Código de Processo Civil. O Magistrado acolheu a preliminar de inépcia da inicial, “uma vez que a natureza das ações cumuladas exige discriminada articulação não só dos fundamentos fáticos (causa de pedir) da pretensão de reparação de danos, como também dos danos sociais e individuais, e das circunstâncias do dolo ou culpa, afigurando-se realmente defesa a articulação genérica, condensada e exemplificativa, tal qual deduzida pelas autoras, pena do acolhimento violar o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF) inerentes ao *due process of law* (art. 5º, LIV)” (fl. 1.279). Para a sentença, “era necessário que as autoras descrevessem na petição inicial, um a um, os fatos praticados pelas sociedades controladoras e pelos administradores que entendem caracterizadores de gestão abusiva ou com desvio de poder, contrários à lei ou ao estatuto, evitados de dolo ou culpa, isto para possibilitar a defesa nos termos da garantia constitucional” (fl. 1.279). Assim, não basta para satisfazer o disposto no art. 282, III, do Código de Processo Civil “a exemplificação de atos e fatos com protesto de produção probatória do universo factual, ou ainda a dedução final de pedido ilíquido. A *causa petendi* deve ser articulada de maneira a possibilitar prévio conhecimento da parte contrária quando de sua integração à relação jurídico-processual para que tenha garantido os princípios constitucionais antes enfocados” (fl. 1.280). Os honorários foram fixados em R\$ 60.000,00 para os réus em conjunto.

O Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou as preliminares e negou provimento a todos os recursos. O acórdão, na apelação das empresas autoras, considerou que, “muito embora os autores tivessem acenado com a existência de prejuízos com a transferência de ações, não chegaram a especificar quais teriam sido os atos (dolosos ou culposos) praticados pelas demandadas, capazes de importar em violação da lei ou dos estatutos, a exemplo do disposto no artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas, que dispõem expressamente sobre os casos de responsabilidade do acionista controlador” (fl. 1.581). Por outro lado, assinalou o acórdão “que havia outro óbice intransponível ao exercício desta demanda na medida em que teria de haver, precedendo à ação judicial, prévia deliberação da assembléia geral no tocante à responsabilidade civil contra os administradores por danos causados ao seu patrimônio, a teor do disposto no art. 159 §§ 3º e 4º da Lei das Sociedades Anônimas” (fl. 1.582). No que concerne à apelação dos réus, entendeu o Tribunal local correta a fixação, relevando que o processo foi encerrado sem o exame do mérito.



Os embargos de declaração das empresas autoras foram rejeitados.

O especial, após breve síntese do processo, começa por apontar violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil. Afirma que houve omissão quanto aos artigos 282, III, 295, parágrafo único, I, e 332 do Código de Processo Civil e art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal, que, embora não tenham constado expressamente do acórdão, acabaram violados. Todavia, com a devida vênia, não creio que tenha havido violação. É que o julgado cuidou de obstar o feito com base na preliminar de inépcia da inicial, mantendo a sentença proferida com apoio no art. 282, III, c.c. art. 295, I, e parágrafo único, I, do Código de Processo Civil. E isso é mais do que suficiente para a conclusão a que chegou o acórdão. Veja-se quanto aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que foram, apenas, reflexo do acolhimento da preliminar de inépcia da inicial e estão referidos de passagem na apelação no contexto da desnecessidade de obtenção de mais informações antes do ingresso em Juízo. Isso, ao que penso, não tem ligação alguma com o julgado que acolheu preliminar de inépcia por ausência de identificação na inicial de quais os atos dolosos ou culposos praticados pelos réus capazes de importar violação da lei ou dos estatutos e da deficiência com relação aos artigos 159, §§ 3º e 4º, e 246 da Lei n. 6.404/1976, “obstando a efetivação de defesa aparelhada” (fl. 1.580). Anote-se que nessa parte, embora sem indicar expressamente o dispositivo, cuidou o acórdão de afirmar que houve obstáculo suficiente para impedir o direito de defesa dos réus. De todos os modos, o certo é que o tema central do acórdão, isto é, a preliminar de inépcia, e a falta de autorização da assembléia geral podem ser apreciados pela Corte no especial, ausente qualquer óbice relativo ao prequestionamento. O mesmo se diga quanto ao art. 332 do Código de Processo Civil. Saliento, por fim, que, no meu entender, a omissão capaz de justificar o conhecimento e provimento do especial pelo art. 535 do Código de Processo Civil é aquela que embaraça a apreciação do especial ou de eventual extraordinário. Mas, neste feito, isso não ocorre, porquanto o aresto plantou-se exclusivamente na inépcia da inicial considerando que a inicial não descreveu os fatos caracterizadores da gestão abusiva ou com desvio de poder, obstando a efetivação de defesa aparelhada.

Em seguida, o especial ingressa no ponto central, qual seja, o de que teria havido violação dos artigos 282, III, e 295, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil, passando a demonstrar que a inicial “expôs adequadamente os fatos sobre os quais se embasa a pretensão das Recorrentes” (fl. 1.626). Para as recorrentes, a “causa de pedir foi perfeitamente exposta na inicial. Afinal, esclareceu-se de forma minuciosa quais os atos e fatos de responsabilidade dos administradores e controladores elencados no pólo passivo da ação, e em que

medida foram lesivos aos direitos da sociedade e dos acionistas minoritários, ensejando o dever de indenizar, tudo de acordo com a lei civil, comercial e societária” (fl. 1.628). Segundo as recorrentes, “a existência de outros fatos ou atos ilícitos eventualmente praticados pelas Recorridas, ou mesmo a necessidade de se provar aqueles já descritos, jamais poderia ensejar a decretação da inépcia, mas apenas a abertura da competente fase probatória, o que foi descartado pelo MM. Juiz de primeiro grau” (fl. 1.628). Prossegue o recurso afirmando que no presente caso “houve a narração de uma série de fatos, a saber: o *Banco Real* foi lesado por operações não comutativas com empresas sob controle comum, em prejuízo dos minoritários. Tais operações incluem a utilização da infraestrutura do banco por outras empresas, contratos de prestação de serviços superfaturados, etc. Ademais, o controlador vinha recebendo remuneração abusiva a título de administração da sociedade, mascarando uma distribuição de lucros. Da ilicitude e da lesividade de tais atos decorre a obrigação dos réus de indenizarem o *Banco Real* e os acionistas minoritários, na forma da Lei das Sociedades Anônimas e da lei civil e comercial em geral” (fls. 1.631/1.632). Além disso, ainda que a inicial “pudesse ser considerada falha, mal redigida ou defeituosa (o que não é o caso), nem assim o juiz deveria extinguir o processo. Compreensível a inicial, deve ela ser aproveitada, em especial se o réu é capaz de respondê-la (como ocorreu amplamente no caso dos autos, tendo todos os réus apresentado longas contestações negando os fatos narrados na inicial)” (fl. 1.632). Por fim, anota que se a inicial não preenchesse efetivamente os seus requisitos legais, “caberia ao juiz determinar a sua emenda antes da citação, na forma do artigo 284 do Código de Processo Civil. Depois de aceitá-la, e de ter o réu contestado a ação regularmente, o juiz não poderia mais considerar inepta a petição inicial” (fl. 1.633).

Passo a examinar esse primeiro ponto, descartando, desde logo, o tema em torno do art. 284 do Código de Processo Civil, porque não foi desafiado pelo acórdão nem foi objeto dos embargos declaratórios.

O pedido de indenização está delimitado entre o exercício de 1995 e 30 de outubro de 1998. Quais os fatos apresentados?

A inicial afirma que as autoras tiveram ciência, incluídos relatos de membros do Conselho Fiscal, “de diversas irregularidades e atos abusivos praticados pelos réus, na qualidade de sociedades controladoras e de administradores, respectivamente, e que ocasionaram prejuízos ao *Banco Real* e aos acionistas minoritários, dentre eles as autoras, em proveito de outras empresas do Conglomerado, controladas, indiretamente, pelo Sr. *Aloysio de Andrade Faria* e diretamente pelas primeiras rés” (fl. 5). Quais foram esses atos e irregularidades?



A inicial menciona primeiro, genericamente, isto é, sem qualquer indicação precisa, a ausência de comutatividade das relações entre o Banco Real S.A. e as demais empresas do conglomerado diante da notícia sobre operação entre o ABN Amro Bank e o réu *Aloysio de Andrade Faria*, prevendo a utilização da rede de agências do Banco Real S.A., caracterizando ato abusivo do acionista controlador, nos termos do art. 117 da Lei n. 6.404/1976. Em seguida, segundo um relatório apresentado pelos membros do Conselho Fiscal, “foram constatadas, e que caracterizam autêntico abuso de poder de controle do acionista controlador e desvio do poder de gestão dos administradores do *Banco Real*, sempre trazendo prejuízos aos acionistas minoritários” (fl. 7), as seguintes situações, que destaco na ordem em que apresentadas:

1º) créditos inadimplentes do conglomerado financeiro Real transferidos indevidamente para prejuízo do banco. Aqui, afirmam que nos exames feitos na contabilidade da sociedade os conselheiros fiscais “identificaram transferências de prejuízos decorrentes de negociação de operações de crédito que muitos clientes mantêm com todas as empresas do Conglomerado Real, as quais, inclusive, foram reconhecidas pelos próprios funcionários do banco” (fl. 7), conforme o relatório que foi anexado aos autos. E adianta trecho do referido relatório afirmando que “é de se supor que o prejuízo descarregado indevidamente no Banco Real S.A. é bastante elevado, suplantando muitos milhões de reais, a julgar pelos números totais levados a prejuízo nos últimos anos e, do saldo da Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa, conforme Balanço Patrimonial da Instituição” (fl. 7);

2º) despesas de empresas integrantes do Conglomerado Real que foram assumidas indevidamente pelo Banco Real. Neste ponto, reportam-se também ao trabalho desenvolvido pelos conselheiros fiscais que, por amostragem, “coligiram evidências documentais, que denotam lançamento de despesas, na contabilidade do *Banco Real S.A.*, que deveriam estar contabilizadas em contas de outras empresas. Também quanto a este aspecto, os funcionários responsáveis admitiram ter havido um equívoco. É o que informam os Srs. Conselheiros, que ainda explicitam” (fls. 7/8) que o valor total teria suplantado “a casa de alguns milhões de reais” (fl. 8);

3º) não-remuneração do uso da marca *Real* e não-comutatividade entre as prestações nos contratos de prestação de serviços entre empresas do conglomerado *Real* e o Banco Real. As autoras invocam ainda uma vez o relatório dos conselheiros fiscais sobre a permanência do Banco Real como banco comercial, discriminando genericamente que os prejuízos seriam: a) uso sem autorização e sem remuneração da marca *Real*; b) prestação de serviços entre as empresas do Conglomerado *Real* e o Banco Real, sem remuneração adequada e não guardando

comutatividade entre as prestações. Cita a inicial um exemplo constante do relatório, qual seja, “o contexto entre o Banco Real e a *Transamérica Serviços e Comércios Ltda.*, empresa do Conglomerado *Real*, que se beneficia do apoio do *Banco Real* para a venda de seus produtos, sendo que, inclusive, as despesas com publicidade sempre foram custeadas, total ou parcialmente pelo *Banco Real*, que funcionava como uma espécie de ‘avalista’ do seu produto, vendido pelos seus gerentes, nas suas agências” (fl. 9). A inicial também indica pagamentos de faturas, emitidas por empresa de táxi aéreo pertencente ao conglomerado, pela utilização de jato, que seriam superiores àquelas que decorreriam da contratação de outras empresas do mercado ou da utilização de aviões de carreira. O mesmo se diga quanto à remuneração dos administradores do banco que, “por voto majoritário do acionista controlador, em assembléia geral, sempre foi realizada acima do valor de mercado desses serviços e extrapolando a verba razoável, comumente estabelecida para empresas do ramo, acrescida da participação nos lucros também exorbitante, o que implica retirar do resultado do exercício parcela substancial de lucros, que deixa de ser distribuída entre os acionistas” (fls. 9/10). Anotam as autoras que, além disso, a empresa é que ficaria com o encargo de pagar o imposto de renda. Finalmente, neste ponto, indicam que os conselheiros fiscais afirmaram ser necessária a realização de perícia “para que se possam aferir os reais valores envolvidos, que representam prejuízos e lucros cessantes para o *Banco* e seus acionistas minoritários, em montantes vultosos” (fl. 11).

Esses são os fundamentos de fato que amparam o pedido indenizatório, isto é, são os prejuízos apontados em decorrência de abuso ou desvio de poder do acionista controlador. Isso quer dizer que o fundamento da ação para responsabilizar o acionista controlador tem de estar compatível com o que disciplina a Lei n. 6.404/1976 sobre a responsabilidade do acionista controlador.

A matéria está regulada no art. 117 da lei de regência. Vejamo-lo.

O *caput* estabelece que o acionista controlador responde pelos danos causados com abuso de poder. E as modalidades são discriminadas com muita clareza: a) “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia ou da economia nacional”; b) “promover a liquidação de companhia próspera ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou



dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia”; c) “promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia”; d) “eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente”; e) “induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia geral”; f) “contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas”; g) “aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade”.

Esse rol de causas de responsabilidade do acionista controlador é compatível com a causa de pedir apresentada na inicial? São os fatos narrados aptos a ensejar a identificação de atos dos réus sob a luz do art. 117 da Lei das Sociedades por Ações? As instâncias ordinárias entenderam que não, acolhendo a inépcia da inicial.

O que se verifica nestes autos é que as autoras ingressaram em Juízo com base em relatório apresentado por membros do Conselho Fiscal que apontaram diversas irregularidades nas operações do Banco Real S.A. realizadas pelo acionista controlador e pelos administradores. Essas irregularidades, segundo a inicial, configuram abuso do poder de controle e de gestão e foram identificadas sob as três rubricas antes mencionadas, ou sejam: a) créditos inadimplentes de empresas do Conglomerado Financeiro Real, transferidos indevidamente para prejuízos do Banco Real S.A.; b) despesas de empresas integrantes do Conglomerado Real, assumidas indevidamente pelo Banco Real S.A.; c) não-remuneração por uso da marca *Real* e não-comutatividade entre as prestações, nos contratos de prestação de serviços entre as empresas do conglomerado *Real* e o Banco Real S.A.

No sistema de responsabilidade da Lei n. 6.404/1976, ao lado do art. 117, está o art. 159 que disciplina a ação de responsabilidade admitida, assim, aquela que compete à companhia, mediante prévia autorização da assembléia geral “contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio” (*caput*), liberado qualquer acionista para ajuizá-la se não o fizer a companhia no prazo de três meses da deliberação da assembléia (§ 3º), também passível de ajuizamento se houver deliberação negativa desde que por acionistas que

representem 5%, pelo menos, do capital social (§ 4º), e aquela do acionista ou terceiro “diretamente prejudicado por ato de administrador” (§ 7º).

É evidente que a ação deste feito só pode ser aquela do § 7º, considerando que não houve manifestação qualquer da assembléia, seja positiva, seja negativa. Assim, as empresas autoras ajuízam a ação com base em prejuízos diretos que lhes foram causados pelos réus. Tal aspecto ficou assentado no próprio acórdão (fl. 1.582).

A leitura da inicial mostra que as autoras não apontaram em nenhuma passagem nenhum ato incluído no rol do art. 117 para caracterizar a responsabilidade do administrador nem prejuízo direto, como exige o art. 159, § 7º, da Lei n. 6.404/1976. O que a inicial contém é a reprodução de trechos de relatório de membros do Conselho Fiscal que apontam irregularidades na administração da companhia. Essas irregularidades é que teriam causado os prejuízos sofridos pelas autoras. Mas a verdade é que não há indicação de prejuízos diretos, isto é, não contém a inicial quais seriam esses prejuízos, assim, por exemplo, o prejuízo da participação nos lucros ou no acervo da companhia, a obtenção de vantagem indevida em prejuízo dos acionistas e assim por diante. Não basta, pelo menos na minha compreensão, que sejam descritas irregularidades praticadas pelos réus. A lei exige mais do que isso. Exige que sejam indicados os prejuízos diretos, o que impõe sejam estes prejuízos identificados corretamente na petição inicial para que a parte ré possa defender-se. A mera repetição de relatório dos membros do Conselho Fiscal contendo atos que teriam causado prejuízo à empresa fica fora da alçada da ação individual prevista no § 7º do art. 159 da Lei das Sociedades por Ações, estando aptos a ensejar a ação a que se refere o *caput* do art. 159, impossível neste caso porque ausente deliberação da assembléia geral, positiva ou negativa. Se a inicial não discrimina os prejuízos diretos, mesmo que fique a quantificação para a perícia, isto é, se não há na inicial a demonstração do *an debeatur*, deixando apenas o *quantum debeatur* para a prova, fica inepta a inicial porque sem condições a parte ré de apresentar defesa adequada diante da ignorância sobre os prejuízos diretos sofridos pelas autoras.

Veja-se que a Lei n. 6.404/1976, no art. 245, prescreve que os “administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo”. E o art. 246 deixa claro que o objeto da ação é a reparação dos danos



causados à companhia “por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117”. Ora, essa modalidade de responsabilidade dos administradores e das sociedades controladoras não trata de prejuízos causados às autoras e sim da responsabilidade perante a companhia pelas perdas e danos resultantes dos atos praticados em desconformidade com o dispositivo. Sobre isso tratarei mais adiante.

No sistema da Lei n. 6.404/1976, essa é a minha convicção, não vale tão-somente indicar, por exemplo, que houve prejuízo causado ao patrimônio da companhia, genericamente mencionado, mas, sim, é necessário que contenha a postulação prejuízo direto ao acionista, o que quer dizer, se uma operação realizada acarretou prejuízo à companhia, mas não foi identificado o prejuízo direto ao acionista, devidamente especificado, embora sem quantificação, a inicial é inepta para os efeitos da ação do § 7º do art. 159. No caso, a título de exemplo, se não houve comutatividade nas operações entre as empresas do conglomerado, pode ter havido prejuízo para a companhia, mas isso não significa que tenha havido prejuízo para o acionista minoritário, ainda que se pudesse assim presumir em decorrência de eventual redução na participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia. Seria, portanto, necessário para tornar apta a inicial que o acionista minoritário indicasse que prejuízo direto sofreu com essa falta de comutatividade, ou com o pagamento aos administradores de remuneração mais alta do que a admitida pelo mercado, ou, ainda, com a utilização de aeronave particular pelo acionista controlador. Sem que isso esteja posto na inicial, com a devida vênia, entendo com razão as instâncias ordinárias reconhecendo a inépcia da inicial, isso sem falar na inadequação dos fatos no tocante ao que dispõe a lei de regência sobre as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador previstas no art. 117.

Anote-se, ainda, nesse contexto, que o especial está ancorado, quanto à Lei das Sociedades Anônimas, apenas no art. 159.

Por outro lado, embora o art. 284 do Código de Processo Civil esteja sem prequestionamento, não procede o argumento de que o Magistrado deveria aproveitar a inicial, mesmo considerando-a falha, pois o réu era capaz de respondê-la. Isso porque se a contestação arguiu a inépcia e a parte autora insiste em afastar o vício, descabe emendar a inicial, nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil. Correta, assim, a extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 295, I, parágrafo único, I, combinado com o art. 267, I, do Código de Processo Civil, como assentado em precedente desta Corte (REsp n. 156.759-SP, da minha relatoria, DJ de 26.04.1999).

Com isso, as ementas reproduzidas às fls. 1.632/1.633 e 1.634/1.635 ficam fora de prumo, inservíveis para amparar as recorrentes.

A argumentação apresentada com suporte no art. 332 do Código de Processo Civil não tem lastro diante das razões acima deduzidas. Não se trata de admitir todos os meios legais e moralmente legítimos, mesmo não especificados no Código de Processo Civil, para provar a verdade. Não é disso que se trata. Aqui, a discussão é sobre a inépcia da inicial considerando as exigências legais para o ajuizamento da ação de responsabilidade em matéria no âmbito da Lei n. 6.404/1976. O que se põe neste feito é a circunstância de que foi iniciada a ação de responsabilidade dos administradores e do acionista controlador sem que haja compatibilidade dos fatos narrados com as modalidades que a ensejam no que se refere ao último e sem a demonstração dos prejuízos diretos sofridos pelas autoras, quanto aos primeiros, com inépcia apontada na contestação e enfrentada na réplica (fl. 1.159).

Tenho que as razões acima deduzidas são suficientes, ao meu juízo, para manter o julgado no que diz com a ação individual, isto é, aquela ação relativa aos prejuízos causados às autoras. Todavia, merece ainda apreciado o argumento trazido no especial sobre o art. 159, §§ 3º e 4º, da Lei n. 6.404/1976, considerando o que dispõem os artigos 245 e 246.

Para as recorrentes, a interpretação que exige a prévia aprovação da assembléia geral como condição para a ação de responsabilidade “levaria ao total esvaziamento da ação social, idealizada pela própria lei exatamente para que os acionistas possam agir quando a companhia de que participam fica inerte” (fl. 1.638). Para amparar esse raciocínio, as autoras trazem precedente, Relator o Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, no sentido de que não seria razoável a interpretação porque haveria maioria de votos para obstar a providência, daí sendo necessário fazer raciocínio integrativo para fazer prevalecer a diretriz dos artigos 245 e 246 da Lei das Sociedades por Ações.

O argumento tem, de fato, o amparo do precedente que na ementa destaca que, tendo a sociedade controladora “mais de 95% do capital social e das ações com direito a voto da sociedade controlada, os acionistas minoritários desta têm legitimidade ativa extraordinária para, independentemente de prévia deliberação da assembléia geral, ajuizar, mediante prestação de caução, ação de responsabilidade civil contra aquela e seu administrador, em figurando este simultaneamente como controlador indireto” (REsp n. 16.410-SP, Quarta Turma, Relator o Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ de 16.05.1994).

Considerando que o pedido formulado na inicial, pede a condenação solidária dos réus para ressarcir “ao *Banco Real* e às autoras os prejuízos que



lhes foram causados, em razão dos atos ilícitos praticados, pelos acionistas controladores e pelos administradores do *banco*, conforme relatado nesta peça, ocorridos a partir do exercício de 1995, inclusive, até 30 de outubro de 1998, a serem apurados em perícia” (fl. 21), creio necessário examinar o argumento para efeito de prosseguimento da ação relativamente aos prejuízos causados ao Banco Real S.A.

O que se deve examinar aqui é se essa ação dos artigos 245 e 246 estão subordinadas ao disposto no art. 159, *caput*, ou seja, se é necessário haver prévia autorização da assembléia geral. Com o devido respeito à tese esposada pelo precedente, tenho que é.

Trata-se de ação de indenização para ressarcimento de prejuízos causados ao patrimônio da companhia. O interesse é, portanto, da companhia em obter a indenização. Não se trata, assim, de prejuízo ao acionista em que o juízo de valor e de conveniência é deste e não da companhia. Se o interesse é da companhia, ainda que a legitimação seja conferida aos acionistas, o regime é o mesmo previsto no art. 159, isto é, a assembléia geral deve manifestar-se, positiva ou negativamente. Neste último caso, se a assembléia não aprovar o ajuizamento da ação, então, pode o acionista fazê-lo diretamente nos termos previstos no § 3º do art. 159. O temor do paradigma quanto ao poder de veto do acionista controlador não procede porque a própria lei criou mecanismo próprio para a defesa da companhia por meio de ação solitária do acionista minoritário. Se a solução legal existe, com o maior respeito, necessidade de integração não existe. Só se integra se houver lacuna. E, no caso, lacuna não há, compatível a interpretação sistemática da disciplina legal vigente.

Ocorre que mesmo superada a questão da tese jurídica da necessidade de decisão da assembléia sobre a propositura da ação de responsabilidade, neste caso, não haveria como acolher o especial com esse fundamento. Vejamos.

A ação prevista no art. 246 da Lei n. 6.404/1976 faz referência expressa aos artigos 116 e 117, com isso assinalando que somente caberia a ação se houvesse atos praticados com infração ao que dispõem aqueles dispositivos. Acontece que, como assinalei antes, e também foi fundamento do acórdão, não foram descritos fatos caracterizadores de gestão abusiva ou com desvio de poder, não especificando as autoras “quais teriam sido os atos (dolosos ou culposos) praticados pelas demandadas, capazes de importar em violação da lei ou dos estatutos, a exemplo do disposto no artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas, que dispõem expressamente sobre os casos de responsabilidade do acionista controlador” (fl. 1.581), e que, como vimos, está na matriz da ação do art. 246.

Com essas razões, afastado o dissídio e as alegadas violações de dispositivos de lei federal, não conheço do especial.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Recurso especial interposto por Vale Refeição Ltda. e VR Participações Ltda., com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJSP

Ação: de conhecimento com pedidos condenatórios, movida por Vale Refeição Ltda. e VR Participações Ltda., ora recorrentes, em face dos ora recorridos, objetivando: (i) o ressarcimento dos prejuízos que alegam terem sofrido em razão de ilícitos atribuídos aos acionistas controladores e aos administradores do Banco Real S/A, ocorridos a partir do exercício de 1995, inclusive, até 30 de outubro de 1998, a serem apurados em perícia; e (ii) a condenação ao pagamento do prêmio de 5% sobre o valor relativo aos prejuízos provocados aos Banco Real S/A.

As recorrentes alegam, em resumo, que são acionistas minoritárias do Banco Real S/A e que tiveram ciência de diversas irregularidades e atos abusivos praticados pelos recorridos, na qualidade de sociedades controladoras e de administradores do banco, que causaram prejuízos ao banco e aos acionistas minoritários, razão pela qual pleiteiam as respectivas reparações (fls. 02/22).

Sentença: extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos dos arts. 267, I, e 295, I, e parágrafo único, I, ambos do CPC, por considerar inepta a petição inicial, em razão da exposição insuficiente da causa de pedir relativa aos atos caracterizadores de gestão abusiva ou com desvio de poder dos acionistas controladores e administradores do Banco Real S/A (fls. 1.270/1.282).

Acórdão: negou provimento às apelações das ora recorrentes e dos ora recorridos, nos termos da seguinte ementa:

Sociedade anônima. Ação indenizatória ajuizada por acionista, com fulcro na responsabilidade civil dos administradores.

Prescrição. Inocorrência. Prazo trienal cujo termo *a quo* é contado da data da publicação da assembléia que aprovou o balanço do exercício social correspondente àquele em que se deu a prática dos atos tidos como prejudiciais.

Ilegitimidade ativa ad causam em razão da alienação da participação acionária das autoras. Rejeição. Hipótese em que as suplicantes não estavam impedidas de postular o ressarcimento, pelo princípio do *tempus regit actum*. Ato de quitação que excluiu expressamente a hipótese.



Incompatibilidade de pedidos. Arguição repelida. Pretensão de natureza social que tem a mesma fundamentação da pretensão de natureza pessoal.

Inépcia da inicial. Acolhimento. Fatos Caracterizadores de gestão fraudulenta, evitados de dolo ou vício que não foram suficientemente descritos. Não pode haver dissociação entre pedido e *causa petendi*. Inteligência dos arts. 117 e 146 da Lei das Sociedades Anônimas.

Responsabilidade civil de administradores de sociedade anônima. Não caracterizada.

Pressuposto para a propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores de sociedade anônima, que *[sic]* pela própria sociedade, quer por acionista, é a deliberação prévia de assembléia, nos termos do previsto no art. 159 e §§ 3º e 4º da Lei das Sociedades por Ações.

Verba honorária que se revelou correta e adequada, eis que os patronos dos demandados tiveram seus esforços justamente remunerados.

Recursos improvidos. (fls. 1.576/1.577 – grifos no original)

Embargos de declaração: opostos pelas ora recorrentes, mas rejeitados (fls. 1.598).

Recurso especial: alegam violação, em síntese, aos artigos:

a) 535, II, do CPC, pois os embargos de declaração foram rejeitados;

b) 282, III e 295, I, e parágrafo único, I, ambos do CPC, porquanto os fatos caracterizadores da causa de pedir foram todos descritos na petição inicial, conforme, inclusive, fez remissão o acórdão recorrido (fls. 1.626);

c) 332, do CPC, “uma vez que, ao mesmo tempo em que se decidiu que as Recorrentes deixaram de melhor especificar os atos e fatos narrados na inicial, cuja demonstração seria reconhecidamente possível por meio de produção de determinadas provas, negou-se a elas, Recorrentes, o direito de produzir referidas provas, sob o argumento de que poderiam (ou melhor, deveriam) ter produzido provas antecipadamente” (fls. 1.638);

d) 159, §§ 3º e 4º da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), porquanto o acórdão entendeu erroneamente “que seria obrigatória a realização prévia da assembléia para o ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra os administradores” (fls. 1.638).

Alegam, ainda, haver dissídio jurisprudencial com julgados do STJ que entenderam que: (i) não é inepta a petição inicial que, embora deficientemente formulada, permite a correta compreensão de seu alcance e ampla defesa da

parte adversa; (ii) nega vigência aos arts. 330 e 332, ambos do CPC, a decisão que não permite a produção de provas, mas julga o pedido improcedente com fundamento na falta de prova; e (iii) não é obrigatória a realização prévia de assembléia para o ajuizamento, por acionistas minoritários, de ação de responsabilidade civil contra os administradores controladores.

Prévio juízo de admissibilidade: com contra-razões, foi o especial inadmitido na origem, sendo, então, interposto agravo de instrumento (Ag n. 657.010-SP), ao qual foi dado provimento, determinando-se a subida do recurso para melhor exame.

Após o voto do Relator, i. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, não conhecendo do recurso especial; pedi vista dos autos.

É o relatório.

a) Da alegada violação ao art. 535, II, do CPC.

O Tribunal *a quo* apreciou, de forma fundamentada, as questões pertinentes para a resolução da controvérsia, ainda que tenha dado interpretação contrária aos anseios das recorrentes, situação que não serve de alicerce para a interposição de embargos de declaração.

Ressalte-se que o sucesso dos embargos de declaração, mesmo quando interpostos para fins de prequestionamento, necessita de alguma das hipóteses ensejadoras previstas no art. 535 do CPC, inexistentes na espécie. Dessa forma, não há se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

b) Da alegada violação aos arts. 282, III e 295, I, e parágrafo único, I, ambos do CPC.

Alegam as recorrentes que, não obstante o entendimento do acórdão recorrido que manteve o julgamento de inépcia da petição inicial, os fatos caracterizadores da causa de pedir foram todos descritos na petição inicial, conforme, inclusive, fez remissão o acórdão recorrido, razão pela qual houve violação aos arts. 282, III e 295, I, e parágrafo único, I, ambos do CPC.

Quanto a esse ponto, o i. Min. relator manteve o acórdão recorrido sob o fundamento, em síntese, de que “A leitura da inicial mostra que as autoras não apontaram em nenhuma passagem seja qualquer ato incluído no rol do art. 117 [da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas)] para caracterizar a responsabilidade do administrador seja qualquer prejuízo direto como exige o art. 159, § 7º, da Lei n. 6.404/1976.” Como se percebe o i. Min. relator entendeu que a petição inicial era inepta, porquanto os fatos nela narrados não se enquadravam no rol de modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador, previstas nas diversas alíneas do § 1º do art. 117 da Lei n. 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas).



Entretanto, o § 1º do art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas enumera as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador de forma apenas exemplificativa, consoante entendimento assente da doutrina (Nesse sentido, Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2º volume, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 503; Nelson Eizirik, *Temas de direito societário*, São Paulo: Renovar, 2005, p. 75; Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto, *Lei das sociedades por ações anotada*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161; e Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, volume 2, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 103).

De fato, a Lei das Sociedades Anônimas adotou padrões amplos no que tange a atos caracterizadores de exercício abusivo de poder pelos acionistas controladores, porquanto esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores, “que a vida e a aplicação da lei se incumbirão de evidenciar.” (cfr. Fran Martins, *ibidem*).

Contudo, para a caracterização do abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das Sociedades por ações, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva do acionista controlador em prejudicar a companhia ou os minoritários (cfr. Modesto Carvalhosa, *op. cit.*, p. 507), é indispensável a prova do dano, na esteira de precedente da 3ª Turma, relatado pelo Min. Cláudio Santos (REsp n. 10.836-SP, DJ 23.03.1992, p. 3.482). Nessa linha de entendimento, para que se caracterize o abuso de poder do acionista controlador, deve o acionista prejudicado provar que um ato ilícito efetivamente praticado pelo controlador – ainda que não descrito na enumeração feita pelo § 1º do art. 117 da Lei das S.As – tenha lhe causado um dano patrimonial. Entretanto, se, não obstante a iniciativa probatória do acionista prejudicado, não for possível fixar, já no processo de conhecimento, o montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador, esta fixação deverá ser deixada para a liquidação de sentença, porquanto “Segundo a jurisprudência desta Corte, não estando o Juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação.” (REsp n. 162.194-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 20.03.2000).

Nesse contexto, a petição inicial dos recorrentes alega que os acionistas controladores e os administradores do Banco Real S/A praticaram, em resumo, os seguintes atos ilícitos: (i) transferências indevidas para o Banco Real S/A de prejuízos decorrentes de negociações de operações de crédito que muitos clientes mantinham com todas as empresas do Conglomerado Real (fls. 07); (ii) lançamentos indevidos de despesas das empresas do Conglomerado Real na

contabilidade Banco Real S/A (fls. 07/08); (iii) não remuneração pelo uso da marca *Real* e não comutatividade entre as prestações, nos contratos de prestação de serviços entre as empresas do Conglomerado Real e o Banco Real S/A (fls. 08); (iv) pagamento pelo Banco Real S/A de despesas pessoais do Sr. Aloysio de Andrade Faria (fls. 09); e (iv) remuneração excessiva dos administradores do Banco Real S/A. (fls. 10).

Nessa linha de raciocínio, os recorrentes alegam que os referidos atos praticados pelos acionistas controladores e pelos administradores do Banco Real S/A lhe causaram prejuízos, cuja extensão deveria ser apurada em perícia nos livros e documentos societários do Banco Real S/A, porquanto os membros do Conselho Fiscal, que apontaram tais irregularidades, não puderam ter acesso à documentação completa do banco (fls. 11/12); o que é perfeitamente possível nos termos do inciso II, do art. 286, do CPC e na esteira do precedente relatado pelo Min. Barros Monteiro, acima citado.

Tais fatos e pedidos foram amplamente rebatidos pelos recorridos na extensa contestação de fls. 179/243, fato que revela que a petição inicial permitiu a correta compreensão e alcance da controvérsia, inclusive quanto ao mérito da demanda (fls. 205/243) e, por isso, não poderia ser indeferida, por inépcia, conforme o entendimento das Turmas da 2ª Seção (REsp n. 193.100-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 04.02.2002 e REsp n. 265.120-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16.10.2000).

Realmente, não se pode perder de vista que a exegese do Código de Processo Civil deve ser feita com temperamento, deixando-se de lado o excessivo formalismo ou tecnicismo puramente acadêmico, para, assim, buscar-se a efetividade do processo. O Direito enquanto sistema, deve ter no processo um instrumento de realização da justiça, tendente à pacificação dos conflitos sociais, por meio da efetivação prática do direito material. Assim, deve o magistrado aplicar o direito processual, antes de tudo, buscando tais fins. Por isso, os juízes devem ser extremamente cautelosos na aplicação do art. 295, I, e parágrafo único, I, ambos do CPC, sob pena de escoriarem os fins de justiça do processo.

Forte em tais razões, não obstante o laborioso voto do Relator, dirijo deste e *do provimento* ao recurso especial, para, reformando o acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos à Vara de origem, seguindo o processo na esteira do devido processo legal.

É como voto.



VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Castro Filho: Trata-se de pedido de vista formulado em processo de relatoria do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, nos autos da ação de indenização ajuizada por *Vale Refeição Ltda* e outro, acionistas de sociedade anônima, em relação aos administradores do *Banco Real S/A*, ora recorridos.

Objetivam os autores o ressarcimento das perdas e danos pelos prejuízos causados ao seu patrimônio, em razão dos atos ilícitos praticados pelos acionistas controladores e pelos administradores do *Banco*, praticados a partir do exercício de 1995, inclusive, até 30 de outubro de 1998, a serem apurados em perícia, além do prêmio de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 246, § 2º, da Lei n. 6.404/1976.

Após relatar o feito, o ilustre Ministro proferiu seu voto no sentido de não conhecer do apelo extremo, por inépcia da inicial, eis que não foi descrito na exordial quais os prejuízos que as autoras sofreram em decorrência de atos caracterizadores de gestão abusiva ou com desvio de poder praticados pelos réus, confirmando, destarte, o acórdão recorrido, que extinguiu o processo sem resolução de mérito, com fulcro nos artigos 267, I, e 295, I, e parágrafo único, I, ambos do Código de Processo Civil.

Em seguida, a eminente Ministra Nancy Andrighi inaugurou a divergência, conhecendo do apelo extremo e lhe dando provimento. Entre outros fundamentos, asseverou que

(...) para a caracterização do abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das Sociedades por ações, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva do acionista controlador em prejudicar a companhia ou os minoritários (cfr. Modesto Carvalho, op. cit., p. 507), é indispensável a prova do dano, na esteira de precedente da 3ª Turma, relatado pelo Min. Cláudio Santos (REsp n. 10.836-SP, DJ 23.03.1992, p. 3.482). Nessa linha de entendimento, para que se caracterize o abuso de poder do acionista controlador, deve o acionista prejudicado provar que um ato ilícito efetivamente praticado pelo controlador - ainda que não descrito na enumeração feita pelo § 1º do art. 117 da Lei das S.As - tenha lhe causado um dano patrimonial. Entretanto, se, não obstante a iniciativa probatória do acionista prejudicado, não for possível fixar, já no processo de conhecimento, o montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador, esta fixação deverá ser deixada para a liquidação de sentença, porquanto *‘Segundo a jurisprudência desta Corte, não estando o Juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito remetendo as partes para a liquidação.’* (REsp n. 162.194-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 20.03.2000).

Nesse contexto, a petição inicial dos recorrentes alega que os acionistas controladores e os administradores do Banco Real S/A praticaram, em resumo, os seguintes atos ilícitos: (i) transferências indevidas para o Banco Real S/A de prejuízos decorrentes de negociações de operações de crédito que muitos clientes mantinham com todas as empresas do Conglomerado Real (fls. 07); (ii) lançamentos indevidos de despesas das empresas do Conglomerado Real na contabilidade Banco Real S/A (fls. 07/08); (iii) não remuneração pelo uso da marca Real e não comutatividade entre as prestações, nos contratos de prestação de serviços entre as empresas do Conglomerado Real e o Banco Real S/A (fls. 08); (iv) pagamento pelo Banco Real S/A de despesas pessoais do Sr. Aloysio de Andrade Faria (fls. 09); e (iv) remuneração excessiva dos administradores do Banco Real S/A. (fls. 10).

Nessa linha de raciocínio, os recorrentes alegam que os referidos atos praticados pelos acionistas controladores e pelos administradores do Banco Real S/A lhe causaram prejuízos, cuja extensão deveria ser apurada em perícia nos livros e documentos societários do Banco Real S/A, porquanto os membros do Conselho Fiscal, que apontaram tais irregularidades, não puderam ter acesso à documentação completa do banco (fls. 11/12); o que é perfeitamente possível nos termos do inciso II, do art. 286, do Código de Processo Civil e na esteira do precedente relatado pelo Min. Barros Monteiro, acima citado.

Tais fatos e pedidos foram amplamente rebatidos pelos recorridos na extensa contestação de fls. 179/243, fato que revela que a petição inicial permitiu a correta compreensão e alcance da controvérsia, inclusive quanto ao mérito da demanda (fls. 205/243) e, por isso, não poderia ser indeferida, por inépcia, conforme o entendimento das Turmas da 2ª Seção (REsp n. 193.100-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 04.02.2002 e REsp n. 265.120/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 16.10.2000).

E, acrescentando fundamentos próprios, assim arrematou a ilustre Ministra:

Forte em tais razões, não obstante o laborioso voto do Relator, divirjo deste e *dou provimento* ao recurso especial, para, reformando o acórdão recorrido, anular a sentença, determinando a remessa dos autos à Vara de origem, seguindo o processo na esteira do devido processo legal.

Com a devida vênia do eminente relator, também dele ousou divergir, ressaltando que compartilho do mesmo entendimento exarado pela douta Ministra Nancy Andrighi, na linha, inclusive, da jurisprudência desta Corte, citada no seu voto.

Com efeito, a doutrina propaga, quanto ao tema, e a jurisprudência confirma, que o juiz não deve demonstrar excesso de zelo no tocante à forma da inicial,



para que possa o Estado prestar, com maior amplitude, sua assistência àqueles que a invocarem.

Com efeito, não há de ser considerada inepta petição que atenda aos requisitos do artigo 282, permitindo à parte contrária contestá-la em todos os seus termos, como na hipótese vertente, quando todos os fatos e pedidos foram amplamente rebatidos pelos recorridos, inclusive quanto ao mérito da demanda.

De fato, consoante os argumentos trazidos no apelo extremo, apesar de o acórdão hostilizado entender que os fatos narrados na inicial, caracterizadores de gestão fraudulenta, não foram descritos suficientemente, a petição contém os elementos essenciais a que se identifique a *causa petendi*; faz, satisfatoriamente, narração dos fatos e formula pedido lógico e juridicamente possível. Alegam os autores-recorrentes que os atos praticados pelos acionistas controladores e pelos administradores do Banco Real S/A lhe causaram prejuízos, cuja extensão deveria ser apurada em perícia nos livros e documentos societários do banco, porquanto os membros do Conselho Fiscal, que apontaram tais irregularidades, não tiveram acesso à documentação completa.

Não se configura, portanto, a ocorrência de quaisquer daquelas hipóteses determinantes da inépcia da inicial, ou seja, falta pedido ou causa de pedir, inexistência lógica e jurídica entre pedido e causa de pedir, e a improcedência da pretensão por impossibilidade jurídica do pedido.

Ademais, é sempre de bom ter presente que, tendo em vista a natureza instrumental do processo, cumpre ao juiz aproveitar, quanto possível, os atos realizados, a fim de preservar o direito das partes e evitar obstáculos à solução da lide.

Com estas considerações, rogando vênias ao eminente relator, também dou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da digna Ministra Nancy Andrighi.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 886.823-DF (2006/0200626-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Tânia Regina Rabelo Moraes da Cunha

Advogado: Sebastião Moraes da Cunha e outro

Recorrido: Banco Itaú S/A
Advogado: Nelson Paschoalotto

EMENTA

Ação de consignação em pagamento. Caráter dúplice. A ação de consignação em pagamento, não obstante ajuizada no interesse do autor, aproveita imediatamente ao réu, que pode, desde logo, levantar a quantia depositada, ainda que insuficiente, servindo-lhe também de modo mediato porque a sentença proporcionará um título executivo para a cobrança do saldo remanescente (CPC, art. 899, §§ 1º e 2º). Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Castro Filho.

Brasília (DF), 17 de maio de 2007 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJ 25.06.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que Tânia Regina Rabelo da Silva ajuizou ação de consignação em pagamento contra Banco Itaú S/A (fls. 02/14, 1º vol.).

O MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível de Brasília-DF, Dr. Luciano Moreira Vasconcellos julgou improcedente o pedido (fls. 144/162, 1º vol.).

A egrégia Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Relator o Desembargador Waldir Leôncio Júnior, à unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do acórdão assim ementado:

Ação de consignação em pagamento. Depósito de quantias discutidas em ação revisional de cláusulas contratuais julgada parcialmente procedente. Insuficiência



do valor consignado. Improcedência da pretensão liberatória do devedor. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido. Unânime (fl. 200, 2º vol.).

Daí o recurso especial interposto por Tânia Regina Rabelo da Silva com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, alegando que o acórdão proferido pelo tribunal *a quo* diverge de outros julgados do Superior Tribunal de Justiça (fls. 207/215, 2º vol.).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator):

Tânia Regina Rabelo da Silva, qualificada” – está dito na sentença – “ajuizou ao Banco Itaú S/A, também qualificado, ação de consignação em pagamento, dizendo na inicial ser mutuária do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, em razão de contrato de mútuo assinado como demandado, em 08 de novembro de 1996, a ser pago o empréstimo em 180 meses, sustentando ter se dado, ao longo da execução do contrato, aplicação indevida, em abril de 1990, do percentual de 84,32%, correção irregular do saldo devedor, violando-se o disposto na Lei n. 4.380/1964, ser inconstitucional o uso da TR como fator de correção do saldo devedor, o que deveria se dar com o uso do INPC ou pelo PES/CP e que juros capitalizados foram contados mensalmente, quando da aplicação da correção monetária e dos juros compensatórios, dando-se anatocismo, irregularidade no reajuste das prestações, aumento indevido dos seguros, pedindo declaração que tenha como satisfeita sua obrigação, o impedimento de que o demandado inscreva seu nome em cadastros de inadimplentes, e a imposição ao demandado dos ônus da sucumbência (fl. 144, 1º vol.).

Julgado o pedido improcedente, o tribunal *a quo* manteve a sentença, acrescentando o seguinte:

In casu, vale destacar que a presente ação tramitou em conjunto com ação de revisão de cláusula contratual. Nesta última, o êxito foi parcial. Considerando que os depósitos efetuados pela autora na ação de consignação em pagamento foram calculados de acordo com os parâmetros por ela fixados na ação de conhecimento e que o pedido inicial desta foi parcialmente procedente, forçoso concluir a impossibilidade de prolação de sentença com eficácia liberatória nestes autos.

Ressalte-se que o objetivo perseguido pelo autor da ação de consignação em pagamento é a extinção de sua obrigação, declarada por meio de sentença com eficácia liberatória. Assim, ante a constatação da insuficiência dos depósitos, atestada pela parcial procedência do pedido formulado na ação de revisão de contrato, verifica-se que foi justa a recusa do credor e, portanto, não há que se falar

em parcial procedência do pedido inicial da ação de consignação em pagamento (fl. 204, 2º vol.).

No recurso especial, a recorrente demonstra a divergência jurisprudencial quanto à insuficiência dos depósitos; enquanto o acórdão recorrido entendeu que essa circunstância leva à improcedência do pedido, o paradigma adotou o entendimento de que há a extinção parcial do débito.

O novo perfil da ação de consignação em pagamento lhe deu um caráter dúplice, à medida em que, não obstante ajuizada no interesse do autor, aproveita imediatamente ao réu, que pode desde logo levantar a quantia depositada, ainda que insuficiente (CPC, art. 899, § 1º) – e também lhe serve de modo mediato porque a sentença lhe proporcionará um título executivo para a cobrança do saldo remanescente (CPC, art. 899, § 2º).

Nessa linha, o recurso especial está bem fundado, embora o único efeito prático do seu provimento seja a extinção parcial do débito; a responsabilidade pelo pagamento das custas e dos honorários de advogado subsiste no autor porque a instância ordinária afirmou que “o depósito é *flagrantemente menor*” (fl. 161) do que o montante do débito.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial e de dar-lhe provimento para extinguir parcialmente o débito na medida do valor depositado, mantidos no mais a sentença e o acórdão.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhores Ministros, como acentuou o Senhor Ministro *Ari Pargendler*, neste caso, o Tribunal de origem negou o efeito liberatório da quantia depositada, ou seja, em uma palavra, isso contraria o que está previsto no § 1º do art. 899 do Código de Processo Civil.

Nessas circunstâncias, o que existe, efetivamente, é uma quitação parcial do débito, autorizado o credor a fazer o levantamento da quantia depositada, o que não quer dizer que haja uma sentença de procedência parcial. O que existe, concretamente, como assinalou o Senhor Ministro Relator, é uma quitação parcial do débito com a autorização dada pela lei para o efeito deliberatório.

Com essas razões, acompanho o voto do Senhor Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento.



RECURSO ORDINÁRIO N. 42-RJ (2004/0162435-0)

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Recorrente: João Manuel Gomes

Advogado: Marco Nossar e outro

Recorrido: Consulado Geral da República de Angola no Rio de Janeiro

Advogado: Ítalo José Mannarino

EMENTA

Ação de cobrança de honorários de advogado. Alegação de contrato verbal de trabalho. Estado estrangeiro.

1. A moderna orientação do direito internacional é no sentido de retirar o caráter absoluto da imunidade de jurisdição.

2. Havendo questionamento de honorários de advogado por serviços prestados ao Consulado-Geral, com alegação de que o foram apartados de eventual contrato verbal de trabalho, a matéria fica subordinada à jurisdição brasileira.

3. Recurso ordinário conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Recurso ordinário interposto por João Manoel Gomes contra sentença proferida pelo Juízo da 27ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que extinguiu, sem julgamento de mérito, processo em ação ordinária ajuizada pelo ora recorrente contra o Consulado-Geral da República de Angola, ora recorrido.

O Juiz de 1º grau entendeu que, apesar de constar na petição inicial alegações referentes ao não-pagamento de verbas decorrentes da relação trabalhista existente entre as partes, não há pedido referente às verbas decorrentes dessa relação. Decidiu, ainda, que:

(...) com relação ao único pedido formulado de condenação ao pagamento de honorários advocatícios de uma prestação de serviços sem natureza trabalhista, o que ocorre é a imunidade de jurisdição do Consulado réu.

Observe-se que a jurisprudência da Suprema Corte tem relativizado o instituto da imunidade de jurisdição para o fim de afastar a sua aplicação nos litígios que versarem sobre matéria de natureza trabalhista, não sendo o caso em questão, como já visto.

(...)

Cabe, portanto, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto válido para a sua constituição (267, IV), já que inaplicável a jurisdição brasileira no presente caso (fls. 315/316).

O autor interpôs apelação perante o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fls. 320 a 326), o qual declinou de sua competência, em acórdão assim ementado:

Constitucional. Estado estrangeiro. Consulado. Competência originária. Justiça Federal. Art. 109, II, da *Lex Legum*. Competência recursal. Superior Tribunal de Justiça. Art. 105, II, **c** da CR/1988.

1. Hipótese em que figuram como partes, de um lado, Estado estrangeiro (Consulado da Angola), e, de outro, pessoa residente e domiciliada no País.

2. Competência originária atribuída pelo art. 109, II, da *Lex Legum* aos juízes federais, em razão da pessoa do litigante, no caso, o Estado estrangeiro.

3. Segundo preceitua o art. 108, II, da Constituição Federal de 1988, compete aos Tribunais Regionais Federais, o julgamento, em grau de recurso, das causas decididas pelos juízes federais.

4. Excepcionando tal competência, a atual Carta da República em seu art. 105, II, **c**, confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência revisora ordinária para as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

5. Precedentes dos Tribunais Regionais Federais.

6. Incompetência desta Corte para julgamento do recurso.

7. Remessa ao egrégio Superior Tribunal de Justiça (fl. 339).



Em suas razões, o recorrente sustenta, com base na Lei n. 8.906/1994, ter direito a receber do Consulado-Geral da República de Angola, ora recorrido, honorários advocatícios, “pelos serviços prestados ao Cônsul, serviços estes totalmente fora de suas atribuições como empregado daquele Consulado” (fl. 324).

O recorrido apresentou contra-razões às fls. 328 a 331.

O ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. *Henrique Fagundes Filho*, opina pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 347 a 352).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (Relator): O recorrente, cidadão da Guiné-Bissau, ajuizou ação de cobrança de honorários em decorrência das funções que exercia no Consulado-Geral de Angola no Rio de Janeiro desde 1º/1/98, além de defender 42 bolsistas da Fundação Eduardo Santos, todos sobrinhos do Cônsul-Geral. Ocorre que nunca recebeu honorários de advogado e com a rescisão do contrato deixou de receber os honorários de fevereiro de 2001 e férias dos anos de 1999 e de 2000.

A sentença julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, seja por ser inaplicável a jurisdição brasileira seja pela razão de que, “segundo alegação da própria inicial, havia na mesma época dos trabalhos advocatícios prestados, uma relação trabalhista que imporia o pagamento de salários e seus consectários (fl. 222) e não de honorários não contratados, como se deseja” (fl. 317).

O parecer do Ministério Público Federal é pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário.

A extinção do processo foi decretada diante do reconhecimento da imunidade de jurisdição. Mas creio que com razão o recorrente.

Vê-se da inicial que existia relação de trabalho entre o autor e o Consulado-Geral de Angola no Rio de Janeiro, sendo certo que há diferenças salariais reclamadas em conjunto com a prestação de serviços profissionais como advogado. É certo que a ação é de cobrança de honorários advocatícios, e o autor afirma que não tinha contrato de trabalho, posto que exercesse atividades laborativas de 1998, tendo atuado até como representante legal do Consulado, sustentando a alegação de que haveria contrato verbal de trabalho.

Modernamente, e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evolui nesse sentido, a imunidade de jurisdição não é absoluta e deve alcançar

apenas aquelas situações que impliquem o exercício da soberania do Estado estrangeiro.

Veja-se que em matéria tributária já esta Corte afastou a imunidade de jurisdição (RO n. 7-RJ, Relator o Ministro *Peçanha Martins*, DJ de 06.12.1999), e em matéria de relação de trabalho (RO n. 23-PA, Relator o Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJ de 19.12.2003), havendo precedente que afasta essa imunidade “quando a questão subjacente é de natureza civil, comercial ou trabalhista, ou, de qualquer forma se enquadre no âmbito do direito privado. Tratando-se de questão tributária ou de direito público, sujeita-se a imunidade aos acordos internacionais firmados pelos Estados soberanos” (RO n. 45-RJ, Relator o Ministro *Castro Meira*, DJ de 28.11.2005).

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, primoroso voto proferido pelo Ministro *Celso de Mello* mostrou que a jurisprudência foi se construindo no sentido de “reconhecer que, modernamente, *não mais deve prevalecer*, de modo incondicional, *no que concerne* a determinadas e específicas controvérsias – *tais como aquelas de direito privado* – o princípio da imunidade jurisdicional absoluta, circunstância esta que, *em situações como a constante destes autos*, legitima a *plena* submissão de *qualquer* Estado estrangeiro à *jurisdição doméstica* do Poder Judiciário nacional” (AgRg no RE n. 222.368-PE, DJ de 14.02.2003).

Creio que essa orientação deve prevalecer no caso presente. O autor reclama honorários de advogado, relação puramente civil de contratação de serviços profissionais no campo privado, sem qualquer manifestação em torno do exercício da soberania do estado estrangeiro, além de haver menção à existência de eventual contrato verbal de trabalho dentro do qual foram realizados os trabalhos como advogado. A cobrança dos honorários de advogado, mesmo em se tratando de prestação de serviços fora de qualquer vínculo trabalhista não enseja a aplicação da imunidade de jurisdição, estando sob a égide de relação regida por legislação especial no campo de relações eminentemente de direito privado.

Destarte, conheço do recurso ordinário e lhe dou provimento para afastar a extinção do processo, sem julgamento do mérito, determinando o retorno dos autos ao 1º grau de jurisdição para que prossiga o feito na melhor forma de direito.



Jurisprudência da Quarta Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 577.330-PR
(2004/0019593-3)**

Relator: Ministro Massami Uyeda

Agravante: Ricardo Saporski

Advogado: Lisimar Valverde Pereira e outros

Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná

EMENTA

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ausência de citação do nome e endereço de advogado. Procuração. Suprimento. Possibilidade. Penhora efetuada sobre o *pro labore*. Legalidade. Inexistência de outro meio legal de garantir a execução. Ausência de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 211-STJ. Agravo regimental improvido.

I - A juntada de cópia de procuração satisfaz a exigência do artigo 524 do Código de Processo Civil, de indicação do nome e endereço do advogado.

II - A ordem da penhora estabelecida no art. 655 do CPC é flexível, se demonstrada pelo executado a necessidade de mudança.

III - A ausência do prequestionamento dos dispositivos tidos por violados inviabiliza a análise do recurso especial.

IV - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2007(data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de agravo regimental interposto por Ricardo Saporski contra a decisão de fls. 155/156, da lavra desta Relatoria, que negou provimento a agravo de instrumento, conforme assim restou ementado:

Processo Civil. Agravo de instrumento. Execução. Penhora realizada sobre *pro labore*. Possibilidade uma vez que comprovado não existir outro modo de promover eficazmente a execução. Recurso improvido. (Ag n. 577.330-PR, DJ de 23.08.2006).

Busca o agravante a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, que a penhora realizada sobre o *pro labore* é ofensiva à legislação infraconstitucional, tratando-se de nulidade absoluta e matéria de ordem pública. Aduz, ainda, a existência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados. Afirma, por fim, que a inicial da peça de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público não respeitou os requisitos do art. 524 do CPC, visto que não indicou os nomes dos patronos dos recorrentes (fls. 176/191).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O inconformismo não merece prosperar.

Anota-se, inicialmente, que não procede a apontada violação do art. 524 do CPC, porquanto o Tribunal de origem, ao entender que a procuração supria a ausência do nome e endereço do advogado no recurso, decidiu em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido, assim já se decidiu:

Processual Civil. Recurso especial. Art. 524 do CPC. Falta de indicação de nome e endereço de advogado.

1. A juntada de cópia de procuração satisfaz a exigência do artigo 524 do Código de Processo Civil, de indicação do nome e endereço do advogado.

2. Recurso provido. (REsp n. 193.900-SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ 16.08.2004).

Igualmente, quanto à penhora realizada sobre o *pro labore* do ora agravante, não se verifica a alegada afronta ao art. 620 do CPC, na medida em que, segundo as circunstâncias fáticas apreciadas pelo Tribunal de origem, o bem dado em garantia já estava hipotecado, e não havia outro meio eficaz de promover a execução (fls. 98).



Assim já decidiu esta Corte:

Processo Civil. Penhora de dinheiro. Ordem de nomeação. Art. 620, do CPC. 1. Em princípio, deve o julgador seguir a ordem da penhora estabelecida no art. 655 do CPC. 2. A regra, entretanto, é flexível, se demonstrada pelo executado a necessidade de mudança. Providência inócua *in casu*. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (REsp n. 791.573-RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 06.03.2006)

No tocante aos demais dispositivos citados, ausente o necessário prequestionamento viabilizador da Instância especial, incidindo, *in casu*, a Súmula n. 211 do STJ, *in verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Nega-se, pois, provimento ao agravo regimental.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 15.508-RJ
(2002/0143145-3)**

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Marie José Corniglion Alves da Silva e outros

Advogado: Roberto Doria Junior e outros

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Impetrado: Desembargador Relator da Ação Rescisória n. 1.202.001 do Oitavo Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Societé Française de Bien Faisance e outros

EMENTA

Recurso ordinário em mandado de segurança. Indeferimento de pedido de assistência judiciária gratuita. Agravo regimental. Deserção. Impossibilidade. Violação de direito líquido e certo configurada. Recurso provido.

1. Não pode ser imposta a deserção ao recurso interposto diante de decisão que indefere pedido de assistência judiciária gratuita. De

fato, se o pedido de reforma se refere ao benefício da gratuidade, possui o requerente direito líquido e certo de que seu recurso seja examinado pelo julgador, da forma como entender de direito. Se o órgão competente considerar que o benefício não deve ser concedido, é possível o indeferimento do pedido, garantida a abertura de prazo ao requerente para efetuar o pagamento das custas e despesas processuais.

2. O benefício de assistência judiciária gratuita pode ser concedido mediante declaração da parte de que não pode arcar com as custas e despesas do processo, salientando-se que é possível ao magistrado, com base nos elementos dos autos, analisar se o requerente preenche, ou não, os requisitos legais para a concessão do benefício.

3. Recurso provido, para afastar a deserção do agravo regimental interposto diante de decisão que indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita, determinando a sua apreciação pelo órgão colegiado competente, da forma como entender de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso ordinário, interposto por Marie José Corniglion Alves da Silva e outros, contra acórdão do



e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou mandado de segurança.

Exsurge dos autos que os ora recorrentes ajuizaram ação rescisória, visando rescindir sentença que julgou improcedente ação de anulação de testamentos. Requeridos o benefício da assistência judiciária gratuita e a tutela antecipatória, os pedidos foram indeferidos. Irresignados, os autores interpuseram agravo regimental, ao qual foi negado seguimento por falta de preparo, restando extinta, por conseguinte, a ação rescisória, diante do não recolhimento das despesas processuais, bem como do depósito do artigo 488, inciso II, da Lei de Ritos.

Assim, os autores da ação rescisória impetraram mandado de segurança, sustentando a violação do direito líquido e certo do acesso à justiça. O e. Tribunal *a quo* houve por bem denegar a segurança, nos termos da seguinte ementa:

Mandado de segurança. Gratuidade de justiça. Agravo regimental. Falta de preparo. Não conhecimento. Tendo sido indeferido o pedido de gratuidade de justiça, e com bons fundamentos, que se harmonizam com o Enunciado n. 1, não poderia ser conhecido o agravo regimental, sem o preparo, que lhe é inerente, sob pena de tornar inócua a decisão. Denegação da segurança, por maioria (fl. 1.565).

Diante do acórdão supra, foi interposto o presente recurso ordinário, no qual aduzem os recorrentes, em suma, que o benefício deve ser deferido mediante simples afirmação da necessidade da assistência judiciária gratuita, não exigindo a Lei n. 1.060/1950 a sua prova.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público Federal manifestaram-se pelo provimento do recurso ordinário em mandado de segurança (fls. 1.606/1.608 e 1.614/1.618).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Assiste razão aos recorrentes.

Em linha de princípio, vale salientar que ao recurso interposto diante de decisão que indefere pedido de assistência judiciária gratuita não pode ser imposta a deserção. De fato, se o pedido de reforma se refere ao benefício da gratuidade, possui o requerente direito líquido e certo de que seu recurso seja examinado pelo julgador, da forma como entender de direito. Se o órgão competente considerar que o benefício não deve ser concedido, é possível o

indeferimento do pedido, garantida a abertura de prazo ao requerente para efetuar o pagamento das custas e despesas processuais.

Nesse sentido, proclama a jurisprudência:

Processual Civil. Recurso em mandado de segurança. Justiça gratuita. Necessidade de exame da pretensão pelo Tribunal de origem. Recurso. Deserção.

Afirmada a necessidade da justiça gratuita, não pode o órgão julgador declarar deserto o recurso sem se pronunciar sobre o pedido de gratuidade. Caso indeferida a assistência judiciária, deve-se abrir à parte requerente oportunidade ao preparo. Recurso provido. (RMS n. 19.747, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 05.09.2005)

Processual Civil. Gratuidade de justiça. Pedido que pode ser feito em qualquer fase processual. Necessidade de exame do pleito. Recurso conhecido e provido.

1 - Dos autos extrai-se que em ação de conversão de separação em divórcio foi requerida a gratuidade da justiça. Esta, no entanto, restou indeferida pelo magistrado de primeiro grau e, em sede recursal sequer foi analisada, porquanto os recursos interpostos foram julgados desertos. Ora, a imposição da pena de deserção, sem a manifestação sobre o pedido de gratuidade pelo Tribunal local, a toda evidência, resvala em nítida violação ao art. 535, II, do CPC (Cabem embargos de declaração quando: II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal), conforme alegado pelo recorrente, bem como na possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Com efeito, consoante entendimento pacificado desta Corte, “afirmada a necessidade da justiça gratuita, não pode o órgão julgado declarar deserto o recurso sem se pronunciar sobre o pedido de gratuidade”. (v. g. REsp n. 440.007-RS, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19.12.2002).

2 - Recurso provido para que o Tribunal *a quo* se manifeste acerca do pedido de gratuidade de justiça ali formulado. (REsp n. 658.400, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 21.03.2005).

Justiça gratuita. Requerimento denegado na sentença. Apelação. Falta de preparo. Possibilidade.

Interposta apelação da sentença que denegou o benefício da gratuidade, a falta de preparo não autoriza seja decretada a deserção do recurso do requerente do benefício sem que previamente seja examinada pela Câmara a questão da gratuidade; se denegada, será oportunizado ao requerente o pagamento do numerário correspondente ao preparo, que só ali se tornou exigível. Recurso conhecido em parte e provido. (REsp n. 247.428, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19.06.2000).



2. De outra sorte, no que se refere à alegação dos recorrentes de que basta a mera declaração da parte de que não pode arcar com as custas e despesas do processo, não sendo exigível a sua comprovação, insta consignar que tal entendimento merece temperamentos, salientando-se que é possível ao magistrado, com base nos elementos dos autos, analisar se o requerente preenche, ou não, os requisitos legais para a concessão do benefício.

A corroborar tal entendimento, mister colacionar os seguintes julgados:

Processual Civil. Agravo regimental. Pedido de assistência judiciária. Indeferimento. Possibilidade. Lei n. 1.060/1950. Súmula n. 7-STJ.

- O benefício da assistência judiciária pode ser concedido à vista de simples afirmação de pobreza da parte, não exigindo a lei comprovação do estado de miserabilidade. Todavia, ressalva-se ao julgador a possibilidade de indeferir o pedido, diante dos elementos de que para tanto dispõe (art. 4º, § 1º, da Lei n. 1.060/1950). Incidência, no caso, da Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AG n. 640.391, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 06.02.2006)

Mandado de segurança. Benefícios da justiça gratuita. Indeferimento. Possibilidade.

Esta Corte, em mais de uma oportunidade, já se manifestou no sentido de caber ao juiz avaliar a pertinência das alegações da parte, podendo deferir ou não o pedido de assistência judiciária gratuita, uma vez que a declaração de pobreza implica simples presunção *juris tantum*, suscetível de ser elidida mediante prova em contrário, como na hipótese vertente. Recurso a que se nega provimento. (RMS n. 20.590, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ 08.05.2006).

Processual Civil. Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Comprovação do estado de pobreza. Indeferimento.

Precedentes da Corte assentam que o Magistrado pode examinar as condições para o deferimento da assistência judiciária, avaliando as alegações feitas pela parte interessada. Recurso desprovido. (REsp n. 699.126, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 07.11.2005)

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, para afastar a deserção do agravo regimental interposto, nos autos da ação rescisória, diante de decisão que indeferiu pedido de assistência judiciária gratuita, determinando a sua apreciação pelo órgão colegiado competente, da forma como entender de direito.

RECURSO ESPECIAL N. 300.143-SP (2001/0005407-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: O E C

Advogado: José Francisco Zaccaro

Recorrido: M da G V C

Advogado: Ercilio Pinotti

EMENTA

Civil e Processual. Ação anulatória de partilha de bens. Separação amigável. Partilha que atribui ao cônjuge varão imóvel de propriedade dos pais da cônjuge varoa, ainda vivos, como sucessão de direitos hereditários ou sob a forma de doação. Objeto impossível. Nulidade. CC, arts. 145, II e 1.089.

I. Revela-se nula a partilha de bens realizada em processo de separação amigável que atribui ao cônjuge varão promessa de transferência de direitos sucessórios ou doação sobre imóvel pertencente a terceiros, seja por impossível o objeto, seja por vedado contrato sobre herança de pessoas vivas.

II. 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, à 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 12.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Adoto o relatório de fl. 123, *verbis*:

Contra sentença que julgou procedente ação de anulação de partilha de bens e respectivo registro (fls. 97/99) apelou a requerida alegando que houve cerceamento



de defesa porque pretendia ouvir seus pais, os quais deveriam confirmar a obrigação de doar terreno à apelante ou ao apelado, para cumprimento do que ficou acertado na partilha; anotou que a promessa de cessão a partilha foram livremente convenionadas por acordo homologado e que a transferência do domínio do imóvel só não ocorreu em razão de óbice relativo a abertura de vias públicas, no Registro de Imóveis, fato conhecido do autor desta ação. Foram apresentadas contra-razões defendendo a sentença e o promotor de justiça manifestou-se pelo não provimento, omitindo-se a procuradora de justiça.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à apelação da ré, para julgar improcedente a ação de anulação de partilha, em acórdão assim ementado (fl. 123):

Ação de anulação de ato jurídico. Partilha de bens em separação consensual com promessa de fato de terceiro. Inexistência de nulidade. Recurso provido.

Inconformado, o autor, O. E. C. interpõe, pela letra **a** do autorizador constitucional, recurso especial alegando, em síntese, que o bem que a ele foi atribuído por ocasião da partilha dos bens do casal é de propriedade de terceiros, de modo que não poderia ter sido dela objeto, frustrando-se a divisão, em que sai, por conseguinte, prejudicado.

Aduz que o ato é nulo, ao teor do art. 145, II e V, do Código Civil anterior, que restou ofendido, juntamente com o art. 1.089.

Afirma que o mencionado bem era de propriedade dos pais da ex-mulher, que teriam dito que iriam doá-lo à recorrida, que o transferiria, subsequentemente, ao autor-recorrente. Mas esses terceiros (os pais) nem participaram como intervenientes dessa combinação, e daí que, até hoje, o recorrido não recebeu o imóvel, salientando que a obrigação é inexequível, ao inverso do que afirma o aresto objurgado.

Contra-razões às fls. 135/137, pugnando pela confirmação do *decisum*.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 144/145.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 153/155, pelo Dr. Durval Tadeu Guimarães, no sentido do não-conhecimento do recurso, mas, se ultrapassada a sua admissibilidade, pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pela letra **a** do permissivo constitucional, onde se discute sobre nulidade

de partilha de bens realizada em processo de separação amigável entre o autor-recorrente e a ora recorrida.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conduzido pelo voto do eminente Desembargador Antonio Celso Aguiar Cortez, rejeitou a pretensão exordial, aos seguintes fundamentos (fls. 123/124):

As provas já produzidas são suficientes para a composição da lide e não houve cerceamento de defesa, posto que a oitiva dos pais da requerida não poderia interferir no desfecho da ação.

Respeitado o entendimento contrário, a partilha feita pelas partes não é nula, à vista do disposto no artigo 145 e incisos do Código Civil. As partes são capazes, o objeto é lícito e possível, a forma legal foi obedecida, por se tratar de transação em Juízo, foi observada a solenidade exigível e a lei não lhe nega efeito. Não houve alegação de vício de vontade.

Quando da separação consensual, obviamente as partes sabiam qual era seu patrimônio e dispuseram que o único imóvel ficava atribuído à mulher e que para pagamento da meação do marido ser-lhe-ia transferido o domínio do terreno ali indicado, não pertencente ao casal, mas sim aos pais dela como parte ideal de área maior e com usufruto em favor de outrem, já extinto (v. fls. 07/09 e 14/15).

As expressões inadequadas relativas a 'direitos sucessórios' e 'doação' devem ser consideradas à luz do disposto no artigo 85 do Código Civil, posto que evidente a intenção do casal no sentido de que a mulher deveria obter para si o domínio do referido terreno para transferi-lo ao varão, fosse por doação ou sucessão a qualquer título, não apenas por herança.

Caberia então, ao autor, constituí-la em mora e, na falta de cumprimento da obrigação, mover ação para execução da obrigação de fazer ou para obter indenização pelas perdas e danos correspondentes, por força do disposto no artigo 929 do Código Civil.

Certo é que não houve contrato a respeito de herança de pessoa viva, para efeito de aplicação do artigo 1.089 do Código Civil, nem houve negócio jurídico nulo nos termos do artigo 145 do mesmo Código.

Com a máxima vênia, estou em que a decisão merece reparo.

De efeito, a partilha do casal, pela qual a ex-exposa ficou com a totalidade de um imóvel situado em Araraquara, restou frustrada porque em contrapartida, designou-se que ao autor caberiam direitos sucessórios de um terreno a ser destacado de área maior, de propriedade de seus sogros, ainda vivos à época,



e que – fato incontroverso – não participaram de qualquer instrumento legal a chancelar o acordo.

Aliás, para o debate, tanto faz a nomenclatura empregada, se seria direitos sucessórios ou doação.

Dispõe o art. 145, II, do Código Civil anterior, que:

Art. 145. É nulo o ato jurídico:

II – Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto.

A impossibilidade da partilha é uma obviedade. Não há partilha, ou seja, uma divisão de bens entre cônjuges, se um dos bens não é de um, nem do outro, é bem de terceiros, ainda que pais da recorrida. Ela não poderia se obrigar por ele, porque o bem não é seu. De um lado, não está aberta a sucessão, seus pais eram vivos e sequer se sabe se eles não o alienariam antes de falecer, pois, elementarmente, dele podiam livremente dispor, como proprietários que eram. De outro, não há promessa de doação.

Assim, o que terminou ocorrendo foi que o único imóvel do casal ficou para a cônjuge-mulher, e o autor nada recebeu, ou melhor, recebeu algo que não poderá exigir da ex-esposa, nem de seus pais, que nada têm a ver com o que ficara acertado.

E, realmente, não vejo sentido em se obrigar o autor a mover ação de execução de obrigação de fazer contra a ex-mulher, sabendo-se de antemão que não poderia ser contratada herança de pessoas vivas (art. 1.089) ou obrigar a uma doação, e o cumprimento da obrigação não depende dela, pois o imóvel não lhe pertence, mas a seus pais. E, ao fim e ao cabo, a indenização seria uma via última e oblíqua, a tudo.

Se o ato é nulo, deve ser desfeito por inteiro, como bem ressaltou o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Durval Tadeu Guimarães, *litteris* (fl. 155):

9. Assim, como foi firmado que o imóvel onde eles residiam ficaria com a recorrida e uma parcela de um terreno, objeto de promessa de doação de bem de terceiro, ficaria com o recorrente, tem-se que a partilha é totalmente nula, em razão de não ser possível, segundo Marcos Bernades de Mello, conceber apenas a nulidade parcial de um ato jurídico, quando a exclusão da parte inválida o atingir em sua essência, descaracterizando, com isso, o próprio suporte fático.

Nota-se, ainda, que o recorrente jamais conseguirá legalmente constituir a recorrida em mora e exigir o cumprimento da obrigação, vez que não se pode

obrigar ninguém a doar bens móveis ou imóveis, como antecipação da legítima, para satisfazer um acordo do qual não fez parte.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para restabelecer a sentença de fls. 97/99, que julgou procedente a ação.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 300.227-MG (2001/0005606-7)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Marcos Ventura de Barros
Advogado: Roberto Wagner Colodetti Lana
Recorrido: Alípio Rodrigues Padilha Neio
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não verificada. Ação que pretende a anulação de permuta calcada em procuração dita falsa, em detrimento do direito do locatário, que pretendia fazer uso do direito de preferência. Via imprópria. Incidente de falsidade em cautelar extinto.

I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta suficientemente a controvérsia, apenas que com conclusão desfavorável à parte irresignada.

II. Se o resultado final da ação anulatória de compra e venda por falsidade documental na procuração outorgada por ex-cônjuge ao outro, em caso de eventual êxito, não conduz, diretamente, a qualquer efeito prático para o locatário do imóvel, porquanto o desfazimento da venda, se ocorresse, apenas restituiria a situação dominial ao *status quo ante*, sem necessariamente positivar o direito de preferência do inquilino, que dependeria de uma nova intenção de venda, revela-se o incidente de falsidade sem interesse jurídico para o recorrente, a comandar a extinção do processo.

III. 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, à unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Hélio Quaglia Barbosa, Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Início por adotar o relatório de fl. 45, *verbis*:

Tratam os presentes autos de apelação, de fls. 33/37, na qual o apelante insurge-se contra a sentença de fls. 23, que extinguiu o presente incidente de falsidade, ao entendimento de que a falsidade alegada pelo apelante não teria reflexo na ação principal, ação de despejo movida pelo apelado.

Em suas razões recursais, o apelante alega que: o apelado adquiriu por permuta imóvel locado pelo apelante, com o contrato a vigorar por prazo indeterminado; ingressando em juízo com uma ação de despejo contra o apelante; na referida aquisição o apelado utilizou-se de um instrumento público de procuração, contendo falsidade ideológica; o interesse do apelante em arguir a falsidade decorre de que ele foi preterido em seu direito de preferência na aquisição do imóvel do qual é locatário, tendo ingressado em juízo com ação anulatória de compra e venda do imóvel e com medida cautelar visando suspender o despejo; a declaração de falsidade do documento é a chave-mestra para fulminar as pretensões do apelado, tendo em vista que o ato nulo não gera direito; declarada a falsidade ideológica do conteúdo da procuração, restarão nulos todos os atos jurídicos praticados ao amparo daquele instrumento, aí se incluindo a permuta simulada para prejudicar o direito do apelante.

Contra-razões, ausentes.

O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais negou provimento à apelação (fls. 49/51).

Opostos embargos declaratórios (fls. 56/58), foram os mesmos rejeitados às fls. 60/61.

Inconformado, Marcos Ventura Barros, advogando em causa própria, interpõe, pela letra **a** do autorizador constitucional, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão violou os arts. 102, 103, 104, 105, 145, II, III, IV e V, 146, 147, II, do Código Civil anterior, 4º, II, e 535, do CPC.

Diz que o acórdão foi omisso no enfrentamento das questões propostas.

Aduz que o caso versa sobre incidente de falsidade de procuração por instrumento público, que outorgaria poderes de alienação pela ex-cônjuge virago, e que foi utilizada na cadeia de transmissão de bem imóvel, do qual era o recorrente inquilino; que houve preterição ao direito de preferência, pois declarada a falsidade do instrumento público de procuração, a venda seria nula e o imóvel não teria sido regularmente transferido, o que favorece o ora recorrente, seu locatário.

Afirma que “Há todo um substrato de alegações e provas que fazem crer existir interesse jurídico do recorrente em anular a cadeia de transmissão” (fl. 70).

Sem contra-razões (fl. 77).

O recurso especial não foi admitido na origem, subindo ao STJ por força de provimento dado ao AG n. 309.360-MG, pelo eminente relator originário (fl. 83).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Cuida-se de recurso especial, aviado pela letra **a** do autorizador constitucional, em que se discute sobre a extinção de incidente de falsidade suscitado pelo ora recorrente, em cautelar vinculada a ação de despejo e a ação ordinária onde pretende a anulação de procuração pública outorgada pela ex-cônjuge virago, a seu marido, quando da permuta, por ambos, do imóvel ocupado pelo dito recorrente, locatário do mesmo, que pretendia fazer uso do seu direito de preferência.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do acórdão, porque suficientemente fundamentado, apenas contendo conclusão desfavorável à parte.

Em relação ao cerne da controvérsia, o voto condutor do julgado estadual, de relatoria do eminente Juiz Brandão Teixeira, traz a seguinte fundamentação (fls. 46/47):

O apelante aviou o presente incidente de falsidade em ação anulatória onde alega que celebrou com o apelado contrato de locação de imóvel comercial, sendo



preterido na sua preferência para aquisição do imóvel quando de sua venda, sendo que tal venda teria sido obrada por meio de escritura falsa.

Admitindo-se, para efeito de raciocínio, que o apelante foi de fato preterido em seu direito de preferência, o mesmo poderia pleitear a adjudicação compulsória do imóvel ou a indenização pelas perdas e danos que eventualmente tenha padecido.

Ocorre que tais fatos e fundamentos não possuem conseqüência lógica o simples pedido de anulação dos negócios havidos entre terceiros, completamente alheios ao apelante.

A anulação pleiteada na inicial, tanto da ação anulatória, quanto do presente incidente, em nada corroboraria o eventual direito de preferência do apelante, porque, mesmo anulando os negócios havidos entre o locador e seus sucessores, continuaria o apelante sem a propriedade do imóvel que, apenas, voltaria a ser de propriedade do locador.

Mas ainda, a procedência do pedido anulatório, em lugar de dar efetividade ao direito do autor à adjudicação do imóvel, simplesmente faria desaparecer tal direito, porque recolocaria as partes no estado anterior à venda do mesmo.

Nestes termos, falta ao apelante interesse para pleitear decretação de nulidade de procuração para a realização de negócio entre terceiros, por não ser parte do mesmo.

Tenho que a decisão não merece reparos.

A via processual é imprópria, porquanto apenas reflexamente há interesse jurídico, mas que resulta inócuo por tal via. Como acertadamente pontuou o aresto fustigado, a decretação da nulidade do ato não teria como condão a atribuição de direito de preferência. Isso só em caso de, desfeita a alienação, os ex-titulares, que recuperariam o imóvel, o pusessem de novo à venda, e, ainda assim, se o locatário tivesse ulterior interesse em bancar um outro preço, em face dos anos já decorridos desde então. De outro lado, desfeita a venda, os antigos proprietários teriam, também, de restituir o preço pago pelo terceiro, a criar um novo litígio e que poderia até, provavelmente, importar em constrição do mesmo imóvel, a caracterizar, também por isso, a inadequação da ação eleita.

Portanto, a situação dos autos, bastante peculiar, não permite que se tenha como violados os dispositivos legais invocados pelo recorrente.

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 302.558-RJ (2001/0010896-2)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Rodrigo de Castro

Advogado: Alexandre Freitas Câmara

Recorrido: Satro Sociedade Auxiliar da Indústria de Petróleo Ltda - Massa Falida

Advogado: Robinson Neves Filho e outros

EMENTA

Comercial e Processual Civil. Ação revocatória. Falência. Venda de imóvel antes da sentença de quebra, dentro do período suspeito. Fraude não demonstrada. Eficácia do negócio jurídico. Decreto-Lei n. 7.661/1945.

I. A invalidade da venda de imóvel pela empresa antes da decretação da sua falência, dentro do período suspeito, depende da prova concreta da fraude, consoante a orientação firmada no STJ.

II. Recurso especial conhecido e provido. Ação revocatória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à 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. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Quaglia Barbosa e Cesar Asfor Rocha. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Massami Uyeda.

Brasília (DF), 1º de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Rodrigo de Castro interpõe, pela letra **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 133):



Ação revocatória. Tendo ocorrido a venda ou transferência de estabelecimento sem autorização dos sócios e ficando a falida desfalcada de bens suficientes para solver o débito, configurando-se a hipótese prevista no inciso VIII do art. 52 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, reputa-se como ineficaz o negócio jurídico independente ou não da existência de fraude. Recurso improvido.

Alega o recorrente que foi a ele movida ação revocatória falencial relativamente a bem imóvel pertencente à empresa Satro Sociedade Auxiliar da Indústria de Petróleo Ltda., cuja falência veio a ser decretada após a alienação; que a venda se deu no chamado “período suspeito” e que a tese jurídica é se é ou não necessária a configuração da fraude para a ineficácia do negócio pactuado.

Aduz que o acórdão objurgado, que declarou a ineficácia da venda independentemente do reconhecimento da fraude, divergiu da orientação do STJ a respeito, na aplicação do art. 52 da Lei de Quebras, devendo incidir, na espécie, não aquele dispositivo, mas o art. 53, a exigir-se a comprovação do vício, concretamente.

Contra-razões às fls. 146/149, apontando a ausência de demonstração analítica do dissídio.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pela decisão presidencial de fls. 155/156.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República às fls. 176/179, pelo Dr. Benedito Izidro da Silva, no sentido do não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado exclusivamente pela letra **c** do autorizador constitucional, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou procedente ação revocatória movida pela Massa Falida de Satro Sociedade Auxiliar da Indústria de Petróleo Ltda. contra Rodrigo de Castro, declarando ineficaz a venda ao ora recorrente, de imóvel pertencente à empresa durante o período suspeito, anterior à quebra.

O voto condutor do aresto objurgado, de relatoria do eminente Desembargador Celso Guedes, diz o seguinte (fl. 134):

O recurso não procede, com efeito, pela escritura que se encontra por cópia a fls. 15/19, a empresa falida cedeu ao apelante, a título oneroso, os direitos aquisitivos sobre imóvel que prometera comprar, tendo a transferência da propriedade do

imóvel se dado, pela mesma escritura, da outorgante compradora, Primus Corretora de Valores e Câmbio S.A. para o ora recorrente.

In casu, como ponderado pelo parecer do Ministério Público em exercício nesta Câmara, cuja fundamentação integra este voto, na forma do permissivo regimental, como o imóvel, cujos direitos aquisitivos foram cedidos pela empresa atualmente falida é um salão, além da correspondente vaga de garagem, enquadra-se a previsão do inciso VIII do art. 52 da Lei de Falências e dado o teor deste dispositivo, independentemente da época em que ocorreu a venda ou transferência do estabelecimento, se os credores não autorizaram expressamente aquela transação, nem ela foi feita com resguardo dos bens, no patrimônio do devedor, suficientes para o pagamento de todo o seu débito, esse ato não pode ser preservado, tenha havido ou não a intenção de fraudar os credores. Nesse sentido se pronunciou a 3ª Turma do STJ, no REsp n. 56.985-0-SP, conforme nota 11 ao art. 52, *in* T. Negrão, 29ª edição.

Em contraposição, o recorrente traz à colação julgado desta 4ª Turma prolatado no REsp n. 36.121-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, destacando a ementa e passagem do voto condutor, *verbis*:

Falência. Ação revocatória. Venda de fração ideal de imóvel, após o termo legal da falência, mas antes da decretação da quebra. Incidência do art. 52, inciso VII, da Lei Falimentar. Segundo o disposto no art. 52, inciso VII, do Decreto-Lei n. 7.661, de 21.06.1945, é ineficaz a transcrição de transferência da propriedade quando efetivada após a decretação do seqüestro ou da quebra; não, se operada durante o denominado período suspeito da falência. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.

Nessas condições, o indigitado art. 52, inciso VII, da Lei Falencial, não alberga a hipótese de ineficácia de alienação concretizada durante o chamado período suspeito. Nesse período, será o trespasse passível de revogação em se provando a fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar (art. 53 do mesmo diploma legal), hipótese de que aqui não se cuida.

A divergência está suficientemente demonstrada. A questão se refere à venda antes da sentença que decretou a quebra (03.09.1996, fls. 9/10), mesma espécie paradigmática. Em segundo, em ambos os casos o imóvel era comercial, não sendo, evidentemente, necessário para o dissídio, que sejam iguais, bastando a natureza.

Passando ao mérito, tenho que procede a irresignação.

A tese consagrada no STJ, é no sentido de que a invalidade da venda realizada no período suspeito depende da comprovação da fraude entre a empresa vendedora, depois falida, e o adquirente do imóvel.



Nesse sentido, além do paradigma colacionado, cito outros precedentes, a saber:

Falência. Venda do bem após o termo legal da falência, mas antes da decretação da quebra. Incidência do art. 52, inc. VII, da Lei Falimentar.

- Segundo o disposto no art. 52, inc. VII, do Decreto-Lei n. 7.661, de 21.06.1945, é ineficaz a transcrição de transferência da propriedade quando efetivada após a decretação do seqüestro ou da quebra; não, se operada durante o denominado período suspeito da falência. Precedentes do STJ.

- Recurso especial conhecido e provido.

(4ª Turma, REsp n. 1.684.010-RS, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 17.02.2003, p. 281)

Comercial. Falência. Ação renovatória. Nulidade/ineficácia do registro. Não contraria o art. 215 da Lei de Registros Públicos o acórdão que faz aplicação do art. 52 VII da Lei de Falências, não derogado pelo primeiro.

(4ª Turma, REsp n. 25.724-SP, Rel. Min. Dias Trindade, unânime, DJU de 04.04.1994, p. 6.685)

Ação revocatória. Lei de Falências (art. 52, VII). Lei de Registros Públicos (art. 215).

O art. 52, VII, da Lei Falimentar não foi revogado pelo art. 215 da Lei de Registros Públicos. Interpretação do último dispositivo de forma a compatibilizá-lo com o sistema de nulidades do Código Civil e de ineficácia de atos do pedido relativamente à massa.

Recurso conhecido e provido.

(3ª Turma, REsp n. 295-SP, Rel. Min. Cláudio Santos, maioria, DJU de 05.02.1990, p. 454)

Ação revocatória. Venda de bem imóvel no período suspeito. Súmula n. 7 da Corte. Dissídio.

1. Precedentes da Corte já assentaram que 'se a transferência se deu no período suspeito, mas antes da decretação da falência, sua nulidade depende da prova da fraude' (REsp n. 139.304-SP, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 23.04.2001).

2. Na cabe em recurso especial fazer um novo exame da prova dos autos para desmontar aquele constante do acórdão recorrido sobre o cenário fático relativo à operação com os imóveis, à fraude em relação à certidão para a operação e ao preço vil.

3. O dissídio sem a devida demonstração analítica, com a mera transcrição de ementas, no caso, não tem como ter êxito.

4. Recurso especial não conhecido.

(3ª Turma, REsp n. 510.404-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 29.03.2004, p. 232)

Ação revocatória. Art. 52, VII, da Lei de Falências. Precedentes da Corte.

1. Como assentado na jurisprudência da Corte, 'inocorrendo demonstração de fraude, é eficaz em relação à massa falida a alienação de imóvel de sua propriedade ocorrida dentro do termo legal da falência, também denominado período suspeito, mas anteriormente à declaração da quebra' (REsp n. 246.667-SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 14.04.2003; na mesma linha: REsp n. 168.401-RS, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 17.02.2003; REsp n. 228.197-SP, de minha relatoria, DJ de 18.12.2000).

2. Recurso especial conhecido e provido.

(3ª Turma, REsp n. 681.798-PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 22.08.2005, p. 271)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 552.440-DF (2003/0112703-2)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa

Recorrente: Valdecy Alves de Oliveira

Advogado: Auceli Rosa de Oliveira

Recorrido: Maria da Silva

Advogado: Matheus Machado de Carvalho - Defensor Público

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Apelação. Intempestividade. Protocolo em vara diversa daquele em que corre o feito. Ausência de protocolo integrado. Erro grosseiro. Recurso não conhecido.

1. Na espécie, registrou-se no acórdão guerreado a inexistência de protocolo integrado no foro de Brasília.

2. Com a devida vênia aos entendimentos contrários, permitir-se tal conduta, sem quaisquer limites, implicaria em verdadeiro caos nos Poderes Judiciários onde inexistente um sistema de protocolo integrado.

3. Constatado o erro grosseiro da parte recorrente.

4. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 03 de abril de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial interposto por Valdecy Alves de Oliveira, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que, negando provimento ao agravo, manteve decisão de intempestividade do recurso.

Restou o acórdão assim ementado:

Processual Civil. Agravo de instrumento manejado contra decisão denegatória de recebimento de apelação entregue em vara diversa. Improvimento.

1. Inexistindo protocolo integrado para recebimento de recursos, tem-se por intempestivo o que, em decorrência de entrega em Vara diversa, somente chegou ao juízo da causa após a expiração do prazo para recorrer.

2. Agravo improvido. Maioria.

Embargos de declaração opostos e, ao final, rejeitados (fl. 108).

Sustenta o recorrente, a par da divergência jurisprudencial, negativa de vigência ao artigo 547, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Contra-razões às fls. 125/137.

Recurso especial admitido pelo Tribunal de origem (fls. 142/143).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Não se desconhece a existência de decisão desta Corte favorável à tese sustentada pelo autor, isto é, da tempestividade do recurso, protocolizado dentro do prazo recursal, porém em juízo diverso daquele onde corre o feito.

Observe-se:

Recurso. Tempestividade. Entrega em cartório diverso daquele em que corre o feito. Precedentes da Corte.

1. Na linha de precedentes da Corte, é tempestivo o recurso apresentado dentro do prazo legal, embora entregue em cartório diverso em que corre o feito.

2. Recurso conhecido e provido. (*REsp n. 85.810-PR*, 3ª Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 09.12.1997).

Hodiernamente, a reboque dos avanços tecnológicos, alguns Estados da Federação vêm implementando os chamados “protocolos integrados”, ou seja, um sistema único de processamento de petições, tornando indiferente para as partes e seus procuradores - e facilitando-lhes imensamente o labor - o registro em qualquer dos juízos integrados, dentro do prazo recursal.

Contudo, na espécie, registrou-se no acórdão guerreado a inexistência do benefício no foro de Brasília; *in ipsius verbis*:

(...) Entendo que está intempestivo, sim. Tanto mais, porque não foi um equívoco em uma vara aqui do lado. Se dissesse que deveria ter dado entrada na 7ª Vara e deu-se na 5ª Vara, aqui ao lado, poderia então se justificar o equívoco. Mas não, o processo corre em Ceilândia ou Taguatinga, e deu-se entrada no Plano Piloto. *Não existe protocolo integrado aqui no foro de Brasília*. Em São Paulo existe o protocolo integrado, quer dizer, as apelações, para qualquer juízo, podem ser recebidas nesse protocolo que distribui os apelos. Não é o caso.



Ampliar-se o direito de defesa dessa maneira, parece-me, com todo respeito, não estar correto, porque a parte contrária também tem o direito de ver transitada a decisão, cuja sentença não foi impugnada no prazo legal (fl. 97, grifei).

Ademais, com a devida vênia ao entendimento contrário, permitir-se o procedimento, sem quaisquer limites, implicaria em verdadeiro caos no Poder Judiciário local, onde inexistente um sistema de protocolo integrado.

3. Portanto, dada a inexistência de protocolo integrado e constatando-se que se cuida, na espécie, de erro grosseiro da parte recorrente, tenho não ser possível o processamento do agravo de instrumento, porquanto intempestivo; daí, porque, *não conheço* do recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 599.546-RS (2003/0187941-0)

Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa
Recorrente: Banco do Brasil S/A
Advogado: Patrícia Netto Leão e outros
Recorrido: Sônia Rodrigues Lung e outros
Advogado: Hélio Danubio Guedes Rodrigues
Interes: Estado do Rio Grande do Sul
Procurador: Bruno de Castro Winkler e outros
Interes: Município de Porto Alegre
Procurador: Mauro de Almeida Canabarro e outros
Interes: Joachim Kurt Lammel e cônjuge
Advogado: Juracy Vilela de Souza e outros

EMENTA

Recurso especial. Processual Civil. Falecimento em decorrência de assalto a posto bancário. Instituição financeira. Legitimidade passiva. Imprevisibilidade e força maior. Inocorrência. Responsabilidade do banco. Danos materiais e morais. Fixação do *quantum* com moderação, sem exageros. Não modificação. Ausência de provas de que o falecido percebia renda extra a justificar a pensão mensal. Súmula n. 7 do STJ. Indenização fixada em salários mínimos. Impossibilidade. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

1. A instituição bancária tem legitimidade para figurar no pólo passivo de ação de indenização por danos materiais e morais decorrente de homicídio de cliente ocorrido no interior de posto bancário.

2. A ocorrência de roubo, por previsível, mormente nos grandes centros urbanos, não afasta a responsabilidade da instituição financeira, nem configura força maior.

3. A condenação fixada nas instâncias ordinárias somente comporta alteração pelo STJ, se fixada de forma exagerada ou irrisória.

4. O pretendido afastamento da pensão mensal à viúva, diante de alegada ausência de provas de que o falecido auferia renda extra implicaria no revolvimento de todo o conteúdo fático-probatório, esbarrando no óbice da Súmula n. 7 do STJ.

5. É inadmissível a vinculação do montante indenizatório em salários mínimos. Precedentes do STJ.

6. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Relator

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Cuida-se de recurso especial, interposto por *Banco do Brasil S/A*, frente a *Sônia Rodrigues Lung e outros*, contra v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que deu parcial provimento a apelos interpostos, condenando o ora recorrente

ao ressarcimento de danos materiais e morais pelo falecimento do esposo da primeira recorrida e pai dos demais, quando de assalto a posto bancário do recorrente, na capital gaúcha.

Afirma o recorrente, resumidamente: a) sua ilegitimidade passiva para a causa (art. 267, IV, do Código de Processo Civil); b) configuração de imprevisibilidade e de força maior, com afronta aos arts. 1º a 3º da Lei n. 7.102/1983; c) inexistência de prova de que o *de cujus* auferia renda extra a justificar a condenação por danos materiais (art. 333, I, do CPC); d) alteração do termo final da pensão concedida à viúva, até a data em que o *de cujus* completaria 65 anos e não 72, como fixado pelo acórdão; e) afronta aos arts. 4º e 5º, ambos da Lei de Introdução ao Código Civil, e ao art. 1.553 do Código Civil, na fixação de 120 salários mínimos de danos morais para cada um dos quatro recorridos; f) divergência jurisprudencial, quanto à possibilidade de se fixar a indenização em salários mínimos (fls. 332/346).

Os autores ingressaram em juízo com ação indenizatória contra o ora recorrente, bem como o Município de Porto Alegre e o Estado do Rio Grande do Sul (fls. 02/09); a r. sentença afastou da lide Município e Estado e condenou o Banco do Brasil S/A ao pagamento de 120 salários mínimos de danos morais a cada um dos autores e setecentos reais de pensão mensal à viúva até a data em que o falecido completaria 65 anos (fls. 229/244); banco e autores apelaram, tendo o acórdão recorrido dado parcial provimento a ambos os recursos, mantendo a condenação por danos morais e reduzindo a pensão mensal a dois terços de um salário mínimo, até a data em que o falecido completaria 72 anos (fls. 310/326).

Admissibilidade positiva na origem (fls. 386/389).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa (Relator): 1. Primeiramente, quanto à alegada ilegitimidade do recorrente para figurar no pólo passivo da ação indenizatória, bem como no que toca à suposta imprevisibilidade e ocorrência de força maior, não há que se falar em violação ou negativa de vigência ao art. 267, do *Codex Processual*.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça já se consolidou no sentido da legitimidade passiva e da responsabilização da instituição financeira em casos como o presente, ante a previsibilidade de ocorrência de assaltos em

agências e postos bancários, mormente em grandes centros urbanos, como é o caso da capital gaúcha, afastando – de modo incontestado – a arguição de força maior.

Destacam-se os seguintes precedentes:

Recurso especial. Assalto à instituição bancária. Morte da vítima. Indenização. Não-configuração de caso fortuito ou de força maior. Previsibilidade. Recurso especial provido.

(...)

3. Restando incontroverso nos autos a ocorrência de assalto em agência bancária, que resultou na morte do genitor dos autores da ação indenizatória e, evidente a total ausência de oferecimento, pela instituição financeira, das mínimas condições de segurança aos seus clientes, afigura-se inafastável o dever de indenizar pelo Estado do Rio Grande do Sul (sucessor da extinta Caixa Econômica Estadual). *In casu*, o único guarda armado omitiu-se no cumprimento do dever que lhe era afeto, correndo a esconder-se no banheiro enquanto que o Gerente fugia pela porta dos fundos, deixando seus subordinados e os clientes completamente entregues à própria sorte.

4. Descabido, ainda, o argumento de que houve força maior a ensejar a exclusão da responsabilidade do recorrente. Em diversos precedentes deste Pretório, restou assentada a orientação de que, em razão da previsibilidade, o roubo não caracteriza hipótese de força maior, capaz de elidir o nexo de causalidade, indispensável à configuração do dever indenizatório.

5. Recurso especial provido. (*REsp n. 787.124-RS*, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22.05.2006)

Responsabilidade civil. Morte de menor. Assalto à agência bancária. Indenização. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade.

Despicienda a análise de eventual conduta culposa por parte da instituição financeira-recorrente, visto ser objetiva a sua responsabilidade em hipóteses como a dos autos. Demais disso, em razão da previsibilidade, não configura o roubo evento de força maior, como pretendido.

O valor arbitrado a título de danos morais pelos juízos ordinários não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando, portanto, a excepcional intervenção desta Corte para rever o *quantum* indenizatório.

Recurso especial não conhecido. (*REsp n. 694.153-PE*, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 05.09.2005)



Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Assalto em caixa eletrônico ocorrido dentro da agência bancária. Morte da vítima. Dever de indenizar.

I. Não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão estadual, eis que o mesmo enfrentou, suficientemente, a matéria controvertida, apenas que com conclusões desfavoráveis à parte ré.

II. Inocorrendo o assalto, em que houve vítima fatal, na via pública, porém, sim, dentro da agência bancária onde o cliente sacava valor de caixa eletrônico após o horário do expediente, responde a instituição ré pela indenização respectiva, pelo seu dever de proporcionar segurança adequada no local, que está sob a sua responsabilidade exclusiva.

III. Recurso especial não conhecido. (*REsp n. 488.310-RJ*, Quarta Turma, Rel. p/ o acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 22.03.2004).

2. Lado outro, não convencem os argumentos concernentes à suposta negativa de vigência aos artigos 1º a 3º, da Lei n. 7.102/1983; tal diploma legal disciplina o *mínimo* que deve ser oferecido pelas instituições financeiras para a segurança de seus estabelecimentos, bem como de funcionários e clientes; a maior prova de que a segurança do posto bancário era ineficiente foi a própria ocorrência do trágico evento, que culminou com o falecimento do esposo e pai dos recorridos, fazendo resultar a responsabilidade do recorrente.

3. De igual modo, não há falar em violação ao art. 333, I, do CPC; como bem ressaltado na r. decisão recorrida, “a vítima, quando de seu falecimento, tinha 56 anos de idade, presumindo-se que, efetivamente, buscase complementar os ganhos auferidos no mercado informal” (fl. 324); presente a presunção, a fixação do *quantum* para a pensão mensal em dois terços de um salário mínimo se mostra perfeitamente razoável, não havendo cogitar de seu afastamento ou redução, em especial diante da capacidade econômica do recorrente. Ademais, isso implicaria a necessidade de revolvimento de todo o conteúdo fático-probatório, o que não se mostra viável, nesta instância superior, ante o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. Relativamente ao termo final do recebimento da pensão mensal por parte da viúva, limita-se o recorrente a afirmar, *verbis*:

Todavia, acaso confirmado o dever de prestar pensão, deverá esta ser limitada a idade de 65 anos da vítima, pois esta é a expectativa (*sic*) de vida do brasileiro, e não 72 anos. (fl. 341)

Como facilmente se observa, não foi realizada a indicação de dispositivo legal violado ou sequer de decisões divergentes de outros Tribunais brasileiros, não cumprindo o recorrente os requisitos necessários à interposição do recurso especial, disciplinados no art. 541, *caput*, incisos e parágrafo único, do CPC e no art. 255, *caput* e parágrafos, do Regimento Interno do STJ.

5. No concernente ao *quantum* da indenização por danos morais, fixado na sentença e mantido no acórdão recorrido em 120 salários mínimos para cada autor, totalizando 480 salários mínimos, não quadra diminuição; conforme amplamente pacificado nesta Corte Superior de Justiça, o valor da indenização estabelecido pelas instâncias ordinárias somente deve ser alterado, caso se mostre exagerado ou irrisório, o que não é o caso dos autos; ao contrário, o *quantum* foi fixado com moderação, não comportando, assim, a diminuição pretendida.

6. Por fim, alega o recorrente divergência jurisprudencial na vinculação do valor da indenização ao salário mínimo; neste ponto, razão assiste ao inconformismo; traz-se à colação trecho do voto condutor do *REsp* 679.248-RJ (DJ de 22.05.2006), cuja Relatora foi a e. Min. Nancy Andrighi:

Nesse ponto, “a orientação desta Corte já se firmou no sentido de ser inadmissível a vinculação do montante indenizatório em salários mínimos, na conformidade, por sinal, com a legislação infraconstitucional (art. 1º da Lei n. 6.205, de 29.04.1975 e art. 3º da Lei n. 7.789, de 03.07.1989)”. (AG n. 493.951-RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 04.06.2003 e *REsp* n. 443.095-SC, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.04.2003). Na mesma linha o *REsp* n. 332.576-RS (DJ 19.11.2001) e *AgRg* no *REsp* n. 401.688-MG (DJ 24.06.2002), ambos de minha relatoria; *REsp* n. 345.807-MG (DJ 12.08.2002) e 401.309-RS (DJ 12.08.2002), ambos de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; e *REsp* n. 252.760-RS (DJ 20.11.2000), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

Assim, aplicando, desde logo, o direito à espécie, e ante o disposto nos arts. 159 e 1.519 e seguintes, do Código Civil de 1916 (equivalentes aos arts. 927 e seguintes do novo Código Civil), é fixada a condenação por danos morais em R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais) para cada um dos autores-recorridos, totalizando o montante de R\$ 168.000,00 (cento e sessenta e oito mil reais), verba que, uma vez preservada nas instâncias ordinárias, deve receber atualização desde a data da Sentença.

7. Diante do exposto, conheço em parte do recurso especial e, na extensão, dou-lhe provimento, tão-somente para afastar a vinculação da indenização por danos morais ao salário mínimo, fixando-a, desde logo, em quarenta e dois



mil reais para cada um dos autores-recorridos, totalizando o valor de cento e sessenta e oito mil reais, corrigíveis a partir do julgamento em primeiro grau. Mantém-se a condenação nas custas judiciais e os honorários advocatícios, como fixada no acórdão recorrido.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 678.375-GO (2004/0073738-8)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: Stylus Audio e Vídeo Ltda

Advogado: Waldomiro de Azevedo Ferreira e outro

Recorrido: Djalma Rodrigues da Silva

Advogado: Maria Paula Ferreira Felipeto e outros

EMENTA

Recurso especial. Prazo para oposição dos embargos de terceiro. Início a partir do efetivo conhecimento do ato de turbação. Fatos supervenientes não caracterizados. Tempestividade dos embargos de terceiro. Preclusão. Recurso especial não conhecido.

I - Em consonância com o entendimento assente nesta Corte, nas hipóteses do terceiro-embargante não possuir ciência do processo de execução, especificamente, a respeito do ato de constrição judicial, deve-se considerar como termo *a quo* a data do efetivo ato de turbação;

II - A necessidade de intimação pessoal do proprietário de imóvel submetido a penhora e, posteriormente, objeto de adjudicação não pode ser substituída por meios que denotam meras presunções de conhecimento, o que foi enfrentado pelo Tribunal de origem, remanescendo a questão preclusa, indubitavelmente, por ocasião do julgamento da apelação, não havendo se falar em fatos supervenientes;

III - Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na

conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, a Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJ 26.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial, fundamentado no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, interposto por Stylus Audio e Vídeo Ltda contra o v. acórdão de fls. 131/140, da lavra da Quarta Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em que se alega infringência aos artigos 462 e 1.048 do Código de Processo Civil, bem como divergência jurisprudencial, no ponto.

Os elementos existentes nos autos dão conta de que Djalma Rodrigues da Silva ajuizou ação de embargos de terceiro com pedido liminar em face da Stylus Audio e Vídeo Ltda, pois o imóvel de sua propriedade, localizado na Rua Melro, quadra 45, Lote 05, Parque das Laranjeiras, Goiânia-GO, restou penhorado nos autos da execução, em que o ora requerente contende com Espaço, Construtora e Indústria, Cipa Industrial de Produtos Alimentares Ltda e Sandro Antônio (*ut fls. 116 do apenso n. 12*).

Irresignada com a decisão que designou a audiência de conciliação (fls. 38), em que se facultou às partes a formulação de pedidos de produção de provas em detrimento do procedimento constante do artigo 1.053 do Código de Processo Civil, Espaço Construtora e Indústria Ltda interpôs agravo de instrumento, sustentando, também, a intempestividade dos embargos de terceiro (fls. 42/47). O Tribunal de origem, por ocasião de seu julgamento, cassou a decisão agravada para que se observasse o rito especial, assentando, contudo, a inequívoca tempestividade dos embargos de terceiro (fls. 65/70).

Espaço Construtora e Indústria Ltda, nos autos da execução, ao se manifestar sobre a avaliação dos bens penhorados, requereu a suspensão da hasta pública, sob o fundamento de que, conforme escritura pública de compra e venda acostada às fls. 222/222-v, do apenso n. 11, o imóvel localizado na Rua Melro, quadra 45, Lote 05, Parque das Laranjeiras, Goiânia-GO, pertence à empresa Cipa e ao Sr. Djalma Rodrigues da Silva, os quais não foram intimados pessoalmente



para a realização da Praça, anotando-se, ainda, que a constrição se deu sobre a totalidade do imóvel, não havendo qualquer reserva, portanto, sobre a parte do co-proprietário Djalma Rodrigues. Ante tais fundamentos, o magistrado *a quo* suspendeu a praça, apenas no que tange ao referido imóvel (fls. 223, do apenso n. 11). A despeito dessa exclusão, o referido imóvel constou da 2ª Praça, vindo a ser adjudicado pelo exequente, conforme se verifica de fls. 479 do apenso n. 9.

Em julgamento antecipado da lide, o magistrado sentenciante, após afastar a alegação de intempestividade da oposição dos embargos de terceiro, julgou a ação procedente para declarar nula a adjudicação efetuada sobre o imóvel retro citado (fls. 84/87). O Tribunal estadual, por ocasião do julgamento da apelação interposta, manteve o *decisum* assentando, ainda, que a matéria foi em sobejo decida no bojo dos autos, em especial no agravo de instrumento, encontrando-se a questão referente à tempestividade dos embargos preclusa (fls. 131/140).

Irresignada, Stylus Audio e Vídeo Ltda interpôs o presente recurso especial sustentando, em síntese, que, se a adjudicação do imóvel supra referido ocorreu em 06 de junho de 1997 e a respectiva assinatura da Carta de Adjudicação em 03 de novembro de 1998, o prazo para a oposição dos embargos de terceiro encerrar-se-ia em 11 de junho de 1997. Assevera, ainda, não se mostrar plausível a alegação de que o terceiro, ora requerido, não teve ciência da constrição judicial, pois em 23.03.1994 a penhora foi averbada junto à matrícula do imóvel; procedeu-se à publicação do edital da Hasta Pública e; os Impostos Prediais Territoriais Urbanos (IPTU) do ano de 2000 já se encontravam em seu nome. Alega, também, que tais fatos constituem fatos novos que deveriam ser apreciados pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação. Aduz, por fim, ter bem demonstrado divergência jurisprudencial, no ponto.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O inconformismo do requerente não merece prosperar.

Com efeito.

O cerne da pretensão objetivada pelo recorrente reside na suposta intempestividade dos embargos de terceiro, fulcrada no suposto conhecimento do recorrido sobre a constrição judicial.

Oportuno observar que o prazo de cinco dias para a oposição de embargos de terceiros à execução, conforme dispõe o artigo 1.048 do Código de Processo Civil, inicia-se da arrematação, adjudicação ou remição. Consigna-se, contudo,

que esta c. Corte, em uniformização jurisprudencial, perfilha entendimento que confere interpretação extensiva ao referido preceito legal, no sentido de que nas hipóteses do terceiro-embargante não possuir ciência do processo de execução, especificamente, a respeito do ato de constrição judicial, deve-se considerar como termo *a quo* a data do efetivo ato de turbação.

Neste sentido, esta c. Corte, já decidiu:

Processo Civil. Embargos de terceiro. Prazo. Termo inicial. Ciência pelo terceiro embargante da constrição. Art. 1.048, CPC. Precedentes. Recurso desacolhido. I - Na linha da jurisprudência desta Corte, o possuidor com justo título tem direito de ajuizar embargos de terceiro para defesa de sua posse, tendo início o prazo com o efetivo ato de turbação. II - Tendo o terceiro possuidor tomado conhecimento da constrição quando do mandado de imissão na posse, desse dia conta o quinquídio previsto no art. 1.048, CPC. (REsp n. 345.997-RO, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 227)

Processo Civil. Recurso especial. Embargos de terceiro à execução. Propositura. Prazo. Termo *a quo*. Devido processo legal. Contraditório. Arrematação. Imissão na posse. CPC, art. 1.048, parte final. - Em observância ao devido processo legal e ao contraditório, nas hipóteses em que o terceiro-embargante não possua ciência do processo de execução em que se operou a arrematação do bem, deve o art. 1.048 do CPC, parte final, ser interpretado extensivamente, elegendo-se como termo *a quo* para a propositura dos embargos a data de cumprimento do mandado de imissão na posse. (REsp n. 298.815-GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.12.2001, DJ 11.03.2002, p. 253). Confira-se, ainda: *ut* REsp n. 861.831-RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, data do julgamento 21.09.2006, data da publicação/fonte DJ 09.10.2006; REsp n. 299.295-RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17.05.2001, DJ 25.06.2001; REsp n. 166.565-SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 03.12.2001, DJ 05.08.2002.

Bem de ver, na espécie, encontrar-se a matéria, de fato, sobejamente decidida pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento, assentando que o ora recorrido somente tomou conhecimento do ato judicial após o dia 23.01.2001, por meio de informações de seus vizinhos a respeito da presença do oficial de justiça, que não conseguiu cumprir o mandado de desocupação (fl. 20). Ato, aliás, que afigura-se, inequivocamente, turbação de sua posse. Oportuno observar, inclusive, que a presente ação foi prontamente ajuizada na data em 05.02.2001.



Não subsiste, ainda, a tese aventada pelo recorrente a respeito da superveniência de fatos novos, porquanto a necessidade de intimação pessoal do proprietário de imóvel submetido a penhora (fls. 24/25 - do apenso n. 6) e, posteriormente, objeto de adjudicação (fls. 479 - do apenso n. 9) não pode ser substituída por meios que denotam meras presunções de conhecimento, o que, repisa-se, foi enfrentado pelo Tribunal de origem, remanescendo a questão preclusa, indubitavelmente, por ocasião do julgamento da apelação.

Em hipótese assemelhada, a em. Min. Nancy Andrichi, por ocasião do julgamento do REsp n. 730.477-SP, DJ de 10.11.2005, assim dispôs: Na hipótese em tela, a única executada é a empresa recorrente, que foi devidamente intimada da penhora do bem imóvel oferecido por seu sócio-gerente, que por sua vez, é pessoa estranha à lide. Dessa forma, o prazo para que a recorrente ofereça embargos do devedor, como bem salientou o acórdão recorrido, deve ser contado a partir da juntada aos autos da prova em que ela, a empresa devedora, foi intimada da penhora. A questão relativa à necessidade de intimação dos proprietários do bem penhorado é de interesse unicamente destes, pois visa a defesa de seus direitos, defesa essa que poderá ser exercida, em sede própria, a partir do momento em que o último deles for intimado da constrição.

Desse modo, deve-se preservar o direito constitucional de irrestrita defesa do proprietário do bem constritado, que, não intimado, ingressa em juízo, por meio dos embargos de terceiro, após ciência da turbação de sua posse, ocasionada pela infrutífera diligência de cumprimento do mandado de desocupação.

Ademais, restou consubstanciado nos autos que o magistrado *a quo* determinou expressamente a exclusão do imóvel pertencente ao terceiro embargante da hasta pública (fls. 223, do apenso n. 11), que, contudo, também restou adjudicado pelo exequente. Nula, portanto, a adjudicação do referido imóvel.

Por fim, melhor sorte não assiste ao recorrente no que se refere à demonstração de dissídio pretoriano, porquanto colacionou como paradigmas julgados que não possuem a mesma base fática do caso sob comento, bem como não procedeu ao necessário cotejo analítico. Não atendidos, por conseguinte, o parágrafo único do artigo 541 do CPC c.c. o § 2º do artigo 255 do Regimento Interno deste C. Tribunal Superior.

Assim sendo, não se conhece do presente recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 775.255-RJ (2005/0139176-6)

Relator: Ministro Massami Uyeda

Recorrente: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções

Advogado: José Gagliardi e outros

Recorrido: Urbanizadora S/A Comércio Empreendimentos e Participações

Advogado: Gabriel Ramalho Lacombe e outros

EMENTA

Preliminar. Processual Civil. Pedido de adiamento da audiência de julgamento (realização de sustentação oral [CPC, art. 565]). Indeferimento. Ocorrência. Direito de defesa. Cerceamento. Inocorrência.

I – É insuficiente o singelo protocolamento do requerimento de adiamento, sendo também ônus o acompanhamento do pedido, assim como eventual requerimento oral de reconsideração da decisão denegatória.

II – A exegese do art. 565 do CPC, de acordo com doutrina e jurisprudência, é no sentido de se dar preferência no julgamento do processo, não se tratando de direito ao adiamento, mas sim faculdade que será ou não concedida mediante a prudente avaliação do Magistrado.

III – Ausência de demonstração de qualquer tipo de prejuízo processual sofrido pela ora recorrente.

IV – *Preliminar afastada.*

Processual Civil. Contrato. Empreendimento imobiliário. Implementação. Inocorrência. Valor monetário. Devolução determinada nas instâncias ordinárias. Entendimento lastreado em interpretação do pacto estabelecido e da matéria fático-probatória colacionada. Recurso especial. Reexame. Impossibilidade. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Súmulas n. 5 e 7-STJ. Aplicação. Necessidade.

I – Não se configura nulidade se o v. acórdão enfrentou suficientemente as matérias controvertidas, ressaltadas as conclusões adversas às teses sufragadas pela ré (de direito; sobre os fatos; sobre o contrato avençado).

II – Análise do v. aresto *a quo* sobre necessária devolução de valores monetários depositados em favor da recorrente (correção



pelos índices inflacionários ocorridos até a data do efetivo pagamento; impossibilidade de compensação com os alegados valores devidos com eventual crédito decorrente da não conclusão do contrato; danos hipotéticos [reclamados em reconvenção]).

III – “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial” - Súmula n. 5-STJ.

IV – “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

V – *Recurso especial improvido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, e o voto do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, no mesmo sentido, a Turma por unanimidade, conhecer do recurso especial, e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Jorge Scartezzini e Aldir Passarinho Júnior (art. 162, § 2º, do RISTJ).

Brasília (DF), 03 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Inicia-se por adotar o relatório de fls. 1.009/1.010 (vol. 6), *in verbis*:

Cuida-se de ação indenizatória através da qual a autora, Urbanizadora S/A Comércio Empreendimentos e Participações, em liquidação extrajudicial, postula a devolução de Cr\$ 6.632.954,96 (seis milhões, seiscentos e trinta e dois mil, novecentos e cinquenta e quatro cruzeiros e noventa e seis centavos), que, devidamente corrigida, montaria a importância Cr\$ 1.589.975.742,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e nove milhões, novecentos e setenta e cinco mil, setecentos e quarenta e dois cruzeiros). Na contestação a ré, Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções, alega que além da quantia não corresponder à correção monetária do

valor recebido pela ré, a autora é devedora de perdas e danos conseqüentes de seu inadimplemento contratual, reconhecido em coisa julgada.

Apresentou ainda reconvenção, objetivando indenização por perdas e danos face aos prejuízos causados pelo inadimplemento contratual da autora.

A sentença julgou procedente o pedido formulado pela autora, para o fim de condenar a ré ao pagamento da quantia perseguida na inicial, devidamente, corrigida pela Lei n. 6.899/1981, acrescida de juros simples de 0,5% ao mês, a partir da citação, aí incluídos os expurgos inflacionários na forma da fundamentação acima, a serem apurados por simples cálculos do Contador na época da liquidação. Condenando, ainda, a ré em custas e honorários, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, e improcedente o pedido reconvençional, condenando a ré-reconvinte ao pagamento de custas e honorários, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada, apela a ré, Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções, às fls. 653/673, pretendendo ver acolhidas as preliminares ressaltadas e conseqüente nulidade da sentença, no mérito, reforma da decisão reconhecendo o direito da apelante em se ver ressarcida pelos danos que lhes foram impostos pela apelada. Às fls. 716/719 recurso adesivo da autora, Urbanizadora S/A Comércio Empreendimentos e Participações, postulando a reforma da sentença para ver reconhecido o valor histórico admitido na planilha de fl. 140, determinando-se que os juros moratórios serão computados, tal qual a correção monetária a partir de cada desembolso, computados no cálculo da correção os percentuais reconhecidos pelo STJ.

Contra-razões ofertadas pela parte autora às fls. 723/732, ausente as contra-razões ao adesivo.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 770/775, pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

A colenda Décima Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a ambas as apelações, em v. acórdão unânime, ementado nos seguintes termos (fl. 1.008, vol. 6):

Ação indenizatória. Inadimplemento de negócio. Devolução do preço. Reconvenção.

As preliminares argüidas no apelo da ré, de nulidade do julgamento por ofensa aos artigos 160, 458, 463 e 535 do CPC, defeito de representação e intervenção do Ministério Público, devem ser rejeitadas. Correta a sentença que determinou que a ré deva proceder ao pagamento dos valores reclamados na inicial e não da forma



como pretende em seu recurso de apelação, devidamente corrigidos pelos índices inflacionários ocorridos até a data do efetivo pagamento, mais juros simples de 0,5% ao mês a partir dos desembolsos, considerando os danos reclamados pela ré hipotéticos.

Rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento a ambos os apelos.

Opostos embargos declaratórios, tanto pela autora quanto pela ré (fls. 1.018/1.020; 1.022/1.027, vol. 6), foram ambos os recursos rejeitados por unanimidade (fls. 1.041/1.042; 1.043/1.044, vol. 6).

Inconformada, “Carvalho Hosken S.A. Engenharia e Construções” interpôs recurso especial (Constituição Federal/1988, art. 105, inciso III, alínea **a**, fls. 1.046/1.083, vol. 6), alegando, resumidamente, que o v. acórdão violou os arts. 13, 37, 246, 315, 424, inciso I, 429, 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil; 1.092 do anterior Código Civil (1916); art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 86.649/1981 c.c. o § 1º do art. 1º da Lei n. 6.899/1981; afirmou também, *ad argumentandum*, violação do § 2º do art. 1º da Lei n. 6.899/1981, parágrafo único do art. 1º do Decreto n. 86.649/1981 c.c. o art. 219 do CPC, além de ter asseverado a ocorrência de nulidade, prequestionamento dos dispositivos jurídicos mencionados e de dissídio jurisprudencial.

Inadmitido o recurso especial da ora recorrente (fls. 1.097/1.101, vol. 6), esta interpôs agravo de instrumento, o qual mereceu provimento e foi convertido neste recurso (fl. 1.133, vol. 6).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): A argüida preliminar de ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, por não ter-se deferido pleito de adiamento de sustentação oral, deve ser ressaltado que o causídico que atuou majoritariamente nos atos e peças processuais constantes dos autos (*v.g.* fls. 83; 90/127, vol. 1) não é o mesmo que iria realizar a postulada sustentação oral (*ut fl.* 1.002, vol. 6); em segundo lugar, destaque-se que, observando-se as datas da petição, do carimbo do protocolo e da assinatura do d. Desembargador (*ut fl.* 1.002), o advogado que iria realizar a sustentação oral, embora tenha substabelecimento nos autos (*ut fl.* 82, vol. 1), não foi diligente em fiscalizar a denegação determinada (*ut fl.* 1.002). Não é suficiente o singelo ato de protocolar o requerimento de adiamento, sendo também ônus tanto o acompanhamento do pedido quanto o eventual requerimento oral de reconsideração da decisão denegatória, em casos como o presente.

A norma insculpida no art. 565 do Código de Processo Civil não concede ao patrono da parte o direito ao adiamento, mas, sim, a preferência na sessão de julgamento, incluindo-se o processo em primeiro lugar na pauta, respeitadas as preferências previstas em lei.

Com efeito.

Segundo Pontes de Miranda: “A preferência, a que se refere o art. 565, é apenas a da ordem da pauta, conforme a numeração para a distribuição, respeitadas as regras jurídicas do Regimento Interno.” (in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo VIII, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1973, p. 276).

Dentro do mesmo diapasão, assevera o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “No STJ, a praxe é deferir o adiamento do julgamento, quando requerido, se o advogado da parte adversa concordar, não se opuser ou estiver ausente.” (in “Código de Processo Civil Anotado”, 7ª ed., 2003, Ed. Saraiva, São Paulo, p. 431).

Conforme o d. Procurador de Justiça José Raimundo Gomes da Cruz: “O adiamento poderá até ser indeferido, conforme as circunstâncias, sem que daí resulte nulidade do julgamento na mesma sessão.” (in “A sustentação oral em face dos artigos 554 e 565, do Código de Processo Civil”, *RJTJSP* 96, 1985, São Paulo, p. 8/21).

Nos termos acima consignados, não constitui o adiamento de sessão de julgamento (para realização de sustentação oral) um direito líquido e certo, uma vez que, realizado o pedido, poderá ser este concedido ou não, já que, segundo a norma inserta no art. 565 do CPC, trata-se de mero benefício, faculdade ou permissão, atribuído ao Magistrado examinar. Nesse sentido, assim já se decidiu:

A correta exegese do art. 565 do CPC, como informam doutrina e jurisprudência, é no sentido de se dar preferência no julgamento do processo, não se tratando de direito ao adiamento, mas sim benefício, a ser concedido mediante o prudente alvedrio do juiz. (STJ, RMS n. 14.454-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 06.08.2002, DJ 23.09.2002, p. 226, *RT* 812/158); no mesmo sentido: EDcl no REsp n. 520.547-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, v.u., j. 16.12.2003, DJ 16.02.2004, p. 266; REsp n. 447.839-SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, v.u., j. 1º.09.2005, DJ 19.09.2005, p. 248; REsp n. 388.96-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, m.v., j. 07.12.1993, DJ 14.03.1994, p. 4.522; REsp n. 34.660-PR, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, v.u., j. 07.06.1993, DJ 02.08.1993, p. 14.223, *RSTJ* 51/301.



Deve ser destacado, ainda, que não foi demonstrado qualquer tipo de prejuízo processual sofrido pela ora recorrente, em razão da ausência de sustentação oral na sessão de julgamento realizada.

Por fim, oportunamente, deve ser ressaltado que a intervenção do Ministério Público somente se faz obrigatória no âmbito do próprio processo de liquidação extrajudicial de instituição financeira (hipótese dos presentes autos), e, uma vez cessada aquela por ato do Banco Central, desaparece o interesse coletivo, e, nesses termos, a legitimidade do *Parquet* para intervir torna-se dispensável (nesse sentido: STJ, REsp n. 252.917-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, v.u., j. 19.03.2002, DJ 29.04.2002, p. 246; AgRg no Ag n. 423.252-RJ, Rel. Min. Paulo Medina, Segunda Turma, v.u., j. 18.06.2002, DJ 21.10.2002, p. 360; REsp n. 61.055-SP, Rel. Min. Antonio Torreão Braz, Quarta Turma, v.u., j. 22.08.1995, DJ 23.10.1995, p. 35.678), não havendo, portanto, nulidade alguma a ser sanada na situação ora em tela.

Preliminares afastadas, passa-se ao mérito recursal.

O presente recurso especial originou-se, em resumo, de ação ordinária promovida por “Urbanizadora S.A. Comércio Empreendimentos e Participações” (empresa em liquidação extrajudicial) contra “Carvalho Hosken S.A. Engenharia e Construções” (ora recorrente), em que foi postulada pela autora a devolução de pagamento de valor monetário efetuado, relativo a negócio contratado e não implementado pela ora recorrente (associação da autora/recorrida e ré/recorrente em empreendimento imobiliário na Capital do Estado de São Paulo).

A recorrente apresentou reconvenção, na qual objetivou indenização por perdas e danos em face dos prejuízos causados pelo inadimplemento contratual da autora (ora recorrida).

A ação da autora foi julgada procedente, ao passo que o pleito reconvenicional foi julgado improcedente, pelo MM. Magistrado de 1º Grau (*ut* fls. 802/809, vol. 5); em grau recursal, foram improvidos tanto a apelação da ora recorrente quanto o recurso adesivo da recorrida (*ut* fls. 1.008/1.012, vol. 6). O v. acórdão recorrido, de relatoria do eminente Desembargador Alexandre H. P. Varella, foi lavrado nos seguintes termos (*ut* fls. 1.010/1.011, vol. 6):

Inicialmente com relação as preliminares argüidas no apelo da ré, de nulidade do julgamento por ofensa aos art. 160, 458, 463 e 535 do CPC, defeito de representação e intervenção do Ministério Público, devem ser rejeitadas. A uma, porque o art. 160 não tem aplicação nos autos. A duas, porque com relação ao art. 458, a sentença se mostra fundamentada, mesmo que de forma sucinta. A três,

porque não estão caracterizadas ofensas aos arts. 463 e 535, tendo sido apreciado os embargos interpostos pelo recorrente.

O defeito de representação foi sanado com a juntada de substabelecimento de fl. 733, bem como qualquer vício quanto à atuação do Ministério Público. Sendo assim, rejeito as preliminares.

No mérito, não se discute que a ré deva restituir o débito devidamente corrigido, pretende, entretanto, com relação à autora, em sua reconvenção, compensar os valores devidos com eventual crédito, decorrente da não conclusão do contrato. Por sua vez a autora, deseja ver reconhecido o valor histórico admitido na planilha de fl. 140, determinando-se que os juros moratórios serão computados, tal qual a correção monetária, a partir de cada desembolso, computados no cálculo da correção os percentuais reconhecidos pelo STJ.

Tenho que correta a sentença que determinou que a ré deva proceder ao pagamento dos valores reclamados na inicial, e não da forma como pretende em seu recurso de apelação, devidamente corrigidos pelos índices inflacionários ocorridos até a data do efetivo pagamento, mais juros simples de 05% ao mês a partir dos desembolsos, inclusive, com relação aos percentuais dos expurgos inflacionários citados na decisão em razão do equívoco do perito do juízo, devendo ser compensados os índices já contidos na tabela oficial de correção monetária deste Tribunal.

Correta, também, na parte em que entendeu que 'os danos reclamados pela reconvinde são hipotéticos até porque não demonstrou que a não construção das casas se deu por culpa da autora.

Alega a recorrente ofensa aos arts. 13, 37, 246, 315, 424, inciso I, 429, 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil; 1092 do anterior Código Civil (1916); art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 86.649/1981 c.c. o § 1º do art. 1º da Lei n. 6.899/1981; *ad argumentandum*, também assevera ofensa ao § 2º do art. 1º da Lei n. 6.899/1981, parágrafo único do art. 1º do Decreto n. 86.649/1981 c.c. o art. 219 do CPC.

Não comporta guarida o inconformismo recursal manifestado.

Com efeito.

No tocante às normas processuais, o r. julgado não padece de nulidade por ausência de fundamentação ou omissão, porquanto contém argumentação suficiente ao embasamento das conclusões a que chegou, apenas que desfavoráveis à construtora-ré, de sorte que inexistiu qualquer ofensa aos arts. 13, 37, 246, 315, 424, inciso I, 429, 535, incisos I e II, do CPC. O não acolhimento de determinado



fundamento do autor ou do réu não significa que seja inválido o r. acórdão, que apenas adotou teses fundamentadamente opostas às dos recursos.

É necessário destacar que não tem o Colegiado Julgador o dever de apreciar tudo que lhe é questionado pelas partes, se tem por despicienda determinada questão, ou se, indiretamente, ela já foi rejeitada por incompatibilidade com os fundamentos adotados. Consoante entendimento pacificado desta colenda Corte, o Órgão Judicial, para expressar sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes, uma vez que, embora sucinta a motivação, tendo se pronunciado sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura violação aos arts. 13, 37, 246, 315, 424, inciso I, 429, 535, incisos I e II, do CPC (nesse sentido: STJ, AgRg no REsp n. 681.763-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, v.u., j. 17.05.2005, *DJ* 06.06.2005, p. 343).

O Excelso Pretório também se pronunciou nesse mesmo sentido:

Constitucional. Agravo de instrumento: alegação de ofensa ao art. 93, IX.

I. – Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no inc. IX do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento. A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada: RE n. 77.792-MG, Alckmin, RTJ 73/220.

II. – Agravo não provido.

(STF, AI-AgR n. 386.474-CE, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, v.u., j. 27.08.2002, *DJ* 27.09.2002, p. 128).

A matéria fática foi devidamente examinada por ambas as Instâncias e o egrégio Tribunal de origem expressamente apreciou a tese de mérito da empresa-ré, no tocante à aplicabilidade ou não (e os efeitos) do preceituado: no art. 1.092 do CC (1916); art. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 86.649/1981 c.c. o § 1º do art. 1º da Lei n. 6.899/1981, assim como o alegado § 2º do art. 1º da Lei n. 6.899/1981, parágrafo único do art. 1º do Decreto n. 86.649/1981 c.c. o art. 219 do CPC (*ut* fls. 1.008/1.012; 1.041/1.042; 1.043/1.044, vol. 6).

Rejeita-se, pois, a alegada violação dos mencionados dispositivos legais.

Com relação ao mérito, subsume-se do voto condutor do v. acórdão estadual que a controvérsia (*ut* fls. 802/809, vol. 5) foi resolvida pelo r. Juízo de 1º Grau à luz da interpretação de cláusulas contratuais e elementos fático-probatórios, tanto do pacto celebrado entre as partes como da rescisão entre ambas, além de outros documentos trazidos aos autos (laudos técnicos), os quais foram examinados e utilizados na fundamentação da r. sentença, mantida em todos

os seus termos pelo egrégio Tribunal *a quo*. Nesses termos, a alegação da ora recorrente de serem defeituosos os laudos periciais realizados, não enseja, por si só, a caracterização de nulidade por ofensa ao art. 458 do CPC, uma vez que houve motivo e motivação a embasar as decisões das Instâncias ordinárias quanto aos laudos técnicos produzidos. Para se chegar a conclusão diversa a que chegou o *v. acórdão*, seria inevitável o reexame de prova, obstado pela via recursal eleita, nos termos do enunciado da Súmula n. 7-STJ (nesse sentido: STJ, REsp n. 218.121-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, *v.u.*, j. 29.06.2000, DJ 25.09.2000, p. 106).

Igualmente foi levado em conta no *v. aresto a quo* a situação concreta de depósitos de valores monetários em favor da recorrente, os quais devem ser devolvidos e corrigidos pelos índices inflacionários ocorridos até a data dos efetivos pagamentos, além da aplicação de juros simples de 0,5% ao mês a partir dos desembolsos, fato este que não poderia ser compensado com os alegados valores devidos com eventual crédito decorrente da não conclusão do contrato (tese defendida na afastada reconvenção), uma vez que “os danos reclamados pela reconvincente são hipotéticos até porque não demonstrou que a não construção das casas se deu por culpa da autora...” (*ut fls. 1.010/1.011, vol. 6*).

Assim sendo, as razões de decidir estão calcadas, como já ressaltado, na análise do contrato e das provas, de sorte que não têm como ser aqui revistas, ante os óbices dos enunciados das Súmulas n. 5 e 7 deste colendo STJ (nesse sentido: STJ, REsp n. 332.884-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 08.06.2004, DJ 23.08.2004, p. 239; REsp n. 542.096-RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, *v.u.*, j. 27.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 221; AgRg no Ag n. 589.349-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, *v.u.*, j. 07.12.2004, DJ 14.02.2005, p. 205).

Por fim, deve ser destacado que, para se configurar o prequestionamento, é necessário que o egrégio Tribunal *a quo* tenha se pronunciado sobre a tese articulada pela ora recorrente, tendo exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indigitados e examinado a sua aplicação ou não ao caso concreto, o que efetivamente ocorreu, não sendo suficiente apenas que a parte suscite a questão (nesse sentido: STJ, AgRg no REsp n. 797.883-RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, *v.u.*, j. 07.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 302; STJ, REsp n. 158.266-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, *v.u.*, j. 17.02.1998, DJ 10.05.1999, p. 181, Revpro 99/320).

Sobreleva notar que ao Sodalício de segundo grau toca decidir a matéria impugnada e devolvida, e, nesses termos, a função teleológica da decisão judicial



é a de precipuamente compor litígios, não sendo aquela espaço específico de defesa de peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destinando a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fosse. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a *res in judicium deducta*, o que se deu no caso ora em exame (nesse sentido: STJ, Edaga n. 503.448-SC, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, v.u., j. 08.09.2005, DJ 26.05.2006, p. 242).

Assim sendo, não obstante a oposição de embargos declaratórios, as normas suscitadas não restaram prequestionadas, em razão da ausência de seu enfrentamento pela egrégia Corte estadual, incidindo a espécie no óbice da Súmula n. 211 desta colenda Corte Superior de Justiça (nesse sentido: STJ, AGA n. 723.566-PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, v.u., j. 04.05.2006, DJ 26.06.2006, p. 156; STJ, AgRg no Ag n. 754.455-SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, v.u., j. 06.06.2006, DJ 26.06.2006, p. 166).

Nesses termos, não se conhece do presente recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: 1. A *Urbanizadora Continental S/A - Comércio, Construção e Imóveis*, ora recorrida, ajuizou ação contra *Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções*, ora recorrente, alegando que a ré, em 29 de março de 1973, mediante carta firmada por duas testemunhas, obrigou-se a transferir à autora metade ideal de glebas de terras localizadas na Capital do Estado de São Paulo, após o pagamento da quantia de Cr\$ 6.362.954,96 (seis milhões, trezentos e sessenta e dois mil, novecentos e cinqüenta e quatro cruzeiros e noventa e seis centavos), de forma parcelada, conforme relaciona na exordial. Afirmou que, após cumprir suas obrigações, pagando as prestações ajustadas, a ré se recusou a lhe outorgar o instrumento particular de promessa, irrevogável e irretroatável, dos direitos e obrigações relativas às áreas de terra objeto do contrato, conforme havia se comprometido. Assim, postulou o ressarcimento do valor pago, acrescido da atualização monetária correspondente.

A requerida contestou o pedido autoral e apresentou reconvenção, afirmando que o negócio firmado entre as partes se tratava, na verdade, de um empreendimento imobiliário. Alegou que, para a consecução desse projeto, foi estimulada a adquirir a mencionada área de terras sob a promessa de financiamento do grupo empresarial da qual a autora fazia parte. Todavia, tal empréstimo não se concretizou, tendo a autora, inclusive, entrado em processo de

liquidação extrajudicial. Aduziu que esse inadimplemento inviabilizou a conclusão dos trabalhos e causou-lhe grandes prejuízos em razão dos investimentos que já havia efetuado na área. Requereu, assim, indenização por perdas e danos.

O MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido autoral e improcedente o pedido reconvenicional (fls. 802/809 destes autos). Entendeu o ilustre julgador que não havia dúvidas quanto ao dever da *Carvalho Hosken S/A* de restituir o dinheiro recebido da autora, devidamente corrigido, pois a própria ré já havia reconhecido essa sua obrigação em ação de consignação em pagamento que promovera contra a autora. Negou o pedido reconvenicional sob o fundamento de que a reconvincente não demonstrou que o desfazimento do pacto inviabilizou o empreendimento imobiliário.

A ré-reconvincente apelou e a autora-reconvinda interpôs recurso adesivo.

Houve pedido de adiamento da sessão por parte da *Carvalho Hosken S/A*, que foi indeferido (fl. 1.002).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento aos recursos, nos termos do acórdão assim ementado:

Ação indenizatória. Inadimplemento de negócio. Devolução do preço. Reconvenção.

As preliminares argüidas no apelo da ré, de nulidade do julgamento por ofensa aos artigos 160, 458, 463 e 535 do CPC, defeito de representação e intervenção do Ministério Público, devem ser rejeitadas. Correta a sentença que determinou que a ré deva proceder ao pagamento dos valores reclamados na inicial e não da forma como pretende em seu recurso de apelação, devidamente corrigidos pelos índices inflacionários ocorridos até a data do efetivo pagamento, mais juros simples de 0,5% ao mês a partir dos desembolsos, considerando os danos reclamados pela ré hipotéticos.

Rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento a ambos os apelos (fl. 1.008).

As recorrentes opuseram embargos de declaração. A ré-reconvincente alegou cerceamento de defesa, insurgindo-se contra o indeferimento do pedido de adiamento da sessão e afirmando a incompletude do laudo pericial quanto às questões de engenharia, bem como a comprovação dos danos emergentes sofridos. Os aclaratórios foram rejeitados.

Irresignada, a *Carvalho Hosken S.A. Engenharia e Construções* interpôs o presente recurso especial, fundado na alínea **a** do permissivo constitucional, apontando violação dos seguintes artigos:



a) 535 do CPC, afirmando haver omissão no acórdão recorrido quanto ao indeferimento do pedido de adiamento da sessão, quanto à incompletude da perícia, tendo em vista que o *expert* judicial aduziu expressamente que não poderia responder ao quesito de engenharia, ponto nodal para o deslinde da controvérsia e, também, quanto aos danos emergentes que, segundo sustenta, restaram claros no laudo técnico e foram ignorados na instância ordinária;

b) 13, 37 e 246 do CPC, alegando nulidade do processo por falta de intervenção do Ministério Público nestes autos, o que defende ser necessário em virtude da liquidação extrajudicial da recorrida, bem como irregularidade na representação processual desta, pois, com o fim da liquidação em 1995, o substabelecimento da procuração outorgada pelo liquidante não teve validade e deveria ser ratificado, o que não aconteceu;

c) 424, I, do CPC, diante do desconhecimento técnico do perito para responder as questões atinentes à engenharia, o que obstaculizou o seu direito de produzir prova dos prejuízos que sofreu com a não concretização do empreendimento imobiliário;

d) 1.092 do CCB/1916 e 315 do CPC, aduzindo ser cabível a reconvenção apresentada, pois ela guarda evidente conexão com a ação principal, ambas objetivando o ressarcimento pelo inadimplemento contratual da outra parte. Afirma, ainda, que teve seu pleito reconvenicional prejudicado pela perícia inconclusa;

e) 429 do CPC, insistindo na incompletude do laudo pericial e na desqualificação do perito, e;

f) 1º, parágrafo único, do Decreto n. 86.649/1981, 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.899/1981 e 219 do CPC, aduzindo que a atualização do débito não poderá ser estipulada desde a data de cada pagamento feito pela recorrida, porque não recebeu nenhum pagamento desta. Defende que deve ser considerado como termo inicial da correção monetária a “data do laudo que apurar as parcelas de construção que, eventualmente, tiverem sido adicionadas à unidade prometida adquirir da Encol” (fl. 125), qual seja, do momento em que se aferir e quantificar o valor devido, ou então, caso não seja esse o entendimento desta Turma, da data do ajuizamento da ação ou, ainda, da data da sua citação.

Oferecidas contra-razões, o recurso foi inadmitido na origem. O eminente Ministro *Barros Monteiro* deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela ora recorrente e determinou a sua conversão em recurso especial (fl. 1.133).

O feito foi atribuído ao Exmo. Sr. Ministro *Massami Uyeda* que proferiu voto conhecendo do recurso e negando-lhe provimento.

Pedi vista dos autos e passo ao exame do recurso.

2. Relativamente ao art. 535 do CPC não subsiste a ofensa alegada. O Tribunal *a quo*, no julgamento dos embargos declaratórios, manifestou-se expressamente sobre a inexistência de cerceamento de defesa em virtude do indeferimento do pedido de adiamento da sessão, afirmando que “constam da procuração outros advogados representando a apelante que poderiam ter feito a defesa oral” (fl. 141 destes autos). Também houve evidente julgamento, na Corte de origem, sobre a falta de prova dos danos sofridos, mantendo-se a sentença que reconheceu não ter a reconvincente se desincumbido do ônus de demonstrar que “a não conclusão das casas se deu por culpa da autora” (fl. 166). Portanto, inexistente a apontada omissão. Observe-se que motivação contrária aos interesses da parte não se traduz em afronta à norma indicada.

3. Acrescento, *ad argumentandum tantum*, que não vislumbro nulidade no julgamento da apelação em razão do indeferimento do pedido de adiamento da sessão, pois, conforme orientação desta Corte, tal procedimento constitui mera faculdade ou permissão, podendo o magistrado rejeitá-lo quando entender descabido o pleito. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes, além dos que já foram citados pelo em. Ministro Relator:

Processual Civil. Art. 565 do CPC. Pedido de sustentação oral negado. Inexistência de nulidade no julgado.

1. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, a correta interpretação do art. 565 do CPC é no sentido de não haver direito potestativo do advogado ao adiamento da sessão de julgamento, mas sim faculdade que será ou não concedida mediante a prudente avaliação do magistrado.

2. Inexistência de prejuízo à parte com a não-realização da sustentação oral, segundo o voto impugnado.

3. Recurso especial improvido (REsp n. 447.839-SC, relatora a em. Ministra Eliana Calmon, DJ 19.09.2005).

Processual Civil. Mandado de segurança. Sessão de julgamento. Pedido de adiamento. CPC, art. 565. Honorários. Condenação. Descabimento. Súmula n. 105-STJ. Execução para entrega de coisa. Imissão na posse. Embargos do devedor. Efeito suspensivo.

I - O adiamento previsto no art. 565, do CPC, deve ser motivado e constitui benefício a ser concedido mediante a prudente avaliação do Juiz, assegurando, se deferido o pedido, tão-somente a preferência no julgamento. Precedentes.

(...)



IV - Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido (RMS n. 5.214-RS, relator o em. Ministro *Antônio de Pádua Ribeiro*, DJ 13.06.2005).

No caso em debate, o colendo Tribunal estadual entendeu que havia outros advogados com procuração nos autos capazes de oferecer a sustentação oral, afastando, com isso, o alegado cerceamento de defesa. Atuou, assim, em conformidade com a jurisprudência deste STJ.

4. Inexiste, também, a apontada nulidade processual por falta de participação do Ministério Público nos autos no período em que a empresa recorrida esteve em liquidação extrajudicial, bem como por irregularidade na sua representação processual. Observo que a recorrente não se preocupou em demonstrar a ocorrência de qualquer prejuízo que teria sofrido em razão das alegadas irregularidades, limitando-se a apontá-las com evidente intuito de procrastinação do feito.

Assim, aplica-se ao caso o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual não se declara a nulidade de ato processual que não trouxe prejuízo à parte. Nesse sentido, são os seguintes arestos, que limito a citá-los pelo número em razão da notoriedade da questão: REsp n. 640.860-RJ, relator o em. Ministro *Fernando Gonçalves*, DJ 05.09.2005; REsp n. 609.224-ES, *de minha relatoria*, DJ 31.05.2004; REsp n. 268.696-MT, relatora a em. Ministra *Nancy Andrichi*, DJ 07.05.2001 e REsp n. 533.769-RS, *de minha relatoria*, DJ 02.08.2004.

Acrescento, ainda, por apego ao argumento, que consta dos autos, às fls. 982, expressa manifestação do Promotor de Justiça, ratificando os atos praticados às fls. 287/400 dos autos principais, a fim de evitar a alegação de nulidade, o que mais uma vez mostra a inexistência de dano às partes.

Por fim, acompanho o entendimento externado no voto do eminente Ministro *Massami Uyeda*, sobre ser pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a intervenção do Ministério Público é obrigatória apenas no âmbito do processo de liquidação extrajudicial, conforme os precedentes que citou.

5. O acolhimento da pretensão recursal, quanto à alegada violação dos arts. 315, 424, I, e 429 do CPC e 1.092 do CCB/1916, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, pois é indispensável o reexame da prova dos autos para se reconhecer a incompletude do laudo pericial, o desconhecimento técnico do perito, a existência dos danos que a recorrente alega ter sofrido, bem como a culpa da recorrida pela não conclusão do negócio imobiliário.

Pertinente se mostra a transcrição do seguinte trecho da sentença, mantida pelo acórdão recorrido, na qual é evidente que os julgadores da instância

ordinária negaram o pedido reconvençial com base no exame da matéria fático-probatória dos autos:

Os entendimentos acima aplicam-se à espécie onde a ré-reconvinte deixou de comprovar que o desfazimento do pacto tornou inviável a realização do empreendimento imobiliário.

Na forma do laudo de fls. 430/436 bem como esclarecimento de fls. 506/509 depreende-se que os documentos entregues à perícia pela parte ré não fornecem elementos suficientes capazes de esclarecer os custos financeiros no investimento feito. Esta conclusão pode ser extraída da parte final de fls. 509 onde o perito concluiu expressamente que 'com base nos documentos apresentados, bem como nos que foram entregues à perícia (fls. 445/474), as respostas oferecidas, data vênua, não podem ser alteradas, não podendo ser quantificados, com segurança, as perdas e danos sofridos, como quesitado.

Acrescentou o perito às fls. 521 'que a perda de 25% de lucro constou dos cálculos apresentados através de documentos oferecidos à perícia pela parte ré, não tendo o perito chegado à conclusão que houve uma perda de 25% de lucro, como quer a parte ré.'

Os documentos acima referidos se constituíram em correspondência de *Botti-Rubim* Arquitetos Associados S.A. Logo, não podem ser levados em consideração para fins colimados pela reconvinte eis que baseados em documento por ela apresentado unilateralmente.

Na verdade, os danos reclamados pela reconvinte são hipotéticos até porque não demonstrou que a não construção de casas se deu por culpa da autora. Ressalte-se que o imóvel está na posse da ré há muito tempo, sendo certo que a sentença que não reconheceu o direito da autora à outorga da escritura definitiva foi datada de 30.03.1984 conforme se verifica de fls. 75/84 (fls. 807/808).

6. Por fim, os temas insertos nos arts. 1º, parágrafo único, do Decreto n. 86.649/1981, 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.899/1981 e 219 do CPC, nos quais a recorrente defende que não recebeu nenhum pagamento da recorrida e que, por isso, o termo inicial da atualização monetária deve ser o laudo que apurar as parcelas de construção adicionadas ao terreno ou a data do ajuizamento da ação ou, ainda, a data de sua citação, não foram objeto de exame no acórdão recorrido e sequer foram citados nos embargos de declaração que a parte opôs, faltando-lhes o necessário prequestionamento. Incidem, na espécie, portanto, os verbetes n. 282 e 356 da Súmula do STF

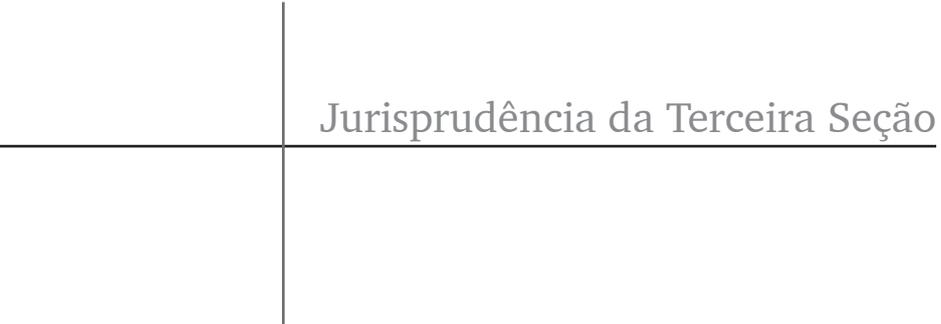
7. Com tais considerações, acompanho o eminente Ministro Relator.



VOTO

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Sr. Presidente, estou bem lembrado do embate que se travou acerca das razões do voto do eminente Relator, e também o acompanho.

Conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento.



Jurisprudência da Terceira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 26.986-SP (1999/0070357-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Autor: Justiça Pública

Réu: João Batista do Carmo

Suscitante: Juízo Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo

Suscitado: Juízo de Direito do Foro Distrital de Ipuã de São Joaquim da Barra-SP

EMENTA

Processo Penal. Homicídio culposo. Policial militar. Veículo particular. Acidente de trânsito fora do período de caserna. Competência da Justiça Comum.

1. Cabe à Justiça Comum Estadual julgar homicídio decorrente de acidente automobilístico em que o acusado e a vítima, embora agentes militares, não se encontravam em exercício militar.

2. Ademais, diante de atividade de natureza individual e particular não se há por correto cogitar-se de atividade militar *ratione materiae*. (Precedentes).

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Foro Distrital de Ipuã, da Comarca de São Joaquim da Barra-SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Suscitado, Juízo de Direito do Foro Distrital de Ipuã de São Joaquim da Barra - SP nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 14 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: O Juiz Auditor da Primeira Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo promove o presente conflito de competência, em face do Juízo de Direito do Foro Distrital de Ipuã-SP, pelos seguintes motivos (fls. 236/237):

O Soldado PM João Batista do Carmo foi denunciado perante esta Primeira Auditoria Militar do Estado, pelos motivos constantes da inicial acusatória de fls. 2/3.

Alegou-se que o mesmo, estando de folga e em trajes civis, conduzindo o veículo Volkswagen, modelo Gol de placa CJH-7426, envolveu-se, por imperícia, em acidente automobilístico, provocando culposamente a morte dos PMs Jorge Inácio de Souza e Dinorá Paes de Almeida, que consigo viajavam.

Por tais fatos, lhe foi irrogada ofensa ao art. 206, § 2º do Código Penal Militar (homicídio culposo).

Ocorre que, posteriormente, pelos mesmos fatos o réu foi igualmente denunciado perante o D. Juízo ora suscitado (fls. 1b e 1c dos autos em apenso). Aquele D. Juízo atendendo à requerimento da I. Defesa (fls. 111/127 dos autos em apenso), declinou de competência para processar o feito (fls. 130/134 dos autos em apenso), vindo estes a ilustrar o processo já em curso nesta Justiça Castrense.

Nesta sede prosseguiu-se a instrução já tendo sido inclusive pautada a audiência para julgamento (fls. 224). Entrementes, este Juízo, em recebendo o ofício DAJ n. 0.440/1999 desse e. Tribunal de Justiça, tomou conhecimento da decisão prolatada nos autos do Conflito Positivo de Competência n. 25.187-SP (Registro n. 99/0009895-1), publicado no Diário da Justiça de 14.06.1999, cuja ementa acha-se assim registrada:

Conflito de competência. Juízos Militar e Comum Estadual. Policial militar de folga. Acidente de trânsito. Veículo particular. Lesões corporais seguidas de morte em outro PM.

Constando que o referido réu, policial militar que dirigindo embriagado um automóvel particular, envolveu-se em acidente, causando lesões corporais seguidas de morte, no seu companheiro, outro PM, fora denunciado perante os dois juízos, sobressai a competência do juízo comum estadual, pois não se verifica, na espécie, “crime militar”.

Conflito conhecido, declarando-se a competência do juízo comum estadual, o suscitado. (cópia às fls. 231)



Tal conflito, então positivo, havia sido suscitado por este próprio Juízo, e os fatos guardam estreita semelhança com os versados nos presentes autos.

Como dito, o il. Magistrado da jurisdição castrense submeteu este conflito para a devida análise, inicialmente distribuído, neste Tribunal, ao il. Ministro Fontes de Alencar, que determinou fosse colhido o parecer ministerial, acostado às fls. 244/246, que veio no sentido do conhecimento e competência da Justiça Comum Estadual.

Os autos foram atribuídos ao Ministro Hélio Quaglia Barbosa, tendo em vista a aposentadoria do Relator, e vieram a mim em nova atribuição.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): O dissenso acerca da competência entre Juiz da Auditoria Militar, vinculado ao Tribunal de Justiça Militar, e Juiz de Direito da Justiça comum, da alçada do Tribunal de Justiça do Estado, reclama a atuação jurisdicional desta Corte, consoante previsão do art. 105, I, **d**, da Constituição da República.

Quanto à controvérsia, certo o il. Juiz suscitante, porquanto a matéria envolve a mesma tese jurídica firmada, por esta Superior Instância, no julgamento do CC n. 25.187-SP (DJ de 14.06.1999).

Tal se infere porque o evento penal submetido à análise das jurisdições locais dá conta de que cidadãos, embora policiais militares, realizavam atos da vida civil em linha de tempo fora da atividade castrense. Por sinal, restou patente no interrogatório à fl. 54, de que o denunciado e as vítimas, no momento do fatídico acidente, prestavam serviço à empresa VR, com a qual mantinham atividade “extra Corporação”, o que afasta qualquer dúvida sobre a existência de infração penal militar, conforme previsto pelo art. 9º do Código Penal Militar.

Diante dessas circunstâncias, portanto, não se há por correto cogitar-se de atividade militar *ratione materiae*, muito embora se tratem, acusado e vítimas, de agentes policiais, porquanto a conduta imputada, objeto da persecução penal, à evidência não tem relação com o exercício militar, sendo, ao contrário, de natureza individual e particular. Neste sentido, a exemplo do precedente citado pelo Juízo suscitante, é a orientação pacífica desta Corte, que em vários momentos preconizou:

Conflito de competência. Processual Penal. Lesões corporais.

1- Compete a Justiça Comum processar e julgar delito de lesões corporais praticado por militares a paisana e de folga, contra policial militar exercendo função de natureza civil.

2- Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Presidente Prudente. (CC n. 12.589-SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Terceira Seção, julgado em 12.03.1997, DJ 22.04.1997).

Conflito de competência. Processual Penal. Crime praticado por integrantes das Forças Armadas fora das suas atividades contra policial militar em função de natureza civil. Competência da Justiça Comum Estadual. (CC n. 12.634-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 09.04.1997, DJ 19.05.1997).

A propósito, o Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), mesmo antes das modificações introduzidas pela Lei n. 9.299, de 07 de agosto de 1996, sempre excepcionou a competência da Justiça Militar somente no caso de condutas praticadas “por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado” (art. 9º, II, **a**, do referido Decreto-Lei), excluindo-a, naturalmente, em caso diverso.

Sendo esta a situação dos autos, declaro competente para julgar o caso penal sob exame o Juízo de Direito do Foro Distrital de Ipuã, da Comarca de São Joaquim da Barra-SP.

É o voto.

HABEAS DATA N. 91-DF (2003/0235568-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrante: Afonso Celso da Silva Mello
Advogado: José Danilo Carneiro
Impetrado: Comandante da Aeronáutica

EMENTA

Constitucional. *Habeas data*. Militar da Aeronáutica. Matrícula em curso da Ecemar. Pedido indeferido. Acesso a documentos funcionais. Negativa da Administração. Regra constitucional basilar: publicidade. Exceção: sigilo. Ordem concedida.



1. “O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, *que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros existentes; (b) direito de retificação dos registros errôneos e (c) direito de complementação dos registros insuficientes ou incompletos.*

– *Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, que representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem*” (HD n. 75-DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Informativo STF 446, de 1º.11.2006).

2. A exceção ao direito às informações, inscrita na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, contida na expressão “ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, não deve *preponderar sobre a regra* albergada na primeira parte de tal preceito. Isso porque, embora a Lei n. 5.821/1972, no parágrafo único de seu art. 26, classifique a documentação como sendo *sigilosa*, tanto quanto o faz o Decreto n. 1.319/1994, não resulta de tais normas nada que indique estar a se *prevenir risco à segurança da sociedade e do Estado, pressupostos indispensáveis à incidência da restrição constitucional em apreço*, opondo-se ao particular, no caso o impetrante, o legítimo e natural direito de conhecer os respectivos documentos, que lastrearam, ainda que em parte, e, assim digo, porque deve existir, também, certo subjetivismo na avaliação, a negativa de sua matrícula em curso da Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica - Ecomar, como alegado.

3. A *publicidade* constitui regra essencial, como resulta da Lei Fundamental, art. 5º, LX, quanto aos atos processuais; 37, *caput*, quanto aos princípios a serem observados pela Administração; seu § 1º, quanto à chamada publicidade institucional: 93, IX e X, quanto às decisões judiciais, inclusive administrativas, além de jurisprudência, inclusive a Súmula n. 684-STF, em sua compreensão. No caso, não há justificativa razoável a determinar a incidência da *exceção (sigilo), em detrimento da regra*. Aplicação, ademais, do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, como bem ponderado pelo órgão do Ministério Público Federal.

4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministro Nilson Naves, Felix Fischer, Paulo Gallotti e Laurita Vaz.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp e Paulo Medina (Art. 162, § 2º, RISTJ).

Brasília (DF), 14 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de *habeas data* impetrado, com fundamento no art. 105, inciso I, letra **b**, da Constituição Federal, por Afonso Celso da Silva Mello, Major do Quadro de Oficiais Intendentes da Ativa da Aeronáutica, em desfavor do *Comandante da Aeronáutica*.

O impetrante sustenta que, na condição de Oficial Superior do Corpo de Oficiais da Aeronáutica, para acesso aos postos superiores, tem que realizar o Curso de Estado Maior da Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica - Ecemar.

Argumenta que, por ter sido impedido de realizar mencionado curso, interpôs recurso perante o Comandante da Aeronáutica. Por meio do Boletim Confidencial n. 8, de 06.06.2002, do Centro Técnico Aeroespacial, tomou conhecimento da decisão daquela autoridade militar, negando provimento ao recurso, considerando-o impedido, definitivamente.

Solicitou o fornecimento de cópias ou certidões, de inteiro teor, dos documentos que deram origem à referida decisão. No entanto, até a impetração do presente remédio constitucional – em 16.12.2003 –, não obteve nenhuma solução do requerimento, apesar do transcurso do prazo de 07 (sete) meses.

Ao final, requer seja determinado à autoridade impetrada que lhe forneça cópia ou certidão de inteiro teor dos documentos que deram origem à decisão impugnada, que negou sua matrícula no curso da Ecemar, bem como dos documentos que o tornaram definitivamente impedido de realizar o referido curso.



Em cumprimento ao despacho do Juiz Federal da 6ª Vara-DF, pois a ação foi ajuizada perante o 1º grau de jurisdição, a inicial foi emendada, incluindo-se no pólo passivo o Comandante da Aeronáutica como autoridade coatora.

Em suas informações, a autoridade impetrada argúi preliminar de incompetência do Juízo de 1º grau. Quanto ao mérito, defende, em essência, (fl. 33):

...as informações constantes de banco de dados da Comissão de Promoções de Oficiais - CPO são de uso privativo daquele órgão, pois servem de esteira que fundamenta suas decisões na ascensão profissional dos militares da Aeronáutica. As informações são *sobre* os militares e não *para* os militares. Não há caráter subjetivo, de interesse particular. Muito antes pelo contrário.

À fl. 43, o Juiz Federal declinou da competência para esta Corte. O Ministro Jorge Scartezzini, então relator, abriu vista ao Ministério Público Federal.

A Subprocuradora-Geral da República Maria Caetana Cintra Santos opinou pela concessão da ordem, em parecer assim ementado (fl. 49):

Habeas data. Informações funcionais militar. Ausência de risco à Segurança Nacional. Aplicação do princípio da razoabilidade.

- Informações constantes de assentos funcionais, por se revestirem de caráter eminentemente privado, não se inserem na esfera resguardada pelo conceito de segurança nacional, que abrange situações específicas envolvendo a defesa da integridade territorial, a preservação da paz interna e externa, e das instituições democráticas do País.

- Situação adequada à incidência do Princípio da Razoabilidade, com aplicação do vetor da proporcionalidade, ponderando-se entre os princípios da segurança nacional, e do direito à informação para concluir, pela prevalência deste, pois não se verifica ameaça iminente à integridade da segurança nacional, em decorrência do pleito do impetrante.

- Parecer pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): A Constituição Federal erigiu o *habeas data* como uma das garantias fundamentais prescritas no inciso LXXII do seu art. 5º, a saber:

- conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

As condições da ação e seus pressupostos processuais foram atendidos – Lei n. 9.507, de 12.11.1997, além da Súmula n. 2 desta Corte, a saber: “Não cabe *habeas data* (CF, art. 5º, letra **a**) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. Isso porque o impetrante afirmou, na inicial, à fl. 4, que tomou conhecimento que fora indeferido o seu pleito administrativo, sendo tal reconhecido pela autoridade impetrada, em suas informações, fl. 21. Restou, pois, incontroversa tal questão. Logo, estão presentes tanto a legitimidade quanto o interesse, a justificar o acesso a Juízo, buscando o cumprimento de referida garantia magna.

A *publicidade*, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, constitui-se em um dos princípios basilares a ser, cogentemente, observado pela administração pública, direta e indireta, incluindo-se, além da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Juntamente com a *legalidade*, *impressoalidade*, *moralidade e eficiência*, formam o quinteto principiológico, apelidado, com a junção de suas letras iniciais, de “*Limpe*”, a direcionarem, em todo a sua contextura, a ação administrativa, incluindo-se, também, todos os Poderes da República.

Essa é a regra, a comportar poucas exceções, as quais não de fundar, igualmente, na Carta Magna.

Em tal sentido, o inciso XXXIII do mesmo art. 5º preceitua:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*. (Grifei)

Forte nessa exceção, em suas bem lançadas informações, a autoridade impetrada consignou à fl. 28, item 15:

...observa que a própria legislação estabelece que *os trabalhos e documentos que envolvam avaliação de mérito de oficial terão classificação sigilosa*, haja vista, inclusive, que tanto a Lei n. 5.821/1972, quanto o Decreto n. 1.319/1994, possuem o amparo da própria Constituição Federal assegurando o caráter sigiloso de seus documentos, seja por meio do art. 5º, inciso XXXIII, ou pelo art. 142, que



determina que Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas, conforme transcrito abaixo.

Invoca, ainda, específico precedente desta Seção, o HD n. 56, relatado pelo eminente Ministro Felix Fischer, que denegou a ordem, contendo a seguinte ementa:

Habeas data. Art. 5º, XXXIII, informação sigilosa. Decreto n. 1.319/1994.

I – O direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, previsto no art. 5º, XXXIII, não se reveste de caráter absoluto, cedendo passo quando os dados buscados sejam de uso privativo do órgão depositário das informações.

II – No caso dos autos, as informações postuladas, pertinentes a avaliação de mérito do oficial requerente, se encontravam sob responsabilidade da CPO - Comissão de Promoções de Oficiais e, nos termos do art. 22 do Decreto n. 1.319/1994, eram de exclusivo interesse desse órgão. Depreende-se, pois, que o caráter sigiloso das informações buscadas estava, objetivamente, previsto.

Ordem denegada.

Após detido exame da matéria, formei, no entanto, convicção em sentido diverso de tal precedente, com a devida vênia.

A *publicidade*, vimos, é a regra. Di-lo, em passagens diversas, a Constituição Federal. Exemplificativamente: art. 5º, LX, quanto aos atos processuais; 37, princípios a serem observados pela administração; seu § 1º, quanto à publicidade institucional (fim educativo/informativo); IX e X, art. 93, quanto às decisões judiciais, inclusive as administrativas. Aliás, é importante lembrar que o STF firmou sua jurisprudência, mesmo antes do advento da EC n. 45, no sentido da obrigatoriedade do *voto aberto e fundamentado*, para a recusa de promoção, por antigüidade, de magistrado, o que veio a ser chancelado por tal EC, ao dar nova redação à alínea **d** do art. 93. E mais, quanto à promoção por merecimento, o Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução n. 6, de 13.09.2006, dispôs, em seu art. 1º: “As promoções por merecimento de magistrados serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada”.

Não estou a sustentar, claro, igual procedimento quanto às promoções nas fileiras das Forças Armadas, as quais têm características, peculiaridades e regramentos estabelecidos na Constituição Federal, art. 142 e seguintes, sobressaindo-se, como essenciais, os princípios da hierarquia e disciplina.

Preconizo, sim, com a máxima vênia, por considerar não consentâneo com os princípios constitucionais, afastar, excluir, do conhecimento do impetrante as

peças, em suma, os documentos palpáveis, contendo dados objetivos quanto a seu exercício funcional, que embasaram a decisão que lhe foi adversa, obstando sua não-matrícula no curso da Ecemar, como por ele aduzido na peça inaugural.

Para conhecê-los, adequada se mostra a ação em foco. Com pertinência, no HD n. 75-DF (Informativo STF n. 446, de 1º.11.2006), acentuou o seu relator, eminente Ministro Celso de Mello:

Ementa: *Habeas data. Natureza jurídica. Regime do poder visível como pressuposto da ordem democrática. A jurisdição constitucional das liberdades.*

- A Constituição da República, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível.

- O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, **rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta. Com essa vedação**, o constituinte pretendeu tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado.

- O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros existentes; (b) direito de retificação dos registros errôneos e (c) direito de complementação dos registros insuficientes ou incompletos.

- Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, que representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.

A exceção ao direito às informações, inscrita na parte final do inciso XXXIII, contida na expressão “ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, não deve preponderar sobre a regra albergada na primeira parte de tal preceito. Isso porque, embora a Lei n. 5.821/1972, no parágrafo único de seu art. 26, classifique a documentação como sendo sigilosa, tanto quanto o faz o Decreto n. 1.319/1994, não resulta de tais normas nada que indique estar a se prevenir risco à segurança da sociedade e do Estado, pressupostos indispensáveis à incidência da restrição constitucional em apreço, opondo-se ao particular, no caso o impetrante, o legítimo e natural direito de conhecer os respectivos documentos, que lastrearam, ainda que em parte, e, assim digo, porque deve existir, também, certo subjetivismo na avaliação, a negativa de sua matrícula na Ecemar, como alegado.



Guarda simetria, *mutatis mutandis*, com esta colocação, a Súmula n. 684-STF, quando prescreve: “É inconstitucional o veto não-motivado à participação de candidato a concurso público”.

Isso porque a sua não-motivação, a par de atentar contra o princípio da *publicidade*, escamotearia, ainda, o direito, em tese, que o candidato teria de questionar, inclusive em Juízo, a eventual *ilegalidade ou abusividade do veto*, violando, com sua aposição imotivada, a garantia de acesso ao Judiciário contida no inciso XXXV do mesmo art. 5º.

Com propriedade, a matéria foi muito bem analisada no bem elaborado parecer da Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Caetano Cintra Santos, às fls. 51/54, cuja transcrição se impõe, por seu conteúdo:

(...)

7. Oportuno mencionar que, à época do julgamento daquele *writ*, o *Parquet* Federal já se posicionara favorável ao fornecimento das informações solicitadas, nos termos do parecer exarado pelo Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto. Esta posição, com a devida vênua ao que foi deliberado no *Habeas Data* n. 56-DF, deve prevalecer. Senão vejamos:

8. O princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos é a regra prevista no texto da Constituição Federal. Eventuais exceções à regra geral devem estar previstas na própria Carta Política, onde deverão estar postos os respectivos limites, como ocorre no caso *sub oculis*. Com efeito, a norma constitucional que versa sobre o direito à informação (art. 5º, XXXIII) estabelece ressalva para as hipóteses em que *o sigilo seja indispensável a resguardar a segurança da sociedade e do Estado*.

9. É evidente, portanto, que o conceito de segurança nacional, nos moldes constitucionais, não é elástico, não devendo ser interpretado de forma ampla, a ponto de privilegiar, e cultivar, o sigilo e o autoritarismo, opondo-se, frontalmente, ao princípio democrático que permeia a estrutura de poder estabelecida com a ordem constitucional implantada em 1988, máxime em se tratando de informações estritamente pessoais, quais sejam, os motivos que impedem a materialização do legítimo anseio de ascensão funcional de oficial da Força Aérea.

10. Ocorre que as informações constantes dos assentamentos funcionais revestem-se de caráter eminentemente privado, matéria estranha ao conceito de segurança nacional, que abrange, à evidência, situações específicas envolvendo a defesa da integridade territorial, a preservação da paz interna e externa, e das instituições democráticas do País.

11. Nesse sentido, interessante a abordagem, suscitada em estudo de direito comparado, pelo professor Alexandre de Moraes¹, ao analisar o tema, nos termos postos na Constituição Portuguesa:

A Constituição da República Portuguesa, diferentemente da nossa, expressamente ressalva a possibilidade de sigilo de dados sobre “segredo de Estado e segredo de justiça” (art. 35 n. 1), na forma estabelecida em lei. Apesar da ressalva expressa, Canotilho e Vital Moreira afirmam que essa restrição ao conhecimento de dados está submetida aos limites constitucionais, impedindo-se que a pretexto do segredo do Estado, ou do segredo de justiça, os dados pessoais sejam aqui remetidos para um simples domínio interno da administração secreta, livre da lei com inobservância dos princípios fundamentais de transparência, finalidade, proporcionalidade, actualidade e reserva da vida privada e familiar. (grifamos)

12. Nessa linha de intelecção, conclui:

Entendemos ... pela impossibilidade da aplicação analógica da restrição existente no art. 5º XXXIII em relação ao habeas data, pois estaríamos restringindo um direito constitucional arbitrariamente, sem qualquer previsão do legislador constituinte. Nesse sentido, importante transcrevermos, parcialmente voto vencido do então Ministro do extinto Tribunal Federal de Recursos no citado HD n. 01, Ilmar Galvão, hoje no Supremo Tribunal Federal:

Por isso mesmo, a atual CF, ao instituir o habeas data no art. 5º LXXII, para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, ou a retificação dos respectivos dados, fê-lo sem qualquer restrição, residindo o mal-entendido no fato de haver a Consultoria-geral da República conjugado o mencionado dispositivo com o inc. XXXIII, que não trata de informes pessoais, mas de dados objetivos, acerca de outros assuntos porventura de interesse particular ou de interesse coletivo, coisa inteiramente diversa.

Assim, inaplicável a possibilidade de negar-se ao próprio impetrante todas ou algumas de suas informações pessoais, alegando-se sigilo em virtude da imprescindibilidade à segurança da Sociedade ou do Estado. Essa conclusão alcança-se pela constatação de que o direito de manter determinados dados sigilosos direciona-se a terceiros que estariam, em virtude da segurança social ou do Estado, impedidos de conhecê-los, e não ao próprio impetrante, que é o verdadeiro objeto dessas informações, pois se as informações forem verdadeiras, certamente já eram de conhecimento do próprio impetrante, e se forem falsas, sua retificação não causará nenhum dano à segurança social ou nacional. (grifo nosso)



13. Demais disso, o pleito do impetrante merece acolhida por força de característica intrínseca ao Estado-Administração: a vinculação aos ditames legais, por força do princípio da legalidade na sua mais alta expressão, ou seja, na *Lex Legum* ou Lei Maior, e assim, a obrigatoriedade de submeter-se aos princípios constitucionais inerentes ao direito de petição, e ao direito à informação.

14. Isto porque, sem sombra de dúvida, o ente público está adstrito a observar os princípios pertinentes à proteção da sociedade e à segurança nacional. Entretanto, não se pode relegar a plano secundário, a base principiológica, basilar e informativa das relações do Estado com os seus súditos, no trato dos interesses garantidos constitucionalmente aos cidadãos, como é o caso do princípio do acesso à informação, do qual é corolário o instrumento constitucional ora analisado.

15. Assim, posto aparente conflito entre princípios constitucionais, cumpre ao intérprete/aplicador do Direito, seja na esfera administrativa, seja no Judiciário, promover o equilíbrio desses princípios, mesclando-os com a indispensável razoabilidade, estabelecendo escala axiológica de modo a privilegiar a solução que atenda mais adequadamente ao interesse público, sem, contudo, atentar contra os direitos e garantias do cidadão individualmente considerado, e, por conseguinte, os anseios da coletividade.

16. Por conseguinte, aplicando-se o vetor da proporcionalidade, justa medida da razoabilidade, pondera-se entre os princípios da segurança nacional e o direito à informação, para concluir, na concretude da situação, pela prevalência deste, pois não se verifica iminente ameaça à segurança, em decorrência do pleito do impetrante. Destarte, a recusa da autoridade inquinada não contém argumentos jurídicos aptos a elidir a pretensão deduzida.

Ante o exposto, *concedo a ordem*. Fixo o prazo de 30 (trinta) dias para que a autoridade impetrada forneça ao impetrante cópia ou certidão de inteiro teor dos documentos que deram origem ao despacho que negou sua matrícula no curso da Ecepar, bem como dos documentos que o tornaram definitivamente impedido de realizar mencionado curso, conforme requerido na inicial. Custas *ex lege*. Sem honorários, nos termos das Súmulas n. 105-STJ e 512-STF, *aplicáveis* por compreensão extensiva.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Felix Fischer: Sr. Presidente, pedi vista dos autos, porque havia precedente meu já de algum tempo em que havia peculiaridades diferentes.

Todavia, revendo meu posicionamento, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator no sentido de que a Administração deve fornecer os dados pleiteados dados pelo impetrante.

Concedo o *habeas data*.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 10.905-DF (2005/0128443-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Alessandro de Sousa Guimarães

Impetrante: Alex Rabelo Machado

Impetrante: Antônio Elias Silva

Impetrante: Carmen Moreira de Castro Neves

Impetrante: César Augusto Soares dos Santos

Impetrante: Fábio Watanabe Terada

Impetrante: Gisele Gomes da Silva

Impetrante: Jean Marc Georges Mutzig

Impetrante: Marco Antônio Hernandes Pessoa de Almeida

Impetrante: Vinícius Adalberto de Souza Barcelos

Advogado: Beatriz Nachtigall Bacci

Impetrado: Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão

Impetrado: Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

EMENTA

Mandado de segurança. Servidor. Anulação de atos de progressão e promoção funcionais. Pedido genérico.

I - O simples pedido genérico de correção de atos administrativos através da aplicação correta das normas legais é inviável na via do mandado de segurança, o qual requisita a demonstração, de plano, da ocorrência dos fatos que embasam o pedido e não admite dilação probatória.

II - Na espécie, os impetrantes não se desincumbiram de individualizar quais, dentre os vários documentos acostados à inicial, os atos administrativos que estariam eivados de “vícios materiais”, tampouco deixaram de especificar a correta posição da carreira que deveriam estar, não fosse o suposto erro da administração.



Mandado de Segurança extinto, sem resolução de mérito, em razão da inadequação da via eleita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar extinto o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Paulo Medina, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Nilson Naves.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 14 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Alessandro de Sousa Guimarães e outros em face de ato reputado ilegal do e. Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e do il. Secretário de Gestão daquele ministério, visando à anulação e correção de atos administrativos de avaliação funcional dos impetrantes, que os teriam prejudicados nas suas progressões funcionais.

Narram os impetrantes que são servidores públicos federais, ocupantes do cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, nomeados em 25.06.1998 e empossados em 26.06.1998, na classe **d**, padrão I. Salientam que estão sendo prejudicados na progressão na carreira, no que se refere “à avaliação de desempenho funcional, quando confrontado com os procedimentos avaliatórios adotados com aqueles que os antecederam”, tendo a Administração se utilizado de padrões diferenciados na aplicação da norma legal.

Entendem que, a partir de 25.06.1999, um ano após a entrada em efetivo exercício, deveriam ter sido avaliados e progredido na carreira, a qual só veio ocorrer em 1º.09.2000.

Noticiam que ingressaram com um requerimento administrativo visando ao correto posicionamento dos impetrantes na carreira, bem como o pagamento da vantagem financeira correspondente, entretanto não obtiveram resposta da Administração.

Salientam que a Nota Técnica Seges - MP n. 534/2002 sugere uma minuta de Portaria, a qual reconhece o direito dos impetrantes, apesar de a Administração não ter adotado providências para a correção do posicionamento na carreira.

Requerem a concessão de liminar e, ao final, a concessão da segurança, com vistas a obter a “anulação dos atos administrativos eivados de vício material e a correção destes através da aplicação correta das normas legais” (fls. 14/15).

A liminar foi indeferida pelo e. Ministro *Gilson Dipp*, relator originatório do feito (fls. 585/586).

Nas informações (fls. 590/602 e 611/623), as autoridades coatoras suscitam a decadência da impetração e a prescrição. No mérito, sustentam que as sucessivas leis que regularam a progressão dos impetrantes na carreira foram observadas, acrescentando que os impetrantes só adquiriram o tempo necessário para progressão na carreira a partir da edição da Medida Provisória n. 2.048/2000, a qual revogou o Decreto n. 98.895/1990 que, por sua vez, exigia um interstício de 4 anos para o servidor progredir da classe inicial para a subsequente.

A d. Suprocuradoria-Geral da República se manifesta (fls. 625-631) pela decadência da impetração, em parecer assim ementado:

Administrativo. Mandado de segurança. Ato de Ministro de Estado. Não cumprimento das normas referentes à progressão e à promoção. Não realização da avaliação. Ato de efeito concreto. Caducidade do direito perseguido. Decadência do direito à ação mandamental.

1. O fato embasador do direito pleiteado pelos impetrantes é a omissão da Administração em promover a progressão e a promoção dos impetrantes segundo o Decreto n. 84.669, de 1980, que supostamente se aplicaria à carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. É, portanto, um ato administrativo omissivo único de efeitos permanentes, passível de decadência após o decurso do prazo de cento e vinte dias, contados da ciência, pelos interessados.

2. Pela denegação, face à inexistência de direito passível de fruição, mercê da sua decadência.

Foram homologados os pedidos de desistência dos impetrantes Maria Aparecida Chagas Ferreira, Humberto Miranda Cardoso, Heloísa Solino Evelin, Ena Elvira Colnago (fl. 642), Flávia Andrade Mattar Furtado, Romilda Resende Moreira, Arnaldo José Alves Silveira (fl. 656).

Os impetrantes remanescentes juntaram cópia da Portaria Cogep n. 104 de 06 de junho de 2006 (fls. 666/670) que, segundo alegam, reconhece em parte o pedido contido neste *writ*.

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Os impetrantes se insurgem contra prejuízos financeiros advindos de aplicação, que reputam indevida, da legislação que rege a progressão e promoção na carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestor Governamental.

O objeto do *mandamus* é fixado pelo pedido que, na espécie, é assim delimitado:

O objeto da presente ação é a anulação dos atos administrativos eivados de vício material e a correção destes atos através da aplicação escoreta do regramento legal que dispõe sobre o desenvolvimento funcional do servidor da Carreira EPPGG.

Para tanto se fundamenta na legislação pertinente, qual seja: o artigo 53 da Lei n. 9.784/1999; artigo 114 da RJU, que expressam que a administração deverá rever seus atos quando eivados de vícios.

Considerando que foram violados os preceitos legais da legalidade e da eficiência, que são princípios basilares da administração pública expressos pelo artigo 37 de nossa Constituição Federal de 1988.

Considerando, ainda que o descumprimento pela autoridade administrativa das disposições legais contidas nas normas específicas que dispõe sobre os interstícios dos servidores da Carreira EPPGG, com vista a avaliação de desenvolvimento funcional, está amplamente comprovado nas Portarias, pareceres, fichas financeiras, etc...

Ex positis, entendem os impetrantes serem as razões formuladas bastantes em si, para requererem se digne V. Exa. a:

a) citar as autoridades coatoras para, querendo, contestar a presente ação sob as penas da lei;

b) a ouvida do Ilustre representante do Ministério Público;

c) a concessão do pedido de liminar, *inaudita altera pars*, tendo em vista os pressupostos legais comprovados com o erro material, a falta de interesse de agir e a má-fé por parte da administração;

d) a procedência total do pedido, ou seja, a anulação dos atos administrativos eivados de vício material e a correção destes atos através da aplicação correta das normas legais, para assim estar-se fazendo a mais lúdima *justiça*.

Ocorre que faz necessário, pela via eleita, apresentar prova pré-constituída das alegações. Os impetrantes não se desincumbiram de individualizar quais, dentre os vários documentos acostados à inicial, os atos administrativos que

estariam evitados de “vícios materiais”, tampouco deixaram de especificar a correta posição da carreira que deveriam estar, não fosse o suposto erro da administração.

O pedido dos impetrantes, como se vê, não se amolda ao artigo 286 do Código de Processo Civil, o qual determina, à exceção dos casos ali consignados, que este deve ser certo e determinado.

Pedido determinado, segundo Calmon de Passos (*In Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, p. 215), “é o que externa uma pretensão que visa a um bem jurídico perfeitamente caracterizado.” Por sua vez, pedido certo “é o que deixa claro e fora de dúvida o que se pretende, quer no tocante a sua qualidade quer no referente a sua extensão e qualidade.”

O simples pedido genérico de correção de atos administrativos, que se quer foram individualizados, “através da aplicação correta das normas legais”, é inviável na via do mandado de segurança, o qual requisita a demonstração, de plano, da ocorrência dos fatos embaixadores do pedido e não admite a dilação probatória.

Ante o exposto, extingo o *mandamus*, sem resolução de mérito, em razão da inadequação da via eleita.

É o voto.





Jurisprudência da Quinta Turma

HABEAS CORPUS N. 38.924-PR (2004/0146756-4)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Sandra Bertipaglia

Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná

Paciente: Valacir de Alencar

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de roubo. Alegações finais não apresentadas pelo defensor constituído. Nomeação de dativo. Nulidade. Inexistência. Alegação de ausência de intimação do defensor da sentença condenatória. Improcedência.

1. Não se reconhece nulidade a que deu causa o próprio Paciente, primeiro pela inércia de seu defensor constituído, e, segundo, pela não comunicação ao juízo da sua mudança de domicílio, conforme se depreende do disposto no art. 565 do Código de Processo Penal.

2. Não configura nulidade (por ofensa ao princípio da ampla defesa), a nomeação, pelo Julgador, de defensor dativo para oferecer alegações finais em favor do réu, na hipótese de o defensor constituído, devidamente intimado para tanto, permanecer inerte. Nesses casos, tem a jurisprudência desta Corte entendido que não se faz necessário que antes da nomeação do defensor dativo pelo Juiz, seja o réu previamente intimado para, querendo, constituir outro advogado.

3. Não prospera a alegação de falta de intimação do defensor da sentença condenatória. Como comprovam os documentos acostados aos autos, tanto o defensor nomeado e o ora Paciente foram intimados da referida sentença, não tendo havido a interposição de recurso.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 16.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Valacir de Alencar, processado e condenado a cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias multa, como incurso no art. 157, § 2º, inc. II, do Código Penal, contra acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, que denegou a ordem na impetração originária, nos termos da ementa a seguir transcrita, *in verbis*:

Habeas corpus. Alegação de cerceamento de defesa (falta de intimação pessoal para que o paciente constitua novo defensor e falta de intimação do defensor do teor da sentença). Nulidades não observadas. Intimação de advogado, anterior e constituído pelo paciente, na fase prevista pelo art. 500 do Código de Processo Penal. Propositura das alegações finais por defensor dativo. Falta de alegações finais que, por si só, sequer acarretariam nulidade, se a parte foi devidamente intimada para tanto. Desnecessidade, inclusive, de aplicabilidade da Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a defesa suficiente. Defensor dativo e paciente que foram, comprovadamente, intimados da sentença proferida. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. (fls. 106/107)

Alega a Impetrante, nesta oportunidade, em suma, cerceamento de defesa configurado pelos seguintes fatos:

- I) Réu não intimado para constituir novo defensor.
- II) Falta de intimação do defensor da Sentença Condenatória. (fl. 03)

Requer, pois, a concessão de liminar para reconhecer a “nulidade pleiteada, determinando em consequência, o recolhimento do Mandado de Prisão, ou a Expedição de Alvará de Soltura, se eventualmente estiver preso” (fl. 14) o ora Paciente, até o julgamento final do *habeas corpus*, quando deverá ser concedida a ordem para declarar a nulidade da sentença de primeiro grau.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 113/114.

Estando os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da autoridade impetrada.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer que guarda a seguinte ementa, *litteris*:



Cerceamento de defesa. Intimação do réu para constituir novo defensor. Intimação do defensor da sentença condenatória.

1) Tendo o réu advogado constituído, o qual retirou os autos para apresentação de alegações finais, e devolveu-os sem a peça de defesa e sem manifestar renúncia ao mandato, não se impõe a intimação do réu para constituir novo defensor; a nomeação de defensor para apresentar as alegações finais é simples medida de cautela para tornar efetiva a ampla defesa.

2) Estando o réu solto quando da prolação da sentença condenatória, basta a sua intimação pessoal (inciso II, 1ª parte, do art. 392 do CPP).

Parecer no sentido de ser denegada a ordem. (fl. 116)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Na presente impetração, alega o Impetrante, como primeiro argumento, a necessidade de intimação do ora Paciente para a constituição de novo procurador para apresentar as alegações finais, diante da ausência de seu oferecimento pelo seu defensor anteriormente constituído, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e do devido processo legal, bem como ao direito do Réu de indicar profissional de sua confiança.

Aduz, para tanto, não terem sido realizadas as diligências necessárias para a localização do ora Paciente, já que, muito embora tenha sido noticiado na cidade de Campo Largo-PR encontrar-se o mesmo hospitalizado no Hospital Evangélico de Curitiba-PR, não foram procedidas diligências até o local, a fim de proceder à sua devida intimação.

Não merece, contudo, prosperar tal argumento.

Primeiramente, cumpre asseverar não se tratar, a espécie, de renúncia do defensor constituído, mas de mera inércia na apresentação de alegações finais, a despeito de ter sido o defensor do ora Paciente regularmente intimado a fazê-la, tendo, inclusive, permanecido por mais de cinco meses com os autos para tanto, a teor das informações prestadas pelo Juízo da origem, às fls. 59/60.

Ademais, houve a devida tentativa de intimação pessoal do ora Paciente, para que pudesse constituir novo patrono para o oferecimento das alegações finais, o que restou infrutífera, pois, segundo as mesmas informações acima referidas, o Sr. Oficial de Justiça não o localizou no endereço fornecido nos autos, sendo que a sua própria mãe informou não ter “conhecimento de seu novo endereço, na Cidade de Curitiba” (fl. 59).

Assim, sendo infrutífera a tentativa de localização do ora Paciente para tal fim, é que foi promovida a nomeação de advogado dativo à sua pessoa, de modo a assegurar a existência de contraditório e da ampla defesa.

O fato é que não se pode reconhecer nulidade a que deu causa o próprio Paciente, primeiro pela inércia de seu defensor constituído, e, segundo, pela não comunicação ao juízo da sua mudança de domicílio, conforme se depreende do disposto no art. 565 do Código de Processo Penal: “Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”

Ressalte-se, ainda, e principalmente, que a tese sustentada pelo Impetrante não encontra amparo na jurisprudência deste Tribunal Superior, que já pacificou o entendimento de que não configura nulidade (por ofensa ao princípio da ampla defesa), a nomeação, pelo Julgador, de defensor dativo para oferecer alegações finais em favor do réu, na hipótese de o defensor constituído, devidamente intimado para tanto, permanecer inerte.

Nesses casos, tem a jurisprudência desta Corte entendido que não se faz necessário que antes da nomeação do defensor dativo pelo Juiz, seja o réu previamente intimado para, querendo, constituir outro advogado.

No mesmo sentido:

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Art. 168-A c.c. o art. 71, do Código Penal. Indeferimento de perícia técnica. Cerceamento de defesa. Violação aos arts. 158 a 184 do CPP Apresentação das alegações finais por defensor dativo em virtude da inércia do defensor constituído sem que o recorrente tenha sido intimado. Cerceamento de defesa. Violação aos arts. 500 e 564, III, e, e 570, do CPP. Incidência de causa de exclusão de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa por parte do recorrente, tendo em vista a grave situação financeira atravessada pela empresa que dirigia.

I - Se para demonstrar o cerceamento de defesa em virtude do indeferimento de prova pericial, o recorrente alega a violação de vinte e sete artigos do Código de Processo Penal, enfrentando de forma genérica alguns dos dispositivos tidos por violados e não tecendo qualquer consideração quanto aos demais, incide *in casu* o Enunciado n. 284 da Súmula do *Pretório Excelso* - “É inadmissível recurso quando a deficiência de sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

II - Se o defensor constituído, sem renúncia de mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do defensor dativo para substituí-lo na fase das alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade. (*Precedentes*).



III - A tese de inexigibilidade de conduta diversa por parte do recorrente, tendo em vista a grave situação financeira atravessada pela empresa que dirigia, não pode ser enfrentada pela presente via se para tanto é imprescindível o reexame de provas. (Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte).

Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, desprovido. (REsp n. 610.455-RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 16.11.2004.)

Processo Penal. Roubo. Nulidade. Inocorrência. Efeito suspensivo. Recurso especial. Permanência do réu em liberdade. Impossibilidade.

- Se o Defensor constituído, sem renúncia do mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do Defensor Dativo para substituí-lo na fase de alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade.

- Esgotadas as instâncias ordinárias, nada impede a execução provisória da decisão condenatória.

- Ordem denegada (HC n. 19.129-GO, 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezini, DJ de 18.11.2002).

Processual Penal. *Habeas corpus* (EC n. 22/99). Furto. Alegações finais.

Se o defensor constituído, sem renúncia do mandato, se mostra inerte, apesar de intimado, a nomeação do defensor dativo para substituí-lo na fase das alegações finais não acarreta, de pronto, nulidade.

Writ indeferido (HC n. 7.882-SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 16.08.1999).

Acresce-se, ainda, ao acima exposto, o fato de não ter havido qualquer prejuízo ao ora Paciente, uma vez que as alegações finais restaram devidamente apresentadas pelo defensor dativo lhe nomeado, atraindo, pois, o disposto no enunciado n. 523 do Supremo Tribunal Federal (“No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”).

A propósito:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Inércia do advogado constituído. Nomeação de defensor público para a apresentação de alegações finais. Ausência de prejuízo. Nulidade não reconhecida. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada.

1. No processo penal pátrio, no cenário das nulidades, vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo (art. 563 do CPP e Súmula n. 523 do STF).

2. *In casu*, o Juízo processante, ao nomear o defensor público para a apresentação de alegações finais, diante da desídia do advogado constituído, buscou, justamente, resguardar o direito do réu, atendendo ao princípio constitucional da ampla defesa. Assim, não há falar em prejuízo ao paciente, mesmo porque, consoante informa a própria impetrante, a sentença proferida pelo Juiz singular foi absolutória.

3. Não se vislumbra na espécie o alegado constrangimento ilegal, porquanto não há qualquer nulidade a ser sanada.

4. Ordem denegada. (HC n. 39.617-RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 1º.08.2005).

De outro lado, quanto à alegação de falta de intimação do defensor da sentença condenatória, tenho que também não merece prosperar, pois, conforme bem explicitado no acórdão ora hostilizado, “conforme noticia as informações prestadas pela suposta autoridade coatora o defensor nomeado e o paciente foram intimados pessoalmente da r. sentença e não interpuseram recurso, conforme se verifica a fls. 235/237” (fl. 67).

Não existe, assim, qualquer ilegalidade a ser sanada na espécie, já que devidamente atendido o disposto no inciso II, 1ª parte, do art. 392 do Código de Processo Penal, tendo em vista tratar-se de réu que se encontrava solto no momento da prolação do édito condenatório.

Ante o exposto, *denego a ordem*.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 44.197-MT (2005/0082398-3)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Eduardo Mahon

Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

Paciente: Márcio Maurflio Bihl

EMENTA

Habeas corpus. Inquérito policial. Trancamento. Duplo indiciamento em comarcas distintas pelo mesmo fato. Constrangimento ilegal evidenciado.



1. Configura ofensa ao princípio do *non bis in idem*, o indiciamento em dois inquéritos policiais, em curso em Comarcas distintas, para a apuração do mesmo fato, em tese, criminoso.

2. Quando não é possível firmar a competência pelo lugar da consumação do crime, porque não restaram esclarecidos os fatos ou a conduta criminosa do indiciado, firma-se a competência pela prevenção.

3. Ordem concedida para trancar o último inquérito policial instaurado em desfavor do Paciente, sem prejuízo da investigação de sua conduta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de Márcio Maurílio Bihl, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso que não conheceu da impetração originária, em decisão assim ementada:

Constitucional. Processual Penal. *Habeas corpus*. Remessa de peças pelo Juiz de Direito Diretor do Fórum de uma comarca e pelo Juiz de Direito de outra comarca. Fatos considerados delitos perpetrados em jurisdições diferentes. Falsidade de documentos públicos. Alegação de instauração de dois inquéritos policiais sobre o mesmo fato. Inocorrência. Magistrados no exercício de jurisdição anômala indigitados com autoridades coatoras. Ilegitimação reconhecida. Inteligência dos arts. 5º, I e II, e 40 do Código de Processo Penal e art. 52, V, do COJE. Impetração não conhecida.

A comunicação da existência de crime aos órgãos persecutórios do Estado não transforma o Juiz em autoridade coatora, pois essa diligência tem caráter correccional

(art. 52, V, do COJE), de natureza funcional (art. 40 do CPP), e é imposta pela lei ao mesmo em razão de sua jurisdição.

Assim, o órgão judiciário que se limita a remeter peças de processo à autoridade competente para a instauração de inquérito policial não está exercendo qualquer atividade judiciária e nem se sobrepondo ao MP como autoridade encarregada de promover a *persecutio criminis* em juízo.

A iniciativa da ação penal e a titularidade da acusação pública e respectivo exercício competem ao Ministério Público, e não ao Juiz. (fls. 38/48)

O Impetrante alega, em suma, que o Paciente foi indiciado em dois inquéritos policiais, em andamento em duas comarcas distintas, referentes ao mesmo fato, razão pela qual devem ser reunidos, por prevenção, ao juízo que primeiro despachou nos autos do procedimento inquisitorial.

Requer, assim, o sobrestamento dos inquéritos e, no mérito, a reunião dos feitos policiais, determinando-se a competência do Juízo de Direito da Comarca de Araputanga-MT.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 155/156.

Em atendimento ao requerido pelo Ministério Público Federal, informações complementares foram prestadas às fls. 170/195, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 197/200, opinando pela concessão da ordem “para trancar o inquérito policial em curso na Comarca de Araputanga, declarada a competência do Juízo de Direito da Comarca de Várzea Grande”.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): A ordem comporta concessão.

Da leitura criteriosa dos autos, vê-se que, a pedido do Juiz responsável pelo julgamento de ação declaratória de nulidade de escritura de compra e venda de imóvel, promovida em desfavor do Paciente, em 25 de agosto de 2004, foi instaurado inquérito na Comarca de Araputanga-MT, em face de indícios de falsificação de escritura de bem imóvel.

Outrossim, a pedido da Juíza Diretora do Foro da Comarca de Várzea Grande-MT, em 17 de dezembro de 2004, foi instaurado inquérito pela autoridade policial para apurar a eventual prática do crime de falsificação de documento público - procuração - por parte do Oficial de Cartório do Distrito de Bom Sucesso.



De acordo com as informações prestadas, o Paciente foi indiciado em ambos os inquéritos porque teria arquitetado a falsificação de uma procuração, no Cartório do Distrito de Bom Sucesso, e de uma escritura de compra e venda de imóvel, registrado nas Comarcas de Araputanga e Mirassol D'Oeste, no Estado do Mato Grosso, levando o comprador a erro.

O Tribunal *a quo* não conheceu da ordem originária, em suma, porque os Magistrados agiram de acordo com sua função correccional, determinada pelo art. 40, do Código de Processo Penal, e “o indiciamento em inquérito policial não constitui constrangimento ilegal, pois se consubstancia em mero procedimento administrativo preparatório investigatório, a fim de colher dados para uma futura ação penal” (fl. 44).

Todavia, como bem disse o Ministério Público Federal, em seu bem lançado parecer, “estando em curso Inquérito Policial instaurado na Comarca de Várzea Grande para investigar possível crime de falsificação de documento público, impossível a instauração de outro na Comarca de Araputanga, versando sobre o mesmo fato, o que configura ofensa ao princípio do *non bis in idem*” (fl. 200).

De fato, solicitada as informações complementares, o Delegado de Polícia da Comarca Araputanga-MT noticia que o procedimento policial que tramita na Comarca de Várzea Grande-MT, *realmente apura fatos idênticos*, embora “irá apurar somente a responsabilidade penal do responsável pelo cartório daquela Comarca (Várzea Grande) na falsificação da referida Procuração” (fls. 184/185), enquanto o Paciente e os demais indiciados serão investigados na pela Delegacia de Araputanga-MT, cidade onde se localiza o bem imóvel objeto de discussão.

Todavia, embora a requisição, na Comarca de Várzea Grande-MT, tenha sido feita apenas para apurar a responsabilidade do Oficial Cartorário, *o Paciente foi posteriormente indiciado também nesse inquérito*, como partícipe.

Em sendo assim, *reconhece-se o constrangimento ilegal pelo duplo indiciamento*, em Comarcas diversas, *com base na mesma situação fática*, qual seja, *a venda irregular de imóvel*, em tese, arquitetada pelo Paciente, original proprietário do bem, com a participação de vários co-réus.

Cabe, portanto, fixar a competência para proceder o inquérito.

Não foram esclarecidos os fatos, porquanto os inquéritos policiais ainda estão em andamento, porém, ao que parece, as condutas criminosas em tese ocorreram em diversas jurisdições. Além do mais, não se sabe ao certo a tipificação penal, necessária para se estabelecer o lugar onde se consumou o crime. Nesse contexto, deve-se fixar a competência nos termos do art. 70, § 3º, do Código de Processo Penal, que determina que a competência se firmará pela prevenção.

Ademais, do que se pode apreender dos autos, em mero juízo perfunctório, embora a falsidade documental tenha ocorrido na Comarca de Várzea Grande-MT, onde foi passada a falsa procuração, o negócio fraudulento que resultou em vantagem ilícita, ocorreu na Comarca de Araputanga-MT, domicílio do Paciente. Assim, cabível na espécie, também, fixar a competência, nos termos do art. 72, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para determinar o trancamento do inquérito policial instaurado em desfavor do Paciente na Comarca de Várzea Grande-MT, último a ser instaurado, sem prejuízo da investigação de sua conduta pela Autoridade Policial da Comarca de Araputanga-MT.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 47.891-RJ (2005/0153247-2)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: José Carlos Tórtima e outros

Impetrado: Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Camilo de Souza Camilo

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Estelionato. Fase do art. 499. Pedido de diligências. Oitiva de testemunhas. Indeferimento fundamentado. Ausência de cerceamento de defesa.

I - O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo (*Precedentes do STF e do STJ*).

II - No caso em tela, o MM. Juiz, de forma fundamentada, indeferiu o pedido de diligências, asseverando, com base nos elementos constantes dos autos, que não se afigurava indispensável para a solução da lide o depoimento das testemunhas indicadas pela defesa na fase do art. 499, do CPP.

Writ denegado.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Ricardo Pieri (p/ pacte)

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Camilo de Souza Camilo, atacando v. acórdão prolatado pela c. Oitava Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro-RJ, no writ n. 2.852/2005.

Retratam os autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 171 (três vezes) do Código Penal, em concurso material. Segundo consta dos autos, o réu trabalhava na “Peugeot Citroën do Brasil S.A”, figurando entre seus encargos a administração das contas-correntes em nome dos funcionários de nacionalidade francesa que já haviam retornado ao país de origem. Desta forma, fazendo uso indevido do mandato que lhe foi outorgado pelos lesados, realizou operações bancárias em seu nome, depositando os valores que lhe foram conferidos em contas-correntes próprias. Na fase do art. 499, a defesa do paciente requereu a oitivas de duas vítimas, que à época já não mais se encontravam residindo no Brasil, mas em seu país de origem, tendo o MM. Juiz indeferido o pleito, bem como o pedido de sua reconsideração. Contra essa r. decisão foi impetrado *habeas corpus* junto ao e. Tribunal *a quo*, que restou denegado em r. julgado assim ementado:

Habeas corpus. Estelionato. Cerceamento de defesa. Indeferimento de pedido para oitiva de testemunhas. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Se o próprio juiz monocrático indeferiu a produção de prova não arrolada pelo impetrante, por entender desnecessárias, não pode esta Câmara determinar a oitiva de testemunhas, sob pena de adentrar no mérito da questão, que é defeso na estreita via de remédio heróico. Ordem denegada. (fl. 105).

Dá o presente *writ*, no qual se alega que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão de cerceamento de defesa consistente no indeferimento do pedido de oitiva de testemunhas pelo MM. Magistrado de primeiro grau. Para tanto, sustenta-se a imprescindibilidade da oitiva dos lesados como meio de prova, bem como o direito à ampla defesa. Ao final, requer-se a “concessão da presente ordem de *habeas corpus*, para, reformando-se o acórdão impugnado, deferir-se o pedido formulado pelo paciente, no sentido de se proceder à oitiva dos lesados do crime objeto da imputação” (fl. 16).

Liminar indeferida (fl. 74).

Informações prestadas às fls. 78/79 e 228/231.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 89/90, se manifestou pela denegação da ordem em parecer assim ementado:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crime falimentar, indeferimento de diligências. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Impossibilidade do exame aprofundado de provas em sede de *habeas corpus*. Parecer pela denegação da ordem. (fl. 115).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A irresignação não merece ser acolhida.

Com efeito, o deferimento de diligências (v.g., prova testemunhal), na fase do art. 499, é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do magistrado processante, que poderá indeferir-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência para a instrução do processo.

Nessa linha os seguintes precedentes do c. *Pretório Excelso*:

Ementa: Habeas corpus. Alegação de nulidade pelo cerceamento de defesa decorrente do indeferimento de diligências. Inocorrência. Na fase do art. 499 não se tem a renovação da instrução criminal. Pelo que ao juiz do processo é conferido o poder de decidir sobre a conveniência e a imprescindibilidade da produção de outras provas, a par das que já foram coletadas. Decisão regularmente fundamentada. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 87.728-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 22.09.2006).

Ementa: Habeas corpus. Extorsão mediante seqüestro. Art. 499 do CPP. Pedido de extensão. Este Tribunal tem jurisprudência pacífica no sentido de não admitir a reiteração de *habeas corpus*. Não conhecimento do *habeas* em relação ao último dos



pacientes. Não se configura identidade de situações a justificar a extensão. Enquanto na defesa prévia o pedido de diligência é um juízo de conveniência da parte, na fase do art. 499 do CPP pode o juiz, fundamentadamente, indeferir diligências que entender desnecessárias ou protelatórias. Precedentes. Impossibilidade de conhecimento da alegação de cerceamento de defesa para não caracterizar supressão de instância. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa parte, indeferido. (HC n. 83.578-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 28.05.2004).

Coator: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. *Habeas corpus*. Nulidade. Requerimento de diligência desnecessária.

Inexiste o alegado cerceamento de defesa, porquanto fundamentado pelo magistrado, no seu regular exercício do poder de direção de prova, o indeferimento da diligência. *Habeas Corpus* indeferido. (HC n. 761.549, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 29.05.1998).

E desta Corte, tem-se:

Processual Penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação. Gravidade em abstrato do delito. Indeferimento de diligência na fase do art. 499, CPP. Cerceamento de defesa. Inocorrência.

I - A prisão preventiva deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de *seu jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

II - Em razão disso, deve o decreto prisional ser necessariamente fundamentado de forma efetiva, não bastando mera referência quanto à gravidade genérica do delito. É dever do magistrado demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade da custódia do recorrente, dada sua natureza cautelar nessa fase do processo. (Precedentes).

III - A superveniência da sentença condenatória não supre a ilegalidade, vez que o r. *decisum* não trouxe qualquer fundamentação adicional concreta que pudesse justificar, à luz do art. 312 do CPP, a manutenção, sob novo título, da custódia do recorrente, que, antes do trânsito em julgado da condenação, permanece sob o cunho da cautelariedade e da excepcionalidade. (Precedente).

IV - O deferimento de diligências requeridas na fase do art. 499 do CPP é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante,

que poderá indeferi-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo. Tal ocorreu no caso *sub examine*, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. (Precedentes).

Recurso ordinário parcialmente provido. (RHC n. 18.952-SP, 5ª Turma, de *minha relatoria*, DJU de 18.12.2006).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Requerimento de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Indeferimento pelo juízo processante. Decisão fundamentada. Ordem denegada.

1. Não existe constrangimento ilegal quando há fundamentação suficiente para a negativa de pedido de diligências, por ocasião da fase do art. 499 do Código de Processo Penal. Precedentes.

2. Ordem denegada. (HC n. 43.343-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 24.04.2006).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Extorsão mediante seqüestro. Alegação de nulidade em virtude do indeferimento de diligências. Inocorrência. Discricionariedade do magistrado. Cerceamento de defesa. Não caracterização. Ausência de prejuízo. Exame aprofundado de prova. Inadmissibilidade no *writ*. Ordem denegada.

O indeferimento de diligências requeridas na fase do artigo 499 do CPP é ato que se inclui no âmbito da discricionariedade do magistrado, não implicando cerceamento de defesa quando devidamente fundamentado.

Para a decretação da nulidade relativa, é mister que se demonstre o efetivo prejuízo.

Não se compatibiliza com a via do *habeas corpus* a análise de alegação de nulidade processual decorrente de cerceamento de defesa, por indeferimento de diligências, haja vista exigir aprofundado exame de matéria de fato.

Ordem denegada. (HC n. 37.563-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 20.02.2006).

Habeas corpus. Processo Penal. Solicitação de perícia judicial. Documentos juntados na fase do art. 499 do CPP. Indeferimento justificado. Ordem denegada.

1. O Juiz, destinatário da prova, pode, fundamentadamente, indeferir diligências solicitadas na fase do art. 499 do CPP que considere desnecessárias.

2. *In casu*, estando motivada a decisão que indeferiu o pedido de nova perícia, não há que se falar em constrangimento ilegal.

3. Ordem denegada. (HC n. 37.207-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 16.02.2005).



Criminal. RHC. Estupro. Indeferimento de diligências no prazo do art. 499. Nulidade. Inocorrência. Inocência do réu. Declaração da mãe da vítima. Impropriedade do *writ*. Recurso desprovido.

I. No prazo do art. 499 do CPP, o Julgador pode indeferir, de maneira fundamentada, diligências que considere protelatórias ou desnecessárias.

II. Hipótese em que se alega inocência do réu, baseada em contradições entre os testemunhos e na declaração juntada aos autos, em que a mãe da vítima teria afirmado a inocência do paciente.

III. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações relacionadas aos aspectos fáticos do processo, com o fim de comprovar a inocência do paciente.

IV. Análise que, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, é inviável na via eleita.

V. Recurso desprovido.

(RHC n. 17.401-SP, 5ª Turma, Rel. Min. *Gilson Dipp*, DJU de 16.05.2005).

Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária. Declarações e informações fraudulentas ao fisco. Indeferimento de diligências. Discricionariedade do magistrado. Prescrição. Redução de prazo. Inocorrência.

O indeferimento de diligências requeridas na fase do artigo 499 do CPP é ato que se inclui no âmbito da discricionariedade do magistrado, não implicando cerceamento de defesa quando fundamentado.

A disposição do artigo 115, do Diploma Repressivo, é clara ao instituir que somente se reduzirá o lapso prescricional na metade, se o agente contar com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória, e não da confirmação da condenação em sede de recurso.

Ordem denegada.

(HC n. 24.674-RS, 5ª Turma, Rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, DJU de 22.03.2004).

No caso *sub examine*, foi o que ocorreu.

Confira-se, à propósito, a manifestação do Juízo de 1º grau acerca do pedido de diligências da defesa, *verbis*:

(...) o acusado Camilo postulou a expedição de carta rogatória para oitiva das vítimas Laurent Anne e a Sra. Jeanne Cecile (...).

(...)

Quanto à oitiva das vítimas, em que pese a importância de seus relatos no contexto probatório, *tal não se afigura indispensável para solução da lide diante dos*

elementos constantes dos autos. Assim, indefiro o pedido formulado pela Defesa (fls. 43/44, grifei).

E quanto ao pedido de reconsideração da r. decisão acima, o MM. Juiz a indeferiu nos seguintes termos, *litteris*:

Versam os autos principais, sobre ação penal proposta pelo Ministério Público em face de Camilo Souza Camilo, aduzindo que depositou em sua conta-corrente valores pertencentes aos lesados.

Postula a Defesa, a oitiva dos lesados argumentando que as referidas testemunhas não souberam responder, por exemplo, se houve movimentação indevida de valores nas contas-correntes dos franceses; se os franceses exigiam prestação de contas do acusado; se os franceses de fato autorizaram a utilização de verbas do FGTS para o pagamento de despesas; se o acusado manifestou a vontade de devolver algum valor para os franceses ou se os franceses reclamaram da gerência de suas contas (fls. 786).

Note-se, que já foram ouvidas várias testemunhas arroladas pelas Defesas sem que tenha sido postulada a oitiva dos lesados no momento processual adequado (fls.89).

De qualquer sorte, os lesados poderiam prestar depoimento como testemunhas do Juízo, caso fosse indispensável à elucidação dos fatos.

Em decisão precedente, já afirmara sobre a prescindibilidade de seus depoimentos diante do que consta nos autos (fls. 09/34; 90 e segs; 231/236; 258/276; 298/311; 322/340; 347/349; 370/385).

Outrossim, o Juiz como dirigente do processo, deve conduzi-lo à descoberta da verdade dos fatos, indeferindo as provas que se apresentem desnecessárias a fim de evitar dilação probatória indevida.

Por outro lado, afigura-se incabível pormenorizar nesta fase os elementos probatórios existentes nos autos capazes de afastar a necessidade de oitiva dos lesados, sob pena de verdadeira antecipação do julgamento da lide.

Cabe lembrar também, que embora tenham sido formulados questionamentos sobre os quais as testemunhas não puderam esclarecer a contento, no sopesamento das provas constantes dos autos – mesmo em juízo perfunctório – o Juiz pode e deve avaliar sobre a necessidade de produção de determinada prova.

Por tais fundamentos, mantenho o *decisum* de fls. 348/350 (fls. 53/54, grifei).

Além do mais, cabe mencionar, também, o que restou consignado no v. acórdão vergastado no *punctum saliens*:



O pleito dos impetrantes é no sentido de serem ouvidas as lesadas Laurent Anne Jean Remond e Jeanne Cecile Dupaigne Kadri.

De se frisar que o requerimento para oitiva das lesadas foi feito na fase de diligências.

O ilustre representante do *Parquet* que arrolou na peça acusatória as lesadas mencionadas, desistiu da oitiva de seus depoimentos, de vez que as mesmas não compareceram no dia designado, eis que retornaram a França, por motivo de término do contrato de trabalho no Brasil, conforme se vê da certidão de fls. 24-verso e assentada de fls. 25.

A douta Juíza monocrática indeferiu o pleito defensivo relativo a oitiva das vítimas, afirmando que “em que pese a importância de seus relatos no contexto probatório, tal não se afigura indispensável para solução da lide diante dos elementos constantes dos autos”.

Não há se falar em cerceamento de defesa.

Constata-se dos autos que as lesadas Laurent Anne Jean Remond e Jeanne Cecile Dupaigne Kadri, foram arroladas pelo Dr. Promotor de Justiça, o qual desistiu da oitiva de suas falas, conforme se constata da assentada de fls. 25.

Como é notoriamente sabido, não pode o juiz, sob pena de cerceamento de defesa, deixar de deferir as provas requeridas em alegações preliminares, nos termos do artigo 395, do Código de Processo Penal, desde que sejam admitidas em direito e concernentes à matéria em julgamento.

Tanto a defesa como a acusação podem requerer ao juiz da causa sejam ouvidas pessoas referidas durante a instrução do processo.

Entretanto, cumpre ao juiz que é o presidente do processo, a faculdade de acolher ou não as diligências requeridas pelas partes, atendendo ao conjunto de elementos constantes do processo, com vista a formação de seu livre convencimento, não estando obrigado a deferir aquilo que entende desnecessário, sem que tal conduta despreste os princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

No caso dos autos o ilustre juiz monocrático afirmou que a oitiva das vítimas não se afigura indispensável para a solução da lide diante dos elementos constantes do processo.

Além do mais os impetrantes não forneceram os endereços das pessoas que pretendem serem ouvidas na França, o que por si só, inviabiliza o pleito defensivo (fls. 108/109).

(...)

Como bem salientou o douto Procurador de Justiça “*a augusta via do habeas corpus não é o instrumento adequado para análise da pertinência ou não, de*

diligências requeridas no curso da ação penal, porquanto demanda cotejo analítico de todo o conjunto probatório produzido durante a instrução criminal” (STJ-HC n. 2003.020.5299-1, Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, Julg. em 10.08.2004, DJ de 30.08.2004).

Se o próprio juiz presidente entendeu ser desnecessária a oitiva dos lesados, tendo em vista as demais provas produzidas durante a instrução criminal, não pode esta Câmara determinar a produção da prova requerida, sob pena de adentrar no mérito da questão, o que é defeso na estreita via do remédio heróico. (fl. 111, grifei)

Com efeito, segundo o princípio da persuasão racional, cabe ao Magistrado, neste momento da instrução, verificar a necessidade da realização da diligência requerida e a sua efetiva conveniência, não configurando, mediante decisão adequadamente motivada, constrangimento ilegal seu indeferimento, quando consideradas meramente protelatórias ou desnecessárias para o deslinde da causa.

Como se vê, nos limites do *writ*, ficou demonstrado, em princípio, a desnecessidade da realização da diligência solicitada, uma vez que não contribuiria para o deslinde da controvérsia, já que restou suprida pelos demais elementos probatórios dos autos. *Note-se que o MM. Juiz, ao indeferir o pedido de reconsideração, afirmou, com base em diversos documentos dos autos, a prescindibilidade dos depoimentos desejados pela defesa (fl. 54).* Além do mais, para se concluir pela imprescindibilidade ou não da colheita das declarações das testemunhas, como quer o impetrante, seria necessário o exame aprofundado do material fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita.

Dessa forma, não obstante as alegações da defesa, denego a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 52.945-SP (2006/0011182-7)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Paulo Eduardo Soldá e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Mário Hideshi Maruiti



EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 121, § 2º, I e IV do CP Júri. Apelação. Devolutividade. Não indicação das alíneas no termo de apelação. Suprimento da deficiência nas razões posteriormente apresentadas.

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a ausência, no termo de interposição, da indicação das alíneas que embasam o manejo do recurso de apelação contra decisão proferida pelo Tribunal do Júri, não tem o condão de obstar o conhecimento da súplica, caso tal tarefa tenha sido realizada por ocasião do oferecimento das respectivas razões. (Precedentes desta Corte).

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJ 26.02.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: O retrospecto restou bem delineado no parecer exarado pelo Ministério Público Federal, *verbis*:

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pelos causídicos Paulo Eduardo Soldá, Fernando Sá e Souza e André Pires de Andrade Kehdi, em benefício de Mário Hideshi Maruiti, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação ali interposta pela Defesa, mantendo a condenação imposta ao ora Paciente.

Consta dos autos que, no dia 27 de março de 1992, por volta das 15:30 horas, na Rua Coronel Junqueira Franco n. 613, no Jardim Taboão, em Santo Amaro-SP Brasilino dos Santos e Sílvio Maciel de Souza efetuaram vários disparos de arma de fogo contra Luiz Yasunoli e Eduardo Antônio Brasolin, a mando de Mário Hideschi

Maruiti, causando ferimentos aos ofendidos, deles resultando, ainda, a morte da primeira vítima (fls. 25/27).

Por tais fatos, o ora Paciente foi denunciado perante a Terceira Vara do Júri de São Paulo-SP como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, vindo a ser pronunciado, em 31 de julho daquele ano, com fulcro em tais disposições legais, c.c. o art. 29, também, do *Codex Aflitivo* (fls. 29/44).

Submetido a julgamento pelo Júri Popular, o acusado teve a punibilidade do crime declarada extinta, com fundamento no art. 107, inciso IV, do Código Penal, porque, condenado, tão somente, pelo delito de ameaça, restara constatado que a prática de tal infração não fora seguida da indispensável representação da vítima ou do seu representante legal, para que fosse iniciada a ação penal (fls. 46/47).

Irresignado, o Ministério Público Paulista interpôs apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pugnando pela posterior apresentação das razões recursais. Em seu arrazoado, argüiu preliminar de nulidade do julgamento, por erro na articulação de quesitos e, no mérito, pediu fosse a decisão reconhecida como manifestamente contrária à prova dos autos (fls. 49 e 51/56).

A egrégia Terceira Câmara Criminal daquele Colegiado, à unanimidade de votos, rejeitou a preliminar, provendo o recurso ministerial, para submeter o réu a novo julgamento (fls. 60/66).

Levado a novo Júri, Mário Hideschi Maruiti foi condenado à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por incursão no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, nos termos em que pronunciado (fl. 68).

Insatisfeita, apelou Defesa, com fundamento no art. 593, inciso III, alíneas **a**, **b** e **c**, do Código de Processo Penal, sustentando a ocorrência de vícios processuais e requerendo nova declaração de nulidade do julgamento, a fim de que o acusado fosse, mais uma vez julgado pelo Conselho de Sentença (fls. 70/92).

Tendo a Corte *a quo*, sem discrepância de votos, negado provimento ao apelo (fls. 94/97), o réu ajuizou o *Recurso Especial n. 467.810-SP* perante esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, que lhe deu provimento, por sua Quinta Turma (fls. 99/102), por meio do aresto de seguinte ementa:

Ementa: Penal e Processual Penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Júri. Quesitação. Sentença. Motivo torpe.

I - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no *caput*) são elementares (*essentialia delicti*); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (*accidentalium delicti*).



II - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, *ex vi* art. 30 do CP, incommunicável.

III - É nulo o julgamento pelo Júri em que o Conselho de Sentença acolhe a comunicabilidade automática de circunstância pessoal com desdobramento na fixação da resposta penal in concreto.

Recurso provido.

Agora, impetra a Defesa o presente *mandamus*, pugnando, preliminarmente, pelo sobrestamento do Júri Popular a que será submetido o Paciente, postulando, no mérito, seja concedida a ordem, para cassar o aresto resultante da apreciação do apelo ministerial, tornando definitiva a decisão que condenara o réu pelo crime de ameaça e declarara extinta sua punibilidade (fls. 02/23). Assevera estar eivado de nulidade o mencionado acórdão, por ter o Ministério Público deixado de indicar, em seu recurso, o dispositivo de lei em que se baseara, omissão que só poderia ser sanada, se as razões de apelação tivessem sido apresentadas no quinquídio legal, prazo não prestigiado, porém, no caso vertente, obstando a sanção, por aquele arrazoado, da mácula apontada. Acrescenta o Impetrante, ainda, que transitaram em julgado todos os aspectos da decisão recorrida não especificados no apelo, por meio de seleção e de menção expressa a alguma das alíneas do inciso III, do art. 593, do Código de Processo Penal.

Através do *decisum* de fl. 126, o eminente Ministro Relator deferiu a providência urgente, para suspender o julgamento pelo Tribunal do Júri, já designado, até o exame do mérito do presente *writ* (fls. 318/321).

Informações foram prestadas às fls.139/140.

A d. Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela denegação da ordem em parecer que restou assim ementado:

Habeas corpus. Crime de homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, I e IV, c.c. o art. 29, ambos do CP). Extinção da punibilidade pelo Tribunal do Júri. Apelação interposta pelo *parquet*, sem a indicação dos fundamentos legais de apoio do recurso (qualquer das alíneas do art. 593, III, do CPP). Razões que aludem a nulidades configuradas por ocasião do julgamento pelo Conselho de Sentença e registram a prolação de decisão absolutória contrária à prova dos autos. Conhecimento e provimento da súplica pelo Tribunal estadual, para submeter o réu a novo júri popular. *Writ* que pretende seja o acórdão declarado nulo, à conta da falta de referência expressa, na petição recursal, a uma das alíneas do permissivo legal, bem assim em virtude da apresentação das razões de apelação após o

quinqüídio legal para a interposição do apelo. Descabimento. Não sendo indicado o fundamento da apelação, e mesmo que ofertadas as razões recursais fora do prazo legal de 05 dias para o recurso, a súplica deve ser conhecida como se estivesse sendo combatido, apenas, o veredicto. Precedentes jurisprudenciais do STJ. Parecer pelo conhecimento e pela denegação da ordem (fls. 317/318).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Não merece concessão o *writ*.

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a *ausência* no termo de interposição da indicação das alíneas que embasam o manejo do *recurso de apelação* contra decisão proferida pelo *Tribunal do Júri*, não tem o condão de obstar o conhecimento da súplica, caso tal tarefa tenha sido realizada por ocasião do *oferecimento* das respectivas *razões*.

Neste sentido, o seguinte precedente:

Criminal. HC. *Júri*. *Termo do recurso*. Limites da *apelação*. *Formalismo* que não pode ser exagerado. *Omissão na indicação de alíneas*. Fixação do limite pelas efetivas *razões* do apelo que complementam a petição de interposição. Ordem concedida.

Ainda que se tratando de apelação no *Júri* – com natureza sabidamente restrita quanto aos limites da irresignação, que são fixados quando da interposição do recurso –, não se deve emprestar exagerado formalismo à regra.

Tendo sido o termo de interposição omissivo na indicação de alíneas do artigo de lei em que se fulcrou o apelo, deve-se ter, como limites da apelação, as razões que externaram os motivos do recurso, pois a petição de interposição não pode ser considerada isoladamente.

As razões da apelação visam justamente à complementação da petição de interposição do recurso, delimitando o seu alcance ao apontar os próprios fundamentos de fato e de direito que embasaram a irresignação.

Deve ser concedido para cassar a decisão recorrida e determinar que o Tribunal *a quo* julgue o mérito do recurso de apelação interposto pela defesa.

Admitida, na sentença, a possibilidade de o réu aguardar em liberdade o julgamento da apelação, expeça-se, com urgência, alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

VI. Ordem concedida, nos termos voto do Relator.

(HC n. 37.906-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 21.02.2005).



Essa orientação, impende ressaltar, vem sendo observada tanto pela 5ª, como pela 6ª Turma desta Corte, v.g.: HC n. 17.648-RS, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 04.02.2002; REsp n. 220.188-MG, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.02.2002 e HC n. 39.852-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 20.02.2006.

Na hipótese, ainda que não indicadas pelo Parquet no termo de interposição, as alíneas do inciso III do art. 513 do CPP referentes ao manejo do recurso de apelação, tal deficiência foi suprida por ocasião do oferecimento das razões recursais.

Ademais, compulsando os autos, nota-se que o Parquet, ao apresentar as já referidas razões, sustentou, além de questão preliminar atinente à quesitação, que a decisão do Conselho de Sentença teria sido manifestamente contrária à prova dos autos, indicando expressamente o permissivo inserto no art. 593, III, d, do CPP (fl.56). Por sinal, esse o argumento acolhido pelo e. Tribunal de origem para determinar o novo julgamento.

Dessa forma, verifica-se que não ocorreu a vedada hipótese de se acolher fundamento não sustentado pelo recorrente. Isso, imperioso asseverar, devido ao restrito efeito devolutivo do recurso de apelação nesses casos - decisão proferida pelo Júri. Não incide, portanto, o Enunciado da Súmula n. 713 do Pretório Excelso: “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos de sua interposição.

Assim, tenho que o não conhecimento do recurso decorreria de excessivo formalismo.

Ante o exposto, denego a ordem e casso, por conseguinte, a liminar concedida.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 616.480-DF (2003/0228795-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: Nelcy Marinho e outros

Advogado: Camilo Spindola Silva e outros

Recorrido: União

EMENTA

Administrativo e Previdenciário. Empregado público da Empresa de Correios e Telégrafos - ECT. Complementação de aposentadoria. Lei n. 8.529/1992. Requisitos. Recurso especial conhecido e improvido.

1. O reconhecimento do direito do empregado público da ECT à complementação de aposentadoria depende não apenas de sua integração à empresa até 31.12.1976 (art. 1º da Lei n. 8.529/1992). De fato, impõe-se, também, que ele seja oriundo do extinto Departamento de Correios e Telégrafos - DCT (art. 4º da Lei n. 8.529/1992). Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado por Nelcy Marinho e outros, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Insurgem-se os recorrentes, empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, contra acórdão que não lhes reconheceu o direito à complementação de aposentadoria, ao fundamento de que o benefício só deve ser concedido àqueles que estavam submetidos ao regime estatutário e que integravam os quadros do Departamento de Correios e Telégrafos.

O acórdão recorrido restou assim ementado (fl. 296):

Administrativo. Empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Complementação de aposentadoria (Lei n. 8.529/1992). Falta de implementação dos requisitos exigidos. Embargos infringentes providos. Pedido improcedente.



1. Constitui requisito essencial para a concessão da complementação de que trata a Lei n. 8.529/1992, a condição de empregada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), integrado nos seus quadros com base na Lei n. 6.184, de 11 de dezembro de 1974, e originário do extinto Departamento de Correios e Telégrafos (art. 4º).

2. Embargos infringentes a que se dá provimento.

Os recorrentes alegam, em suas razões de recurso especial, contrariedade aos arts. 1º e 4º da Lei n. 8.529/1992, 1º, § 1º, da Lei n. 6.184/1974 e 1º do Decreto n. 882/1993. Afirmam, para tanto, que tais dispositivos exigem, para a complementação de aposentadoria, tão-somente que o beneficiado tenha sido admitido na ECT até 1976, sendo irrelevante a condição de estatutário ou celetista quando da contratação.

Contra-razões às fls. 317/323.

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fl. 325).

É relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Os recorrentes, empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT pretendem, com fundamento nos arts. 1º e 4º da Lei n. 8.529/1992, 1º, § 1º, da Lei n. 6.184/1974 e 1º do Decreto n. 882/1993, o reconhecimento do direito à complementação da aposentadoria.

A complementação de aposentadoria foi reconhecida aos empregados públicos da ECT pela Lei n. 8.529/1992, *verbis*:

Art. 1º. É garantida a complementação da aposentadoria, paga na forma prevista pela Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo (ECT) que tenham sido integrados nos seus quadros até 31 de dezembro de 1976.

Art. 4º. Constitui requisito essencial para a concessão da complementação de que trata esta lei a condição de empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), integrado nos seus quadros com base na Lei n. 6.184, de 11 de dezembro de 1974, e originário do extinto Departamento de Correios e Telégrafos.

Infere-se da leitura do dispositivo supracitado que, para o reconhecimento do direito à complementação de aposentadoria, não é suficiente que o empregado da ECT tenha sido integrado até 31.12.1976 (art. 1º). De fato, exige-se, também,

que ele tenha sido integrado nos quadros da ECT com base na Lei n. 6.184/1974 e seja oriundo do extinto Departamento de Correios e Telégrafos - DCT (art. 4º).

O Decreto-Lei n. 509, de 20.03.1969, transformou o extinto DCT na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Ocorre que os recorrentes ingressaram na ECT, sob o regime celetista, entre os anos de 1974 e 1976 (fls. 33, 43, 54, 64, 76, 85, 95, 103 e 111), jamais tendo composto, portanto, o quadro de pessoal do DCT.

Assim, carecendo-lhes um dos requisitos impostos pela Lei n. 8.529/1992, não fazem jus à complementação da aposentadoria. Esse é o entendimento pacífico desta Corte:

Recurso especial. Administrativo e Previdenciário. Empresa de Correios e Telégrafos. Complementação de pensão. Impossibilidade. Lei n. 8.529/1992. Violação não caracterizada. O aresto bem decidiu a controvérsia, considerando que a citada lei é dirigida somente para o pessoal inativo do extinto Departamento de Correios e Telégrafos, e integrados à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos nos termos da Lei n. 6.184/1974. Violação não caracterizada. Recurso desprovido. (REsp n. 410.669-RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ 1º.12.2003)

Administrativo e Previdenciário. Recurso especial. Complementação de aposentadoria. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Lei n. 8.529/1992, arts. 1º e 4º Condição temporal. Integração e não ingresso.

1 - Nos termos do art. 1º, da Lei n. 8.529/1992, 'É garantida a complementação da aposentadoria, paga na forma prevista pela Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) que tenham sido integrados nos seus quadros até 31 de dezembro de 1976.

2 - 'Constitui requisito essencial para a concessão da complementação de que trata esta lei a condição de empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), integrado nos seus quadros com base na Lei n. 6.184, de 11 de dezembro de 1974, e originário do extinto Departamento de Correios e Telégrafos. (art. 4º da Lei n. 8.529/1992).

3 - Como se denota, a condição temporal é que o empregado tenha sido 'integrado' e não que tenha 'ingressado', nos quadros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.

4 - Numa melhor exegese do art. 4º, da Lei n. 8.529/1992, somente aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, oriundos do extinto Departamento de Correios e Telégrafos, é assegurada a percepção da complementação



da aposentadoria de que trata a Lei n. 8.529/1992, regulamentada pelo Decreto n. 882, de 28 de julho de 1993.

5 - Não sendo a recorrente egressa do extinto Departamento de Correios e Telégrafos - DCT, ao revés, tendo ingressado em 13 de março de 1975, diretamente nos quadros da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não lhe assistir direito à complementação da aposentadoria.

6 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (REsp n. 380.729-RS, Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, DJ 02.08.2004, p. 477).

No mesmo sentido: REsp n. 767.897-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 13.12.2006; REsp n. 846.117-DF, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 24.10.2006; REsp n. 849.465-DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 23.08.2006.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 617.605-RJ (2003/0227151-2)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrente: União

Recorrido: Waldir Olympio de Azevedo Carnauba

Advogado: Sandra Cristina Peixoto de Souza

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Militar. Dependente econômico. Madrasta. Lei n. 6.880/1980. Requisitos. Preenchimento. Violação ao art. 6º do CPC. Ilegitimidade ativa afastada. Recurso conhecido e improvido.

1. O art. 50, § 3º, alínea **h**, da Lei n. 6.880/1980 (Estatuto dos Militares) dispõe que: “a pessoa que viva, no mínimo há 5 (cinco) anos, sob a sua exclusiva dependência econômica, comprovada mediante justificação judicial” será considerada como dependente do militar, desde que viva sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto, e quando expressamente declarado na organização militar competente.

2. Na hipótese, restou comprovado nos autos que foram satisfeitos os requisitos necessários à comprovação da dependência econômica da madrasta do autor por meio de justificação judicial e declaração de inclusão junto ao órgão competente.

3. Satisfeitos tais requisitos, não há falar em ilegitimidade ativa *ad causam* se o recorrente pleiteia em favor de sua madrasta a manutenção do direito a atendimento médico-hospitalar.

4. Recurso especial conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 15 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJ 23.04.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial manifestado pela União, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal.

Insurge-se a recorrente contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, em apelação e remessa oficial, manteve a sentença que concedeu a ordem de segurança impetrada por Waldir Olympio de Azevedo Carnaúba, objetivando garantir a manutenção de Nair dos Santos Bastos, sua madrasta, como dependente econômica, com direito a atendimento médico-hospitalar em qualquer instituição do Exército, integrante do Fused.

O julgamento em tela foi assim ementado (fl. 64):

Administrativo. Mandado de segurança. Militar. Madrasta. Dependente econômica. Atendimento médico hospitalar. Lei n. 6.880/1980.

- Ação mandamental impetrada por militar que objetiva obter atendimento hospitalar, em qualquer instituição hospitalar do Exército, para a sua madrasta, que se apresenta na qualidade de sua dependente econômica.



- Restou demonstrado nos autos que o impetrante cumpriu todas as determinações estabelecidas pela Lei n. 6.880/1980 (art. 50, parágrafo 3º, alínea **h**) para a inclusão de sua dependente.

- O impetrante tem direito líquido e certo ao pleiteado, conforme o artigo 50, inciso IV, alínea **e**, do Estatuto dos Militares.

- Recurso e remessa necessária improvidos.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fl. 80).

Em suas razões de recurso especial, a recorrente alega violação aos arts. 6º e 267, VI, do Código de Processo Civil.

Sustenta, em essência, a ilegitimidade ativa, tendo em vista que “o ato apontado como ilegal teria ferido direito próprio da Srª Nair, que deveria ter ingressado em juízo em nome próprio e não o seu enteado, ainda que seja ele o militar que inscreveu sua madrasta como dependente econômica apta a usufruir do atendimento médico do Exército” (fl. 85).

Não foram apresentadas contra-razões (fl. 90).

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 91/92).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Cuidam os autos, na origem, de mandado de segurança impetrado por Waldir Olympio de Azevedo Carnaúba, objetivando garantir a manutenção de sua madrasta, Nair dos Santos Bastos, como dependente econômica dele, com direito a atendimento médico-hospitalar em qualquer instituição do Exército, integrante do Fusex.

A segurança foi concedida em primeiro grau, sendo mantida pelo Tribunal *a quo*.

Contra tal decisão insurge-se a União, postulando pela extinção do feito, sem julgamento do mérito, ante a alegada ausência de uma das condições da ação, qual seja, a ilegitimidade ativa *ad causam*.

O recurso, no entanto, não merece prosperar.

Colho, por fundamental, o seguinte trecho do voto condutor da apelação (fls. 60/61):

O Estatuto dos Militares, no artigo 50, inciso IV, alínea **e** e parágrafo 3º, alínea **h**, trata do caso em questão, estabelecendo condições para obtenção do benefício:

Art. 50. São direitos dos militares:

IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas:

e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários;

§ 3º São, ainda, considerados dependentes do militar, desde que vivam sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto, e quando expressamente declarados na organização militar competente:

h) a pessoa que viva, no mínimo há 5 (cinco) anos, sob a sua exclusiva dependência econômica, comprovada mediante justificação judicial;

Restou demonstrado nos autos que o impetrante cumpriu todas as determinações estabelecidas pela Lei n. 6.880/1980 para a inclusão da sua dependente, eis que apresentou justificação judicial (fls. 9 e 11), bem como a própria declaração de inclusão junto ao Ministério do Exército. (fls. 7 e 8).

Ademais, conforme destacado nos embargos de declaração (fl. 78):

A discussão dos presentes autos é a dependência econômica da madrastra do militar inativo, com o conseqüente direito da mesma ao atendimento médico-hospitalar em qualquer instituição do Exército, integrante do Fused, devendo a dependência, obviamente, ser demonstrada pelo titular do direito.

Assim, não há falar em ilegitimidade ativa *ad causam*, porquanto cumpridos pelo recorrente todos requisitos legais necessários à demonstração da dependência econômica de sua madrastra.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe* provimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 669.939-RS (2004/0093068-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Sandro de Fraga Ribas

Advogado: Morel Assis Filho



EMENTA

Recurso especial. Processo Penal. Recurso de apelação. Prazo. Contagem. Termo inicial. Defesa. Intimação efetiva da parte. Exceção. Carta precatória.

1. O termo *a quo* para a contagem do prazo para o recurso de apelação criminal será da efetiva intimação da decisão condenatória, nos termos do art. 798, § 5º, alínea **a**, do Código de Processo Penal. Incabível, pois, o início da contagem do prazo recursal da juntada do mandado aos autos, excetuando-se os casos de intimação realizada por intermédio de carta precatória.

2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJ 12.03.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local.

Informam os autos que Sandro de Fraga Ribas foi condenado, pelo Juízo da 1ª Vara Criminal Regional da Comarca de Tristeza-RS, à pena de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, como incurso no art. 311, *caput*, do Código Penal e à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, tendo sido tais penas somadas, em virtude da aplicação do concurso material.

No dia 14 de março de 2001, o Réu e seu Defensor foram intimados da condenação (fls. 331v e 312v).

Em 23 de março de 2001, a defesa apelou (fl. 314). O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Crime do art. 311 do CP Desclassificação para o art. 180, *caput*, do CP em face do contexto da prova colhida, que não autoriza a condenação pela imputação mais gravosa. Porte de entorpecente. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Apelo parcialmente provido. (fl. 341)

Sustenta o Recorrente negativa de vigência do art. 798, § 5º, alínea **a**, do Código de Processo Penal, bem como divergência jurisprudencial. Alega que “é uníssona, em nossa jurisprudência, a orientação de que a contagem do prazo para a interposição do recurso de apelação é feita a partir da última intimação pessoal, seja do réu, seja do defensor” (fl. 361).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 377/380, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): O recurso merece prosperar.

Com efeito, esta Corte já firmou o entendimento de que o termo *a quo* para a interposição da apelação ocorre na data da efetiva intimação do decreto condenatório e não da juntada do mandado de intimação aos autos.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes desta Corte e do egrégio Tribunal:

Criminal. HC. Duplicata simulada. Processo Penal. Termo inicial. Apelação. Intimação. Ordem denegada.

I - O prazo para a interposição do recurso de apelação criminal inicia-se na data da efetiva intimação e não da juntada do mandado aos autos. (Precedentes do c. STF e do STJ).

II - Ordem denegada. (HC n. 38.553-RS; Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 09.02.2005)

Recurso especial. Processual Penal. Prazo para interposição da apelação. Intempestividade.

Nos termos da jurisprudência do STF e desta Corte, o termo inicial do prazo para a interposição de recurso de apelação é a data da efetiva intimação da sentença condenatória, e não a da juntada aos autos do mandado.



E como a apelação foi interposta fora do quinquídio, descabia à Corte *a quo* conhecer da irresignação.

Recurso conhecido e provido para cassar o acórdão recorrido. (REsp n. 65.722-RS; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 29.11.2004)

Direito Processual Penal. Apelação. Prazo. Termo inicial (art. 798, § 5º, do CPP). *Habeas corpus*.

1. É pacífica a jurisprudência do STF, no sentido de que o curso do prazo, para apelação, se inicia após a intimação do réu e seu defensor (art. 798, § 5º, **a**, do CPP) - e não apenas da juntada do mandado. Precedentes.

2. Assim decidiu o acórdão do STJ, que denegou o *writ* lá impetrado, por considerar correto o do TJSP, que não conheceu de apelação por intempestiva, interposta fora do prazo respectivo, assim contado.

3. HC indeferido. (STF, HC n. 80.666-SP; 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 22.06.2001)

Assim, considera-se intempestiva a apelação protocolizada tendo como início do prazo recursal a juntada do mandado de intimação aos autos, como na hipótese vertente. O Réu e seu defensor foram intimados pessoalmente no dia 14.03.2001 (fls. 331v e 312v), tendo a apelação sido protocolizada somente em 23.03.2001 (fl. 314), fora do quinquídio previsto no art. 593 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se, porém, o caso de intimação realizada por intermédio de carta precatória, no qual o prazo para a interposição de recurso inicia-se quando de sua juntada no juízo deprecante, em virtude da aplicação analógica do art. 241, inciso IV, do Código de Processo Civil, nos termos do que dispõe o art. 3º, do Código de Processo Penal, o que, ressalte-se, não é o caso em apreço.

Ante o exposto, *conheço* do recurso e *dou-lhe provimento* para reconhecer a intempestividade do recurso de apelação, anulando-se parcialmente o acórdão recorrido para restabelecer a decisão monocrática referente à condenação pelo art. 311 do Código Penal, e manter o julgado no que se refere à prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

É como voto.

Jurisprudência da Sexta Turma

HABEAS CORPUS N. 23.372-SP (2002/0081784-0)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Impetrante: Silvia Bartira Moreira Kierdeika

Impetrado: Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Juarez Fernandes dos Santos (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Falsa identidade. Falta de fundamentação do acórdão. Não ocorrência. Crime formal. Elaboração de laudo pericial. Prescindibilidade. Atipicidade da conduta. Ordem concedida de ofício.

1. O acórdão, ao contrário do afirmado pelo impetrante, encontra-se devidamente fundamentado, não restando configurada a ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

2. O crime previsto no artigo 307 do Código Penal é delito formal, revelando-se desnecessária a elaboração de laudo pericial para a sua caracterização.

3. É pacífico nesta Corte o entendimento de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos.

4. *Habeas corpus* denegado, concedida a ordem de ofício para tornar sem efeito a condenação pela prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o de *habeas corpus*, mas, de ofício, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Maria Thereza de Assis Moura e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Brasília (DF), 08 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 26.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Juarez Fernandes dos Santos, condenado como incurso no artigo 307 do Código Penal, a 5 meses e 25 dias de detenção, em regime semi-aberto, apontando-se como autoridade coatora o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Os autos foram a mim redistribuídos em razão da aposentadoria do Ministro Fontes de Alencar.

Colhe-se do processado que o paciente, ao ser abordado portando arma de fogo em desacordo com as prescrições legais, acabou por se identificar perante a autoridade policial como outra pessoa, afirmando, naquela ocasião, ser Itamar Aparecido.

Posteriormente, o próprio paciente, além de ter sido identificado criminalmente, confessou em Juízo ter se identificado anteriormente como sendo seu irmão.

Absolvido em primeiro grau, o Tribunal de origem reformou a sentença, condenando o paciente pela prática do delito de falsa identidade.

Busca a impetração ver decretada a nulidade do acórdão por falta de fundamentação, além do que não se teria comprovado a culpa do paciente, na medida em que não foi realizado exame de corpo de delito, imprescindível quando a infração deixar vestígios.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Colhe-se do aresto impugnado:

Impossível manter-se a absolvição, seja por falta de dolo, seja pela impossibilidade delituosa.

O apelante, em razão de diligências policiais, foi levado à delegacia de polícia para apurar-se eventual porte ilegal de arma.



Identificou-se, já que em seu automóvel estava uma xerocópia de identidade de seu irmão Itamar, como este.

Tão possível era o delito que o flagrante iniciou-se contra Itamar, demonstrando, destarte, a idoneidade dos meios utilizados pelo recorrido para atingir a meta optata.

Por outro lado, como anotado pelo Ministério Público, se impossível fosse o crime, inexisteriam cidadãos indevidamente presos, verdadeiras vítimas daqueles que falsamente se identificam.

À configuração do delito previsto pelo art. 307 do Código Penal basta que o autor assuma o comportamento previsto pelo tipo, independentemente de lograr vantagens em proveito próprio ou alheio, pois o delito em tela é de mera conduta.

Posta assim a questão, como se disse, a condenação era inarredável demonstrado o crime pela segura prova testemunhal e pela parcial confissão do acusado.

O passado do recorrido não o recomenda.

Já se viu processado outras vezes, saindo condenado, embora sentenças quando da eclosão dos fatos ainda não tivessem transitado em julgado.

Pelos antecedentes, fica a sua pena fixada em cinco meses. Independentemente dos antecedentes, mas agora pela reincidência demonstrada pela condenação de fls. 151, fica acrescida a pena de um sexto, totalizando cinco meses e 25 dias de detenção, que é a definitiva.

Pela reincidência, mas considerada a natureza da pena fixada, o desconto dela será iniciada no regime semi-aberto. (fls. 114/115)

Como se vê, o acórdão, ao contrário do afirmado pelo impetrante, encontra-se devidamente fundamentado, não restando configurada a ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

De outro lado, não tem razão o impetrante quando alega ser imprescindível a realização do exame de corpo de delito, visto que, de acordo com o ensinamento de Guilherme Nucci, o crime previsto no artigo 307 do Código Penal é delito formal (Código Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2003, p. 822), revelando-se, desta forma, desnecessária a elaboração de laudo pericial para a sua caracterização.

A meu ver, contudo, há constrangimento ilegal a ser sanado de ofício.

É pacífico nesta Corte o entendimento de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos.

Vejam-se:

A - Penal. *Habeas corpus*. Art. 307 do Código Penal. Falsa identidade atribuída perante policial. Atipicidade.

Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal aquele que, perante a autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão (Precedentes).

Ordem concedida.

(HC n. 51.122-SP Relator o Ministro Felix Fischer, DJU de 14.08.2006)

B - Embargos de declaração. *Habeas corpus*. Omissão e contradição. Inocorrência. Artigo 307 do Código Penal. Atipicidade. Ordem concedida de ofício.

1. 'A contradição que rende ensejo à oposição de embargos de declaração é a interna ao julgado, caracterizada por proposições inconciliáveis entre si, que dificultam ou impedem a sua compreensão.' (EDclAgRgREsp n. 571.895-SP da minha Relatoria, in DJ 25.10.2004) e, não, a existente entre o *decisum* e a interpretação dada à norma por esta Corte Superior de Justiça.

2. A pretensão de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão que lhe seja favorável, não enseja a oposição de embargos declaratórios.

3. A atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial, pelo preso em flagrante, com o objetivo de ocultar-lhe seus antecedentes penais, não configura o crime tipificado no artigo 307 do Código Penal, por constituir hipótese de autodefesa, amparado pelo artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.

4. Embargos de declaração rejeitados. *Habeas corpus* de ofício.

(EDcl no HC n. 21.202-SP Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJU de 13.03.2006)

C - Recurso especial. Penal e Processual Penal. Recurso exclusivo da acusação. Ocorrência da *reformatio in melius*. Possibilidade. Inexistência de vedação legal. Falsa identidade. Exercício de autodefesa. Art. 307 do CP Não-aplicação.

1. (...).

2. Esta Corte firmou entendimento de que a conduta praticada pelo réu, de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial, não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa consagrada no art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 689.011-SP Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU 02.05.2005)



Diante do exposto, denego o *habeas corpus*, concedendo a ordem de ofício para tornar sem efeito a condenação pela prática do crime previsto no art. 307 do Código Penal, por considerar atípica a conduta atribuída ao paciente na ação de que aqui se cuida.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 34.347-RS (2004/0036417-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e outro

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Anderson Durante

EMENTA

Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Nota fiscal “calçada”. Circunstância judicial. Fixação da pena-base. *Bis in idem*. Caracterização. Crime continuado. Número de crimes. Concurso formal. Função favorável ao réu. Obrigatoriedade.

1. Em se mostrando as circunstâncias que informaram a individualização da pena pelo Magistrado idênticas às do fato humano reitor da decisão política de criminalização, cuja gravidade objetiva e subjetiva determinaram o mínimo legal abstrato da sanção cominada, é defeso atribuir-lhes efeito exasperante do limite inferior da resposta penal, pena de violação manifesta do princípio *ne bis in idem*.

2. Cuidando-se de ICMS, incidente em “operações relativas à circulação de mercadorias” (artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996), cada qual das reduções de tributo devido caracteriza o delito tipificado no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990.

3. Nada impede, em hipóteses tais, o reconhecimento do concurso formal, se a conduta final, que dá lugar à supressão ou diminuição dos tributos devidos, unifica as várias condutas-meio.

4. A caracterização de mais de um concurso formal de crimes, na unidade do crime continuado, há de influir, favoravelmente ao réu,

no *quantum* do aumento da continuação, porque certamente a sua extensão resta atenuada pelas unidades formais que a integram, sendo demasia ignorá-las e considerar cada um dos crimes isoladamente, para, depois, somá-los e aplicar o grau máximo da continuação.

5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Paulo Medina negava o pedido de redução da pena-base aplicada ao paciente. Os Srs. Ministros Relator, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves fixaram em metade o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, no ponto, vencidos o Sr. Ministro Paulo Gallotti, que o estipulava em 2/3, e o Sr. Ministro Paulo Medina, em 1/3. Unanimemente, substituiu-se a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, estas consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de prestação pecuniária, também nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 09.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, improvando o apelo interposto por Anderson Durante, preservou-lhe a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso II (inúmeras vezes), combinado com o artigo 12, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, combinado com o artigo 71, *caput*, do Código Penal, em acórdão assim ementado:

Competência.

É competente a Justiça Estadual para o processo e julgamento de sonegação fraudulenta de ICMS, tributo estadual.



Perícia.

É dispensável a realização de perícia contábil para a comprovação material da sonegação fiscal, se existem elementos probatórios capazes de demonstrar a ilicitude. Preliminares rejeitadas.

Crime contra a ordem tributária.

Comete o delito previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, o agente que frauda a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, utilizando o expediente chamado 'nota calçada'. Condenação mantida.

Majorante.

A majorante contemplada no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990 somente pode ser aplicada aos grandes crimes de sonegação. Sentença confirmada. (fl. 1.142).

Narram os autos que o paciente viu-se processado e condenado, porque, na condição de administrador da empresa Rio Vermelho Móveis Ltda., reduziu o Tributo de ICMS, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, para criar a chamada "nota calçada", com fraude à fiscalização tributária.

Estes, os fundamentos da impetração:

a) ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais, em sua maioria, são favoráveis ao paciente, especificando que:

1) nos motivos do crime que se reportaram à obtenção de vantagem patrimonial em prejuízo alheio "há flagrante ilegalidade neste fundamento, por uma razão bastante singela: tal motivo é inerente ao próprio tipo penal da sonegação fiscal."

2) nas circunstâncias do crime, onde se ressaltou que o paciente "praticou o delito utilizando-se diretamente de outras pessoas que preenchiam as notas fiscais 'calçadas', também aqui evidencia-se ilegalidade, na medida em que, nos crimes fiscais praticados por pessoa jurídica, é inerente ao próprio delito que seu autor execute-o por prepostos."

3) nas conseqüências do crime "também aqui há evidente equívoco na sentença, que reconheceu que as conseqüências do crime eram gravíssimas porque o paciente, com sua conduta, 'privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico'. Ora, o tributo sonegado (ICMS) não possui destinação específica (ao contrário, por exemplo, de contribuições previdenciárias), caso em que não se pode afirmar que o recolhimento de ICMS vá gerar, diretamente, os benefícios sociais mencionados. (...) ou seja, não se pode afirmar que este valor, relativamente baixo em se tratando de uma pessoa jurídica, possa trazer 'graves'

conseqüências para determinadas pessoas, quanto mais não seja se lembrarmos que o crime de sonegação fiscal tutela o Sistema Tributário Nacional, e não cidadão determinados.”

b) erro na fixação do *quantum* da causa de aumento de pena do crime continuado, ao entendimento de que o crime de sonegação fiscal “(...) enunciado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, está caracterizado por um delito de conduta múltipla ou variada, ou seja, o sujeito ativo, para consumá-lo, há de suprimir ou reduzir tributo mediante uma ou mais das condutas arroladas nos incisos daquele dispositivo legal. Consequentemente, inexistente sonegação fiscal quando, por exemplo, a falsidade praticada num livro caixa não acarreta a supressão ou supressão do tributo, ou seja, teremos tantos delitos quantas forem as condutas substanciadas na supressão ou redução do tributo. E , ainda, que o crime consuma-se (...) não quando da prática da conduta-meio (incisos do art. 1º), mas sim quando da realização completa da conduta-fim (*caput* do art. 1º: supressão ou redução do tributo). No caso dos autos, portanto, *não poderemos considerar que cada nota calçada caracterize um crime, até mesmo porque a redução do valor da nota fiscal emitida, e que servirá de parâmetro à contabilidade da empresa, caracteriza a conduta enunciada no inciso II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, mas não também o seu caput (...)*” (fls. 9/10).

Sob outro aspecto enfoca que “o ICMS é um tributo recolhido a partir da conta-corrente financeira da empresa , já que, a partir do encontro entre débito e créditos ocorridos num mês, teremos o valor a ser recolhido a título de imposto” (fl. 10).

Em conclusão, afirma que o paciente “(...) não praticou 144 crimes de sonegação fiscal, conforme mencionado na sentença, mas sim 05 crimes, relacionados ao período de apuração ocorrido entre 1º.12.1994 e 23.05.1995. A saída de mercadorias, com a respectiva nota fiscal, caracteriza o fato gerador do tributo, mas não o seu vencimento (onde ocorrerá, efetivamente, a supressão). Assim sendo - e levando-se em consideração que o bem jurídico protegido pelo art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é o Sistema Tributário Nacional -, *teremos a prática de cada delito na data do vencimento do tributo, e não na data do fato gerador. Não é a prática de cada conduta-meio que consuma a sonegação fiscal, mas sim a prática de cada conduta-fim (supressão ou redução).*” (fls. 11/12).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para reduzir a pena-base ao mínimo legal; aplicação, no mínimo, da fração relacionada ao crime continuado e, por conseqüência, substituir a pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direito.



A liminar foi indeferida (fls. 949/950).

As informações estão às fls. 955/960 dos autos.

O Ministério Público Federal veio pela denegação da ordem (fls. 1.187/1.189).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, *habeas corpus* contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, improvando o apelo interposto por Anderson Durante, preservou-lhe a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, pela prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso II (inúmeras vezes), combinado com o artigo 12, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, combinado com o artigo 71, *caput*, do Código Penal, em acórdão assim ementado:

Competência.

É competente a Justiça Estadual para o processo e julgamento de sonegação fraudulenta de ICMS, tributo estadual.

Perícia.

É dispensável a realização de perícia contábil para a comprovação material da sonegação fiscal, se existem elementos probatórios capazes de demonstrar a ilicitude. Preliminares rejeitadas.

Crime contra a ordem tributária.

Comete o delito previsto no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/1990, o agente que frauda a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, utilizando o expediente chamado 'nota calçada'. Condenação mantida.

Majorante.

A majorante contemplada no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990 somente pode ser aplicada aos grandes crimes de sonegação. Sentença confirmada. (fl. 1.142).

Narram os autos que o paciente viu-se processado e condenado, porque, na condição de administrador da empresa Rio Vermelho Móveis Ltda., reduziu o Tributo de ICMS, inserindo elementos inexatos nas notas fiscais, para criar a chamada "nota calçada", com fraude à fiscalização tributária.

Estes, os fundamentos da impetração:

a) ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto as circunstâncias judiciais, em sua maioria, são favoráveis ao paciente, especificando que:

1) nos motivos do crime que se reportaram à obtenção de vantagem patrimonial em prejuízo alheio “Há flagrante ilegalidade neste fundamento, por uma razão bastante singela: tal motivo é inerente ao próprio tipo penal da sonegação fiscal.”

2) nas circunstâncias do crime, onde se ressaltou que o paciente “praticou o delito utilizando-se diretamente de outras pessoas que preenchiam as notas fiscais ‘calçadas’, também aqui evidencia-se ilegalidade, na medida em que, nos crimes fiscais praticados por pessoa jurídica, é inerente ao próprio delito que seu autor execute-o por prepostos.”

3) nas conseqüências do crime “também aqui há evidente equívoco na sentença, que reconheceu que as conseqüências do crime eram gravíssimas porque o paciente, com sua conduta, ‘privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico’. Ora, o tributo sonegado (ICMS) não possui destinação específica (ao contrário, por exemplo, de contribuições previdenciárias), caso em que não se pode afirmar que o recolhimento de ICMS vá gerar, diretamente, os benefícios sociais mencionados. (...) ou seja, não se pode afirmar que este valor, relativamente baixo em se tratando de uma pessoa jurídica, possa trazer ‘graves’ conseqüências para determinadas pessoas, quanto mais não seja se lembrarmos que o crime de sonegação fiscal tutela o Sistema Tributário Nacional, e não cidadão determinados.”

b) erro na fixação do *quantum* da causa de aumento de pena do crime continuado, ao entendimento de que o crime de sonegação fiscal “(...) enunciado no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, está caracterizado por um delito de conduta múltipla ou variada, ou seja, o sujeito ativo, para consumá-lo, há de suprimir ou reduzir tributo mediante uma ou mais das condutas arroladas nos incisos daquele dispositivo legal. Consequentemente, inexistente sonegação fiscal quando, por exemplo, a falsidade praticada num livro caixa não acarreta a supressão ou supressão do tributo, ou seja, teremos tantos delitos quantas forem as condutas substanciadas na supressão ou redução do tributo. E mais que o crime consuma-se (...) não quando da prática da conduta-meio (incisos do art. 1º), mas sim quando da realização completa da conduta-fim (*caput* do art. 1º: supressão ou redução do tributo). No caso dos autos, portanto, *não poderemos considerar que cada nota calçada caracterize um crime, até mesmo porque a redução do valor da nota fiscal emitida, e que servirá de parâmetro à contabilidade da empresa,*



caracteriza a conduta enunciada no inciso II do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, mas não também o seu caput (...) (fls. 9/10).

Sob outro aspecto enfoca que “o ICMS é um tributo recolhido a partir da conta-corrente financeira da empresa , já que, a partir do encontro entre débito e créditos ocorridos num mês, teremos o valor a ser recolhido a título de imposto” (fl. 10)

Em conclusão, afirma que o paciente “(...) não praticou 144 crimes de sonegação fiscal, conforme mencionado na sentença, mas sim 05 crimes, relacionados ao período de apuração ocorrido entre 1º.12.1994 e 23.05.1995. A saída de mercadorias, com a respectiva nota fiscal, caracteriza o fato gerador do tributo, mas não o seu vencimento (onde ocorrerá, efetivamente, a supressão). Assim sendo - e levando-se em consideração que o bem jurídico protegido pelo art. 1º da Lei n. 8.137/1990 é o Sistema Tributário Nacional -, *teremos a prática de cada delito na data do vencimento do tributo, e não na data do fato gerador.* Não é a prática de cada conduta-meio que consuma a sonegação fiscal, mas sim a prática de cada conduta-fim (supressão ou redução).” (fls. 11/12).

Esta, a motivação judicial da resposta penal imposta ao paciente e preservada em grau de apelação:

(...)

Atendendo o comando do art. 68, bem como do art. 59, ambos do Código Penal, verifico que o réu não registra maus antecedentes (fls. 602/603). Não há elementos para aferição de sua conduta social, nem dados que indiquem possíveis transtornos sócio-psicológicos. *Os motivos reportam-se à obtenção de vantagem patrimonial em prejuízo alheio. No que tange às circunstâncias do crime, merecem relevo, pois praticou o delito utilizando-se diretamente de outras pessoas que preenchem as notas fiscais ‘calçadas’. As conseqüências do crime são muito graves, uma vez que privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico. A vítima é o Estado que em nada colaborou para o evento.*

Dessa forma, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, a culpabilidade deve ser mensurada um pouco além do mínimo legal.

Assim, fixo a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão.

(...) (fl. 981 - nossos os grifos).

Tem-se assim que quatro foram as circunstâncias motivadas pelo Juiz, na primeira fase da individualização das penas cominadas ao ilícito tipificado no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, a saber: os motivos que se reportam à

obtenção de vantagem pessoal em prejuízo alheio; as circunstâncias do crime, praticado com a utilização de pessoas que preencheram as notas fiscais; as conseqüências do crime, graves uma vez que privou várias pessoas de alimentação, remédios e saneamento básico; e não haver o Estado, vítima, colaborado em nada para o evento.

Ocorre que o denominado motivo do crime não é senão modo diferenciado de se dizer do dolo do agente de reduzir tributo devido, próprio da tipicidade do delito, cujo cometimento determinou-lhe a condenação.

As apontadas conseqüências do crime, expressas em possibilidades aleatórias, culminaram, como invocadas, por se identificarem com o resultado do crime, que não é outro diverso da redução da receita orçamentária, não considerado definida e concretamente, como é imperativo se se pretende extrair conseqüências da gravidade da infração penal.

Demais, tal resultado não é a soma dos resultados dos vários crimes unificados na continuidade delitiva, como se entendeu no estabelecimento das várias respostas penais idênticas, sob a conseqüência de se violar o princípio do *non bis in idem*, porque, em última análise, informou também o aumento decorrente da continuação.

E ainda, por fim, ao resultado do crime são estranhos os acréscimos financeiros, juros e correção monetária.

O modo de execução do crime, na espécie, ajusta-se à natureza do tributo reduzido, incidente, *in casu*, sobre a operação relativa à circulação de mercadorias (Lei Complementar n. 87/1996, artigo 2º, inciso I), mostrando-se ajustada à essência típica do imposto.

A referência do Estado, vítima, que não concorreu para o delito, averbe-se em remate, é, *sensu legis*, de desinflüência óbvia, a dispensar consideração qualquer.

A tais circunstâncias consideradas, porque análogas às do fato humano reitor da decisão política de criminalização, cuja gravidade objetiva e subjetiva informam o estabelecimento do mínimo legal abstrato da sanção cominada, é defeso, por violação manifesta do princípio do *ne bis in idem*, atribuir efeito exasperante do limite inferior da resposta penal.

No que respeita ao aumento decorrente do reconhecimento do crime continuado, os delitos se referem ao ICMS, incidente, *in casu*, sobre “operações relativas à circulação de mercadorias” (artigo 2º, inciso I, da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996), não havendo como, a meu ver, cindir a unidade de cada crime caracterizado com a redução de cada tributo devido, na exata razão de que cada qual corresponde a um fato gerador individualizado, fazendo-



se irrelevante as compensações próprias da natureza não acumulativa que a própria Constituição da República, na letra do inciso I do parágrafo 2º do artigo 155, atribuiu a este tributo.

Ajusto-me, contudo, ao pensamento dos ilustres impetrantes que a conduta típica não se exaure no elenco dos incisos do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, eis que o crime é de supressão ou diminuição do tributo, podendo, compreender uma conduta final.

Tal conduta final, referente ao recolhimento a menor, até o dia 12 do mês subsequente, do ICMS devidos, correspondentes e apurados no mês anterior, pode determinar, porque são vários os delitos, a caracterização do concurso formal, que se aperfeiçoa no ato mesmo que marca a redução patrimonial do Estado.

Tenho que tal ocorre na espécie, considerado o disposto no Decreto n. 37.699/1997 que regulamentou o ICMS no Estado do Rio Grande do Sul (artigos 43, itens **a** e **b** da Seção I do Apêndice III e artigo 174).

A caracterização do concurso formal, contudo, não há de ser invocada em prejuízo do condenado, como é da boa doutrina e da jurisprudência dos Tribunais, incluídamente o Supremo Tribunal Federal, não havendo falar na cumulação dos aumentos correspondentes ao concurso formal e ao crime continuado, salvo hipótese excepcionalíssima em que tal dupla exasperação fosse *plus douce*.

A propósito, os seguintes precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal:

Crime continuado. Concurso formal.

A regra do concurso formal foi concebida em favor do réu, e só há de ser aplicada quando efetivamente lhe trazer proveito.

Mesmo havendo, entre dois dos crimes integrantes do nexos de continuidade delitiva, concurso formal, apenas um aumento de pena - o do crime continuado - deve prevalecer. (RE n. 101.925-SP, Relator Ministro Francisco Rezek, in DJ 14.3.1986).

Crime de roubo qualificado. Co-autores. Concurso formal. Continuidade delitiva. Non bis in idem (arts. 70 e 71 do CP).

Em situação de aparente e simultânea incidência da norma de concurso formal e da de continuidade delitiva, é correto o entendimento de que a unificação das penas, com o acréscimo de fração a pena básica encontrada, se faça apenas pelo critério da continuidade delitiva, por mais abrangente.

Recurso extraordinário não conhecido. (RE n. 103.244-SP, Relator Ministro Rafael Mayer, in DJ 22.11.1985).

Passo seguinte, estou em que, se se tem caracterizado 5 concursos formais na espécie, tanto há de influir no *quantum* do aumento do crime continuado, porque certamente a sua extensão resta atenuada pelas unidades formais que a integram, sendo demasia ignorá-las e considerar cada um dos crimes isoladamente, para, depois, somá-los e aplicar o grau máximo da continuação.

Por todo o exposto, concedo a ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal, fixando-a, assim, em 2 anos, para ato seguido aumentá-la da metade, pela série dos concursos formais caracterizados, estabelecendo-a em 3 anos de reclusão.

A pena de multa, por igual, fica estabelecida segundo os mesmos parâmetros.

Estabeleço o regime aberto como inicial do cumprimento da pena prisional porque é que mais se ajusta à espécie, considerados o fato-crime na sua natureza e o homem autor, visto, sobretudo, na sua atividade laborativa e no seu passado.

Tenho como suficiente a pena restritiva de direito, impondo, em consequência, ao paciente, na forma do parágrafo 2º, última parte, do artigo 44, do Código Penal, a prestação pecuniária consistente no pagamento de 15 salários mínimos a entidade privada com destinação social e a de prestação de serviços à comunidade.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Presidente): Senhores Ministros, não tenho dúvida em acompanhar o voto do Ministro Hamilton Carvalhido no tocante à estipulação da pena-base. Pelos mesmos fundamentos de S. Exa., também vejo que, quanto ao acréscimo de seis meses, foram feitas considerações sem a pertinência necessária, algumas até, como o próprio Professor César Bitencourt assinalou da Tribuna, inerentes ao tipo que se está a tratar.

Ainda nessa ótica, V. Exa., *en passant*, mais uma vez, acentuou o aspecto cruel de alguns desses crimes tributários, comportamentos tipificados com o objetivo de ameaçar o contribuinte.

Pedindo vênua para divergir de V. Exa., reduzo a pena-base ao mínimo de dois anos, mas estipulo o aumento decorrente da continuidade em dois terços.

Estou de acordo com a substituição por medidas restritivas de direitos.

Com essas considerações, acompanho o voto do Ministro Hamilton Carvalhido, divergindo tão-somente quanto ao índice de aumento da continuidade delitiva.



VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, é sempre agradável ouvir e aprender com o Professor César Bitencourt. Tenho a impressão de que S. Exa., ao desenvolver sua sustentação oral nesta data, ensejou à Turma uma meditação maior sobre a possibilidade de vermos crescer e alterar a dosimetria da pena-base. Ao invés de nos escondermos diante da possibilidade da anulação para que o juízo *a quo* aplique a matéria de fato adequadamente, conforme a sua crítica, devemos pensar e orientar em outros casos não tão iguais, ajustáveis, que podem ser até diferentes, mas levar uma abertura maior para que este Tribunal, com a experiência de seus Membros, possa, então, ajustar no *quantum* justo, legal e de direito a pena-base e as suas alterações.

Assim, S. Exa. nos trouxe, hoje, não só uma brilhante sustentação, mas também uma luz que nos leva a uma reflexão maior para casos vindouros.

Ouvi, também, o excelente voto proferido pelo nosso mestre Ministro Hamilton Carvalhido e percebi, de imediato, que S. Exa. se insurge contra a pena-base, e, meditando quanto a esta, ainda ressoava em mim a sustentação da Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da Justiça.

Nisso, abrindo o seu livro, identifiquei na culpabilidade um pequeno trecho, porém expressivo pelo brilhante conteúdo que nele contém, de que o dolo, agora, pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação obtida como tipicamente jurídica, e que se refere à aplicação do art. 109: “quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor sua intensidade, menor será a censura”.

Nesse aspecto, não podemos ver censura menor, senão censura maior, num agente que está deliberadamente a praticar as ações na forma pela qual o fez o paciente.

Vejo também tais motivos como desvantagem para o paciente que viria, ainda, a crescer a pena-base não pelos fundamentos que já fizera o juiz, os quais poderiam ensejar, se quiséssemos, a nulidade. Os outros fundamentos não me parecem mais adequados que esse que estou a apontar, e fui advertido pela Dra. Cláudia Sampaio Marques quanto ao atuar do agente.

Assim discordo, com profundo respeito, dos Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti quanto à fixação da pena-base, fixando-a, no seu *quantum*, em dois anos e seis meses de reclusão.

Na segunda fase, o Sr. Ministro Paulo Gallotti destacou o aspecto tarifário. Sem a preocupação de adotar a tarifa, entendo que se trata de rematado exagero

e absoluta é a conduta que revela a insensibilidade do julgador ao acrescer o *quantum* no seu máximo com a cláusula de aumento. Pior ainda, como disse o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, é considerar a multiplicidade de condutas para a aplicação de pena diversa em número de quatorze.

Estou de pleno acordo com o entendimento de S. Exa., porém, quanto à tarifa, discordo por fundamento diverso, acompanhando, doutrinariamente, tal proceder, ou seja, fixo em dois anos e seis meses a pena-base, acrescentando-a não em 2/3 (dois terços), tal como o fez o Sr. Ministro Paulo Gallotti, mas acrescentando-a em 1/3 (um terço), que daria três anos e oito meses para, se for o caso, aplicar o regime aberto, e mais ainda, aceitando a substituição da pena restritiva de direito nas explicitações formuladas pelo Sr. Ministro-Relator.

Assim, não há discordância na essência do voto ao formular crítica à sentença quanto à fixação da pena, havendo divergência no *quantum* da pena-base e no acréscimo reduzido na quantidade de 1/3 (um terço) que daria três anos e oito meses, atendendo à substituição acrescida e salientada pelo Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, concedendo a ordem de *habeas corpus* nesses termos.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa: Senhor Presidente, sinto-me suficientemente esclarecido após os votos precedentes e acompanho o voto do Senhor Ministro-Relator, concedendo a ordem de *habeas corpus*.

No tocante à fixação da pena-base, fixo-a, acompanhando os votos dos Senhores Ministros Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti, em vinte e quatro meses, isto é, em dois anos, excluindo a parcela referente aos seis meses.

No que se refere ao aumento decorrente da continuidade delitiva, prefiro fixar a pena na metade, como assim o fez o Senhor Ministro-Relator, acrescentando os doze meses, o que resulta em três anos, possibilitando a aplicação das medidas restritivas de direito.

HABEAS CORPUS N 38.097-SP (2004/0126619-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Gustavo Raymundo

Impetrado: Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo

Paciente: Aguinaldo José Surano (Preso)

EMENTA

Furto (simples/qualificado). Sentença (furto qualificado). Concurso de duas pessoas (uma menor de 18 anos). Qualificadora (não-ocorrência). Alteração do fato (impossibilidade).

1. O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Por isso, entende o Relator, a qualificadora do concurso de duas ou mais pessoas pressupõe, nos crimes de furto e roubo, por exemplo, concurso de pessoas imputáveis. Não é, portanto, qualificado o furto praticado por pessoa imputável e pessoa inimputável (menor de 18 anos).

2. De mais a mais, não era lícito ao juiz, no caso, dar nova definição jurídica ao fato sem que se cumprisse o que rezam o art. 384 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

3. *Habeas corpus* deferido para se excluir a qualificadora, determinando-se o recálculo da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, que fará declaração de voto, e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 04.12.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Junto de pessoa inimputável (menor de dezoito anos), Aguinaldo José Surano subtraiu quantidade de alho avaliada em R\$ 213,00 (duzentos e treze reais), então foi denunciado, em concurso formal,

por furto simples e corrupção de menores (arts. 155 do Código Penal e 1º da Lei n. 2.252/1954). Viu-se, no entanto, quanto ao furto, condenado na sua forma qualificada, tendo-lhe sido aplicada a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicialmente fechado, bem como a pena pecuniária de 12 (doze) dias-multa. Foi, no entanto, absolvido do crime de corrupção de menores.

A sentença foi confirmada pelo acórdão, daí o presente *habeas corpus*, no qual opinou a Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira pela denegação da ordem nestes termos:

1º- Quanto ao alegado cerceamento de defesa, ante a alteração da capitulação do crime na sentença singular, urge lembrar, de início, que o Juiz não está vinculado à classificação do fato dada pelo Ministério Público ou querelante, na denúncia ou queixa, podendo, por ocasião da sentença, dar-lhe nova definição jurídica (art. 383, do Código de Processo Penal), inclusive para assegurar a correlação entre a sentença e a conduta descrita na inicial acusatória, vedando-se, sim, que o Juiz julgue o réu por fato de que não foi acusado, afastando-se do pretendido pela acusação.

De outro lado, o réu se defende dos fatos descritos e não da capitulação formulada pelo acusador, público ou privado, daí porque vigora no Processo Penal o princípio da livre dicção do direito, consubstanciado na máxima *narra mihi factum dabo tibi jus*, expressamente tratado nos artigos 383 e 384, do Código de Processo Penal.

Assim, se o Juiz reconhece que os fatos descritos na inicial acusatória, dos quais o réu se defendeu, comportam definição jurídica diversa da conferida pelo acusador, pode fazer a adequação típica, ainda que tenha de aplicar pena mais grave, inclusive sem necessidade de se abrir vista à Defesa para se manifestar a respeito, por cuidar-se a corrigenda apenas de *emendatio libelli*, que não tem o condão de modificar a condução da defesa técnica.

A necessidade de determinar a abertura de vista ao Defensor, para, querendo, produzir nova prova, somente ocorre se a possibilidade de nova definição jurídica decorre de constatação de existência nos autos de circunstância elementar não contida expressamente na denúncia ou queixa (art. 384, do Código de Processo Penal), devendo, inclusive, o Ministério Público aditar a inicial, se a nova classificação importar em pena mais grave (parágrafo único, do mesmo dispositivo).

Em outras palavras, somente em havendo *mutatio libelli* é que se justifica a providência gizada no art. 384, do Código de Processo Penal, no que se refere à abertura de vista à Defesa para se manifestar, porquanto o réu tem o direito de saber qual é a nova imputação que lhe pesa para que possa exercitar a mais ampla



defesa, sendo que em tal hipótese, a providência é vedada em Segunda Instância, nos termos da Súmula n. 453-STF.

No caso dos autos, a toda evidência, apenas ocorreu a hipótese de *emendatio libelli*, porquanto, segundo noticia a sentença condenatória:

(...)

2º- O impetrante alega, ainda, que a coisa furtada seria de pequeno valor, sendo aplicável o princípio da insignificância, e, ademais, deveria ser oferecido o benefício previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal.

Cumpre registrar, de início, que no ordenamento jurídico vigente não há previsão de descriminalização de conduta por aplicação do princípio da insignificância, mesmo porque outros institutos legais existem capazes de evitar a instauração da ação penal (Lei n. 9.099/1995, por exemplo) ou de submeter o réu ao cumprimento de penas restritivas de liberdade.

As causas de exclusão da ilicitude estão previstas de forma taxativa no art. 23, do Código Penal – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito –, aí não se contemplando a insignificância do dano.

Deve, quando muito, servir para atenuação da pena privativa de liberdade, ou sua substituição por outra restritiva de direitos, ou possibilitar a transação penal para evitar a propositura da ação (Lei n. 9.099/1995), não, todavia, *datissima venia*, para descriminalizar a conduta.

Entretanto, tanto a doutrina como a jurisprudência têm-se utilizado de tal princípio para evitar a aplicação de sanção penal, qualquer que seja ela, considerando atípica a conduta, violando, *data venia*, o princípio da reserva legal em matéria penal, pois se o legislador diz que determinada conduta é crime, não cabe ao Juiz afastar a tipicidade, porque ínfimo foi o valor do prejuízo ou dano causado.

Ainda que se releve tal invasão de competência legislativa, para que se caracterize o chamado crime de bagatela, na hipótese de ofensa ao patrimônio da vítima, até para se evitar injustiças, pois o que é considerado insignificante para um Juiz, pode não o ser para outro, é indispensável que o valor seja pequeno em análise circunstanciada dos fatos, visto ser essencial se considerar a capacidade econômica da vítima.

Parece-nos, pois, que não se pode, em sede de *habeas corpus*, aplicar o princípio da insignificância para excluir a tipicidade da conduta perpetrada, visto que importaria em percuciente análise do estado financeiro da vítima à época dos fatos, o que não é possível na augusta via eleita.

De outro lado, para o reconhecimento do crime de bagatela, não se há de levar em consideração apenas a pequenez do dano ou prejuízo. Outras circunstâncias devem ser sopesadas, mormente relacionadas à conduta do réu e sua vida pregressa, não sendo de se lhe deixar de aplicar pena, a despeito da irrelevância do prejuízo causado pela conduta, se é reincidente, portador de maus antecedentes, etc.

Se mesmo em relação ao furto privilegiado, não se admite a concessão do benefício quando o réu não é primário e ostenta maus antecedentes, embora pequeno o valor da coisa subtraída, com maior razão se há de invocar a restrição na hipótese de aplicação do princípio da bagatela, visto que objetiva a não imposição de qualquer sanção penal.

(...)

3º- Quanto ao benefício previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, verifica-se que o acórdão hostilizado não tratou de tal tema, pelo que sua apreciação, nessa instância, importaria em indevida supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, impossível seria a concessão do benefício.

Vale ressaltar que em nenhum momento o v. acórdão considerou que a coisa subtraída – 70 kg de alho, avaliados em R\$ 210,00 – fosse de pequeno valor.

Ao contrário, considerou que a quantia não poderia ser considerada insignificante, visto que superior a um salário mínimo da época.

Assim, não reconhecido expressamente um dos requisitos para concessão do privilégio, certo que a orientação jurisprudencial dominante nos Pretórios Excelsos é no sentido de não se considerar sinônimas as expressões *pequeno valor da coisa e diminuto prejuízo* (REsp n. 359-SP, Relator Ministro Carlos Thibau; REsp n. 1.028-SP, Relator Ministro Edson Vidigal; RECr n. 93.010-8-SP, 2ª T., Relator Ministro Djaci Falcão, DJ de 24.10.1980, p. 8.610; RECr n. 101.010-0-SP, 1ª T., Ministro Rafael Mayer, DJU 101.8232, 25.05.1984; RECr n. 102.632-4-SP, 1ª T., Ministro Oscar Correa, DJU 165.13486, 24.08.1984, dentre outros).

De outro lado, o benefício somente é concedido ao criminoso primário.

No caso, segundo a sentença e o acórdão, o paciente é reincidente, além de ostentar maus antecedentes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): O Código Penal é o código das pessoas maiores de idade. Quando se dedica aos menores de idade (imatuross), é para, em primeiro lugar, excluí-los do âmbito de sua apropriada regência,



considerando, nesse caso, a idade limite dos 18 (dezoito) anos – aliás, essa é uma questão altamente discutível, porquanto há os que defendem outra idade, menor que a dos dezoito –, por isso são penalmente inimputáveis, conforme diz, entre nós, o art. 27, os menores de 18 (dezoito) anos. Em segundo lugar, para dar a eles proteção diversa, como sói acontecer, ainda entre nós, com os crimes contra os costumes, a exemplo do que reza o art. 224, **a**, a saber, que se presume a violência se a vítima não é maior de 14 (catorze) anos. Em suma, relativamente a menores, o Código ou os inclui entre os inimputáveis ou lhes dá proteção diferente quando são vítimas.

No essencial, o Código, sem dúvida, dirige-se aos que podem responder por suas ações e omissões típicas e antijurídicas – são as pessoas denominadas imputáveis. Foi escrito na Exposição de Motivos de 1940 que a responsabilidade pressupõe, “no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade”. E mais: “Não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos), senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal...” Na Exposição de Motivos do projeto convertido na Lei n. 7.209, de 1984, temos o seguinte: “Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal...”

Dessarte, o nosso Código, quando tem como referencial a reunião de pessoas para o fim de cometer crimes (“quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, art. 29; “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, art. 288; “mediante concurso de duas ou mais pessoas”, arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II, etc.), só pode tê-lo, de acordo com a sua filosofia, quanto a pessoas imputáveis. Historicamente, já aconteceu em outros tempos e continua até hoje acontecendo em outros lugares e quiçá entre nós a reunião de pessoas sãs e insanas ou de pessoas apenas insanas para o fim de cometer crimes. Em outra corrente de idéias, admite-se também que isso possa acontecer – por exemplo, a literatura é rica de exemplos. Só que, no Penal, mormente diante do nosso Código, não se pode, juridicamente, considerar quadrilha ou bando a reunião, digamos, de duas pessoas imputáveis e duas outras inimputáveis. Isso bate de frente com suas idéias e se choca com a ordem natural das coisas.

É por isso que entendo que, nos crimes de furto e roubo qualificados (Código Penal, art. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II), o concurso de duas ou mais pessoas presume pessoas imputáveis; conseqüentemente, no concurso de duas pessoas, se uma é inimputável, concurso não haverá, não se podendo, nesse caso, reputar qualificados tal furto e tal roubo. E é também por isso que, no caso sob

exame, foram cometidos, a meu juízo, dois equívocos: primeiro, quando se deu nova definição jurídica ao fato sem a prévia audiência da defesa (caso de *mutatio libelli*); segundo, quando se condenou por furto qualificado, a teor do aludido inciso IV. O meu raciocínio não se altera ante o fato da absolvição pela corrupção de menores (é verdade, não se corrompe o corrompido).

Com efeito, averbou o Juiz sentenciante:

Sob outro vértice, restou comprovada a prática do delito pelo acusado em concurso de agentes com o menor Rodrigo. Portanto, deverá o réu ser condenado por furto qualificado (artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, do Código Penal).

Cumprido consignar que o réu defende-se da descrição fática e não da classificação jurídica indicada na denúncia. Desse modo, embora tenha a denúncia imputado ao réu a prática do crime previsto no artigo 155, 'caput', do Código Penal, a referida peça acusatória indicou expressamente que o acusado praticou o delito em concurso de agentes e com unidade de desígnios com o menor inimputável, o que restou amplamente comprovado. Portanto, aplico a regra da *emendatio libelli* a fim de condenar o réu como incurso nas penas do art. 155, parágrafo 4º, inciso IV, do CP, sendo desnecessário qualquer aditamento ou manifestação da defesa.

Impondo-se a condenação por crime de furto qualificado, passo a fixar a pena.

Por sua vez, estatui o acórdão do Tribunal de Alçada Criminal:

O incansável Defensor aduziu não constar a qualificadora do concurso de agentes na denúncia.

É preciso esclarecer que, *in casu*, não há falar em ofensa ao princípio da correlação.

Dentre os diversos momentos processuais penais, conhece-se dois importantes, visando, por parte do juiz, a declaração do direito aplicável. O primeiro, *emendatio libelli* (art. 383, CPP), preocupa-se com a narração do fato-crime, da ação física ou moral, projetada na pretensão punitiva, mesmo que ocorra erro na classificação do delito. Há portanto, uma simples correção. No segundo, *mutatio libelli* (art. 384 e parágrafo único), pode a jurisdição de Primeiro Grau reconhecer eventual definição jurídica do fato-crime em face da omissão de circunstância elementar na exordial acusatória. Se ocorrer nova definição jurídica, o juiz determinará o cumprimento do art. 384, *caput*, do CPP, conhecido como *mutatio libelli* sem aditamento. Se, entretanto, ocorrer alteração de circunstância projetada no elemento do tipo, da norma penal, haverá necessidade de nova definição jurídica, devendo o juiz utilizar-se do parágrafo único do art. 384 do CPP, propiciando ao agente, conhecer a figura



delituosa e dela defender-se, agora, com nova enunciação do comportamento criminoso do autor do fato. Essa modalidade especial, a doutrina classificou como *mutatio libelli* com aditamento pelo Órgão do Ministério Público.

No caso em tela tratou-se de simples correção, ou seja, de *emendatio libelli*. A qualificadora consistente no concurso de agentes foi expressamente apontada na descrição fática da denúncia, tratando-se de aplicação do art. 383, do CPP, o que não gera qualquer nulidade.

Só que, sob a minha ótica, não era caso de simplesmente dar ao fato definição jurídica diversa, hipótese do art. 383 (*emendatio libelli*), mas de alterar o fato, dando-lhe nova definição jurídica, hipótese do art. 384 e de seu parágrafo único (*mutatio libelli*), ambos do Código de Processo Penal. Seria, porém, desperdício de tempo anular o processo porque, segundo minhas idéias, trata o caso noticiado nestes autos de furto simples, e não de furto qualificado pelo concurso de duas pessoas (uma era menor, por isso, penalmente, não concorreu para o crime, isto é, penalmente, tal pessoa não participou do evento), razão pela qual voto pela concessão da ordem a fim de afastar do caso a qualificadora prevista no aludido inciso IV, reconhecida pela instância de origem. Determino sejam recalculadas as penas.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, tenho que a hipótese dos autos, percuientemente definida no relatório apresentado, não se afeiçoa com o instituto da *mutatio libelli*, mas, sim, com o da *emendatio libelli*, incidindo na espécie a regra inserta no artigo 383 do Código de Processo Penal.

Demais, afora cuidar-se de réu reincidente, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça registra entendimento de que “Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor de ação na figura típica do furto qualificado.” (REsp n. 599.649-RS, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 02.08.2004).

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Presidente): Senhores Ministros, *data venia*, denego a ordem de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS N. 53.117-SP (2006/0013879-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Impetrante: João Fernando Ostini - Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Solon Barboza Silva

EMENTA

Habeas corpus. Direito Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado à hediondo. Progressão de regime prisional. Inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990 declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Cabimento. Ordem concedida com ressalva de entendimento do relator.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

2. De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990.

3. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o *sursis*.

4. Declaração de voto do Relator com entendimento contrário.

5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Paulo Medina, Hélio Quaglia



Barbosa e Nilson Naves votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 18 de maio de 2006 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJ 04.09.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: *Habeas corpus* contra o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, improvendo o apelo interposto por Solon Barboza da Silva, preservou-lhe a condenação à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, pela prática do delito tipificado no artigo 12, *caput*, da Lei n. 6.368/1976.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, eis que o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990 é inconstitucional, por desconsiderar o princípio constitucional da individualização da pena, o que, conseqüentemente, possibilitará ao paciente a progressão de regime.

Sustenta, mais, cabível, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Daí por que pugna, ao final, seja afastado o óbice à progressão de regime prisional do paciente, bem assim que seja efetivada a substituição de sua pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

A liminar restou indeferida (fls. 102/103) e as informações foram prestadas (fls. 113/114).

O Ministério Público Federal veio pelo *não conhecimento do writ*, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Edinaldo de Holanda Borges*, eis que as questões “(...) não foram objetos de análise pelo segundo grau de jurisdição, quando do julgamento do recurso de apelação.” (fl. 137).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, de início, relativamente à alegada supressão de instância, que impediria o conhecimento do *writ*, invocada pelo Ministério Público Federal no parecer de fls. 136/137 dos autos, tenho que não merece prosperar.

É que o Excelso Supremo Tribunal Federal firmou já entendimento no sentido de que o conhecimento do *habeas corpus* nos diversos graus de jurisdição independe de prequestionamento na decisão impugnada, bastando que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que ocorre quando este haja examinado e repellido a ilegalidade apontada, bem como quando se omite em decidir as alegações do impetrante ou matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, deveria se pronunciar de ofício (cf. RHC n. 82.045-SP/ Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in* DJ 25.10.2002).

In casu, ao preservar a condenação do paciente, improvando o apelo interposto, o Tribunal *a quo* reconheceu o acerto da sentença, bem como declarou-se competente para processar e julgar o recurso interposto, o que autoriza o conhecimento de todas as questões suscitadas pelo impetrante, ainda que alguma delas tenha permanecido estranha ao acórdão da apelação que se impugna, em sede de *habeas corpus*, no Superior Tribunal de Justiça, dado o amplo efeito devolutivo do recurso decidido na Corte de Justiça Estadual, como reiteradamente tem decidido o Excelso Supremo Tribunal Federal.

A propósito, os seguintes precedentes:

Habeas corpus: competência do STF: coação de Tribunal, caracterização.

O cabimento do *habeas corpus* contra decisão judicial não se subordina ao requisito do prequestionamento: o essencial é que o juízo coator, tendo podido fazê-lo, no âmbito de sua jurisdição na causa, não haja feito cessar a coação alegada: por isso, julgando apelação do réu, interposta sem restrições, o Tribunal se fez responsável por eventuais ilegalidades da sentença, corrigíveis de ofício, ainda quando não versadas nas razões dos apelantes.

2. Individualização da pena: fundamentação suficiente: remissão a documentos comprobatórios de maus antecedentes. (HC n. 68.582-DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in* DJ 19.04.1991).

Processual Penal. Penal. *Habeas corpus*. Competência: Apelação: julgamento. Policial. Testemunha: validade. Cerceamento de defesa: inoportunidade. Prova: exame: impossibilidade.

I. - Julgando o Tribunal a apelação, dando-lhe ou negando-lhe provimento, nos casos em que o efeito devolutivo é pleno, torna-se ele coator, para futuros pedidos de *habeas corpus*, mesmo se as questões postas neste não foram ventiladas na apelação. Somente nas hipóteses em que a apelação não tem efeito devolutivo pleno, como, por exemplo, no caso de apelação interposta de decisão do Tribunal do Júri, é que essa regra não teria aplicação.



II. - O simples fato de ser policial não torna suspeito ou inválido o seu testemunho. Precedentes do STF.

III. - Inocorrência de cerceamento de defesa.

IV. - A negativa de autoria e a alegação de que inexistente nos autos prova de sua participação no delito implicam o exame de todo o conjunto probatório, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

V. - HC indeferido. (HC n. 76.381-SP, Relator Ministro Carlos Velloso, *in* DJ 14.08.1998 - nossos os grifos).

Posto isso, a questão está, primeiramente, em que o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990 – que submeteu a fase prisional do cumprimento da pena privativa de liberdade, pela prática de crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, ao regime fechado, vedando ao condenado a progressão de regime – afora inconstitucional, teria sido revogado pelo artigo 1º, parágrafo 7º, da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que estabeleceu a obrigatoriedade do regime fechado apenas como inicial, permitindo aos condenados por tortura a progressividade de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade.

A vigente Constituição da República, contudo, obediente à nossa tradição constitucional, reservou exclusivamente à lei anterior a definição dos crimes, das penas correspondentes e a consequente disciplina de sua individualização, *verbis*:

Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, *nem pena sem prévia cominação legal*;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (nossos os grifos).

Individualizar a pena, tema que diz respeito à questão posta a deslinde, é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, por função de seus fins retributivo e preventivo, que, assim, informam as suas dimensões legislativa,

judicial e executória, eis que destinada, como meio, a sua realização, como é do nosso sistema penal.¹

E a individualização legislativa da resposta penal, que se impõe considerar particularmente, e é conseqüente ao ato mesmo da criminalização do fato social desvalioso, não se restringe à só consideração do valor do bem jurídico a proteger penalmente e às conseqüências de sua ofensa pela conduta humana, recolhendo, como deve recolher, a conduta concreta, até então penalmente irrelevante, objeto da decisão política de criminalização, como se mostra no mundo, em todos os seus elementos, circunstâncias e formas de aparição, enquanto se definam como sinais da personalidade e da culpabilidade do homem-autor e sem o que as penas cominadas seriam puro arbítrio do legislador ou, pelo menos, deixariam de atender a todos os necessários fundamentos de sua fixação legal.²

Daí por que a individualização legislativa da pena - requisição absoluta do princípio da legalidade, próprio do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, delimitadora das demais individualizações que a sucedem e complementam por função da variabilidade múltipla dos fatos e de seus sujeitos³ -, encontra expressão não somente no estabelecimento das penas e de suas espécies, alcançando também, eis que não se está a cuidar de fases independentes e presididas por fins diversos e específicos, a individualização judicial e a executória, quando estabelece, *ad exemplum*, de forma necessária, os limites máximo e mínimo das penas cominadas aos crimes; circunstâncias com função

¹ Os fins retributivo e preventivo da pena estão positivados no artigo 59 do Código Penal, no qual, indicando as circunstâncias informadoras da individualização judicial, preceitua o legislador ao Juiz que estabeleça, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

² As circunstâncias de individualização judicial, insertas no artigo 59 do Código Penal, como resulta de uma atenta interpretação do sistema penal vigente, desvelam elas mesmas, *como, aliás, devem desvelar*, os elementos e circunstâncias que tiveram função na individualização legislativa da resposta penal.

³ Preceitua, significativamente, o constituinte no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal, “A Lei regulará a individualização da pena”.



obrigatória, como as denominadas legais⁴ (Código Penal, artigos 61, 62 e 65); obrigatoriedade ou proibição de regime inicial, como ocorre, respectivamente, com o fechado, nos casos de penas superiores a 8 anos, ou com o aberto e o semi-aberto, vedados ao reincidente, salvo, quanto ao segundo, quando a pena não excede de 4 anos (Código Penal, artigo 33, parágrafo 2º); limites objetivos ao Juiz na aplicação das penas restritivas de direito (Código Penal, artigo 44); condições objetivas do *sursis* e do livramento condicional, ao fixar quantidades máxima de pena aplicada ou mínimas de cumprimento de pena, respectivamente (Código Penal, artigos 77 e 83), e ao preceituar imperativamente para execução da pena, como sucede, relativamente à perda dos dias remidos e à revogação obrigatória do livramento condicional (Lei de Execução Penal, artigos 127, 140 e 144).

Por certo, em casos tais, não há falar, como nunca se falou, em inconstitucionalidade qualquer, conseqüência última de, *em se absolutizando a individualização judicial da pena*, reabrir, mesmo que só em possibilidade, o que já é irreparavelmente danoso à causa da liberdade, a porta dos tempos obscuros do *arbitrium judicis*, ao qual, com honra inexcedível, o grande BECCARIA, se

⁴ As chamadas circunstâncias legais não são ontologicamente distintas das que se denomina circunstâncias judiciais, pois que fazem parte do conjunto das circunstâncias da individualização judicial da pena (artigo 59 do Código Penal), distinguindo-se umas das outras apenas pelo fato de que aquelas, as circunstâncias legais, têm função obrigatória e essas, as circunstâncias judiciais, têm a aferição do seu valor, na fixação da pena, atribuído ao Juiz, que pode ou não reconhecer-lhes função.

A nosso ver, a leitura equivocada do artigo 68 do Código Penal tem levado à identificação das circunstâncias de individualização judicial da pena com as denominadas circunstâncias judiciais, que nada mais são que circunstâncias de individualização judicial da pena com função aferível pelo Juiz, diversas das denominadas legais que têm função obrigatória. Por óbvio não há qualquer distinção ontológica entre elas. O motivo do crime, *exempli gratia*, é uma circunstância de individualização judicial da pena (Código Penal, artigo 59), tendo função obrigatória quando fútil ou torpe (Código Penal, artigo 61, inciso II, alínea **a**). Em sendo de outra espécie o motivo que não a fútil ou torpe, pode o Juiz, quando deva fazê-lo, atribuir-lhe função. Deve-se afirmar, assim, que uma e outra, a circunstância legal e a circunstância judicial, integram o conjunto das circunstâncias de individualização judicial da pena (Código Penal, artigo 59), de natureza complexa, ante a presença, anote-se, na sua dimensão, da individualização legislativa da pena, por força da identidade essencial das circunstâncias que as informam.

opôs, indubitavelmente incompatível com a natureza legal da decisão política de criminalização, sua forma obrigatória, de que é consequência legítima, necessária e direta a individualização legislativa, obrigatoriamente a primeira a ser procedida, entre as dimensões da individualização da resposta penal⁵, enquanto deve estabelecer a pena correspondente à conduta social criminalizada, que há, certamente, de se fazer obediente aos fins retributivo e preventivo da sanção penal e, assim, tão individualizada quanto permitir o fato humano criminalizado, objetiva e subjetivamente considerado, nas suas múltiplas formas.

E se a lei, enquanto formaliza a política criminal do Estado, é expressão de função própria da competência do legislador, impõe-se afirmá-la constitucional.

Não há, pois, agora mais particularmente, inconstitucionalidade qualquer na exclusão dos regimes semi-aberto e aberto aos condenados por crime hediondo ou delito equiparado, submetendo-os apenas ao regime fechado e ao livramento condicional, ou mesmo na exclusão desses condenados da liberdade antecipada sob condição, quando reincidentes específicos, por não estranhos e, sim, essenciais à individualização da pena e, *assim, também à individualização legislativa, os fins retributivo e preventivo da pena*, certamente adequados ao Estado Social e Democrático de Direito, ético por pressuposto e de rigor absoluto na limitação do *jus puniendi*, cuja legitimidade, todavia, não se pode deslembrar, está fundada no direito de existir como pessoa, *titularizado por todos e cada um dos membros da sociedade*, em que tem lugar a vida humana.

Ouçá-se *Beccaria*:

Origem das penas e do direito de punir

A moral política não pode oferecer à sociedade nenhuma vantagem durável, se não estiver baseada em sentimentos indeléveis do coração do homem.

Qualquer lei que não estiver fundada nessa base achará sempre uma resistência que a constringerá a ceder. Desse modo, a menor força, aplicada continuamente, destrói por fim um corpo de aparência sólida, pois lhe imprimiu um movimento violento.

Façamos uma consulta, portanto, ao coração humano: encontraremos nele os preceitos essenciais do direito de punir.

⁵ Dimensões múltiplas da individualização da resposta penal, legislativa, judicial e executória, conseqüentes à infinita variabilidade, como se costuma dizer, “*dos seres e das coisas*”.



Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. Sendo o crescimento do gênero humano, apesar de lento e pouco considerável, muito superior aos meios de que dispunham a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e entrecruzando-se de mil modos, os primeiros homens, até então em estado selvagem, foram forçados a agrupar-se. Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade surgida de se resistir às primeiras, e assim viveram esses bandos, como haviam feito os indivíduos, em permanente estado de beligerância entre si. As leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra.

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda a parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositários dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular; pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.

Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis.

Referi que esses meios precisaram ser sensíveis, pois a experiência comprovou o quanto a maioria está longe de subscrever os princípios estáveis de conduta. Percebe-se, em todas as partes do mundo físico e moral, um princípio universal de dissolução, cuja ação somente pode ser impedida em seus efeitos sobre a sociedade por meios que causem imediata impressão aos sentidos e que se fixem nos espíritos, para contrabalançar por impressões fortes a força das paixões particulares, em geral opostas ao bem comum. Qualquer outro meio não seria suficiente. Quando as paixões são fortemente abaladas pelos objetos presentes, os discursos mais sábios, a eloquência mais arrebatadora, as verdades mais excelsas não passam, para elas, de freios impotentes, que logo arrebatam.

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela da sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito

comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos. (in Dos Delitos e das Penas, Cesare Beccaria – nossos os grifos).

Não há confundir, pensamos, os defeitos que estejam a gravar a política criminal, por certo, *dês que sem ofensa à dignidade humana, valor ético supremo de toda a ordem sócio-política*, com aqueloutro de inconstitucionalidade da lei em que o Estado formaliza essa política pública.

E se o legislador, como ocorreu com a denominada Lei dos Crimes Hediondos, no exercício de sua competência constitucional, por função dos fins retributivo e preventivo da pena criminal, afastou os regimes semi-aberto e aberto do cumprimento das penas privativas de liberdade correspondentes aos crimes que elenca, não há como imputar-lhe violação constitucional.

A individualização da pena é matéria de lei, como preceitua a Constituição Federal e o exige o Estado Democrático de Direito, fazendo-se também judicial e executória, por previsão legal e função da variabilidade dos fatos e de seus sujeitos.

Nula poena, sine praevia lege!

A interpretação constitucional fortalece a lei, instrumento de sua efetividade e de edição deferida ao Congresso Nacional pela Constituição da República.

É importante lembrar, em remate, que a Constituição Federal, adentrando na práxis jurisdicional, afora, em certos e determinados casos, *presumir a necessidade de prisão só cautelar*, com vistas aos fins preventivos da resposta penal (confira-se-lhe o artigo 5º, inciso XLIII, *ad exemplum*), estabelece, nos domínios da individualização executória da pena, que os estabelecimentos de seu cumprimento devem corresponder à natureza do crime (Constituição da República, artigo 5º, inciso XLVIII).

Vale, a propósito de todo o exposto, invocar o magistério de *Celso Ribeiro Bastos*, relativamente ao inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal:



O leitor se surpreende quando se confronta com o preceptivo sob comento, que na verdade o que faz é reforçar o processo punitivo do Estado, **estabelecendo um teor de punitividade mínimo**, aquém do qual o legislador não poderá descer. (in Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., p. 225, Saraiva, 1989 - nossos os grifos).

E, ainda, os seguintes precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal que, faz muito, vem afirmando a constitucionalidade do disposto no parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990:

Habeas corpus.

Crime hediondo. Condenação por infração do art. 12, § 2º, II, da Lei n. 6.368/1976. Caracterização.

Regime prisional. Crimes hediondos. Cumprimento da pena em regime fechado. Art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990. Alegação de ofensa ao art. 5º, XLVI, da Constituição. Inconstitucionalidade não caracterizada.

Individualização da pena. Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário.

À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional.

Ordem conhecida, mas indeferida. (HC n. 69.603-SP, Relator Ministro Paulo Brossard, Pleno, in DJ 23.04.1993).

Crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990): regime fechado integral (art. 2º, § 1º), de constitucionalidade declarada pelo Plenário (ressalva pessoal do relator): inaplicabilidade, porém, da regra proibitiva da progressão ao condenado pelo delito de associação incriminado no art. 14 da Lei de Entorpecentes, inconfundível com o de tráfico, tipificado no art. 12, único daquele diploma a que se aplica a Lei dos Crimes Hediondos. (HC n. 75.978-SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ 19.06.1998 - nossos os grifos).

Habeas corpus. - Improcedência da alegação de falta de exame de dependência psíquica do paciente, bem como de ausência de fundamentação da decisão condenatória para o não-acolhimento do laudo existente. - Condenação fundada em elementos probatórios que não apenas nos colhidos no inquérito policial. - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, se a defesa foi intimada da

expedição da precatória para a inquirição de testemunha, não é necessário que seja ela intimada da audiência, para esse fim, no juízo deprecado. - Por fim, não só *este Tribunal já fixou o entendimento de que é constitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, como também o de que esse dispositivo não foi derogado pela Lei n. 9.455/1997. Habeas corpus* indeferido. (HC n. 77.779-SP, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ 18.12.1998 - nossos os grifos).

Habeas corpus. Crime hediondo. Lei n. 8.072/1990. Progressão de regime da pena.

Em relação aos crimes hediondos, por força de disposição legal, a pena deve ser cumprida necessariamente em regime fechado.

O fato de a sentença não se haver referido à expressão 'integralmente' não significa que tenha assegurado a progressividade do regime da pena.

Habeas corpus indeferido. (HC n. 78.976-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, in DJ 18.06.1999).

1. *Habeas corpus*. 2. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. 3. Regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. 4. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 81.421-SP, Relator Ministro Néri da Silveira, in DJ 15.03.2002).

Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Homicídio qualificado. Comutação de penas. Exclusão do benefício, em relação aos autores de crimes hediondos (art. 2º, inciso I, da Lei n. 8.072, de 26.07.1990, modificada pela Lei n. 8.930, de 06.09.1994). Decreto n. 3.226/1999. *Habeas corpus*.

1. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da constitucionalidade do inciso I do art. 2º da Lei n. 8.072, de 26.07.1990 (modificada pela Lei n. 8.930, de 06.09.1994)**, na parte em que considera insuscetíveis de indulto (tanto quanto de anistia e graça), e, portanto, também de comutação de pena, os crimes hediondos por ela definidos, entre os quais o de homicídio qualificado, pelo qual foi condenado o ora paciente.

2. É firme, igualmente, por outro lado, a jurisprudência da Corte, no Plenário e nas Turmas, considerando válidos Decretos de indulto coletivo, que beneficiam indeterminadamente os condenados por certos delitos e não os condenados por outros, conforme critérios razoáveis de política criminal do Presidente da República (Plenário: HC n. 74.132).

3. HC indeferido. (HC n. 81.564-SC, Relator Ministro Sydney Sanches, in DJ 05.04.2002 - nossos os grifos).



Habeas Corpus. Homicídio qualificado. Regime de cumprimento da pena. Progressão: inviabilidade.

1. Esta Corte já firmou orientação no sentido da constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, o qual determina que a pena aplicada aos autores de crimes hediondos seja cumprida integralmente no regime fechado.

2. Também a Lei n. 9.455/1997 não derogou o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, restando inviável a progressão prisional nas hipóteses de condenação por crime hediondo.

3. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 79.375-MG, Relator Ministro Maurício Corrêa, in DJ 12.04.2002).

Habeas corpus. Condenação pela prática de crime hediondo. Sentença que se limita, na definição do regime penal, a fazer remissão ao art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990. Legitimidade do cumprimento integral da pena em regime fechado. Pedido indeferido.

- O réu, que foi condenado pela prática de crimes hediondos ou de infrações penais a estes equiparadas, não tem o direito de cumprir a pena em regime de execução progressiva, pois a sanção penal imposta a tais delitos deverá ser cumprida, integralmente, em regime fechado, por efeito de norma legal (Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º) cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

- A mera remissão, ao art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, feita, pelo magistrado, na sentença condenatória, basta para legitimar o cumprimento integral da pena em regime fechado, desde que se trate de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados. A ausência, no ato sentencial, de menção ao cumprimento da pena em regime integralmente fechado não significa que se tenha garantido, ao condenado, o direito à progressão no regime de execução penal. Precedentes. (HC n. 81.006-MG, Relator Ministro Celso de Mello, in DJ 21.06.2002 - nossos os grifos).

Habeas corpus. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Apelação em liberdade.

Não tem direito a apelar em liberdade, réu condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo (Lei n. 8.072/1990, art. 2º, II).

O Pleno do Tribunal já declarou a constitucionalidade do referido artigo 2º da Lei.

Habeas indeferido. (HC n. 81.871-MT, Relator Ministro Nelson Jobim, in DJ 21.03.2003).

1. *Habeas corpus*. 2. Processual Penal. 3. Crime hediondo. 4. Progressão de regime. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a constitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072, de 1990. Precedentes. 6. Entendimento contrário dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Ressalva de uma melhor análise da matéria. 7. *Habeas corpus* indeferido. (HC n. 82.638-SP, Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes, in DJ 12.03.2004).

Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Regime integralmente fechado para o cumprimento da pena. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade. Precedentes. HC indeferido. (HC n. 83.880-SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, in DJ 12.03.2004).

Habeas corpus. Direito Penal. Processo Penal. Atentado violento ao pudor. Regime integralmente fechado. Crime hediondo. Ordem denegada.

1. Consoante o entendimento do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, o crime de atentado violento ao pudor, mesmo em sua forma simples, é considerado crime hediondo (Lei n. 8.072/1990).

2. Ainda conforme entendimento do Pleno, inalterado até a presente data, o regime integralmente fechado, previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, é constitucional.

3. Ordem denegada. (HC n. 84.006-RJ, Relator p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, in DJ 20.08.2004).

Constitucional. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Crime hediondo. Regime fechado. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade.

I. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. C.F., art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC n. 69.657-SP, Rezek, RTJ 147/598; HC n. 69.603-SP, Brossard, RTJ 146/611; HC n. 69.377-MG, Velloso, DJ de 16.04.1993; HC n. 76.991-MG, Velloso, DJ de 14.08.1998; HC n. 81.421-SP, Néri, DJ de 15.03.2002; HC n. 84.422-RS, Joaquim Barbosa, Relator para acórdão, julgado em 14.12.2004.

II. - HC indeferido. (HC n. 85.379-SP, Relator Ministro Carlos Velloso, in 13.05.2005).

Relativamente à revogação do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, pela Lei n. 9.455/1997, tem sido aduzido que estaria na linha oblíqua que, passando pela Constituição Federal, onde recolhe a obrigatoriedade do tratamento isonômico dos ilícitos de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e hediondos (artigo 5º, inciso XLIII), faz necessária a interpretação extensiva da norma penal



nova, qual seja, a inserta na lei que define o crime de tortura, assim incompatível com a anterior, da Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º, parágrafo 1º).

Ocorre que a incompatibilidade de que trata o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil existe, é verdade, entre os dois diplomas legais, mas apenas na parte referente ao crime de tortura, já que lei posterior, número 9.455/1997, específica desse ilícito, estabelece a obrigatoriedade do regime fechado apenas como inicial do cumprimento da pena, enquanto a anterior, número 8.072/1990, dos crimes hediondos, preceituava, também em relação à tortura, o cumprimento integral da pena privativa de liberdade, na sua fase prisional, sob o regime fechado.

De tanto, resulta apenas que o cumprimento da pena correspondente ao crime de tortura comporta a progressividade de regime prisional a partir do regime inicial fechado.

Nada mais.

Não é outro o verbo legal: “O condenado *por crime previsto nesta Lei*, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.” (Lei n. 9.455/1997, artigo 1º, parágrafo 7º - nossos os grifos).

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

Habeas corpus. Alegações de participação de menor importância e de colaboração para o desmantelamento da quadrilha. Exame de provas. Inadmissibilidade. Crime hediondo. Regime integralmente fechado.

A análise de questões relativas à verificação da participação de menor importância na prática delituosa e da colaboração do agente para o desmantelamento da quadrilha não se compatibiliza com a via estreita do *habeas corpus*, por exigir aprofundado exame do quadro fático-probatório estabelecido no processo.

A Lei n. 9.455/1997 dispõe exclusivamente sobre o crime de tortura, não se aplicando, assim, os seus dispositivos aos delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional.

Habeas corpus conhecido em parte, e, nessa extensão, denegado. (HC n. 34.294-RJ, Relator Ministro Paulo Medina, in DJ 16.11.2004 - nossos os grifos).

Habeas corpus. Processual Penal. Latrocínio. Crime hediondo. Progressão de regime prisional. Não aplicabilidade. Lei n. 9.455/1997. Ordem denegada.

1. O crime de latrocínio é considerado hediondo a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, razão por que deve a pena ser cumprida em regime integral fechado.

2. A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, considerada constitucional pelo Pretório Excelso.

3. Ordem denegada. (HC n. 36.812-MG, Hélio Quaglia Barbosa, *in* DJ 22.11.2004).

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Tráfico de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo. Progressão de regime prisional. Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997. Lei dos Crimes Hediondos. Revogação parcial. Inconstitucionalidade. Inocorrência.

1. ‘O inciso XLIII do artigo 5º da Constituição da República apenas estabeleceu ‘um teor de punitividade mínimo’ dos ilícitos a que alude, ‘aquém do qual o legislador não poderá descer’, não se prestando para fundar alegação de incompatibilidade entre as leis dos crimes hediondos e de tortura. A revogação havida é apenas parcial e referente, exclusivamente, ao crime de tortura, para admitir a progressividade de regime no cumprimento da pena prisional.’ (HC n. 20.954-SP, da minha Relatoria, *in* DJ 19.12.2002).

2. ‘Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.’ (Súmula do STF, Enunciado n. 698).

3. Ordem denegada. (HC n. 36.674-PR, da minha Relatoria, *in* DJ 1º.02.2005).

Habeas corpus. Penal. Crime hediondo ou equiparado. Progressão de regime prisional em face da Lei n. 9.455/1997. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º.

Nos chamados crimes hediondos, o regime previsto é o fechado, descabendo progressão. Preceito legal declarado compatível com a atual Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 69.603).

Ademais, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que ‘A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime.’ (EREsp n. 170.841-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 28.02.2000). Precedente do STF

Ordem denegada. (HC n. 36.194-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 21.02.2005).

Penal. Crime hediondo. Progressão de regime. Impossibilidade. Art. 2º, § 1º, Lei n. 8.072/1990. Inaplicabilidade da Lei n. 9.455/1997. Súmula n. 698-STF



1. Nos crimes hediondos, ou a eles equiparados, a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado, nos termos do que dispõe a Lei n. 8.072/1990.

2. *‘Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura’ (Súmula n. 698 do STF).*

3. O art. 1º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos não ofende o princípio constitucional da individualização da pena.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 610.302-SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, in DJ 21.02.2005).

Penal e Processo Penal. Recursos especiais. Extorsão mediante seqüestro e formação de quadrilha. Participação de menor importância. Reexame de provas. Nulidade da sentença. Inocorrência. Falta de indicação do prejuízo. Reconhecimento fotográfico corroborado por chamada de co-réu. Lei dos Crimes Hediondos. Lei da Tortura. Progressão de regime prisional. Impossibilidade.

1. Tendo o Tribunal afastado a participação de menor importância com base no quadro probatório, decidir de forma contrária demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 desta Corte.

2. Não é nula a sentença que não detalha a tese de defesa, mas a examina no mérito.

3. O reconhecimento fotográfico realizado no inquérito policial e a chamada de co-réu, na fase judicial é prova bastante de autoria.

4. Em se tratando de extorsão mediante seqüestro, delito considerado hediondo pela Lei n. 8.072/1990, a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado, vedada a progressão, a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, desse diploma legal, considerado constitucional no Supremo Tribunal Federal.

5. *A Lei n. 9.455/1997 não revogou o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, encerrando o indigitado diploma nítida opção do legislador em dar tratamento diverso aos delitos de tortura do que aos relativos aos demais crimes hediondos, opção essa que não parece ter sido a melhor, porém, é inegável, decorrente de legítimo exercício de função constitucional.*

6. Recurso de José Esteves Gomes desprovido, e não conhecido o de Esmilson de Andrade. (REsp n. 574.375-RO, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 11.04.2005 - nossos os grifos).

Recurso especial. Penal. Atentado violento ao pudor. Concurso material. Continuidade delitiva. Lapso temporal de três anos. Impossibilidade. Hediondez do delito. Regime prisional integralmente fechado.

1. Incabível a aplicação do art. 71 do Código Penal, por ausência de requisitos objetivos necessários, evidenciada pela diversidade no *modus operandi* do acusado na reiteração criminosa e longo intervalo de tempo entre a prática dos dois delitos.

2. As condenações por crimes hediondos devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, nos termos da Lei n. 8.072/1990, uma vez que a Lei n. 9.455/1997 trata da possibilidade de progressão de regime exclusivamente para crimes de tortura, conforme o verbete sumular n. 698 do STF

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 692.219-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, in DJ 11.04.2005 - nossos os grifos).

Penal. Recurso especial. Art. 12, da Lei n. 6.368/1976. Tráfico de drogas. Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

I - Os condenados como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado, *ex vi* art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990. (Precedentes do Pretório Excelso e desta Corte).

II - O art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990 deve ser aplicado até que o c. Pretório Excelso se manifeste sobre eventual inconstitucionalidade.

III - A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual 'a Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos elencados na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais mantém-se a vedação à progressão de regime.' (EREsp n. 170.841-PR, 3ª Seção, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 28.02.2000). Recurso provido. (REsp n. 692.285-MG, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ 11.04.2005 - nossos os grifos).

Criminal. HC. Execução. Tráfico de entorpecentes. Regime integralmente fechado de cumprimento da pena. Progressão de regime. Delito hediondo. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990. Vedação legal à progressão. Constitucionalidade. Lei n. 9.455/1997. Exclusividade dos crimes de tortura. Inexistência de ofensa aos princípios da humanização e da individualização da pena. Ordem denegada.

As condenações por tráfico ilícito de entorpecentes, delito elencado como hediondo pela Lei n. 8.072/1990, devem ser cumpridas em regime integralmente fechado, vedada a progressão. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo STF.

A Lei n. 9.455/1997 refere-se exclusivamente aos crimes de tortura, sendo descabida a sua extensão aos demais delitos previstos na Lei n. 8.072/1990, em relação aos quais é mantida a vedação à progressão de regime prisional. Precedentes. Súmula n. 698 do STF



O art. 1º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos não ofende ao Princípio Constitucional da Individualização da Pena.

Ordem denegada. (HC n. 37.555-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 18.04.2005 - nossos os grifos).

Este entendimento, inclusive, já foi objeto de súmula no âmbito do Excelso Supremo Tribunal Federal, ao que se extrai do teor do Enunciado n. 698, *verbis*:

Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

Nada obstante, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959-SP, o Plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de 6 votos a 5, pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, enviando o cumprimento de suas penas privativas de liberdade ao regime progressivo, disciplinado pelo Código Penal.

De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990.

Conseqüentemente, há que se examinar as questões relativas às penas restritivas de direito (artigo 44 do Código Penal) e à suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (artigo 77 do Código Penal), em se cuidando de crimes hediondos ou a eles equiparados.

Com efeito, as normas gerais do Código Penal, como ninguém discute, aplicam-se aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso, a teor do que dispõe o artigo 12 do próprio diploma penal material, que ora se invoca:

As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

O próprio Código Penal, pois, disciplina as suas relações com as leis penais materiais especiais.

Em conseqüência, a Lei n. 9.714/1998, *precisamente porque modificativa da parte geral do Código Penal*, somente se aplica aos fatos incriminados por Lei especial, se esta não dispuser de modo diverso (artigo 12 do Código Penal).

E a Lei n. 8.072/1990 dispõe de modo diverso das normas gerais do Código Penal, estabelecendo, como estabelece, na letra do seu artigo 2º, ora declarada inconstitucional, que a *pena prisional* do crime de *tráfico de entorpecentes*

será cumprida *integralmente* em regime fechado, o que faz tal ilícito penal incompatível com a Lei n. 9.714/1998, referente a sanções penais de liberdade, por força de inarredável interpretação sistemática, que nada tem de extensiva ou analógica.

Não se há de pretender, sem concessão ao absurdo, que a necessidade do regime fechado, presumida na Lei dos Crimes Hediondos (artigo 2º, parágrafo 1º) ou concretamente aferida pelas circunstâncias de individualização da pena, se compatibilize com subsequente resposta penal de cumprimento em liberdade, isto é, com as penas restritivas de direito e com o *sursis*.

É que o regime fechado exclui do condenado toda e qualquer atividade externa, que não seja “serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina” (Lei das Execuções Penais, artigo 36).

Não é demasiado lembrar que o estabelecimento do regime inicial do cumprimento de pena privativa de liberdade antecede o do cabimento da pena restritiva de direitos.

É esta, com efeito, a letra do artigo 59 do Código Penal:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, à circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Confira-se, a propósito do tema, a jurisprudência majoritária deste Superior Tribunal de Justiça antes da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990:

Recurso especial. Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado a hediondo. Sentença condenatória. Possibilidade de progressão de regime. Trânsito em julgado para a acusação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido.

1. Encontra-se assente nesta Corte o entendimento de que a Lei n. 8.072/1990, de caráter especial, ao impor aos condenados por crimes hediondos ou a eles



equiparados o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, contrapõe-se (e prevalece) ao previsto pela Lei n. 9.714/1998, que introduziu, na parte geral do Código Penal, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do que estabelece o princípio da especialidade previsto no art. 12 do Código Penal.

2. Conquanto a sentença condenatória tenha transitado em julgado para a acusação, o Juízo processante não afastou o caráter hediondo do delito; apenas, seguindo precedente da Corte estadual, concedeu ao réu o direito à progressão do regime, o que, em hipótese alguma implica a possibilidade de concessão da substituição. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso especial conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença de 1º grau. (REsp n. 748.579-MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, *in* DJ 05.12.2005).

Habeas corpus. Direito Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Sentença condenatória. Majoração da pena-base. Fundamentação. Ausência. Constrangimento ilegal evidenciado. Precedentes do STJ. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pedido de modificação de regime prisional. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante fixar a pena-base no dobro do mínimo legal, fundando-se, tão-somente, em referências vagas sem indicação de qualquer circunstância concreta que justificasse o aumento.

3. *A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos é incompatível com a condenação pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecente, a teor da vedação imposta pela Lei dos Crimes Hediondos.*

4. O regime integralmente fechado para o cumprimento da pena dos crimes hediondos e equiparados, decorre de determinação expressa do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão e a sentença de 1º grau na parte relativa à individualização da pena, determinar o refazimento do cálculo do *quantum* da reprimenda, sem o aumento referente à gravidade abstrata

da conduta inerente à consunção do tipo penal do tráfico. (HC n. 44.767-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 14.11.2005 - nossos os grifos).

Recurso especial. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime hediondo. Substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Art. 44 do CP Lei n. 9.714/1998. Impossibilidade.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela “Lei das Penas Alternativas” (Lei n. 9.714/1998) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/1990 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/1990). Inteligência da Súmula n. 171-STJ.

Recurso provido. (REsp n. 699.200-RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 05.09.2005).

Penal. *Habeas corpus*. Art. 12, c.c. art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976. Crime equiparado a hediondo. Regime integralmente fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Lei n. 9.714/1998. Progressão de regime.

I - A substituição da pena privativa de liberdade, *ex vi* do art. 44 do CP, não se realiza quando se trata de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, delito equiparado a hediondo, em virtude de manifesta incompatibilidade (*Precedentes do STJ e do Pretório Excelso*).

II - Os condenados como incursos no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (*ex vi* do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990).

III - Tal limitação já foi considerada constitucional pelo *Pretório Excelso* (HC n. 69.603 e HC n. 69.657) e não foi revogada pela Lei n. 9.455/1997, de aplicação restrita.

IV - O entendimento relativo ao art. 14, da Lei n. 6.368/1976, no que se refere à possibilidade de progressão de regime, não se aplica ao art. 18 da mesma lei, porquanto não configura delito autônomo, mas mera causa especial de aumento de pena (*Precedentes*).

V - Tendo o recorrente sido condenado por crime equiparado a hediondo, qual seja, tráfico ilícito de entorpecentes (art. 2º, da Lei n. 8.072/1990), deve a pena cominada, incluindo-se a majorante (art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976), ser cumprida em regime integralmente fechado, *ex vi* do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos (*Precedentes*).



Ordem denegada. (HC n. 41.586-SP, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 05.09.2005).

Penal. Recurso especial. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime equiparado a hediondo. Substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito. Lei n. 9.714/1998. Impossibilidade.

1 - Não cabe substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no caso de tráfico ilícito de entorpecentes.

2 - A Lei n. 9.714/1998, que modificou dispositivos legais do Código Penal, não alterou a forma de execução penal preconizada na Lei n. 8.072/1990. (Precedentes)

3 - Os condenados como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/1976 devem cumprir a pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990).

4 - Recurso Especial conhecido e improvido. (REsp n. 551.815-ES, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, *in* DJ 13.09.2004).

Penal. Tráfico de entorpecentes. Substituição de pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Impossibilidade. Lei dos Crimes Hediondos. Cumprimento da sanção corporal integralmente em regime fechado.

1. Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram compreensão no sentido de não ser possível substituir por medidas restritivas de direitos a pena privativa de liberdade imposta em condenação pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, que deve ser cumprida integralmente no regime fechado, a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, vedada a progressão.

2. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 19.935-RS, Relator Ministro Paulo Gallotti, *in* DJ 22.03.2004).

Recurso especial. Criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Incabimento. Lei dos Crimes Hediondos. Constitucionalidade.

1. “A Lei dos Crimes Hediondos, porque faz incompatíveis os delitos de que cuida com as penas restritivas de direitos, exclui a incidência da Lei n. 9.714/1998, modificativa da parte geral do Código Penal, por força do artigo 12 do próprio diploma penal material brasileiro (‘As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.’)” (REsp n. 251.776-RS, da minha Relatoria, *in* DJ 10.03.2003).

2. “(...) 3. Não há falar em inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, eis que, para além de ser a edição do direito penal matéria própria da dimensão infraconstitucional (Constituição Federal, artigo 22, inciso I), a norma inserta no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República defere, também à lei, a disciplina da individualização da pena, que pode assim estabelecer especialmente o regime fechado como integral das penas dos crimes hediondos.” (HC n. 24.706-MG, da minha Relatoria, *in* DJ 10.03.2003).

3. Recurso especial provido. (REsp n. 556.391-RS, da minha Relatoria, *in* DJ 02.02.2004).

Penal. Crime hediondo. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Aplicação do art. 44 e seguintes do Código Penal (Lei n. 9.714/1998). Impossibilidade.

1 - A Lei n. 9.714/1998, ao alterar os arts. 44 e seguintes do Código Penal, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos que têm regulação específica. O condenado por tráfico (art. 12, da Lei n. 6.368/1976), não tem direito ao benefício. Precedentes do STF e desta Corte.

2 - Recurso especial conhecido. (REsp n. 472.570-MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 07.04.2003).

RHC. Direito de apelar em liberdade. Paciente que permaneceu preso durante todo o processo. Tráfico de entorpecentes. Substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Impossibilidade.

- Inexiste direito de apelar em liberdade quando o réu, preso em flagrante delito, permaneceu preso durante todo o processo. A manutenção do decreto construtivo perdura com a condenação.

- As alterações introduzidas no Código Penal pela Lei das Penas Alternativas (Lei n. 9.714/1998) não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, cujo cumprimento da pena é em regime integralmente fechado. Impossibilitada, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

- Precedentes.

- Recurso desprovido. (RHC n. 9.157-SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, *in* DJ 06.12.1999).

Penal. Processual. Tráfico de entorpecentes. Lei n. 9.714/1998. Não aplicabilidade. *Habeas corpus*. Recurso.



1. A Lei n. 9.714/1998, quando prevê a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, não se aplica aos crimes hediondos e os a estes assemelhados. Precedentes.

2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (RHC n. 9.062-MG, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 25.10.1999).

Recurso em *habeas corpus*. Penal e Processo Penal. Paciente que respondeu ao processo sob custódia. Condenação no art. 12 da Lei n. 6.368/1976. Direito de apelar em liberdade. Vedação legal. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Art. 44 do CP. Lei n. 9.714/1998. Crime equiparado a hediondo. Impossibilidade.

- Tratando-se de paciente preso em flagrante e que permaneceu recolhido durante o curso do processo, não tem direito de apelar em liberdade, porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão. Precedentes.

- Firme jurisprudência desta Corte no sentido de que o tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, razão pela qual é insuscetível de determinados benefícios, dentre os quais o de recorrer em liberdade, a teor do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/1990.

À luz do princípio da especialidade (art. 12, CP), as alterações introduzidas no Código Penal pela “Lei das Penas Alternativas” (Lei n. 9.714/1998), não alcançam o crime de tráfico de entorpecentes, e de resto todos os considerados hediondos, eis que a Lei n. 8.072/1990 - de cunho especial - impõe expressamente o cumprimento da pena em regime integralmente fechado (§ 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/1990).

Inteligência da Súmula n. 171-STJ.

- Recurso desprovido. (RHC n. 8.620-PR, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ 16.08.1999).

E, ainda, do Excelso Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Sentença. Não-apreciação de tese da defesa. Alegação de falta de fundamentação. Inocorrência. Tráfico de entorpecentes. Delito equiparado a hediondo. Lei n. 9.714/1998: substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º. Constitucionalidade.

I. - Sentença suficientemente fundamentada. Inocorrência de nulidade.

II. - Impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por crime previsto na Lei n. 6.368/1976 em restritiva de direitos, tendo

em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que, expressamente, determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado.

III. - A pena por crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (crime hediondo) deverá ser cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5º, XLIII. Precedentes do STF: HC n. 69.657-SP, Rezek, RTJ 147/598; HC n. 69.603-SP, Brossard, RTJ 146/611; HC n. 69.377-MG, Velloso, DJ de 16.04.1993; HC n. 76.991-MG, Velloso, DJ de 14.08.1998; HC n. 81.421-SP, Néri, DJ de 15.03.2002; HC n. 84.422-RS, julgado em 14.12.2004.

IV. - HC indeferido. (HC n. 85.906-SP, Relator Ministro Carlos Velloso, in DJ 02.09.2005).

Habeas corpus. Crime equiparado a hediondo. Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Impossibilidade. Precedentes. No Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que não é possível a concessão da substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando se trata de crimes hediondos ou equiparados. Ordem denegada. (HC n. 84.515-RS, Relator Ministro Joaquim Barbosa, in DJ 21.10.2005).

Habeas corpus. Processo Penal. Recurso especial. Contra-razões. Intimação. Não apresentação. Alegação. Nulidade. Inocorrência.

1. Inaplicável a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos crimes hediondos. Precedentes. Inviabilidade da concessão da ordem *ex officio*.

2. Havendo sido regularmente intimado o defensor constituído, não há como prosperar a alegação de ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em razão da não apresentação das contra-razões ao recurso especial.

3. Ordem indeferida. (HC n. 85.395-RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, in DJ 12.04.2005).

Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma. Restrição de direitos.

A condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, por se tratar de crime hediondo, não comporta a substituição da pena por restrição de direitos.

Para o crime de porte ilegal de arma, a conversão da pena seria possível. Entretanto, o paciente não satisfaz os requisitos de ordem subjetiva (art. 44, I, II e III, do CP), já que também é condenado por crime de roubo, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo.



Habeas corpus indeferido. (HC n. 82.914-SP, Relator Ministro Nelson Jobim, in DJ 26.03.2004).

Vale conferir, ainda, a jurisprudência dos Tribunais Superiores relativamente à concessão da suspensão condicional da pena:

Habeas corpus. Prática de crime hediondo. Condenação à pena de dois (2) anos de reclusão. Pretendida concessão do *sursis*. Inadmissibilidade. Pedido indeferido.

É incabível a concessão do *sursis* em favor daquele que foi condenado pelo delito de atentado violento ao pudor, ainda que satisfeitos os pressupostos subjetivos e objetivos fixados pelo art. 77 do Código Penal, pois, tratando-se de crime hediondo, a sanção privativa de liberdade deve ser cumprida integralmente em regime fechado. (HC n. 72.697-RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, in DJ 19.03.1996).

Criminal. REsp. Execução. Atentado violento ao pudor. Tentativa. Crime hediondo. Regime integralmente fechado de cumprimento de pena. Lei n. 8.072/1990. Constitucionalidade. Vedação legal à progressão e ao *sursis*. Incompatibilidade. Art. 226, inciso III, do Código Penal. Alegação de inconstitucionalidade da causa de aumento de pena. Inocorrência. Majorante com dupla justificativa. Recurso provido.

I. Inviável a discussão acerca da desclassificação da conduta, procedida pelo Tribunal *a quo*, eis que a análise da questão envolveria apurado exame do contexto fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7-STJ.

II. Delitos de estupro e atentado violento ao pudor, inclusive em suas formas tentadas, ainda que cometidos em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados crimes hediondos. Precedentes do STF e desta Corte.

III. A condenação por delito elencado ou equiparado a hediondo pela Lei n. 8.072/1990 deve ser cumprida em regime integralmente fechado, vedada a progressão.

IV. Constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos já afirmada pelo e. STF

V. A imposição legal de regime integralmente fechado é, igualmente, incompatível com a concessão de *sursis*.

VI. Não obstante a diferenciação que sempre se faz entre regime de cumprimento de pena e a sua suspensão condicional, se a substituição de penas - revigorada pela Lei n. 9.714/1990 - é considerada incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, por esta Turma, quanto mais o *sursis*. Precedentes STJ e STF

VII. Esta Corte tem admitido a causa de aumento de pena do art. 226, inciso III, do Código Penal, aplicável aos delitos contra os costumes, apenas advertindo que, para a incidência da majorante faz-se necessária a comprovação do estado civil do paciente, com a juntada aos autos da certidão do respectivo registro de casamento, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. Precedentes.

VIII. Recurso provido, nos termos do voto do relator. (REsp n. 766.667-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 24.10.2005).

Recurso especial. Penal. Estupro. Tentativa. Crime hediondo. Progressão de regime e concessão de *sursis*. Impossibilidade.

1. O crime de tentativa de estupro tem natureza hedionda, devendo a respectiva pena ser cumprida em regime prisional integralmente fechado, sendo, portanto, inaplicável o *sursis*.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 700.881-RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, *in* DJ 14.03.2005).

Penal e Processual Penal. Recurso especial. Tráfico de drogas. Embargos de declaração. *Sursis*. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Lei n. 9.714/1998. Atenuantes. Fixação da pena. Súmula n. 231-STJ.

I - Inexiste violação do art. 619 do CPP se o e. Tribunal, examinando os embargos de declaração, não se esquivou de enfrentar as questões levantadas na fase recursal.

II - *É incabível, por incompatível com a sistemática do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, a concessão do sursis a condenado por tráfico de tóxicos.*

III - Não cabe substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no caso de tráfico ilícito de entorpecentes.

IV - A Lei n. 9.714/1998, que modificou dispositivos legais do Código Penal, não alterou a *forma de execução penal* preconizada na Lei n. 8.072/1990. (Precedentes).

V - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ/ Súmula n. 231-STJ).

Recurso parcialmente provido. (REsp n. 570.899-RS, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 1º.12.2003).

Declarada, contudo, a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.072/1990, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei n. 8.072/1990 ao regime progressivo, resta afastado o



fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o *sursis*.

Pelo exposto, com fundamento nas razões acima expostas, e com ressalva de entendimento em sentido contrário, concedo a ordem de *habeas corpus* para afastar o óbice à progressão de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente e à imposição de pena restritiva de direito, que deverão ser decididas pelo Juízo da execução, à luz de sua disciplina legal.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 59.051-PR (2006/0103173-1)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo e outros

Impetrado: Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Paciente: Gerhard Fuchs (Preso)

Paciente: Ernesto de Veer (Preso)

EMENTA

Prisão decorrente de sentença penal condenatória (natureza cautelar). Antecedentes criminais (inexistência). Gravidade abstrata dos fatos e mero juízo de probabilidade de fuga (motivação). Fundamentação (falta). Apelação em liberdade (possibilidade). Comparecimento a todos os atos processuais (compromisso).

1. A prisão, antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, é exceção. Como as demais, é prisão cautelar.

2. Tratando-se de medida de exceção, a cautelar há sempre de vir apoiada em bons elementos de convicção – elementos certos, determinados, concretos.

3. Quando carece o ato judicial de suficiente motivação, falta-lhe validade, decorrendo daí ilegal coação. Expressões como “sentimento de impunidade”, “gravidade do ilícito cometido”, “possibilidade real de fuga”, empregadas na sentença, não justificam a prisão recaída sobre os pacientes, porque são meras presunções.

4. O processo criminal em curso não é considerado antecedente criminal em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição. Na espécie, o fato de os pacientes estarem respondendo por vários processos criminais não é motivo suficiente para serem considerados sem bons antecedentes.

5. Ordem concedida a fim de se permitir aos pacientes a apelação em liberdade, mediante o comprometimento de comparecerem a todos os atos do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Paulo Medina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Sustentou oralmente o Dr. Eduardo de Vilhena Toledo pelos pacientes.

Brasília (DF), 29 de junho de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 06.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o *habeas corpus* impetrado em benefício de Gerhard Fuchs e Ernesto de Veer. Nele, indicou-se Turma que, por maioria de votos, denegou, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a ordem lá impetrada, portando o respectivo acórdão esta ementa:

Habeas corpus. Apelação. Juntada de documento. Inocorrência de violação ao princípio do contraditório. Determinação de recolhimento à prisão. Presença dos requisitos da prisão preventiva. Garantia da ordem pública.

Não há ofensa ao princípio do contraditório pela juntada de documento que serviu de embasamento à decretação da prisão preventiva.

Havendo fortes indícios da prática de novos delitos pelos pacientes, impõe-se a segregação cautelar, nos termos do artigo 312 do diploma processual penal, como forma de garantir a ordem pública.

Ordem denegada.



Foi pelo Relator, na origem, feito este relatório:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Antonio Acir Breda, José Carlos Cal Garcia Filho e Juliano Breda, em favor de Ernesto de Veer e Gerhard Fuchs, objetivando a soltura dos pacientes, presos em razão de sentença condenatória recorrível.

Narram que os pacientes foram condenados pela prática do crime de evasão de divisas, em continuidade delitiva, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão; que baseando-se em documento juntado por ordem da sentença, veio nessa peça processual o magistrado *a quo* a compreender como existente a continuidade na prática de crimes da mesma espécie, pelo que determinou o recolhimento à prisão dos apelados, como garantia da ordem pública; que os pacientes já interpuseram recurso de apelação; que já foram os pacientes condenados em outros dois processos, por fatos contemporâneos, e respondem aos pertinentes apelos em liberdade; que os pacientes sempre demonstraram comportamento exemplar, comparecendo a todos os atos do processo, não prejudicando de qualquer modo seu regular desenvolvimento; que desde a interposição do primeiro *habeas corpus*, os pacientes depositaram espontaneamente seus passaportes.

Sustentam que a existência de outra condenação e de outros processos em andamento não afasta a presunção de inocência e deveria, se o caso, justificar a prisão ao início do feito, pois presentes essa situação já no recebimento da denúncia; que a hipótese de fuga pelos processos pendentes é mera especulação; que não existe persecução penal por fatos ocorridos após o ano de 2000, daí não se podendo admitir como fundamento da habitualidade delitiva um relatório do COAF até então secreto, não submetido ao contraditório; que não pode o magistrado firmar seu convencimento por provas não submetidas ao contraditório, o que gera nulidade da sentença; que dito relatório não traz indicadores de novos crimes pelos pacientes.

Ao Superior Tribunal foram pelos impetrantes trazidos estes pedidos:

75. Os fundamentos da impetração demonstram, à saciedade, a presença do *fumus boni iuris*. Por outro lado, o *periculum in mora* encontra-se patente na medida em que os pacientes encontram-se presos desde o dia 23 de março de 2006. Há mais de 50 dias, portanto.

76. Ante o exposto, tendo em vista a manifesta ilegalidade da prisão a que se encontram submetidos, requer-se, em caráter liminar, que o eminente Relator do presente *habeas corpus* determine o sobrestamento do mandado de prisão, com a expedição do competente alvará de soltura, até o julgamento do mérito do presente *writ*.

(...)

80. Ante todo o exposto, requerem que a presente ordem venha a ser conhecida e deferida para reconhecer a ilegalidade da prisão a que os pacientes encontram-se submetidos, determinando-se seja expedido alvará de soltura em seu favor, revogando-se, em conseqüência, o acórdão impugnado.

Indeferi a liminar. O Ministério Público Federal, pela palavra da Subprocuradora-Geral Helenita Caiado, pronunciou-se pela denegação da ordem nos termos seguintes:

7. Com efeito, a decretação da custódia preventiva encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, concretizada a sanção em seis anos e oito meses de pena corporal, tendo o juiz de primeiro grau determinado o recolhimento dos réus à prisão baseado em dados reais e não em meras suposições, como se vê às fls. 75/77, *in verbis*:

(...)

8. Desta forma, além de incontrovertidos os maus antecedentes ostentados pelos pacientes, restou demonstrada com elementos concretos a necessidade da custódia cautelar dos réus, tendo em vista a gravidade do delito contra o Sistema Financeiro Nacional por eles praticado e a possibilidade real de fuga, por serem sócio-gerentes de agências de turismo e corretora de câmbio, além de detentores de abastada fortuna pessoal, valendo destacar que o réu Gerhard Fuchs possui cidadania alemã. À vista de tais circunstâncias sobressai evidente o real comprometimento da correta aplicação da lei penal, já que a condenação proferida pelo juiz de primeiro grau impôs aos pacientes a pena de 6 anos e oito meses de reclusão.

9. E, ainda, é importante frisar que se trata de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, cuja lesividade ao meio social é inegável e de larga repercussão, sendo que os recorridos geriram fraudulentamente empresas das quais eram sócios-administradores, dando azo à lavagem de dinheiro e evasão de divisas para o exterior, cujos valores foram estimados em vários milhões de dólares.

10. Ademais, além de estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, a orientação do STJ, na espécie, é no sentido de que 'não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, a determinação judicial para que o réu, considerado de péssimos antecedentes, seja recolhido à prisão para apelar, em consonância com o art. 594, do CPP, e Súmula n. 9-STJ.' (Neste sentido: REsp n. 71.593-GO, DJ de 17.08.1998, Rel. Min. Anselmo Santiago).

É o relatório.



VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): No Tribunal Regional, foi vencido o Relator. O voto vencedor é de motivação seguinte:

Na hipótese em exame, ao decidir pela impossibilidade de apelarem em liberdade os réus, a autoridade impetrada fundamentadamente consignou haverem indícios de habitualidade e persistência delitiva, pela estruturação empresarial da atividade criminosa com contas em nome de interpostas pessoas e diversas contas no exterior em nome de *off-shores*, acrescentando que tal persistência se deu na pendência de ações penais, sendo a presente ação de 2003, havendo fortes indícios de atividades criminosas até o ano de 2004. A propósito, se destaca:

(...)

Considerando-se, além dos fundamentos do julgador, a manifestação do Ministério Público exarada da Tribuna neste momento, no sentido de que os pacientes além de seis ações penais que respondem perante a Justiça Federal, ainda teriam inúmeros inquéritos policiais em andamento por fatos semelhantes, sendo mais de dez, considero que a ordem pública está ameaçada pela reiteração de condutas delitivas.

Nestes termos, voto no sentido de denegar a ordem.

Todavia a sentença, no tópico – da necessidade de os réus se recolherem à prisão para apelar (expeçam-se mandados de prisão) –, dispôs nestes termos:

Na forma do artigo 594 do Código de Processo Penal, os réus não poderão apelar sem recolher-se à prisão.

Em primeiro lugar, porque não têm bons antecedentes. Muito pelo contrário, os réus respondem por vários processos criminais perante a Justiça Federal, sendo que perante a 1ª Vara Federal de Curitiba houve condenação nos autos 98.009441-5 e 97.0011066-4, nos quais lhes foi imposta a pena de quatorze anos de prisão por crimes de gestão fraudulenta e evasão de divisas (além de multa). Este mesmo juízo, nos autos n. 2001.70.00.016090-3 lhes condenou a quatro anos, nove meses e dezoito dias de reclusão, e multa de 240 dias-multa.

Os maus antecedentes, por si sós, já seriam obstáculo para que os réus pudessem apelar em liberdade, conforme entendimento do STJ consolidado na Súmula n. 9 e também em reiteradas manifestações do Supremo Tribunal Federal:

(...)

Contudo, a impossibilidade de apelar em liberdade se verifica também por estarem presentes os requisitos da custódia preventiva, tanto para garantia da ordem pública e econômica como para assegurar a aplicação da lei penal.

Com efeito, a garantia da ordem pública porque está demonstrado pelos diversos crimes perpetrados pelos acusados que eles têm inclinação à prática delituosa e porque fatos como os dos autos exigem um maior rigor por parte do Poder Judiciário, de modo a evitar o sentimento de impunidade no seio da sociedade. Também em face da magnitude da lesão desencadeada pela omissão dos réus, já que segundo revelam os autos passaram pelas contas das empresas dos acusados nada mais nada menos que R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais). Como se vê, estamos diante de uma estrondosa prática ilícita contra a credibilidade do sistema financeiro, e o que é pior, de dinheiro oriundo de desvios de dinheiro público. Como já decidiu o Tribunal Regional da 4ª Região, ‘a garantia da ordem pública consubstancia-se não somente em evitar novos crimes. Leva em consideração, também, o grande impacto social causado. Assim, a gravidade do ilícito cometido, a par de outros fatores, é elemento hábil a fundamentar custódia *ante tempus*’. (HC n. 2003.04.01.033707-7-PR, DJU de 24.09.2003, p. 614).

Por fim, há notícia nos autos de vultosas quantias de dinheiro depositadas no exterior em nome dos acusados, circunstância que lhes permitiriam facilmente evadir-se. Essa possibilidade real de fuga, segundo o entendimento do Tribunal Regional da 4ª Região, viabiliza a decretação da prisão cautelar:

Acontece, porém, que, a propósito dos antecedentes – se bons, se maus –, receio, se maus, tê-los nessa conta simplesmente por se encontrar alguém respondendo a processos criminais. E, ao que estou entendendo deste caso, foram assim reputados os pacientes, isto é, sem bons antecedentes. Foi escrito na sentença: “Em primeiro lugar, porque não têm bons antecedentes. Muito pelo contrário, os réus respondem por vários processos criminais...” Isso não era o suficiente para se considerar os pacientes sem bons antecedentes. O indicado art. 594 há de ser lido conjuntamente com o art. 5º, LVII, da Constituição. Demais, em liberdade, como se viu, os pacientes se achavam, vinham, pois, respondendo em liberdade e, soltos, deram respostas a outras ações penais, quadro esse, como se vê, de ampla liberdade, apresentando-se-me, então, contraditório, aqui, o atual quadro, de prisão provisória, visto que a atual prisão não se coaduna com a precedente ampla liberdade.

De resto, ao que também penso, tal o voto vencido na origem, não estão, no caso, presentes os requisitos da prisão cautelar, e aqui são algumas das passagens desse voto:



Na hipótese em tela, analisando unicamente os requisitos da prisão cautelar, não se constata a efetiva ameaça à ordem pública por parte dos pacientes, porquanto, além do tempo já decorrido dos fatos, não se tem notícia da recente prática de qualquer outro delito. Gize-se que os acusados permaneceram em liberdade durante todo o processamento do feito, vindo tão-somente a ser determinada a prisão provisória dos mesmos por ocasião da prolação da sentença.

O argumento de que a preventiva é necessária para evitar a prática de novos ilícitos, baseia-se em meras presunções. A tese não encontra respaldo em elementos de convicção, não passando de mera fórmula abstrata, insuficiente para justificar a necessidade do encarceramento provisório.

(...)

Desta sorte, não demonstrados riscos ao processo (garantia da instrução criminal) ou à sua eficácia (garantia de aplicação da lei penal), bem como preservada a ordem pública (por não demonstrada a persistência no cometimento de ilícitos), não se sustenta a custódia cautelar dos pacientes.

Isto posto, concedo a ordem de *habeas corpus*, determinando a expedição dos competentes alvarás de soltura em favor de Gerhard Fuchs e de Ernesto de Veer, nos termos da fundamentação.

Com efeito, expressões como “sentimento de impunidade”, “gravidade do ilícito cometido”, “possibilidade real de fuga”, empregadas pelo Juiz na sentença, não justificariam e não justificam a prisão recaída sobre os pacientes, porque, no fundo, são presunções. Vejam que, a respeito da “gravidade”, há, nos registros da nossa jurisprudência, precedentes conforme os quais (I) “a gravidade abstrata do delito não é suficiente para justificar a segregação provisória” (HC n. 40.616, Ministro Paulo Gallotti, DJ de 28.11.2005); (II) “a gravidade do crime não pode servir como motivo *extra legem* para decretação da prisão provisória” (HC n. 37.448, Ministro Paulo Medina, DJ de 18.04.2005).

Permito-me, ainda, colher do voto já indicado este significativo tópico:

Ressalto que a prisão provisória – que em nenhum momento se confunde com o encarceramento pelo crime cometido (*carcer ad poenam*) – não possui como objetivo atribuir punição ao agente que, em tese, praticou determinada conduta típica. Não é idéia de retribuição pelo crime cometido. Constitui, por sua finalidade específica, instrumento destinado a possibilitar desenvolvimento válido e regular do processo penal, somente devendo ser utilizado quando houver elementos concretos indicando reiteração da prática de delitos e a existência recente de organização criminosa que necessita, urgentemente, ser desarticulada (garantia da ordem pública) obstrução na colheita de provas (conveniência da instrução criminal) ou

quando o agente demonstra efetiva intenção de não se submeter à aplicação da lei penal. A suposta magnitude da lesão causada não é suficiente para a decretação da medida constritiva.

Sobre prisão provisória, escrevi, para o HC n. 38.882 (DJ de 07.11.2005), esta ementa:

Prisão preventiva (garantia da ordem pública). Gravidade abstrata dos fatos. Personalidade do agente (motivação). Fundamentação (insuficiente). Revogação (caso).

1. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.

2. O ato judicial que decreta a prisão preventiva, diz a lei, bem como o ato que a revoga, ‘será sempre fundamentado’.

3. No caso, faltaram ao decreto de imposição da preventiva os indispensáveis fundamentos justificativos, pois levou-se em conta apenas a personalidade do agente e a gravidade abstrata dos fatos.

4. *Habeas corpus* deferido para ser revogada a prisão preventiva.

Voto pela concessão da ordem com o intuito de, revogando a prisão, permitir aos pacientes a apelação em liberdade, sob o compromisso de comparecerem a todos os atos do processo.

HABEAS CORPUS N. 60.266-RS (2006/0118837-5)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Alonso Machado Lopes e outro

Advogado: Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira e outros

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: Alonso Machado Lopes

Paciente: Ana Lúcia Almiron Lopes

EMENTA

Habeas corpus (cabimento). Trancamento da ação penal (possibilidade). Ausência de justa causa (caso). Patrocínio infiel (descaracterização).

1. Quando fundado o *habeas corpus*, por exemplo, na alegação de falta de justa causa para a ação penal, admite-se se faça nele exame de provas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

2. É possível a concessão de *habeas corpus* para a extinção de ação penal sempre que se constatar ou imputação de fato atípico, ou inexistência de qualquer elemento que demonstre a autoria do delito, ou extinção da punibilidade.

3. Na espécie, não há justa causa para a ação penal, fundada que está no parágrafo único do art. 355 do Código Penal. A tempo e a hora, os advogados, a par de não terem praticado atos de ordem processual, renunciaram aos poderes a eles conferidos por procuração, tendo-o feito um dia após a outorga do mandato e um dia antes da data do fato supostamente delituoso.

4. *Habeas corpus* deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Paulo Medina e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina.

Sustentou oralmente o Dr. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira pelos pacientes.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2006 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 06.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Segundo a ementa do acórdão local, que, lá no Sul, denegou aos ora pacientes, em 09.03.2006, a ordem impetrada, “o trancamento da ação penal, a título de falta de justa causa, somente pode acontecer quando a denúncia não descrever conduta caracterizadora de crime

em tese ou na total impossibilidade da pretensão punitiva”. E embargos de declaração ainda foram rejeitados.

A ação que se pretende não vá adiante foi instaurada mediante esta denúncia:

No dia 08 de janeiro de 2005, por volta das 11h45min, no interior do Prédio do Fórum da comarca de Alegrete, sito na Praça Getúlio Vargas, nesta Cidade, os denunciados Percy Machado Lopes, Alonso Machado Lopes, Ana Lúcia Almiron Lopes, em comunhão de vontades e conjugação de esforços, na qualidade de advogados, defenderam na mesma causa, sucessivamente, partes contrárias.

Na ocasião, os denunciados, todos advogados, que já haviam sido constituídos como procuradores da Agropecuária Pilecco Ltda. e outros, para patrocinarem seus interesses nos autos do processo n. 1040000073-3, protocolizaram petição nos autos n. 1050000037-9, ação de embargos de terceiros relativos ao feito sobredito, nos quais são embargados, dentre outros, a própria Agropecuária Pilecco.

Assim agindo, os denunciados Percy Machado Lopes, Alonso Machado Lopes, Ana Lúcia Almiron Lopes, incorreram nas sanções do art. 355, parágrafo único, combinado com art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, pelo que, o Ministério Público oferece a presente denúncia, requerendo que, recebida e autuada, sejam os denunciados citados para interrogatórios e defesas que tiverem, inquiridas as testemunhas adiante arroladas, preenchidas as demais formalidades legais, até o final do julgamento e condenação.

Na petição encaminhada ao Superior Tribunal, alegam os impetrantes, em resumo, o seguinte:

Oferecer denúncia, como a do presente caso, contra acusados que nada praticaram, que nenhuma conduta realizaram, e que contra eles inexistem elementos probatórios de haverem realizado a conduta nuclear do tipo, é algo terrível, mormente quando a denúncia se baseia em mera suposição, despreendida de dados fáticos palpáveis.

(...)

Sem essa indicação de provas, impossível o recebimento da denúncia, pois a inicial se baseia, como no caso em exame, em simples suposições e ideias imaginativas que não podem servir de base à denúncia, como a que foi recebida em primeiro grau e confirmada pela denegação de *habeas corpus*, pela 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Indeferi a liminar. Com vista dos autos, o Ministério Público Federal é de parecer pela concessão da ordem (Subprocurador-Geral Eduardo de Santana):



O *habeas corpus* deve ser deferido.

Com efeito este é um dos casos em que o *habeas corpus* mostra-se idôneo ao trancamento da ação penal.

Descrevendo a denúncia de fls. 14/16, que o fato supostamente delituoso teria ocorrido no dia 08 de janeiro de 2005 e, a renúncia acontecido no dia anterior, como certificado às fls. 46, não há falar em delito.

Destarte, não ocorreu o delito atribuído aos pacientes, os advogados Dr. Alonso Machado Lopes e Dra. Ana Lúcia Almiron Lopes, por isso, o pedido de *habeas corpus* deve ser deferido para trancar a ação penal.

Suso exposto, pelo meu parecer concede-se a ordem.

Conclusos os autos no dia 1º.08.2006.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Estou acolhendo o pedido formulado em nome dos dois pacientes (Alonso Machado Lopes e Ana Lúcia Almiron Lopes), bem como acolhendo o parecer ministerial.

Inicialmente, a mim sempre se me afigurou não devermos tanto restringir o cabimento do *habeas corpus*, e é por isso que ando escrevendo o seguinte – vou citar apenas uma de minhas ementas (HC n. 36.824, DJ de 06.06.2005):

Habeas corpus (cabimento). Matéria de prova (distinção).

1. Determina a norma (constitucional e infraconstitucional) que se conceda *habeas corpus* sempre que alguém esteja sofrendo ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação; trata-se de dar proteção à liberdade de ir, ficar e vir, liberdade indubitavelmente possível em todo o seu alcance.

2. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Quando fundado, por exemplo, na alegação de falta de justa causa, impõe-se sejam as provas verificadas. O que se veda em *habeas corpus*, semelhantemente ao que acontece no recurso especial, é a simples apreciação de provas, digamos, a operação mental de conta, peso e medida dos elementos de convicção.

3. Admite-se, sem dúvida, *habeas corpus* que questione defeitos da sentença relativos aos seus requisitos.

4. Pedido originário do qual não se conheceu. Ordem, porém, expedida de ofício, a fim de que se julgue, na origem, o mérito da impetração.

Indo, portanto, adiante, cumpre verificar – tal a observação feita, como se viu do relatório, pelo representante do Ministério Público Federal – a certidão

de fl. 46, de termos seguintes: “Certifico que a Dra. Ana Lúcia Almiron Lopes e o Dr. Alonso Machado Lopes, este representante da empresa AL Assessoria Jurídica, OAB-RS 2.043, CNPJ n. 05.631.300/0001-92, a qual conforme mandato acostado a fl. 17 do processo supra, recebeu poderes para o ajuizamento da ação, os quais foram renunciados através do comunicado de renúncia de fl. 1.230, do qual tomou ciência o outorgante em 07.01.2005, não praticaram atos de ordem processual no processo supra”. Há sentido para a verificação porque, segundo a denúncia, data o fato criminoso do dia 8.

Exatas, portanto, se me apresentam estas alegações dos impetrantes:

A outorga dessa procuração ocorreu em 06.01.2005 (doc. anexo II).

Tão pronto Alonso e Ana Lúcia tomaram conhecimento da procuração a eles outorgada juntamente com Percy, comunicaram ao outorgante Marconi Carmo Sonego sua não aceitação do mandato, isso no dia imediato, 07.01.2005 (doc. III). Ou seja, sequer poderiam ser considerados como procuradores dessa parte que outorgara procuração sem seu conhecimento, por obra e graça exclusiva de Percy, que, unilateralmente, inclui, no mandato, seu irmão, cunhada e amigos Alonso e Ana Lúcia.

Supunha certamente Percy que poderia contar com o auxílio, na causa, dos pacientes, como é normal que se faça em épocas de recesso do foro.

O certo é que nem Alonso nem Ana Lúcia aceitaram o mandato, comunicando ao outorgante seu dissenso um dia após a outorga (doc. III), ou seja, tão pronto tomaram conhecimento por Percy que seus nomes constavam da procuração.

Mas não é só! Os embargos de terceiros foram assinados apenas por Percy, em 07.01.2005, fato que demonstra a situação de absoluto descompromisso de Alonso e Ana Lúcia pela causa.

Justa causa não há para a mencionada ação penal, fundada no parágrafo único do art. 355 do Código Penal, motivo por que, com a intenção de trancá-la quanto aos pacientes – Alonso e Ana Lúcia –, voto pela concessão da ordem.

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 14.044-SC
(2003/0021142-9)**

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Recorrente: Avani Serafim de Santana



Advogado: Avani Serafim de Santana
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Agenor Gottardi (Preso)

EMENTA

Recurso em *habeas corpus*. Tráfico ilícito de entorpecentes. Rito da Lei n. 10.409/2002. Constrangimento inexistente. Recurso improvido.

1. O artigo 27 da Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, está inserto na Seção Única do Capítulo IV da lei nova, que cuida da fase inquisitorial da *persecutio criminis*, visando à sua efetividade, não havendo razão qualquer para negar incidência às suas normas, e, por maior razão, às normas processuais contidas nesse diploma legal, por desinfluyente o veto lançado no Capítulo III da lei, referente à “repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica”, em se encontrando, como já se encontrava em vigor a Lei n. 6.368/1976, dispondo sobre o “tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

2. Trata-se, com efeito, de normas jurídicas de natureza processual penal, elaboradas e postas em vigor à luz da Constituição Federal, nada inibindo sua regular incidência, à falta de disposição expressa que a vinculasse à vetada modificação parcial das normas penais referentes ao tráfico e uso ilícitos de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

3. As novas normas processuais penais, contudo, não prevalecem sobre as relativas às infrações penais de pequeno potencial ofensivo, quais sejam, aquelas cujas penas máximas não são superiores a 2 anos de reclusão, como na letra do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n. 10.259/2001, precisamente porque destas, sim, é indissociável o seu procedimento legal, como o determina a Constituição da República, em seu artigo 98, inciso I.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça,

prossequindo o julgamento, após o voto do Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca acompanhando o voto do Sr. Ministro-Relator, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencido o Sr. Ministro Paulo Medina. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Presidente e Relator

DJ 02.10.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Recurso contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Agenor Gottardi, em decisão assim ementada:

Tráfico ilícito de entorpecentes. Nulidade do processo pela adoção do rito da Lei n. 10.409/2002. Procedimento mais amplo. Ausência de prejuízo ao paciente. Excesso de prazo para o término da instrução. Inocorrência. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada. (fl. 38).

Está o recorrente na nulidade do processo, em decorrência do vício do procedimento adotado pelo magistrado, que, segundo sustenta, não poderia ser o previsto na Lei n. 10.409/2002, eis que seu artigo 27 expressamente restringe sua aplicabilidade aos crimes nela definidos, os quais foram objeto de veto pela Presidência da República.

Sustenta, de outro lado, excesso de prazo na instrução criminal, por que sua custódia, decorrente de prisão em flagrante, data de 08 de setembro de 2002.

O Ministério Público Federal veio pelo improvimento do recurso, em parecer assim ementado:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Lei n. 10.409/2002. Aplicabilidade. Liberdade provisória. Excesso de prazo. Princípio da razoabilidade. Improvimento do apelo.

- A Lei n. 10.409/2002 foi concebida para substituir a Lei n. 6.368/1976 e com isso reger toda a matéria relativa aos tóxicos, incluindo-se aí a tipificação penal e a concretização de procedimento teoricamente mais adequado. Ao se vetarem os crimes, não foi demonstrado, com isso, a intenção do Poder Executivo de frustrar o novo rito legal.



- Ademais, ante o princípio da razoabilidade encontra-se o feito em seu regular trâmite.

- Parecer pelo improvimento do recurso. (fl. 64).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhores Ministros, trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* com duplo fundamento, quais sejam, a inaplicabilidade da Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, aos crimes definidos na Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, e o excesso de prazo na instrução criminal.

O primeiro fundamento se define em que, vetado o capítulo III da Lei n. 10.409/2002, não há falar na sua aplicação relativamente aos crimes definidos na Lei n. 6.368/1976, diante da letra mesma do artigo 27 do novo diploma legal, *verbis*:

O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

Tal dispositivo, diversamente do que se sustenta na presente impugnação recursal, está inserto na Seção Única do Capítulo IV da lei nova, que cuida da fase inquisitorial da *persecutio criminis*, visando à sua efetividade, não havendo razão qualquer para negar incidência às suas normas, e, por maior razão, às normas processuais contidas nesse diploma legal, por desinfluyente o veto lançado no Capítulo III da lei, referente à “repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica”, em se encontrando, como já se encontrava em vigor a Lei n. 6.368/1976, dispondo sobre o “tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

Trata-se, com efeito, de normas jurídicas de natureza processual penal, elaboradas e postas em vigor à luz da Constituição Federal, nada inibindo sua regular incidência, à falta de disposição expressa que a vinculasse à vetada modificação parcial das normas penais referentes ao tráfico e uso ilícitos de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

É seguro, por outro lado, que as novas normas processuais penais não prevalecem sobre as relativas às infrações penais de pequeno potencial ofensivo, quais sejam, aquelas cujas penas máximas não são superiores a 2 anos de reclusão,

como na letra do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n. 10.259/2001, precisamente porque destas, sim, é indissociável o seu procedimento legal, como o determina a Constituição da República, ao dispor no seu artigo 98, inciso I, *verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I- juizados especiais providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

A propósito, Luiz Flávio Gomes, citado no acórdão impugnado:

(...)

Discutia-se, entretanto, sua eficácia jurídica em virtude do que dispõe o seu art. 27 ('Nos crimes previstos nesta lei, será observado o procedimento...'). Pergunta-se: quais crimes, se todos os que estavam previstos na Lei n. 10.409/2002 foram vetados pelo Presidente da República?

Apesar disso, como não existe a menor dúvida sobre a quais crimes refere-se o art. 27 da Lei n. 10.409/2002 (é evidente, óbvio e ululante que esse dispositivo legal diz respeito aos crimes previstos na Lei n. 6.368/1976), segundo nosso ponto de vista - já externado no nosso curso pela *internet* sobre a nova lei de tóxicos: cf. www.ielf.com.br -, parece muito claro que o novo procedimento tem que ser observado em todos os seus termos, sob pena de nulidade total do processo (por inobservância do devido processo legal).

Impõe-se tão-somente atentar para o seguinte: a Lei n. 6.368/1976 prevê seis crimes (arts. 12, 13, 14, 15, 16 e 17). Os três últimos não contam com pena superior a dois anos, logo, hoje, são de menor potencial ofensivo (cf. RHC n. 12.033, STJ, rel. Felix Fischer - cf. nesse sentido artigo de minha autoria publicado no www.ielf.com.br). Já os três primeiros estão fora dos juizados: quanto a eles é que deve ser observado rigorosamente o novo procedimento legal (sob pena de nulidade) (cf. Silva, Jorge Vicente, *Tóxicos: Manual prático*, 2ª ed., Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 123/128) (...) (fls. 40/41).

Assim se entendendo, não há falar em excesso de prazo na formação da culpa, cuja invocação não tem outro título que não a inaplicação da lei nova, considerada gravosa pelos impetrantes, que, todavia, não é de aplicação facultativa, mas sim necessária e imediata, em se tratando de processo de ação penal proposta na vigência da lei nova.



Ademais, se é seguro que a celeridade do processo, sem desprezo do conhecimento da verdade dos fatos, deve ser almejada em obséquio, sobretudo, da liberdade, principalmente em se cuidando de processo com réu preso, nem por isso há falar, *in casu*, em irrazoabilidade da demora, ante a natureza, a complexidade e a quantidade de agentes dos fatos criminosos imputados na acusatória inicial, em número de cinco.

Trata-se, a espécie, com efeito, de crime legalmente equiparado a hediondo - tráfico ilícito de entorpecentes, em tese, praticado por vários agentes, tudo a determinar o exame da questão dos prazos processuais, à luz do princípio da razoabilidade, mormente diante da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias.

Nesse sentido, aliás, a iterativa jurisprudência desta Corte, conforme se recolhe dos seguintes precedentes de ambas as Turmas Criminais:

Recurso em *habeas corpus*. Paciente preso preventivamente e denunciado por latrocínio. Alegações de deficiência na fundamentação da prisão preventiva e constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução criminal. Demora justificada à luz do princípio da razoabilidade.

Embora sucintamente, a custódia cautelar do paciente está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal e na garantia da aplicação da lei penal.

O prazo para a conclusão da instrução não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, mormente quando se trata, como no caso, de processo complexo, versando sobre crime grave - latrocínio -, para cuja instrução fez-se necessária a expedição de carta precatória para oitiva de testemunha de defesa.

Recurso desprovido. (RHC n. 10.986-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 04.06.2001 - nossos os grifos).

Processual Penal. Excesso de prazo. Formação da culpa. Não ocorrência complexidade da causa. Súmula n. 52-STJ.

1 - Não há falar em constrangimento ilegal, por excesso de prazo na instrução criminal, quando, pela complexidade da causa, evidenciada pela existência de três réus, todos presos fora da comarca e pela constatação de terem sido todos os atos processuais realizados à custa de cartas precatórias, há incidência do princípio da razoabilidade.

2 - Como se não bastasse, a instrução já está encerrada, o que atrai a aplicação da Súmula n. 52-STJ.

3 - Ordem denegada. (HC n. 21.517-CE, Relator Ministro Fernando Gonçalves, *in* DJ 14.10.2002).

Criminal. RHC. Extorsão mediante seqüestro. Excesso de prazo. Princípio da razoabilidade. Complexidade do feito. Prazo para a conclusão da instrução que não é absoluto. Trâmite regular. Fase de alegações finais. Encerramento da instrução. Súmula n. 52-STJ. Recurso desprovido.

I. Por aplicação do Princípio da Razoabilidade, tem-se como justificada eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, em hipótese de feito complexo, com grande número de réus.

II. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução não é absoluto.

III. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada.

IV. Não se acolhe alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, se os autos demonstram, efetivamente, o encerramento da instrução processual, eis que o feito principal encontra-se em fase de alegações finais. Súmula n. 52-STJ.

V. Recurso desprovido. (RHC n. 12.427-SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 03.06.2002).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Busca a impetração a anulação da ação penal, ao argumento de que não poderia ter sido observado o rito da Lei n. 10.409/2002, visto que o art. 27 restringe expressamente a sua aplicação aos crimes nela definidos, estes vetados pelo Presidente da República, apontando-se, ainda, excesso de prazo na conclusão da instrução criminal.

No caso, portanto, houve a aplicação do rito novo, buscando o recorrente a observância do rito previsto na Lei n. 6.368/1976.

Como é cediço, a Lei n. 10.409/2002 foi editada para regular toda a matéria concernente à prevenção, tratamento, fiscalização, controle e repressão ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas.

Grande discussão doutrinária e acentuada divergência jurisprudencial surgiram em razão de ter o Presidente da República vetado todo o Capítulo III do referido diploma, que previa os crimes e as penas, permanecendo incólumes, à



míngua de vetos formais, os Capítulos IV e V, que cuidam dos procedimentos de investigação, processo e julgamento.

Apesar de a Lei n. 10.409/2002, após o veto, não conter nenhuma descrição de conduta delituosa, o rito processual nela previsto, a meu ver, está em vigor, disciplinando-se ali o procedimento de investigação policial e da ação penal instaurada para a apuração dos delitos mencionados na Lei n. 6.368/1976, assim como em relação àqueles que ela criou.

A melhor solução para esse conflito aparente de normas encontra-se no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, que regula a vigência de todas as leis, *verbis*:

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando com ela seja incompatível ou quando regule inteiramente toda a matéria de que tratava a anterior.

Sob esse enfoque, tenho que a Lei n. 6.368/1976 permanece em vigor naquilo em que não confronta com a Lei n. 10.409/2002, não podendo o magistrado deixar de aplicar o novo rito procedimental, que não foi vetado.

A propósito, observa Renato Flávio Marcão em texto publicado na revista da *Ajuris* (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul):

A Lei posterior revoga a anterior quando regula de forma diversa a matéria de que tratava a lei anterior, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da LICC. Nos precisos termos do art. 6º da LICC, a lei em vigor terá efeito imediato e geral.

O art. 2º do Código de Processo Penal estabelece que a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

A Lei n. 10.409/2002 está em vigor e não padece de inconstitucionalidade. É de rigor, portanto, a aplicação do procedimento relativo a instrução criminal nela previsto, sob pena de flagrante cerceamento de defesa e quebra do procedimento, questão de ordem pública.

A supressão da oportunidade outorgada legalmente à defesa para a apresentação da resposta escrita, precedente ao recebimento da denúncia, fulmina o procedimento de nulidade, conforme decorre, inclusive, do disposto no artigo 564, inc. IV, do Código de Processo Penal. Não observadas as regras, o remédio jurídico é o *habeas corpus*.

Se adotado o procedimento da Nova Lei, e não encontramos razão para não adotá-lo, eventual posicionamento da Superior Instância no sentido de sua inaplicabilidade não acarretará qualquer nulidade, visto tratar-se de procedimento

mais benéfico, que amplia as chances de defesa, notadamente em razão da possibilidade de resposta escrita e dilação probatória antecedentes ao recebimento da inicial acusatória, para o efeito de apurar elementos para o acolhimento desta ou não.

Por outro lado, a não adoção do procedimento introduzido com a Lei n. 10.409/2002 sujeita o processo e a Justiça Criminal aos transtornos decorrentes do reconhecimento de nulidade por violação da ampla defesa e quebra do procedimento, podendo acarretar a soltura de traficantes que não merecem ganhar a liberdade.

Como se vê, ainda que se pense não ser aplicável o procedimento novo, a prudência recomenda a sua adoção em benefício da estabilidade das decisões do Poder Judiciário, e em prol da sociedade que já não suporta a convivência com os “Senhores do Tráfico”, e nem entenderá a soltura destes em razão de questões técnico-jurídicas.

Respeitado o douto entendimento em sentido contrário ao que defendemos desde sempre, estamos convictos de que é melhor não correr o risco a que se tem exposto os processos envolvendo crimes relacionados com a Lei Antitóxicos. (Revista da Ajuris - Ano XXX - n. 89, março de 2003, p. 329)

Ainda sobre o tema, veja-se o comentário de Damásio E. de Jesus, em artigo intitulado Nova Lei Antitóxica (Lei n. 10.409/2002 - Mais Confusão Legislativa, São Paulo, Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2000):

Incidimos, mais uma vez, no vício da má elaboração de leis. A Presidência da República, deixando de recusar integralmente o Projeto da nova Lei Antitóxicos, preferiu, para não ferir o Congresso Nacional, vetar 35 de seus dispositivos. Com isso, quando entrar em vigor a lei nova (Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002), o que se dará no dia 27 de fevereiro do corrente ano (2002), teremos nova confusão legislativa. Assim:

1. As normas dos Capítulos I e II da Lei n. 10.409/2002 (arts. 2º a 13), que dispõem sobre generalidades administrativas, prevenção, erradicação e tratamento, revogaram parcialmente a Lei n. 6.368/1976; desta, somente subsistem os dispositivos que tratam de temas não disciplinados na nova legislação.

2. Os dispositivos do Capítulo III do Projeto (arts. 14 a 26), que descreviam crimes, foram inteiramente vetados. De maneira que continuam em vigor os arts. 12 e seguintes da Lei n. 6.368/1976, que definem os delitos referentes a tóxicos.

3. Em relação aos arts. 27 a 34 da lei nova (Capítulo IV), que dispõem sobre o procedimento penal (fase inquisitiva do procedimento criminal), haverá posições divergentes: 1ª orientação: embora em vigor, os arts. 27 a 34 não possuem eficácia.



O art. 27 determina: 'o procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo...'. Ocorre que a Lei n. 10.409/2002 não define crimes (vide, acima, o item 2). Logo, os dispositivos do mencionado capítulo ficaram sem objeto. Conseqüência, de acordo com essa posição: na parte inquisitória do procedimento penal por crimes concernentes a tráfico de tóxicos subsistem as disposições da Lei n. 6.368/1976 (flagrante, investigação, perícia etc.); 2ª orientação: os arts. 27 a 34 revogaram parcialmente as disposições da Lei n. 6.368/1976 que disciplinavam a parte inquisitiva do procedimento referente aos delitos de tráfico de drogas (nossa posição). Observação: da Lei n. 6.368/1976 subsistem as normas sobre institutos não disciplinados pela lei nova. Além disso, cuidando-se de crimes dos arts. 15, 16 e 17 da Lei n. 6.368/1976, incide a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, modificada pela Lei n. 10.259/2001).

4. As disposições do Capítulo V da Lei n. 10.409/2002 (arts. 37 a 45), que disciplinam a instrução criminal, revogaram parcialmente a mesma parte processual da Lei n. 6.368/1976 (permanecem as normas da lei anterior sobre institutos não regulados pela Lei n. 10.409/2002). De modo que o rito processual da ação penal por crimes de tráfico de drogas (arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/1976), hoje, é o da lei nova; tratando-se, entretanto, dos crimes descritos nos arts. 15, 16 e 17 da Lei n. 6.368/1976, de menor potencial ofensivo em face da Lei n. 10.259/2001, incide a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, alterada pela Lei n. 10.259/2001).

5. Os arts. 46 a 55 da lei nova (Capítulos VI e VIII), sobre os efeitos da sentença, a perda da nacionalidade e disposições finais, revogaram as disposições similares da Lei n. 6.368/1976. Temos uma colcha de retalhos, coexistindo as Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002 (Razões dos vetos, Mensagem n. 25, de 11 de janeiro de 2002, do Senhor Presidente da República ao Senhor Presidente do Senado Federal, razões do veto ao art. 1º do Projeto).

No tocante ao excesso de prazo, trata-se de feito complexo, com vários réus.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso em *habeas corpus*, acompanhando o voto do Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Medina: Sr. Presidente, *data venia*, dou provimento ao recurso em *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Designado para compor o *quorum*, no julgamento do RHC n. 14.044-SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, trago o feito em mesa.

Assim sumaria os fatos o *Parquet* Federal (fls. 64/5):

Trata-se de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* interposto por Avani Serafim Santana e Janice de Bairros, em favor de Agenor Gottardi, em face do v. acórdão de fls. 38/42, proferido pela Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que denegou a ordem originariamente impetrada.

Aduzem os impetrantes que sofre o paciente manifesto constrangimento ilegal, decorrente de nulidade insanável no procedimento adotado pelo magistrado *a quo* para instrução do feito, onde aquele foi denunciado pelos artigos 12 e 14, da Lei n. 6.368/1976, eis que a Lei n. 10.409/2002, não poderia ser adotada, sendo mais prejudicial ao paciente, haja vista a ausência de eficácia jurídica conferida pelo veto presidencial ao Capítulo III do mencionado dispositivo, que disciplinava os crimes e as penas.

Alegam, ainda, existência de excesso de prazo na formação da culpa, o que auferia ao paciente o direito à liberdade provisória que se encontra preso há mais de 65 dias.

Deste modo, requerem a concessão da ordem, com a expedição de alvará de soltura, já que a segregação do paciente é derivada de processo nulo.

Nas assentadas de 17.06 e de 16.12.2003, negaram provimento ao recurso os Ministros Relator e Paulo Gallotti, dando-lhe provimento o Min. Paulo Medina.

Como visto, cinge-se a questão a dois pontos: nulidade do processo pela adoção do rito da Lei n. 10.409/2002 e excesso de prazo para a conclusão da instrução.

No RHC n. 14.533-RJ, 5ª Turma, Relª Minª Laurita Vaz, publicado no DJ de 13.10.2003, restou deliberado:

Recurso em *habeas corpus*. Processual Penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Constrangimento ilegal. Inobservância do rito procedimental adotado pela Lei n. 10.409/2002. Defesa preliminar escrita. Nulidade relativa.

A Lei n. 10.409/2002, no que concerne o rito procedimental previsto aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, revogou parcialmente a Lei n. 6.368/1976, encontrando-se, inclusive, em vigência.



Consoante o entendimento da Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 26.900-SP, a inobservância do art. 38, da Lei n. 10.409/2002, consubstanciada na falta de oportunidade ao acusado de apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da peça inicial acusatória, não constitui nulidade absoluta, mas relativa, dependendo, para o seu reconhecimento, de efetivo prejuízo.

Recurso desprovido.

Extrai-se, ainda, do voto condutor do acórdão:

Consoante entendimento firmado pela Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 26.900-SP em 12 de agosto de 2003, “a parte de direito material, concernente à tipificação dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes, prevista na Lei n. 10.409/2002, foi vetada. No entanto, as normas processuais especiais dispostas na referida lei, passaram a vigorar. Tem-se, portanto, que a Lei n. 6.368/1976 foi apenas revogada parcialmente, ou seja, *derrogada*”.

Preleciona, nesse sentido, Damásio Evangelista de Jesus, *in verbis*:

As disposições do Capítulo V da Lei n. 10.409/2002 (arts. 37 a 45), que disciplinam a instrução criminal, revogaram parcialmente a mesma parte processual da Lei n. 6.368/1976 cujos institutos não foram disciplinados pela lei nova, p. ex.: art. 35. De modo que o rito processual da ação penal por crimes de tráfico de drogas (arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/1976), hoje, é o da lei nova; tratando-se, entretanto, dos crimes descritos nos arts. 15, 16 e 17 da Lei n. 6.368/1976, de menor potencial ofensivo por força da Lei n. 10.259/2001, incide a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, alterada pela Lei n. 10.259/2001 (*in* Código de Processo Penal Anotado, Editora Saraiva, 18ª edição, p. 815).

Sendo assim, a instrução criminal dos crimes previstos na Lei Anti-Tóxicos de 1976 passou a ser regulada pela novel legislação especial, *em vigência*, restando consagrado o princípio do garantismo penal, ao instituir a resposta escrita à acusação, antes do recebimento da denúncia.

No tocante ao excesso de prazo, até a data da sessão anterior, ante o princípio da razoabilidade, está o feito em seu regular trâmite.

Dito isto, com a vênia do Min. Paulo Medina, acompanho o Min. Relator, negando provimento ao recurso.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.149-ES
(1999/0080761-8)**

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Recorrente: Antônio Carlos Leal Paiva
Advogado: Alceu Bernardo Martinelli e outros
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
Impetrado: Desembargador Corregedor Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo
Impetrado: Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
Recorrido: Estado do Espírito Santo
Advogado: Christiano Dias Lopes Neto e outros

EMENTA

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Adicional de assiduidade. Contagem do tempo de serviço prestado em serventia não-oficializada. Cabimento. Lei Complementar do Espírito Santo n. 80/1996.

1. A Lei Complementar Estadual n. 80/1996 consagrou, com efeitos retroativos, aos servidores públicos do Estado do Espírito Santo que outrora atuaram como serventuários o direito ao cômputo do tempo de serviço prestado anteriormente à vigência da LC n. 46/1994, para fins de concessão do adicional de assiduidade.

2. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 27 de março de 2007 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 30.04.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de recurso ordinário, interposto por Antônio Carlos Leal Paiva, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Consoante informado pelo recorrente, Oficial de Justiça vinculado ao Poder Judiciário daquele Estado, “anteriormente à sua nomeação para ocupar cargo de provimento efetivo por ter sido aprovado em concurso público, laborou junto ao Poder Judiciário em serventia não-oficializada na Contadoria de Vitória durante o período de 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 27 (vinte e sete) dias - de 1º.01.1984 a 27.12.1989, de cujo tempo obteve a averbação junto à Corregedoria Geral de Justiça, para todos os fins e efeitos” (fls. 206/207).

Salientou, outrossim, que, deferido administrativamente seu pedido, “através do Ato n. 1.957/1995, com vigência a partir de 31.01.1994, referente ao decênio de 1º.01.1984 a 1º.01.1994, mas, remetidos os autos à Corte Estadual de Contas para registro, esta impugnou o ato concessivo da gratificação, entendendo que, face ao disposto no art. 301, § 3º, da Lei Complementar n. 46/1994, com a nova redação dada pela Lei Complementar n. 80/1996, só é possível a concessão do benefício a partir de 1º.03.1996, ou seja, a partir da vigência da Lei Complementar n. 80/1996, desde que o servidor tenha sido admitido por Autoridade Judicial. Acolhendo a decisão do Tribunal de Contas, o Corregedor Geral de Justiça suspendeu o pagamento do benefício concedido” (fl. 207).

Diante desse desate, o servidor impetrou o presente mandado de segurança, contra ato do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e do Desembargador Corregedor Geral da Justiça, para requerer, proclamada “a ilegalidade do ato impugnado das autoridades impetradas que culminou por suspender os efeitos financeiros do Ato de n. 1.957/09/97, seja restabelecido o referido ato com o escopo de ser deferido o adicional de assiduidade ao impetrante” desde 31.01.1994 e não apenas desde a edição da Lei Complementar n. 80/1996.

A Corte Estadual denegou a ordem ao fundamento de que se afigura correta a decisão da Corte de Contas “em não registrar o período compreendido entre 31.01.1994 até 28.02.1996, pois somente a partir de 1º.03.1996 é que o tempo de serviço de cartório não oficializado passou a ser computado como tempo de serviço prestado pelo servidor público, garantindo-lhe o benefício requerido. Da mesma forma, correta a decisão da Corregedoria deste Egrégio Tribunal em suspender o Ato n. 1.957 de setembro de 1995, sob pena de responder em alcance pela manutenção da despesa não autorizada” (fl. 169).

A ementa do aresto restou redigida nos seguintes termos:

Mandado de segurança. Serventuário da justiça. Vantagem de adicional de assiduidade. Benefício concedido a partir da data da vigência da Lei Complementar n. 80/1996. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. No mérito, denegada a segurança.

1. Quanto à ilegitimidade passiva, tem-se que, como o ato apontado ilegal resultou de decisão do Tribunal de Contas acatada pelo Excelentíssimo Senhor Corregedor do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, entende-se que devem figurar no pólo passivo da presente ação mandamental as duas autoridades. Assim, rejeita-se esta preliminar argüida pela Presidenta do Tribunal de Contas.

2. A Lei n. 80/1996 introduziu, claramente, no parágrafo 3º do artigo 301, que para efeito de concessão de Gratificação de Assiduidade e Tempo de Serviço prestado anteriormente à Lei Complementar n. 46/1994 como Serventuário da Justiça (inciso III), será considerado como de efetivo exercício. Portanto, só a partir da vigência da Lei n. 80/1996, publicada em 1º.03.1996, é que o impetrante passou a fazer jus ao adicional de assiduidade, vez que só a partir daí o tempo de serviço de cartório não oficializado passou a ser computado como tempo de serviço prestado pelo servidor público, garantindo-lhe o benefício requerido.

Assim, denega-se a segurança pleiteada (fls. 163/164).

Diante desse desate, sob alegação de omissão da Lei Estadual n. 3.200/1978, o impetrante opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados. A título de ilustração, cumpre transcrever trecho do julgado:

(...) este egrégio Tribunal Pleno, exaustivamente, analisou a matéria trazida pelo embargante, demonstrando que este deve deferida sua gratificação assiduidade em 1995, quando já estava em vigor a Lei Complementar n. 46/1994, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Estado do Espírito Santo, revogando a Lei n. 3.200 de 30.01.1978, com suas alterações posteriores, à exceção da Lei Complementar n. 16/1992; sendo que a Lei Complementar n. 46/1994 só considerou cargo público o que foi criado por lei, com denominação própria, atribuições definidas e pagamento pelos cofres do Estado (art. 3º) e definiu como servidor público a pessoa investida em cargo público, isto é, o cargo remunerado por lei, excluindo, assim, da sua abrangência, os ocupantes de serventias não oficializadas.

Assim, para corrigir esta exclusão, a Lei n. 80/1996 introduziu, claramente, no § 3º do art. 301 que, para efeito de concessão de gratificação de assiduidade e adicional, o tempo de serviço prestado anteriormente à Lei Complementar n. 46/1994 como Serventuário da Justiça (inciso II) será considerado como de efetivo exercício.



Portanto, somente a partir da vigência da Lei n. 80/1996, publicada em 1º.03.1996, é que o Impetrante passou a fazer jus ao adicional de assiduidade, e não a partir de 31.01.1994, como pleiteia (fl. 193).

Afirma o impetrante, nas razões do presente recurso ordinário, que “a legislação estadual que regula a Organização e Divisão Judiciária do Estado do Espírito Santo, Lei Estadual n. 3.526/1982, é de clareza solar ao estabelecer a igualdade de tratamento entre os Servidores da Justiça e os demais Funcionários Públicos” (fl. 209).

Alega, também, que “a Lei Estadual n. 3.200/1978, vigente à ocasião em que o direito do impetrante foi consumado”, estabelecia que “a gratificação de assiduidade será concedida, em caráter permanente, ao funcionário efetivo que, tendo adquirido direito a férias-prêmio de acordo com o art. 100, optar por esta gratificação” (fl. 204). Posteriormente, sustenta, a Lei Complementar Estadual n. 80/1996 “manteve os adicionais de assiduidade e por tempo de serviço e ainda estabeleceu expressamente que deve ser computado o tempo de serviço prestado em cartório para fins de concessão de adicional de tempo de serviço e de assiduidade” (fl. 206).

Argumenta, ainda, que de acordo com a jurisprudência desta Corte, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Estaduais, bem como a Lei Estadual n. 3.526/1982, “os serventuários das serventias não oficializadas guardam a qualificação de servidor público para todos os efeitos.” Desse modo, conclui que “tanto a lei expressa à ocasião da consumação do direito, como as decisões administrativas e judiciais dos Órgãos do TJ-ES são pacíficas em determinar a contagem do tempo de serviço prestado por serventuário da Justiça em ofício do foro judicial ou extrajudicial, para concessão de gratificação de assiduidade e adicional por tempo de serviço. Daí porque o Colendo Colegiado de Contas, ao negar registro a decisão do Egrégio Conselho da Magistratura do TJES, que concedeu ao impetrante o direito à inclusão da gratificação de assiduidade e gratificação adicional por tempo de serviço junto aos seus vencimentos, violou-lhe flagrantemente direito líquido e certo” (fl. 219).

Opina o *Parquet* Federal pelo provimento do recurso (fls. 239/246).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Inicialmente, cumpre salientar que a hipótese em exame, que envolve o direito de servidor público estadual à contagem do tempo de serviço prestado em serventia

extrajudicial para fins de percepção do adicional de assiduidade, difere daquele casos em que serventuários de cartórios extrajudiciais pleiteiam, com base na isonomia, a concessão do adicional de assiduidade, o que é vedado pela Súmula n. 339 da Corte Maior.

A Lei Estadual n. 3.200/1978, denominada Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Espírito Santo, criou o adicional de assiduidade e o concedeu aos servidores daquele Estado por cada decênio de exercício efetivo.

Posteriormente, substituiu-a a Lei Complementar Estadual n. 46/1994, que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores do Estado do Espírito Santo e teve a redação do seu artigo 301 alterada pela Lei Complementar Estadual n. 80/1996, passando a dispor que:

Art. 301 - O tempo de serviço dos servidores públicos submetidos ao Regime Jurídico Único, na forma determinada pelos arts. 298 e 299, será computado integralmente para todos os efeitos legais, inclusive férias, férias-prêmio, adicional de assiduidade, décimo - terceiro vencimento, adicional de tempo de serviço, aposentadoria e disponibilidade.

§ 3º - Para efeito de concessão do adicional de assiduidade ou de férias-prêmio, o tempo de serviço dos servidores de que trata o *caput* deste artigo, prestado anteriormente à vigência da Lei Complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994, será computado de acordo com as seguintes regras:

(...)

II - Considera-se de efetivo exercício, para efeito deste artigo, o tempo de serviço prestado na qualidade de extra-numerário, professor credenciado, servidor regido pela legislação trabalhista, anteriormente a sua efetivação, serventuário da Justiça e o tempo de serviço prestado em cartório mediante admissão por autoridade judicial.

Desse modo, a Lei Complementar Estadual n. 80/1996, ao alterar a redação do artigo 301 da Lei Complementar Estadual n. 46/1994, consagrou aos servidores públicos daquele Estado, que outrora atuaram como serventuários, o direito ao cômputo do tempo de serviço prestado anteriormente à vigência da LC n. 46/1994 para fins de concessão do adicional de assiduidade.

Esclarecido que é possível ao legislador estadual estabelecer a contagem de período trabalhado em serventia não-oficializada para fins de recebimento de adicional baseado em tempo de serviço, cumpre afastar a assertiva de que apenas a partir da promulgação da LC n. 80/1996 deveria ser computado aquele tempo.

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, resta evidente que a LC n. 80/1996 expressamente conferiu, com efeitos retroativos, aos servidores



públicos do Estado do Espírito Santo o direito à contagem do tempo de serviço trabalhado anteriormente à LC n. 46/1994, período no qual não eram servidores públicos em sentido estrito. Nesse sentido, enfatizou o Ministério Público Federal, com a promulgação da Lei Complementar Estadual n. 80/1996 deu-se “o reconhecimento, a declaração do direito ao cômputo do tempo de serviço prestado nas serventias e não constituição de nova situação jurídica, operando-se efeitos *ex nunc*” (fl. 244).

In casu, o impetrante trabalhou em serventia não-oficializada na Contadoria de Vitória, como Escrevente Auxiliar, de 1º.01.1984 a 27.12.1989 (fl. 43), em seguida tomando posse como Oficial de Justiça, em 28.12.1989. Destarte, tendo completado o decênio aquisitivo exigido por lei (1º.01.1984 a 1º.01.1994) em 31.01.1994, este deve ser o termo inicial para a concessão do adicional de assiduidade ao impetrante.

Diante do exposto, *dou provimento ao recurso ordinário*, para, concedida a segurança, deferir ao impetrante o adicional de assiduidade desde 31.01.1994.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 237.435-AC (1999/0100598-1)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Estado do Acre

Advogado: Gerson Ney Ribeiro Vilella Junior e outros

Recorrido: Irene Neves Conde

Advogada: Pedro Paulo Castelo Branco Coêlho e outro

EMENTA

Processo Civil. Decisão administrativa do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Impugnação por ação anulatória. Impetração de mandado de segurança para desconstituir tal ação. Impossibilidade. Existência de recurso próprio para impugnar a referida ação. Cabimento de ação judicial contra ato administrativo, mesmo que proferido por Plenário de Corte Estadual.

1. O mandado de segurança somente é admitido contra ato judicial, passível de recurso, no caso de decisão teratológica. Precedentes.

2. Havendo ação anulatória, objetivando a desconstituição de decisão administrativa proferida por Pleno de Tribunal de Justiça, não pode ser impetrado mandado de segurança visando o arquivamento da referida ação judicial, sobretudo porque, na espécie, havia recurso próprio para atacar a decisão prolatada na demanda anulatória, qual seja, o agravo de instrumento. Incidência da Súmula n. 267-STF.

3. É cabível ação anulatória para desconstituir decisão administrativa proferida por Pleno de Tribunal de Justiça, sobretudo porque cabe ao Poder Judiciário zelar pela legalidade dos atos administrativos proferidos de qualquer espécie. Doutrina.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJ 12.02.2007

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: A recorrida impetrou mandado de segurança, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre, contra ato do Presidente daquele Sodalício, consubstanciado no indeferimento de pedido para dar cumprimento a decisão administrativa oriunda do Pleno daquela Corte.

O Tribunal Pleno, julgando recurso administrativo da recorrida, havia deferido pedido de restabelecimento do valor dos vencimentos percebidos por esta, que exercia cargo em comissão no Tribunal há mais de 10 anos.



Destarte, a recorrida peticionou ao Presidente daquela Corte para que efetivasse a decisão, pois já havia transcorrido razoável prazo para a implementação do *decisum*, sem que tivesse sido cumprido.

Decidindo o pedido, o ilustre Presidente do Tribunal de Justiça Acreano entendeu em indeferir o pleito, pois havia sido ajuizada ação anulatória da citada decisão administrativa do Pleno daquela Corte, ação esta que obteve decisão antecipatória de tutela com o objetivo de suspender o *decisum* administrativo, até julgamento final da referida *actio* de anulação.

Diante desse decisório, a recorrida impetrou o mandado de segurança, onde requereu a concessão da segurança para que fosse determinado o imediato cumprimento da decisão administrativa, bem como fosse ordenado o arquivamento da ação anulatória.

O Tribunal de Justiça, por intermédio de sua composição plena, concedeu a segurança, por maioria, para determinar o arquivamento da ação anulatória ajuizada perante a Vara da Fazenda Pública de Rio Branco-AC.

Entendeu, afastando a preliminar de cabimento do mandado de segurança, que a possibilidade de se recorrer da decisão da ação anulatória não impediria a utilização do mandado de segurança, desde que houvesse direito líquido e certo a ser protegido. Afirmou, ainda, que, como a decisão administrativa era do Pleno da Corte, não poderia haver ação anulatória desta decisão e, portanto, incabível seria qualquer recurso deste *decisum*.

No mérito, aduziu que não pode uma decisão administrativa do Pleno de um Tribunal ser desconstituída por uma ação anulatória ajuizada perante um Juiz Monocrático, por absoluta impropriedade desta *actio*, pois o único meio possível de impugnação seria o recurso competente. Nesse sentido, por ter transitado em julgado a decisão administrativa, não mais seria possível modificá-la, nem mesmo por ação anulatória.

O voto vencido, a seu turno, entendeu ser perfeitamente possível a ação anulatória da decisão administrativa, asseverando, ainda, que o único competente para sua apreciação seria o Juiz Monocrático, pois não há, no ordenamento jurídico, nenhuma previsão especial para se combater decisão administrativa de pleno de Tribunal. Afirmou, também, que as decisões administrativas não podem ser imutáveis, caso sejam ilegais, daí porque era de se negar a concessão da segurança.

Foram opostos embargos declaratórios, objetivando fosse esclarecido o motivo pelo qual se admitiu o mandado de segurança em detrimento do recurso cabível na espécie para atacar a tutela antecipada concedida, qual seja, o agravo de instrumento.

Julgando os embargos, o Tribunal esclareceu que a decisão do Pleno não poderia ser atacada por ação anulatória, razão pela qual inviável seria qualquer recurso nesta demanda.

Irresignado, o Estado do Acre interpõe o presente recurso especial, alegando, em síntese, violação ao art. 522 do Código de Processo Civil, porquanto não poderia ser admitido o mandado de segurança para determinar o arquivamento da ação anulatória, quando havia recurso legalmente previsto para atacar a decisão que concedeu a tutela antecipada, qual seja, o agravo de instrumento.

Afirmou que “não ocorrendo a hipótese de decisão teratológica ou de flagrante ilegalidade e ausente a perspectiva da irreparabilidade do dano, não se justifica o uso do mandado de segurança em lugar do recurso cabível, previsto em lei processual”.

Em contra-razões, a recorrida pugnou pela manutenção do aresto recorrido, sustentando ser legítima a utilização de mandado de segurança, na espécie.

Alçado ao juízo de admissibilidade, o recurso foi admitido.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A questão única do recurso especial é aquela tratada na preliminar do acórdão recorrido, qual seja, o cabimento de mandado de segurança para desconstituir ação anulatória, quando havia recurso legalmente previsto.

Nesse sentido, trago trecho do acórdão recorrido que trata especificamente da questão:

É possível Mandado de Segurança para enfrentar Ação Anulatória proposta no Primeiro Grau com o objetivo de desconstituir decisão do Pleno do Tribunal?

Admite a legislação ou a jurisprudência a inversão hierárquica para os recursos?

Sem adentrar ainda na questão da coisa julgada, entendo que cabível é o Mandado de Segurança, pois a garantia do exercício da mandamental se fundamenta na existência de direito líquido e certo, ferido, ilegalmente e com abuso de poder por parte de autoridade.

Concluindo pela possibilidade de impetração de mandado de segurança, afirmou o aresto:



Tenho pois, que descabe qualquer outro procedimento, como recursos menores tais como Agravo, correição, reclamação, etc., quando a garantia constitucional da mandamental, muito mais célere, decide a demanda posta.

Ressai, portanto, que a conclusão do Tribunal *a quo* foi a seguinte: Cabe mandado de segurança, no lugar de qualquer outro recurso, para desconstituir ação anulatória, em trâmite, de decisão administrativa.

Esse o cerne da questão.

Dessa forma, o recurso foi interposto exatamente combatendo a referida conclusão do acórdão recorrido, alegando que não seria cabível o mandado de segurança, pois havia recurso legalmente previsto para enfrentar a ação anulatória, qual seja, o agravo de instrumento da decisão que concedeu a tutela antecipada naquela ação.

Nesse sentido, resta saber se, mesmo cabendo o agravo de instrumento, poderia ter sido impetrado o mandado de segurança para determinar o arquivamento de ação anulatória, em tramitação.

Ressalto, desde logo, que se me afigura incongruente o Tribunal *a quo* ter concedido mandado de segurança, que tinha como ato impugnado uma decisão administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, para alcançar uma ação anulatória, em tramitação na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Rio Branco-AC. Parece-me equivocado que este *mandamus*, impetrado contra um ato administrativo, tenha alcançado uma ação e, por consequência, uma decisão judicial já exarada.

Contudo, assim julgou o Tribunal. Portanto, cabe apenas a esta Corte decidir a questão nos limites em que posta no recurso especial.

Não se desconhece a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial, qualquer que seja. Todavia, o art. 5º da Lei n. 1.533/1951 excepciona as hipóteses de cabimento, dispondo:

Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I - (...)

II - de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição.

Analisando tal artigo, ensina o sempre autorizado Hely Lopes Meirelles:

Inadmissível é o mandado de segurança como substitutivo do recurso próprio, pois por ele não se reforma a decisão impugnada, mas apenas se obtém a sustação de

seus efeitos lesivos ao direito líquido e certo do impetrante, até a revisão do julgado no recurso cabível. (Mandado de Segurança, 28ª edição, Malheiros editores, p. 44)

No mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula n. 267:

Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

A jurisprudência, amenizando a orientação legislativa, passou a aceitar a impetração de mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, quando a decisão for teratológica. Confira-se:

Agravo regimental. Mandado de segurança. Ato judicial passível de recurso. Não cabimento. Súmula n. 267-STF.

I - “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.” (Súmula n. 267-STF).

II - A jurisprudência desta Corte tem afastado, em hipóteses excepcionais, a aplicação da Súmula n. 267-STF, em casos de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais que, à toda evidência, não restaram demonstradas no presente *writ*.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no MS n. 10.436-DE, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJ 28.08.2006)

Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra decisão monocrática. Não-cabimento. Exaurimento da instância. Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Lei n. 9.139/1995. Decisão judicial. Precedentes.

1. O art. 105, inciso II, alínea **b**, da Constituição Federal dispõe que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar “os mandados de segurança decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória”, ou seja, na hipótese em que a decisão recorrida tenha sido proferida por órgão colegiado do Tribunal *a quo*, esgotando-se a instância originária.

2. Na forma estabelecida no art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/1951, não cabe a impetração de mandado de segurança como sucedâneo de recurso legalmente cabível.

3. Após as inovações trazidas pela Lei n. 9.139/1995, mandado de segurança contra ato judicial somente é admitido nos casos de decisão judicial teratológica.

4. Recurso ordinário não-conhecido. (RMS n. 16.811-AM, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º.02.2006)



In casu, sequer se debateu acerca de qualquer teratologia na decisão judicial. Os argumentos para se reconhecer o cabimento do *mandamus* foram a impossibilidade de se ajuizar ação anulatória, em juízo monocrático, contra decisão administrativa do pleno do Tribunal e a desnecessidade de se interpor o recurso cabível da decisão judicial, em razão da existência de ação mandamental para impugnar tal decisão.

Tenho que, em contra partida ao entendimento do aresto impugnado, caso a parte entendesse incorreta a decisão judicial exarada na ação anulatória, ou ainda, incabível tal ação deveria se insurgir com os meios próprios e adequados, processualmente admitidos, nunca por ação mandamental, sob pena de tornar o *mandamus* substituto de qualquer recurso processualmente admitido.

Nesse sentido já julgou o Supremo Tribunal Federal, indamitando a impetração de mandado de segurança quando possível a interposição de recurso contra a decisão que se pretendia ver impugnada pelo *mandamus*:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Não-cabimento de mandado de segurança contra decisão monocrática passível de recurso. Agravo regimental. Recurso improvido.

Não merece prosperar o pedido de reforma de acórdão, prolatado em agravo regimental pelo Superior Tribunal de Justiça, mantenedor da decisão agravada, a qual negara seguimento ao mandado de segurança impetrado contra decisão monocrática de ministro, passível de recurso próprio. Súmula n. 267 desta Corte. Recurso improvido. (RMS n. 27.071-RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 03.06.2005)

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Liminar. Pedido de suspensão da segurança. Indeferimento. Agravo regimental. Cabimento. Cancelamento das Súmulas n. 506-STF e 217-STJ. Mandado de segurança como sucedâneo do recurso específico. Inviabilidade. Hipótese excepcional não-configurada. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e improvido.

1. O mandado de segurança é via imprópria para atacar ato judicial passível de recurso próprio, consoante o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533/1951, e na Súmula n. 267-STF Precedentes do STJ.

2. Excepcionalmente, em situações teratológicas, abusivas, que possam gerar dano de difícil ou incerta reparação, e o recurso previsto não tenha ou não possa obter efeito suspensivo, admite-se que a parte se utilize do mandado de segurança para atacar ato judicial. O caso concreto, todavia, é que revelará, bem ponderados os seus contornos, se deve prevalecer tal regra ou a sua exceção.

3. Na espécie, o mandado de segurança foi impetrado, no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, contra decisão proferida pelo Presidente daquela Corte, na qual foi indeferido pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida em mandado de segurança impetrado por servidores municipais que tiveram suas nomeações anuladas. O recorrente justificou a impetração do *mandamus* ao argumento de que não haveria previsão de recurso contra tal decisão.

4. Com base nas alterações trazidas pela Lei n. 8.437/1992, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgR no AgR no AgR na QO na SS n. 1.945-AL, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ 19.12.2002, p. 102, cancelou a Súmula n. 506-STF e adotou o posicionamento no sentido de que é cabível o recurso de agravo contra decisão que indefere pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança. Posicionamento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg na SS n. 1.166-SP, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, DJ 09.12.2003, p. 192.

5. Assim, sendo possível a interposição de agravo contra a decisão que indefere pedido de suspensão de liminar concedida em mandado de segurança e não sendo tal decisão teratológica, mostra-se inviável a impetração do presente *mandamus*.

6. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RMS n. 16.436-MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 03.04.2006)

Dessa forma, cabível na espécie o agravo de instrumento contra a decisão proferida na ação anulatória, não poderia ser utilizado o mandado de segurança para atacar tal decisão, tampouco para desconstituir a própria demanda anulatória.

Com relação à existência de direito líquido e certo, como dantes salientado, evidente que é cabível o mandado de segurança, desde que não esbarre em um dos óbices citados, no caso, a existência de recurso cabível da decisão que concedeu a tutela antecipada na ação anulatória.

Destarte, já por aí seria de se reformar a decisão para negar a segurança pleiteada.

Contudo, cabe, ainda, analisar o segundo argumento utilizado pelo Tribunal, qual seja, a impossibilidade de se ajuizar ação anulatória de decisão administrativa de pleno de tribunal. Destaco que, nessa seara, foi afastado o argumento do Estado do Acre de que seria cabível o agravo de instrumento para atacar a decisão na anulatória, pois afirmou-se, naquela assentada, que sequer seria possível o ajuizamento de tal demanda.

Observe-se o que aduziu o acórdão dos embargos declaratórios:



O entendimento esposado em meu voto, que vencedor, foi de que uma decisão do Pleno do Tribunal não pode ser interpretada como uma mera decisão administrativa, capaz de poder sofrer exame de uma instância inferior.

Nesse sentido, entendo que, caso o Tribunal entendesse que o ajuizamento da ação anulatória não era o meio correto de se atacar a decisão administrativa do Pleno, deveria ter reformado a decisão, ou ainda, a sentença da ação anulatória. Nunca por meio de um mandado de segurança que sequer foi impetrado contra qualquer ato exarado naquela demanda.

Especificamente no caso, havia uma decisão antecipatória de tutela que, caso a parte entendesse contrária aos seus interesses ou, ainda, proferida em ação irregularmente proposta, deveria interpor o recurso cabível, qual seja, o agravo de instrumento, para desconstituir a decisão ou até mesmo a ação. Todavia repito: não através de um mandado de segurança.

Abro um parêntese aqui para afirmar que divirjo da amplitude dos efeitos que a Corte Acreana deu ao presente mandado de segurança, sobretudo porque nenhum ato daquele magistrado estava sendo impugnado pelo *mandamus*.

Repiso o que foi dito na inicial do mandado de segurança para afastar qualquer dúvida sobre qual seria o ato impugnado pela ação mandamental:

Desconhecendo o que estava acontecendo, a Impetrante, por seu advogado, subscritor da presente, ainda peticionou o cumprimento da respeitável decisão plenária (doc. 18), obtendo do primeiro dos Impetrados, Des. Gercino José da Silva Filho, o *malsinado despacho a seguir transcrito, despacho esse que constitui, justamente, o termo a quo para a impetração do presente writ* (doc. 19).

Desse modo, muito embora apontado na inicial como autoridade coatora também o Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Rio Branco-AC, certo é que, conforme expressamente afirmado na inicial, a decisão impugnada era a decisão administrativa do ilustre Presidente do Tribunal *a quo*.

Seguindo adiante não vejo, ainda, qualquer óbice ao ajuizamento da ação anulatória contra decisão administrativa, mormente em razão da possibilidade do judiciário rever os atos administrativos desde que proferidos de forma ilegal.

Trago, nesse sentido, trecho do voto-vista, vencido, que taxativamente admitiu o cabimento da ação anulatória em tais casos:

No caso *sub examine*, vê-se que o recurso administrativo interposto pela servidora Irene Neves Conde contra a decisão administrativa da Presidência deste Sodalício, propiciou o reexame interno do ato recorrido pelo Pleno, tornando definitiva a decisão na via administrativa, uma vez exauridos os recursos próprios

de autocorreção. Contudo, essa decisão pode ser anulada a qualquer tempo, pela via judicial, desde que revestida de ilegalidade.

Assim, não parece sustentável a alegação do acórdão recorrido de que o mandado de segurança seria cabível, em razão da inviabilidade da ação anulatória proposta, sobretudo porque havia recurso próprio para enfrentar a decisão proferida e o cabimento da ação ajuizada.

Nesse ponto, vale transcrever a lição do mestre José dos Santos Carvalho Filho, sobre a possibilidade de se utilizar a via judicial para reverter atos administrativos:

Em conclusão, temos duas formas possíveis de invalidação: uma processada pelo Judiciário e outra pela própria Administração. Diga-se, ainda, que essa dupla via já mereceu consagração junto ao Supremo Tribunal Federal em suas conhecidas Súmulas, as de n. 346 e 473. Acrescente-se, por fim, que a invalidação por qualquer das referidas vias atinge todo tipo de atos administrativos com vícios de legalidade. (Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, editora Lumen Juris, p. 125)

Destarte, como não havia mais recursos hierárquicos da decisão administrativa, outra não poderia ser a saída, senão a via judicial. E nesse caso, o único competente seria o juiz monocrático, pois a lei não regula nenhum tipo de competência especial para as ações judiciais contra decisão administrativa de Tribunal Pleno, como afirmou acertadamente o voto vencido do aresto recorrido, *verbis*:

No presente caso, como a ação anulatória de decisão administrativa não se insere no contexto daquelas expressamente tratadas na Constituição Estadual, não se elencando, também, no rol previsto nos artigos 48, 49 e 50, todos do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça, e considerando que se trata de meio idôneo para o combate ao ato administrativo que fira direitos, mormente quando se objetiva evitar lesão ao erário, pode-se concluir pela aplicabilidade do artigo 233, inciso I, da Lei Complementar n. 47/1995 (Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado), que estabelece:

Art. 233 - Compete ao Juiz da Vara da Fazenda Pública processar e julgar:

I - as causas de interesse da Fazenda Pública do Estado, do Município de Rio Branco, entidades autárquicas e empresas públicas.

Diante de tal fato é que, também por esse aspecto, entendo que não seria possível o ajuizamento de mandado de segurança para combater a ação anulatória



ajuizada perante a Vara de Fazenda Pública, sobretudo porque havia recurso próprio para a parte combater a decisão judicial proferida em contrariedade aos seus interesses, qual seja, o agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido e denegar a segurança pleiteada, determinando, ainda, o prosseguimento da ação anulatória n. 00198009683-0, ajuizada perante a Vara de Fazenda Pública de Rio Branco-AC.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 491.438-PR (2002/0161904-1)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Sindicato dos Policiais Rodoviaros Federais do Estado do Paraná (SINPRF-PR)

Advogado: João Luiz Arzeno da Silva e outro

Recorrido: União

EMENTA

Administrativo. Servidor público inativo. Auxílio-alimentação. Lei n. 8.460/1992. Decreto n. 969/1993. Recurso especial. Violação a dispositivos constitucionais. Impossibilidade.

1. O auxílio-alimentação possui natureza indenizatória, não podendo ser estendido aos servidores aposentados.

2. Em sede de recurso especial, é inviável o exame de afronta a dispositivos constitucionais, mister reservado ao Supremo Tribunal Federal pela via do extraordinário.

3. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Fontes de Alencar e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Relator

DJ 19.03.2007

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial, calcado na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região assim ementado:

Administrativo. Auxílio alimentação a servidores inativos. Inadmissibilidade.

1. O auxílio-alimentação não tem natureza remuneratória - tanto que sobre ele não incide contribuição previdenciária nem Imposto de Renda -, razão por que não se estende o benefício aos inativos.

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de inoquer, *in casu*, violação à Constituição Federal (§ 4º do artigo 40). (fl. 253)

Aponta o sindicato recorrente violação dos artigos 22 da Lei n. 8.460/1992, 1º e 6º do Decreto n. 969/1993, 3º da Lei n. 9.527/1997, 51 e 189 da Lei n. 8.112/1990, bem como da Lei n. 8.852/1994, do Decreto n. 2.050/1996 e do artigo 40 da Constituição Federal.

Sustenta-se o direito de percepção pelos servidores inativos do auxílio-alimentação.

Contra-razões às fls. 326/333.

Admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): A irresignação não merece acolhimento.

Registre-se, inicialmente, a impossibilidade de apreciar a violação de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, mister reservado ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário.



No que diz com as Leis n. 8.112/1990 e 8.852/1994, a questão não foi apreciada pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir possível omissão, ausente, destarte, o requisito indispensável do prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356-STF).

Prequestionamento é o exame pelo Tribunal de origem, e não apenas nas manifestações das partes, dos dispositivos que se têm como afrontados pela decisão recorrida.

Ademais, o acórdão recorrido decidiu em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o auxílio-alimentação possui natureza indenizatória, não podendo ser estendido aos servidores inativos.

Acrescente-se que há vedação expressa de o benefício incorporar-se aos proventos da aposentadoria, conforme dispõe o artigo 22 da Lei n. 8.460/1992, *verbis*:

Art. 22. O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação por dia trabalhado, aos servidores públicos civil ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

§ 1º A concessão do auxílio-alimentação será feita em pecúnia e terá caráter indenizatório.

(...)

§ 3º O auxílio alimentação não será:

- a) incorporado ao vencimento, remuneração, provento ou pensão;
- b) configurado como rendimento tributável e nem sofrerá incidência de contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público;
- c) caracterizado como salário-utilidade ou prestação salarial *in natura*;

A propósito, confirmam-se:

A - Administrativo. Funcionário público inativo. Lei n. 8.460/1992.

- Da análise da lei que instituiu o postulado auxílio-alimentação, verifica-se que há expressa vedação de que se incorpore aos proventos ou pensões esse benefício (Art. 22 da Lei n. 8.460/1992).

- Recurso não conhecido.

(REsp n. 181.610-PR, Relator o Ministro *Felix Fischer*, DJU de 31.05.1999)

B - Recurso especial. Administrativo. Servidores aposentados. Auxílio-alimentação. Incorporação. Impossibilidade. Benefício de natureza transitória.

O auxílio-alimentação é um benefício de natureza transitória e indenizatória, inerente ao exercício das funções, não podendo, dessa forma, ser estendido e muito menos incorporado aos proventos dos inativos.

Violação não caracterizada.

Precedentes.

Recurso desprovido.

(REsp n. 415.864-RS, Relator o Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, DJU de 04.011.2002)

C - Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidores públicos estaduais aposentados. Incorporação do auxílio-alimentação aos proventos. Impossibilidade. Natureza em razão da função ativa. Inexistência de previsão legal. Ausência de direito líquido e certo.

1 - O auxílio pleiteado pelos recorrentes, o qual pretendem seja incorporado aos seus proventos de inatividade, é uma vantagem pecuniária que se destina exclusivamente à necessidade dos servidores ativos de se alimentarem, mantendo-os em condições físicas e mentais para, obviamente, atenderem aos interesses da Administração Pública. Findos os motivos que justificam sua concessão, com o desligamento do servidor, extingue-se a razão de seu pagamento, porquanto cuida-se de adicional em razão da função ativa por este exercida.

2 - Precedentes (STF, RE n. 281.015-RS e STJ, REsp n. 168.426-RS e RMS n. 7.436-RS).

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido.

(ROMS n. 11.702-ES, Relator o Ministro *Jorge Scartezzini*, DJU de 08.04.2002)

D - Administrativo. Servidor público. Auxílio-alimentação. Incorporação. Impossibilidade jurídica.

1. Buscando apenas propiciar o aumento da produtividade e eficiência funcionais, sem natureza salarial, o auxílio-alimentação não deve ser incorporado à remuneração ou proventos do servidor público.

2. Recurso não conhecido.

(REsp n. 199.742-PR, Relator o Ministro *Edson Vidigal*, DJU de 17.05.1999)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.



RECURSO ESPECIAL N. 502.856-DF (2002/0169003-4)

Relator: Ministro Paulo Gallotti

Recorrente: Gradimir Djurovic

Advogado: Wendell do Carmo Sant'ana e outros

Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Recurso especial. Porte ilegal de arma. Uso restrito. Necessidade de laudo pericial que ateste essa condição. Decreto n. 55.649/1965 revogado pelo Decreto n. 2.998/1999. Desclassificação para a forma simples.

1. Tendo o art. 3º do Decreto n. 2.998, de 23 de março de 1999, editado em data anterior à prática do delito, que ocorreu em 18 de março de 2000, revogado expressamente o Decreto n. 55.649/1965, este não pode ser levado em consideração para justificar a qualificadora relativa à circunstância de ser a arma de uso restrito.

2. Com o advento do Decreto n. 2.998/1999 e, posteriormente, do Decreto n. 3.665/2000 que o revogou, não sendo possível uma imediata classificação da arma, nos termos do art. 16 dos referidos decretos, impõe-se a verificação técnica de seu enquadramento em uma das hipóteses ali descritas.

3. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Medina, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2005 (data do julgamento).

Ministro Paulo Gallotti, Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti: Cuida-se de recurso especial interposto por Gradimir Djurovic, fundamentado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Os autos foram a mim distribuídos por prevenção de Turma.

Colhe-se do processado que o recorrente foi condenado, como incurso no art. 10, § 2º, da Lei n. 9.437/1997, a 2 anos de reclusão, a serem cumpridos no regime aberto, e multa, substituída a sanção corporal por medidas restritivas de direitos.

Inconformado, apelou, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, negado provimento ao recurso.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados.

Daí o especial, no qual se alega, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 13, *caput*, do Código Penal, do art. 158 do Código de Processo Penal, e dos arts. 16, III, e 27, III, os dois do Decreto n. 2.998/1999, sustentando-se que para a caracterização do crime de uso de arma restrita é imprescindível que o exame de corpo de delito ateste essa condição, devendo a condenação, no caso, restringir-se ao *caput* do art. 10 da Lei n. 9.437/1997.

Com as contra-razões, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Afasta-se, inicialmente, a alegação de prescrição, sustentada pela defesa na Tribuna, pois, tendo o recorrente sido condenado a dois anos de reclusão, não decorreram quatro anos desde a publicação da sentença condenatória, 14.08.2001 (fl. 92vº), tampouco entre os demais marcos interruptivos da prescrição.

No mais, merece acolhida a irresignação.

A questão cinge-se em saber se restou configurada a qualificadora prevista no § 2º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, decorrente de ser de uso restrito a arma que se portava ilegalmente.

Sustenta o recorrente que, como o crime deixa vestígios, é imprescindível que se comprove que a arma é de uso restrito, acrescentando que o art. 16, III, do Decreto n. 2.998/1999, apenas dá exemplos de alguns desses equipamentos, sendo necessário, para a configuração da qualificadora, que o laudo pericial



certifique que a arma possui na saída do cano energia superior a trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete joules.

No ponto, o Juiz de primeiro grau assim fundamentou a sentença condenatória:

Por fim, também não merece prosperar a pretensão em desclassificar o delito por falta de indicação no laudo de que a arma, efetivamente, seja de uso proibido. As armas cujo uso é proibido vêm elencadas no Decreto n. 55.649/1965. Inserindo-se naquele rol, mostra-se latente a qualificadora do § 2º do art. 10 da Lei n. 9.437/1997. E é o que se afigura no caso em apreço, pois disciplina aquele decreto, em seu artigo 161, alínea **e**, que são armas de uso proibido as pistolas semi-automáticas de calibre superior a 7,65 mm. Porquanto, inafastável a qualificadora **e**, conseqüentemente, inaplicável o *sursis* processual. A propósito, oportuno conferir a ementa jurisprudencial a seguir transcrita:

Apelação. Arma de fogo. Uso proibido. Porte ilegal. Qualificação. Desclassificação para porte de arma simples - Constatado ser a arma apreendida - uma pistola semi-automática 9 mm PARA - de uso proibido, art. 161, alíneas **e** e **f** do Dec. n. 55.649/1965 - procede a qualificação atinente advinda. (fl. 90)

Verifica-se, assim, que a condenação por crime qualificado está assentada no Decreto n. 55.649/1965, que dispunha que as armas de calibre superior a 7,65 mm eram de uso restrito.

No entanto, o art. 3º do Decreto n. 2.998, de 23 de março de 1999, editado em data anterior à prática do delito, que ocorreu em 18 de março de 2000, revogou expressamente o Decreto n. 55.649/1965, tornando impossível fosse levado em consideração para justificar a aludida qualificadora.

Por sua vez, a avaliação do laudo pericial de fls. 26/27 à luz desse novo regramento decorrente do contido no mencionado Decreto n. 2.998/1999 não autoriza a conclusão de que a arma apreendida era de uso restrito, notadamente porque não especifica a quantidade de energia na saída de seu cano, circunstância a ser afirmada expressamente.

Ao negar provimento à apelação, o acórdão atacado assevera que a qualificação da arma independe do que se contém no laudo pericial, decorrendo do próprio texto legal.

Contudo, não é o que se verifica do art. 16 do Decreto n. 2.998/1999, que em seus inúmeros incisos descreve as armas que devem ser consideradas de uso restrito.

No caso, o laudo pericial atesta que a arma apreendida em poder do recorrente é uma “pistola marca Taurus (Forjas Taurus S.A.), PT 111, *Millennium*, calibre 9mm PARA, número de série TRE12101, semi-automática, sistema de operação do tipo *blow back*, de dupla ação, ferrolho com acabamento oxidado, armação e empunhadura inteiriça em material sintético rígido (cor preta, zigrinada), percussão indireta, municiação através de pente carregador, cano (em aço inoxidável) medindo juntamente com a câmara setenta e nove milímetros e seis décimos de milímetro (79,6mm) de comprimento, de alma raiada (6D), sistema de segurança acionado, alavanca localizada na lateral direita posterior da armação”, que não se encontra expressamente descrita no art. 16 do Decreto n. 2.998/1999, dependendo a constatação dessa circunstância do competente exame técnico.

Importante registrar que na vigência da legislação anterior - Decreto n. 55.649/1965 - a arma em questão era de uso restrito, pois assim se consideravam as “pistolas semi-automáticas de calibres superiores a 7,65 mm”.

Atualmente, com o advento do Decreto n. 2.998/1999 e, posteriormente, do Decreto n. 3.665/2000 que o revogou, não sendo possível uma imediata classificação da arma, nos termos do art. 16 dos referidos decretos, como no caso, impõe-se a verificação técnica de seu enquadramento em uma das hipóteses ali descritas.

Mostra-se imperioso, portanto, a desclassificação do delito de porte de arma para a forma simples, assim como a readequação da pena imposta ao recorrente, que vai mantida no mínimo legal, como operado na sentença, estabelecida definitivamente em 1 ano de detenção e 10 dias-multa.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para desclassificar o crime para o *caput* do art. 10 da Lei n. 9.437/1997, reduzida a sanção imposta ao recorrente a 1 ano de detenção e 10 dias-multa, preservados no mais o acórdão e a sentença.

É como voto.



Súmulas

SÚMULA N. 346

É vedada aos militares temporários, para aquisição de estabilidade, a contagem em dobro de férias e licenças não-gozadas.

Referência:

Lei n. 6.880/1980, arts. 50, IV, **a**, e 137, IV e V, e § 2º.

Precedentes:

AgRg no REsp n. 365.925-RS (6ª T, 07.08.2003 - DJ 1º.09.2003)

EREsp n. 214.759-RS (3ª S, 13.12.2000 - DJ 05.03.2001)

EREsp n. 227.320-RS (3ª S, 08.11.2000 - DJ 19.02.2001)

EREsp n. 237.713-RS (3ª S, 08.11.2000 - DJ 19.02.2001)

REsp n. 262.592-CE (5ª T, 06.04.2001 - DJ 04.06.2001)

REsp n. 316.599-RS (6ª T, 11.09.2001 - DJ 1º.10.2001)

REsp n. 330.850-RS (5ª T, 11.09.2001 - DJ 15.10.2001)

REsp n. 538.203-RS (6ª T, 16.03.2004 - DJ 02.10.2006)

Terceira Seção, em 13.02.2008.

DJe 03.03.2008, ed. 92.



Índice Analítico

A

- Cm Abuso de poder - Acionista controlador - Lei n. 6.404/1976, art. 117, § 1º - **Sociedade anônima**. REsp n. 798.264 - SP. RSTJ 209/284.
- PrCv Ação anulatória - Desconstituição - Impossibilidade - Agravo de instrumento - Recurso cabível - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Súmula n. 267-STF - Incidência - Tribunal de Justiça - Ato administrativo - Impugnação. REsp n. 237.435 - AC. RSTJ 209/503.
- PrCv **Ação anulatória de compra e venda** - Direito de preferência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Imóvel alugado - Locatário - Interesse jurídico - Ausência. REsp n. 300.227 - MG. RSTJ 209/328.
- PrCv **Ação consignatória em pagamento** - Caráter dúplice - CPC, art. 899, §§ 1º e 2º - Depósito a menor - Extinção parcial do débito - Possibilidade - Honorários advocatícios - Responsabilidade do autor. REsp n. 886.823 - DF. RSTJ 209/307.
- PrCv **Ação de cobrança** - Competência - Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Não-configuração - Honorários advocatícios - Justiça brasileira. RO n. 42 - RJ. RSTJ 209/311.
- Trbt **Ação de inexistência de relação jurídica tributária** - Imposto de Renda (IR) - Não-incidência - Lei n. 7.713/1988 - Legislação aplicável - Lei n. 9.250/1995 - Previdência privada - Aposentadoria complementar. AgRg no Ag n. 830.174 - RJ. RSTJ 209/167.
- PrCv **Ação de reparação de danos** - Acidente de trânsito - Buraco na rodovia - CPC, art. 277, § 5º - Responsabilidade civil do Estado - Rito sumário - Rito ordinário - Conversão - Desnecessidade. REsp n. 647.216 - DF. RSTJ 209/68.
- PrCv **Ação de repetição do indébito** - Correção monetária - Índice aplicável - Finsocial - Cofins - Compensação. REsp n. 900.334 - SP. RSTJ 209/227.

- PrCv **Ação de repetição do indébito** - Encargo tributário - Não-repasse - Comprovação - Necessidade - Finsocial - Compensação - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Comerciante varejista de combustível - Substituição tributária. REsp n. 643.389 - PE. RSTJ 209/64.
- PrCv Ação declaratória de inexistência de ato jurídico - Não-cabimento - **Ação rescisória** - Cabimento - Sentença homologatória de cálculos - Mérito - Exame - Ocorrência. REsp n. 717.977 - MT. RSTJ 209/189.
- PrCv **Ação indenizatória** - Acórdão recorrido - Omissão - Configuração - Consórcio - Contrato de adesão - Cláusula contratual ininteligível - CPC, art. 535, II - Perdas e danos - Nexo de causalidade - Ausência. REsp n. 784.127 - MA. RSTJ 209/277.
- PrCv **Ação indenizatória** - Banco - Assalto - Cliente - Falecimento - Dano moral - Dano material - Força maior - Não-caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Instituição financeira. REsp n. 599.546 - RS. RSTJ 209/339.
- PrPn Ação penal - Justa causa - Ausência - CP art. 355, parágrafo único - Crime de patrocínio infiel - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Cabimento. HC n. 60.266 - RS. RSTJ 209/482.
- PrCv **Ação popular** - Julgamento - Anulação - Nova publicação - Necessidade - Processo em pauta - Adiamento. EREsp n. 474.475 - SP RSTJ 209/27.
- PrCv Ação própria - Necessidade - **Arrematação** - Nulidade - Decretação de ofício - Impossibilidade - Carta de arrematação - Expedição. RMS n. 22.286 - PR. RSTJ 209/237.
- PrCv **Ação rescisória** - Cabimento - Ação declaratória de inexistência de ato jurídico - Não-cabimento - Sentença homologatória de cálculos - Mérito - Exame - Ocorrência. REsp n. 717.977 - MT. RSTJ 209/189.
- PrCv **Ação revocatória** - Improcedência - Falência - Fraude - Não-caracterização - Imóvel - Venda anterior. REsp n. 302.558 - RJ. RSTJ 209/332.
- PrCv Acessões voluptuárias - Bem de família - Não-caracterização - **Embargos à execução** - Imóvel contíguo - Lei n. 8.009/1990, art. 2º, parágrafo único - Penhora - Desconstituição - Impossibilidade. REsp n. 624.355 - SC. RSTJ 209/243.
- PrPn Acidente de trânsito - Agentes militares - Atividade militar - Não-ocorrência - **Competência** - Justiça Estadual. CC n. 26.986 - SP RSTJ 209/369.
- PrCv Acidente de trânsito - Buraco na rodovia - **Ação de reparação de danos** - CPC, art. 277, § 5º - Responsabilidade civil do Estado - Rito sumário - Rito ordinário - Conversão - Desnecessidade. REsp n. 647.216 - DF. RSTJ 209/68.
- Cm Acionista controlador - Abuso de poder - Lei n. 6.404/1976, art. 117, § 1º - **Sociedade anônima**. REsp n. 798.264 - SP RSTJ 209/284.



- PrCv Acórdão recorrido - Omissão - Configuração - **Ação indenizatória** - Consórcio - Contrato de adesão - Cláusula contratual ininteligível - CPC, art. 535, II - Perdas e danos - Nexo de causalidade - Ausência. REsp n. 784.127 - MA. RSTJ 209/277.
- Adm Adicional de assiduidade - Cabimento - Lei Complementar n. 46/1994(ES) - Lei Complementar n. 80/1996(ES) - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Tempo de serviço - Serventia não-oficializada. RMS n. 11.149 - ES. RSTJ 209/498.
- PrPn Advogado - Alegações finais - Não-apresentação - Crime de roubo - Defensor dativo - Nomeação - **Habeas corpus** - Intimação prévia - Desnecessidade - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 38.924 - PR. RSTJ 209/389.
- PrPn Agentes militares - Atividade militar - Não-ocorrência - Acidente de trânsito - **Competência** - Justiça Estadual. CC n. 26.986 - SP RSTJ 209/369.
- PrCv **Agravo de instrumento** - Inadmissibilidade - CPC, art. 525, I - Peça essencial - Juntada - Ausência. EREsp n. 471.930 - SP RSTJ 209/21.
- PrCv Agravo de instrumento - Recurso cabível - Ação anulatória - Desconstituição - Impossibilidade - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Súmula n. 267-STF - Incidência - Tribunal de Justiça - Ato administrativo - Impugnação. REsp n. 237.435 - AC. RSTJ 209/503.
- PrCv Agravo regimental - Deserção - Impossibilidade - Assistência judiciária gratuita - Indeferimento - Direito líquido e certo - Violação - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 15.508 - RJ. RSTJ 209/319.
- Cv Agressão em casa noturna - Decisão *extra petita* - Não-ocorrência - **Indenização** - Cabimento - Prova - Valoração - Não-cabimento - Relação de consumo - Caracterização - Responsabilidade civil subjetiva - Comprovação. REsp n. 695.000 - RJ. RSTJ 209/263.
- Cm Alongamento de dívida - Direito do devedor - **Crédito rural** - Securitização - Dívida - Alongamento - Direito do devedor - Lei n. 9.138/1995, art. 5º - Transação - Homologação judicial - Transação - Homologação por sentença. REsp n. 451.258 - RS. RSTJ 209/240.
- Cv Alunos-Distinção-Não-cabimento-Lei n. 9.870/1999-**Mensalidades escolares** - Forma de cálculo. REsp n. 674.571 - SC. RSTJ 209/255.
- Adm Anuidade - Fixação - **Conselho profissional** - Resolução - Não-cabimento. REsp n. 496.444 - PR. RSTJ 209/176.
- PrPn Apelação - Indicação de alíneas - Ausência - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Razões de apelação - Suprimento - Ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 52.945 - SP RSTJ 209/406.
- PrCv **Apelação** - Intempestividade - Erro grosseiro - Caracterização - Protocolo integrado - Ausência. REsp n. 552.440 - DF RSTJ 209/336.
- PrPn **Apelação** - Termo inicial - CPP, art. 798, § 5º, a - Intimação - Carta precatória. REsp n. 669.939 - RS. RSTJ 209/418.

- Adm Aposentadoria - Acumulação - Impossibilidade - Decreto n. 41.689/2001(MG) - Lei n. 8.935/1994 - Magistério - Oficial de registro - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 19.456 - MG. RSTJ 209/60.
- Pv **Aposentadoria** - Complementação - Não-cabimento - Empregado público - Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) - Lei n. 8.529/1992, arts. 1º e 4º. REsp n. 616.480 - DF RSTJ 209/411.
- Pn Arma de uso restrito - Não-caracterização - **Crime de porte ilegal de arma** - Decreto n. 2.998/1999, art. 3º - Decreto n. 3.665/2000 - Laudo pericial - Necessidade - Lei n. 9.437/1997, art. 10. REsp n. 502.856 - DF RSTJ 209/517.
- PrCv **Arrematação** - Nulidade - Decretação de ofício - Impossibilidade - Ação própria - Necessidade - Carta de arrematação - Expedição. RMS n. 22.286 - PR. RSTJ 209/237.
- PrCv Assistência judiciária gratuita - Indeferimento - Agravo regimental - Deserção - Impossibilidade - Direito líquido e certo - Violação - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 15.508 - RJ. RSTJ 209/319.
- PrCv *Astreintes* - Bloqueio de valor em conta pública - Possibilidade - CPC, art. 461, §§ 4º e 5º - Decisão *extra petita* - Não-caracterização - **Obrigação de dar**. REsp n. 895.846 - RS. RSTJ 209/216.
- PrCv *Astreintes* - Aplicabilidade - CPC, art. 461, § 4º - Energia elétrica - Fornecimento - Interrupção - **Execução** - Religamento - Ordem - Descumprimento. REsp n. 885.737 - SE. RSTJ 209/160.
- Adm Ato administrativo - Correção - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Pedido genérico - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 10.905 - DF RSTJ 209/382.
- Trbt Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 78 - **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - Repasse - Atraso - Juros moratórios - Aplicabilidade - Lei Complementar n. 63/1990, art. 10. REsp n. 845.885 - SP RSTJ 209/154.
- Adm Auxílio-alimentação - Não-cabimento - Lei n. 8.460/1992 - Natureza indenizatória - Caracterização - **Servidor público inativo**. REsp n. 491.438 - PR. RSTJ 209/513.

B

- PrCv Banco - Assalto - Cliente - Falecimento - **Ação indenizatória** - Dano moral - Dano material - Força maior - Não-caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Instituição financeira. REsp n. 599.546 - RS. RSTJ 209/339.
- Adm Base de cálculo - Salário mínimo - **Conselho Regional de Farmácia (CRF)** - Lei n. 6.205/1975, art. 1º - Multa. REsp n. 674.884 - PR. RSTJ 209/74.



- PrCv Bem de família - Não-caracterização - Acessões voluptuárias - **Embargos à execução** - Imóvel contíguo - Lei n. 8.009/1990, art. 2º, parágrafo único - Penhora - Desconstituição - Impossibilidade. REsp n. 624.355 - SC. RSTJ 209/243.
- Pv **Benefício previdenciário** - Dívida ativa não-tributária - Caracterização - Escrituração - Cabimento - Restituição do indébito. REsp n. 527.143 - PR. RSTJ 209/183.
- PrPn *Bis in idem* - Caracterização - Duplo indiciamento - Comarcas distintas - **Habeas corpus** - Inquérito policial - Trancamento. HC n. 44.197 - MT. RSTJ 209/394.
- Trbt Bitributação - Configuração - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988, art. 6º - Lei n. 9.250/1995, art. 4º - Previdência privada - Aposentadoria complementar. REsp n. 843.638 - RJ. RSTJ 209/142.
- PrCv Bloqueio de valor em conta pública - Possibilidade - *Astreintes* - CPC, art. 461, §§ 4º e 5º - Decisão *extra petita* - Não-caracterização - **Obrigações de dar**. REsp n. 895.846 - RS. RSTJ 209/216.

C

- PrCv Carta de arrematação - Expedição - Ação própria - Necessidade - **Arrematação** - Nulidade - Decretação de ofício - Impossibilidade. RMS n. 22.286 - PR. RSTJ 209/237.
- Cv CC/1916, arts. 145, II, e 1.089 - Direitos sucessórios - Transferência - Impossibilidade - **Partilha** - Nulidade - Separação consensual. REsp n. 300.143 - SP RSTJ 209/324.
- PrPn Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - CPP, art. 499 - Crime de estelionato - **Habeas corpus** - Oitiva de testemunhas - Indeferimento fundamentado. HC n. 47.891 - RJ. RSTJ 209/398.
- Ct CF/1988, arts. 5º, XXXIII e LX; 37, e 93, IX e X - Documentos funcionais - Acesso - Possibilidade - **Habeas data** - Militar - Princípio da publicidade - Prevalência - Súmula n. 684-STF. HD n. 91 - DF. RSTJ 209/372.
- PrPn CF/1988, art. 5º, LVII - Crime de evasão de divisas - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de inocência - Prisão preventiva - Não-cabimento - Processo criminal - Antecedente - Não-caracterização. HC n. 59.051 - PR. RSTJ 209/475.
- Adm CF/1988, art. 37 - Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 5º, **i** - Desapropriação - Desvio de finalidade - Ocorrência - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.703 - BA. RSTJ 209/33.
- PrCv CF/1988, art. 100, § 1º, **a** - CPC, arts. 126; 128; 165; 458; 459 e 535, I e II - Violação - Não-ocorrência - Honorários advocatícios - Natureza alimentar - Não-caracterização - **Recurso especial**. REsp n. 724.693 - PR. RSTJ 209/109.

- Adm Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Crédito educativo** - Lei n. 9.298/1996 - Inaplicabilidade - Multa contratual - Cabimento - Relação de consumo - Inexistência. REsp n. 793.977 - RS. RSTJ 209/197.
- PrCv **Coisa julgada** - Execução - Não-ocorrência - CPC, art. 583 c.c. 618 - Embargos do devedor - Ausência - Exceção de pré-executividade - Cabimento - Título executivo judicial - Nulidade. REsp n. 713.243 - RS. RSTJ 209/82.
- PrCv Competência - **Ação de cobrança** - Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Não-configuração - Honorários advocatícios - Justiça brasileira. RO n. 42 - RJ. RSTJ 209/311.
- PrPn **Competência** - Acidente de trânsito - Agentes militares - Atividade militar - Não-ocorrência - Justiça Estadual. CC n. 26.986 - SP. RSTJ 209/369.
- PrPn Concurso de agentes - Não-caracterização - Crime de furto - **Habeas corpus** - Qualificadora - Não-ocorrência. HC n. 38.097 - SP. RSTJ 209/440.
- PrPn Conduta atípica - Crime de falsa identidade - Crime formal - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Desnecessidade. HC n. 23.372 - SP. RSTJ 209/425.
- PrCv Cônjuges - Intimação - Necessidade - **Imóvel** - Penhora - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 629.320 - DF. RSTJ 209/245.
- Adm Conmetro - Poder normativo - Lei n. 5.966/1973, art. 9º - **Multa** - Aplicação - Legalidade. REsp n. 507.483 - RS. RSTJ 209/179.
- Adm **Conselho profissional** - Anuidade - Fixação - Resolução - Não-cabimento. REsp n. 496.444 - PR. RSTJ 209/176.
- Adm **Conselho Regional de Farmácia (CRF)** - Base de cálculo - Salário mínimo - Lei n. 6.205/1975, art. 1º - Multa. REsp n. 674.884 - PR. RSTJ 209/74.
- PrCv Consórcio - Contrato de adesão - Cláusula contratual ininteligível - **Ação indenizatória** - Acórdão recorrido - Omissão - Configuração - CPC, art. 535, II - Perdas e danos - Nexo de causalidade - Ausência. REsp n. 784.127 - MA. RSTJ 209/277.
- Pn Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Lei n. 10.259/2001, art. 2º, § 2º - Lei n. 10.409/2002, art. 27. RHC n. 14.044 - SC. RSTJ 209/486.
- Adm Contagem em dobro - Impossibilidade - Estabilidade - Aquisição - Férias e licenças não-gozadas - Lei n. 6.880/1980, arts. 50, IV, a, e 137, IV e V, e § 2º - **Militar temporário**. Súmula n. 346-STJ. RSTJ 209/523.
- Cv **Contrato de empreendimento imobiliário** - Inadimplemento - Valor monetário - Devolução. REsp n. 775.255 - RJ. RSTJ 209/350.



- Pv **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Salário - Não-caracterização - Seguro de vida em grupo. REsp n. 701.802 - RS. RSTJ 209/79.
- PrCv Correção monetária - Índice aplicável - **Ação de repetição do indébito** - Finsocial - Cofins - Compensação. REsp n. 900.334 - SP. RSTJ 209/227.
- Pn CP art. 71, *caput* - Crime continuado - Concurso formal - Aplicabilidade - Crime contra a ordem tributária - **Habeas corpus** - Lei n. 8.137/1990, arts. 1º, II e 12, I - Princípio do *ne bis in idem*. HC n. 34.347 - RS. RSTJ 209/429.
- PrPn CP art. 355, parágrafo único - Ação penal - Justa causa - Ausência - Crime de patrocínio infiel - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Cabimento. HC n. 60.266 - RS. RSTJ 209/482.
- PrCv CPC, art. 6º - Violação - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Não-caracterização - Lei n. 6.880/1980, art. 50, § 3º, **h** - **Mandado de segurança** - Militar - Madrasta - Dependência econômica - Comprovação. REsp n. 617.605 - RJ. RSTJ 209/415.
- PrCv CPC, arts. 20, § 3º; 165; 458 e 535 - Violação - Não-configuração - **Embargos à execução** - Honorários advocatícios - *Quantum* - Análise - Impossibilidade. REsp n. 663.195 - MG. RSTJ 209/186.
- PrCv CPC, arts. 126; 128; 165; 458; 459 e 535, I e II - Violação - Não-ocorrência - CF/1988, art. 100, § 1º, **a** - Honorários advocatícios - Natureza alimentar - Não-caracterização - **Recurso especial**. REsp n. 724.693 - PR. RSTJ 209/109.
- PrCv CPC, art. 277, § 5º - **Ação de reparação de danos** - Acidente de trânsito - Buraco na rodovia - Responsabilidade civil do Estado - Rito sumário - Rito ordinário - Conversão - Desnecessidade. REsp n. 647.216 - DF. RSTJ 209/68.
- PrCv CPC, art. 289 - **Pedido principal** - Acolhimento - Pedido subsidiário - Apreciação - Não-cabimento. EDcl no REsp n. 408.122 - PR. RSTJ 209/235.
- PrCv CPC, art. 461, § 4º - *Astreintes* - Aplicabilidade - Energia elétrica - Fornecimento - Interrupção - **Execução** - Religamento - Ordem - Descumprimento. REsp n. 885.737 - SE. RSTJ 209/160.
- PrCv CPC, art. 461, §§ 4º e 5º - *Astreintes* - Bloqueio de valor em conta pública - Possibilidade - Decisão *extra petita* - Não-caracterização - **Obrigações de dar**. REsp n. 895.846 - RS. RSTJ 209/216.
- PrCv CPC, art. 525, I - **Agravo de instrumento** - Inadmissibilidade - Peça essencial - Juntada - Ausência. EREsp n. 471.930 - SP. RSTJ 209/21.
- PrCv CPC, art. 535, II - **Ação indenizatória** - Acórdão recorrido - Omissão - Configuração - Consórcio - Contrato de adesão - Cláusula contratual ininteligível - Perdas e danos - Nexo de causalidade - Ausência. REsp n. 784.127 - MA. RSTJ 209/277.

- PrCv CPC, art. 583 c.c. 618 - **Coisa julgada** - Execução - Não-ocorrência - Embargos do devedor - Ausência - Exceção de pré-executividade - Cabimento - Título executivo judicial - Nulidade. REsp n. 713.243 - RS. RSTJ 209/82.
- PrCv CPC, art. 655 - **Execução** - Penhora - Ordem legal - Quebra - Possibilidade. AgRg no Ag n. 577.330 - PR. RSTJ 209/317.
- PrCv CPC, arts. 677 e 678 - **Penhora** - Faturamento da empresa - Possibilidade - Sociedade de economia mista - Irrelevância. REsp n. 841.506 - AL. RSTJ 209/126.
- PrCv CPC, art. 899, §§ 1º e 2º - **Ação consignatória em pagamento** - Caráter dúplice - Depósito a menor - Extinção parcial do débito - Possibilidade - Honorários advocatícios - Responsabilidade do autor. REsp n. 886.823 - DF. RSTJ 209/307.
- PrPn CPP, art. 499 - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de estelionato - **Habeas corpus** - Oitiva de testemunhas - Indeferimento fundamentado. HC n. 47.891 - RJ. RSTJ 209/398.
- PrPn CPP, art. 748 - Folha de antecedentes criminais - Cancelamento - Inquérito policial - Arquivamento - Ocorrência - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.540 - SP. RSTJ 209/172.
- PrPn CPP, art. 798, § 5º, **a** - **Apelação** - Termo inicial - Intimação - Carta precatória. REsp n. 669.939 - RS. RSTJ 209/418.
- Trbt Crédito - Restituição em dinheiro - Possibilidade - Débito - Compensação - Necessidade - Decreto n. 2.138/1997, art. 6º, § 3º - Decreto-Lei n. 2.287/1986, arts. 1º e 7º - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Exportação - Lei n. 9.363/1996, art. 4º - Lei n. 9.430/1996, arts. 73 e 74. REsp n. 768.689 - RN. RSTJ 209/120.
- Adm **Crédito educativo** - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Lei n. 9.298/1996 - Inaplicabilidade - Multa contratual - Cabimento - Relação de consumo - Inexistência. REsp n. 793.977 - RS. RSTJ 209/197.
- Cm **Crédito rural** - Securitização - Alongamento de dívida - Direito do devedor - Dívida - Alongamento - Direito do devedor - Lei n. 9.138/1995, art. 5º - Transação - Homologação judicial - Transação - Homologação por sentença. REsp n. 451.258 - RS. RSTJ 209/240.
- Pn Crime continuado - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 71, *caput* - Crime contra a ordem tributária - **Habeas corpus** - Lei n. 8.137/1990, arts. 1º, II e 12, I - Princípio do *ne bis in idem*. HC n. 34.347 - RS. RSTJ 209/429.
- Pn Crime contra a ordem tributária - CP, art. 71, *caput* - Crime continuado - Concurso formal - Aplicabilidade - **Habeas corpus** - Lei n. 8.137/1990, arts. 1º, II e 12, I - Princípio do *ne bis in idem*. HC n. 34.347 - RS. RSTJ 209/429.



- PrPn Crime de estelionato - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - CPP art. 499 - **Habeas corpus** - Oitiva de testemunhas - Indeferimento fundamentado. HC n. 47.891 - RJ. RSTJ 209/398.
- PrPn Crime de evasão de divisas - CF/1988, art. 5º, LVII - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de inocência - Prisão preventiva - Não-cabimento - Processo criminal - Antecedente - Não-caracterização. HC n. 59.051 - PR. RSTJ 209/475.
- PrPn Crime de falsa identidade - Conduta atípica - Crime formal - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Desnecessidade. HC n. 23.372 - SP. RSTJ 209/425.
- PrPn Crime de furto - Concurso de agentes - Não-caracterização - **Habeas corpus** - Qualificadora - Não-ocorrência. HC n. 38.097 - SP. RSTJ 209/440.
- PrPn Crime de homicídio qualificado - Apelação - Indicação de alíneas - Ausência - **Habeas corpus** - Razões de apelação - Suprimento - Ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 52.945 - SP. RSTJ 209/406.
- PrPn Crime de patrocínio infiel - Não-caracterização - Ação penal - Justa causa - Ausência - CP, art. 355, parágrafo único - **Habeas corpus** - Cabimento. HC n. 60.266 - RS. RSTJ 209/482.
- Pn **Crime de porte ilegal de arma** - Arma de uso restrito - Não-caracterização - Decreto n. 2.998/1999, art. 3º - Decreto n. 3.665/2000 - Laudo pericial - Necessidade - Lei n. 9.437/1997, art. 10. REsp n. 502.856 - DF. RSTJ 209/517.
- PrPn Crime de roubo - Advogado - Alegações finais - Não-apresentação - Defensor dativo - Nomeação - **Habeas corpus** - Intimação prévia - Desnecessidade - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 38.924 - PR. RSTJ 209/389.
- Pn Crime de tráfico de entorpecente - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Lei n. 10.259/2001, art. 2º, § 2º - Lei n. 10.409/2002, art. 27. RHC n. 14.044 - SC. RSTJ 209/486.
- PrPn Crime de tráfico de entorpecente - Crime hediondo - Equiparação - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Pena restritiva de direito - Aplicação - Possibilidade - Regime prisional - Progressão. HC n. 53.117 - SP. RSTJ 209/448.
- PrPn Crime formal - Conduta atípica - Crime de falsa identidade - **Habeas corpus** - Laudo pericial - Desnecessidade. HC n. 23.372 - SP. RSTJ 209/425.
- PrPn Crime hediondo - Equiparação - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Pena restritiva de direito - Aplicação - Possibilidade - Regime prisional - Progressão. HC n. 53.117 - SP. RSTJ 209/448.
- Trbt CTN, art. 135 - Violação - **Execução fiscal** - Lei n. 8.397/1992, art. 4º, § 2º - Inaplicabilidade - Medida cautelar - Responsabilidade

tributária - Sócios - Bens - Indisponibilidade - Ilegalidade. REsp n. 722.998 - MT. RSTJ 209/95.

D

- PrCv Dano moral - Dano material - **Ação indenizatória** - Banco - Assalto - Cliente - Falecimento - Força maior - Não-caracterização - Legitimidade passiva *ad causam* - Instituição financeira. REsp n. 599.546 - RS. RSTJ 209/339.
- Cv Dano moral - Não-caracterização - **Indenização** - Não-cabimento - Jornal - Notícia - Publicação. REsp n. 655.357 - SP. RSTJ 209/249.
- Trbt Débito - Compensação - Necessidade - Crédito - Restituição em dinheiro - Possibilidade - Decreto n. 2.138/1997, art. 6º, § 3º - Decreto-Lei n. 2.287/1986, arts. 1º e 7º - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Exportação - Lei n. 9.363/1996, art. 4º - Lei n. 9.430/1996, arts. 73 e 74. REsp n. 768.689 - RN. RSTJ 209/120.
- PrCv Decisão *extra petita* - Não-caracterização - *Astreintes* - Bloqueio de valor em conta pública - Possibilidade - CPC, art. 461, §§ 4º e 5º - **Obrigação de dar**. REsp n. 895.846 - RS. RSTJ 209/216.
- Cv Decisão *extra petita* - Não-ocorrência - Agressão em casa noturna - **Indenização** - Cabimento - Prova - Valoração - Não-cabimento - Relação de consumo - Caracterização - Responsabilidade civil subjetiva - Comprovação. REsp n. 695.000 - RJ. RSTJ 209/263.
- Trbt Decreto n. 2.138/1997, art. 6º, § 3º - Crédito - Restituição em dinheiro - Possibilidade - Débito - Compensação - Necessidade - Decreto-Lei n. 2.287/1986, arts. 1º e 7º - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Exportação - Lei n. 9.363/1996, art. 4º - Lei n. 9.430/1996, arts. 73 e 74. REsp n. 768.689 - RN. RSTJ 209/120.
- Pn Decreto n. 2.998/1999, art. 3º - Arma de uso restrito - Não-caracterização - **Crime de porte ilegal de arma** - Decreto n. 3.665/2000 - Laudo pericial - Necessidade - Lei n. 9.437/1997, art. 10. REsp n. 502.856 - DF. RSTJ 209/517.
- Pn Decreto n. 3.665/2000 - Arma de uso restrito - Não-caracterização - **Crime de porte ilegal de arma** - Decreto n. 2.998/1999, art. 3º - Laudo pericial - Necessidade - Lei n. 9.437/1997, art. 10. REsp n. 502.856 - DF. RSTJ 209/517.
- Adm Decreto n. 41.689/2001(MG) - Aposentadoria - Acumulação - Impossibilidade - Lei n. 8.935/1994 - Magistério - Oficial de registro - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 19.456 - MG. RSTJ 209/60.
- Trbt Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lista de Serviços - Interpretação extensiva - Possibilidade. REsp n. 804.389 - RS. RSTJ 209/201.
- Trbt Decreto-Lei n. 2.287/1986, arts. 1º e 7º - Crédito - Restituição em dinheiro - Possibilidade - Débito - Compensação - Necessidade -



- Decreto n. 2.138/1997, art. 6º, § 3º - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Exportação - Lei n. 9.363/1996, art. 4º - Lei n. 9.430/1996, arts. 73 e 74. REsp n. 768.689 - RN. RSTJ 209/120.
- Adm Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 5º, **i** - CF/1988, art. 37 - Desapropriação - Desvio de finalidade - Ocorrência - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.703 - BA. RSTJ 209/33.
- PrPn Defensor dativo - Nomeação - Advogado - Alegações finais - Não-apresentação - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Intimação prévia - Desnecessidade - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 38.924 - PR. RSTJ 209/389.
- PrCv Depósito a menor - Extinção parcial do débito - Possibilidade - **Ação consignatória em pagamento** - Caráter dúplice - CPC, art. 899, §§ 1º e 2º - Honorários advocatícios - Responsabilidade do autor. REsp n. 886.823 - DF. RSTJ 209/307.
- Adm Desapropriação - CF/1988, art. 37 - Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 5º, **i** - Desvio de finalidade - Ocorrência - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.703 - BA. RSTJ 209/33.
- Adm Desvio de finalidade - Ocorrência - CF/1988, art. 37 - Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 5º, **i** - Desapropriação - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.703 - BA. RSTJ 209/33.
- PrCv Direito de preferência - **Ação anulatória de compra e venda** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Imóvel alugado - Locatário - Interesse jurídico - Ausência. REsp n. 300.227 - MG. RSTJ 209/328.
- PrCv Direito líquido e certo - Violação - Agravo regimental - Deserção - Impossibilidade - Assistência judiciária gratuita - Indeferimento - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 15.508 - RJ. RSTJ 209/319.
- Cv Direitos sucessórios - Transferência - Impossibilidade - CC/1916, arts. 145, II, e 1.089 - **Partilha** - Nulidade - Separação consensual. REsp n. 300.143 - SP. RSTJ 209/324.
- Cm Dívida - Alongamento - Direito do devedor - Alongamento de dívida - Direito do devedor - **Crédito rural** - Securitização - Lei n. 9.138/1995, art. 5º - Transação - Homologação judicial - Transação - Homologação por sentença. REsp n. 451.258 - RS. RSTJ 209/240.
- Pv Dívida ativa não-tributária - Caracterização - **Benefício previdenciário** - Escrituração - Cabimento - Restituição do indébito. REsp n. 527.143 - PR. RSTJ 209/183.
- Ct Documentos funcionais - Acesso - Possibilidade - CF/1988, arts. 5º, XXXIII e LX; 37, e 93, IX e X - **Habeas data** - Militar - Princípio da publicidade - Prevalência - Súmula n. 684-STF. HD n. 91 - DF. RSTJ 209/372.
- PrPn Duplo indiciamento - Comarcas distintas - *Bis in idem* - Caracterização - **Habeas corpus** - Inquérito policial - Trancamento. HC n. 44.197 - MT. RSTJ 209/394.

E

- PrCv **Embargos à execução** - Acessões voluptuárias - Bem de família - Não-caracterização - Imóvel contíguo - Lei n. 8.009/1990, art. 2º, parágrafo único - Penhora - Desconstituição - Impossibilidade. REsp n. 624.355 - SC. RSTJ 209/243.
- PrCv **Embargos à execução** - CPC, arts. 20, § 3º; 165; 458 e 535 - Violação - Não-configuração - Honorários advocatícios - *Quantum* - Análise - Impossibilidade. REsp n. 663.195 - MG. RSTJ 209/186.
- PrCv **Embargos de terceiro** - Oposição - Termo inicial - Imóvel - Penhora - Proprietário - Intimação pessoal - Necessidade. REsp n. 678.375 - GO. RSTJ 209/345.
- PrCv Embargos do devedor - Ausência - **Coisa julgada** - Execução - Não-ocorrência - CPC, art. 583 c.c. 618 - Exceção de pré-executividade - Cabimento - Título executivo judicial - Nulidade. REsp n. 713.243 - RS. RSTJ 209/82.
- Pv Empregado público - Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) - **Aposentadoria** - Complementação - Não-cabimento - Lei n. 8.529/1992, arts. 1º e 4º. REsp n. 616.480 - DF. RSTJ 209/411.
- PrCv Encargo tributário - Não-repasse - Comprovação - Necessidade - **Ação de repetição do indébito** - Finsocial - Compensação - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Comerciante varejista de combustível - Substituição tributária. REsp n. 643.389 - PE. RSTJ 209/64.
- PrCv Energia elétrica - Fornecimento - Interrupção - *Astreintes* - Aplicabilidade - CPC, art. 461, § 4º - **Execução** - Religamento - Ordem - Descumprimento. REsp n. 885.737 - SE. RSTJ 209/160.
- PrCv Erro grosseiro - Caracterização - **Apelação** - Intempestividade - Protocolo integrado - Ausência. REsp n. 552.440 - DF. RSTJ 209/336.
- Pv Escrituração - Cabimento - **Benefício previdenciário** - Dívida ativa não-tributária - Caracterização - Restituição do indébito. REsp n. 527.143 - PR. RSTJ 209/183.
- Adm Estabilidade - Aquisição - Contagem em dobro - Impossibilidade - Férias e licenças não-gozadas - Lei n. 6.880/1980, arts. 50, IV, **a**, e 137, IV e V, e § 2º - **Militar temporário**. Súmula n. 346-STJ. RSTJ 209/523.
- PrCv Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Não-configuração - **Ação de cobrança** - Competência - Honorários advocatícios - Justiça brasileira. RO n. 42 - RJ. RSTJ 209/311.
- PrCv Exceção de pré-executividade - Cabimento - **Coisa julgada** - Execução - Não-ocorrência - CPC, art. 583 c.c. 618 - Embargos do devedor - Ausência - Título executivo judicial - Nulidade. REsp n. 713.243 - RS. RSTJ 209/82.
- PrCv **Execução** - *Astreintes* - Aplicabilidade - CPC, art. 461, § 4º - Energia elétrica - Fornecimento - Interrupção - Religamento - Ordem - Descumprimento. REsp n. 885.737 - SE. RSTJ 209/160.



- PrCv **Execução** - CPC, art. 655 - Penhora - Ordem legal - Quebra - Possibilidade. AgRg no Ag n. 577.330 - PR. RSTJ 209/317.
- Trbt **Execução fiscal** - CTN, art. 135 - Violação - Lei n. 8.397/1992, art. 4º, § 2º - Inaplicabilidade - Medida cautelar - Responsabilidade tributária - Sócios - Bens - Indisponibilidade - Ilegalidade. REsp n. 722.998 - MT. RSTJ 209/95.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Ação anulatória de compra e venda** - Direito de preferência - Imóvel alugado - Locatário - Interesse jurídico - Ausência. REsp n. 300.227 - MG. RSTJ 209/328.

F

- PrCv Falência - **Ação revocatória** - Improcedência - Fraude - Não-caracterização - Imóvel - Venda anterior. REsp n. 302.558 - RJ. RSTJ 209/332.
- Adm Férias e licenças não-gozadas - Contagem em dobro - Impossibilidade - Estabilidade - Aquisição - Lei n. 6.880/1980, arts. 50, IV, **a**, e 137, IV e V, e § 2º - **Militar temporário**. Súmula n. 346-STJ. RSTJ 209/523.
- PrCv Finsocial - Cofins - Compensação - **Ação de repetição do indébito** - Correção monetária - Índice aplicável. REsp n. 900.334 - SP. RSTJ 209/227.
- PrCv Finsocial - Compensação - **Ação de repetição do indébito** - Encargo tributário - Não-repasse - Comprovação - Necessidade - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Comerciante varejista de combustível - Substituição tributária. REsp n. 643.389 - PE. RSTJ 209/64.
- PrPn Folha de antecedentes criminais - Cancelamento - CPP, art. 748 - Inquérito policial - Arquivamento - Ocorrência - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.540 - SP. RSTJ 209/172.
- PrCv Força maior - Não-caracterização - **Ação indenizatória** - Banco - Assalto - Cliente - Falecimento - Dano moral - Dano material - Legitimidade passiva *ad causam* - Instituição financeira. REsp n. 599.546 - RS. RSTJ 209/339.
- PrCv Fraude - Não-caracterização - **Ação revocatória** - Improcedência - Falência - Imóvel - Venda anterior. REsp n. 302.558 - RJ. RSTJ 209/332.
- PrCv **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Juros progressivos - Fundo do direito - Prescrição - Não-configuração - Obrigação - Trato sucessivo. REsp n. 837.001 - PE. RSTJ 209/211.
- PrCv Fundo do direito - Prescrição - Não-configuração - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Juros progressivos - Obrigação - Trato sucessivo. REsp n. 837.001 - PE. RSTJ 209/211.

H

- PrPn **Habeas corpus** - Advogado - Alegações finais - Não-apresentação - Crime de roubo - Defensor dativo - Nomeação - Intimação prévia - Desnecessidade - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 38.924 - PR. RSTJ 209/389.
- PrPn **Habeas corpus** - Apelação - Indicação de alíneas - Ausência - Crime de homicídio qualificado - Razões de apelação - Suprimento - Ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 52.945 - SP. RSTJ 209/406.
- PrPn **Habeas corpus** - *Bis in idem* - Caracterização - Duplo indiciamento - Comarcas distintas - Inquérito policial - Trancamento. HC n. 44.197 - MT. RSTJ 209/394.
- PrPn **Habeas corpus** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - CPP, art. 499 - Crime de estelionato - Oitiva de testemunhas - Indeferimento fundamentado. HC n. 47.891 - RJ. RSTJ 209/398.
- PrPn **Habeas corpus** - CF/1988, art. 5º, LVII - Crime de evasão de divisas - Princípio da presunção de inocência - Prisão preventiva - Não-cabimento - Processo criminal - Antecedente - Não-caracterização. HC n. 59.051 - PR. RSTJ 209/475.
- PrPn **Habeas corpus** - Concurso de agentes - Não-caracterização - Crime de furto - Qualificadora - Não-ocorrência. HC n. 38.097 - SP. RSTJ 209/440.
- PrPn **Habeas corpus** - Conduta atípica - Crime de falsa identidade - Crime formal - Laudo pericial - Desnecessidade. HC n. 23.372 - SP. RSTJ 209/425.
- Pn **Habeas corpus** - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico de entorpecente - Lei n. 10.259/2001, art. 2º, § 2º - Lei n. 10.409/2002, art. 27. RHC n. 14.044 - SC. RSTJ 209/486.
- Pn **Habeas corpus** - CP, art. 71, *caput* - Crime continuado - Concurso formal - Aplicabilidade - Crime contra a ordem tributária - Lei n. 8.137/1990, arts. 1º, II e 12, I - Princípio do *ne bis in idem*. HC n. 34.347 - RS. RSTJ 209/429.
- PrPn **Habeas corpus** - Crime de tráfico de entorpecente - Crime hediondo - Equiparação - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Pena restritiva de direito - Aplicação - Possibilidade - Regime prisional - Progressão. HC n. 53.117 - SP. RSTJ 209/448.
- PrPn **Habeas corpus** - Cabimento - Ação penal - Justa causa - Ausência - CP, art. 355, parágrafo único - Crime de patrocínio infiel - Não-caracterização. HC n. 60.266 - RS. RSTJ 209/482.
- Ct **Habeas data** - CF/1988, arts. 5º, XXXIII e LX; 37, e 93, IX e X - Documentos funcionais - Acesso - Possibilidade - Militar - Princípio da publicidade - Prevalência - Súmula n. 684-STF. HD n. 91 - DF. RSTJ 209/372.



- PrCv Honorários advocatícios - **Ação de cobrança** - Competência - Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Não-configuração - Justiça brasileira. RO n. 42 - RJ. RSTJ 209/311.
- PrCv Honorários advocatícios - Natureza alimentar - Não-caracterização - CF/1988, art. 100, § 1º, **a** - CPC, arts. 126; 128; 165; 458; 459 e 535, I e II - Violação - Não-ocorrência - **Recurso especial**. REsp n. 724.693 - PR. RSTJ 209/109.
- PrCv Honorários advocatícios - *Quantum* - Análise - Impossibilidade - CPC, arts. 20, § 3º; 165; 458 e 535 - Violação - Não-configuração - **Embargos à execução**. REsp n. 663.195 - MG. RSTJ 209/186.
- PrCv Honorários advocatícios - Responsabilidade do autor - **Ação consignatória em pagamento** - Caráter dúplice - CPC, art. 899, §§ 1º e 2º - Depósito a menor - Extinção parcial do débito - Possibilidade. REsp n. 886.823 - DF. RSTJ 209/307.

I

- PrCv Ilegitimidade ativa *ad causam* - Comerciante varejista de combustível - **Ação de repetição do indébito** - Encargo tributário - Não-repasse - Comprovação - Necessidade - Finsocial - Compensação - Substituição tributária. REsp n. 643.389 - PE. RSTJ 209/64.
- PrCv Ilegitimidade ativa *ad causam* - Não-caracterização - CPC, art. 6º - Violação - Lei n. 6.880/1980, art. 50, § 3º, **h** - **Mandado de segurança** - Militar - Madrasta - Dependência econômica - Comprovação. REsp n. 617.605 - RJ. RSTJ 209/415.
- PrCv **Imóvel** - Cônjuge - Intimação - Necessidade - Penhora - Nulidade - Não-ocorrência. REsp n. 629.320 - DF. RSTJ 209/245.
- PrCv Imóvel - Penhora - **Embargos de terceiro** - Oposição - Termo inicial - Proprietário - Intimação pessoal - Necessidade. REsp n. 678.375 - GO. RSTJ 209/345.
- PrCv Imóvel - Venda anterior - **Ação revocatória** - Improcedência - Falência - Fraude - Não-caracterização. REsp n. 302.558 - RJ. RSTJ 209/332.
- PrCv Imóvel alugado - **Ação anulatória de compra e venda** - Direito de preferência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Locatário - Interesse jurídico - Ausência. REsp n. 300.227 - MG. RSTJ 209/328.
- PrCv Imóvel contíguo - Acessões voluptuárias - Bem de família - Não-caracterização - **Embargos à execução** - Lei n. 8.009/1990, art. 2º, parágrafo único - Penhora - Desconstituição - Impossibilidade. REsp n. 624.355 - SC. RSTJ 209/243.
- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Índice aplicável - Lei n. 8.541/1992, art. 46 - Rendimentos pagos - Decisão judicial. REsp n. 899.576 - CE. RSTJ 209/223.

- Trbt **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Bitributação - Configuração - Lei n. 7.713/1988, art. 6º - Lei n. 9.250/1995, art. 4º - Previdência privada - Aposentadoria complementar. REsp n. 843.638 - RJ. RSTJ 209/142.
- Trbt Imposto de Renda (IR) - Não-incidência - **Ação de inexistência de relação jurídica tributária** - Lei n. 7.713/1988 - Legislação aplicável - Lei n. 9.250/1995 - Previdência privada - Aposentadoria complementar. AgRg no Ag n. 830.174 - RJ. RSTJ 209/167.
- Trbt **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Exportação - Crédito - Restituição em dinheiro - Possibilidade - Débito - Compensação - Necessidade - Decreto n. 2.138/1997, art. 6º, § 3º - Decreto-Lei n. 2.287/1986, arts. 1º e 7º - Lei n. 9.363/1996, art. 4º - Lei n. 9.430/1996, arts. 73 e 74. REsp n. 768.689 - RN. RSTJ 209/120.
- Trbt **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - Repasse - Atraso - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 78 - Juros moratórios - Aplicabilidade - Lei Complementar n. 63/1990, art. 10. REsp n. 845.885 - SP. RSTJ 209/154.
- Trbt **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Decreto-Lei n. 406/1968 - Lista de Serviços - Interpretação extensiva - Possibilidade. REsp n. 804.389 - RS. RSTJ 209/201.
- Cv **Indenização** - Cabimento - Agressão em casa noturna - Decisão *extra petita* - Não-ocorrência - Prova - Valoração - Não-cabimento - Relação de consumo - Caracterização - Responsabilidade civil subjetiva - Comprovação. REsp n. 695.000 - RJ. RSTJ 209/263.
- Cv **Indenização** - Não-cabimento - Dano moral - Não-caracterização - Jornal - Notícia - Publicação. REsp n. 655.357 - SP. RSTJ 209/249.
- PrPn Inquérito policial - Arquivamento - Ocorrência - CPP art. 748 - Folha de antecedentes criminais - Cancelamento - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 18.540 - SP. RSTJ 209/172.
- PrPn Inquérito policial - Trancamento - *Bis in idem* - Caracterização - Duplo indiciamento - Comarcas distintas - **Habeas corpus**. HC n. 44.197 - MT. RSTJ 209/394.
- PrPn Intimação - Carta precatória - **Apelação** - Termo inicial - CPP art. 798, § 5º, **a**. REsp n. 669.939 - RS. RSTJ 209/418.
- PrPn Intimação prévia - Desnecessidade - Advogado - Alegações finais - Não-apresentação - Crime de roubo - Defensor dativo - Nomeação - **Habeas corpus** - Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 38.924 - PR. RSTJ 209/389.

J

- Cv Jornal - Notícia - Publicação - Dano moral - Não-caracterização - **Indenização** - Não-cabimento. REsp n. 655.357 - SP. RSTJ 209/249.



ÍNDICE ANALÍTICO

- PrCv Julgamento - Anulação - **Ação popular** - Nova publicação - Necessidade - Processo em pauta - Adiamento. EREsp n. 474.475 - SP RSTJ 209/27.
- Trbt Juros moratórios - Aplicabilidade - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 78 - **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - Repasse - Atraso - Lei Complementar n. 63/1990, art. 10. REsp n. 845.885 - SP RSTJ 209/154.
- PrCv Justiça brasileira - **Ação de cobrança** - Competência - Estado estrangeiro - Imunidade de jurisdição - Não-configuração - Honorários advocatícios. RO n. 42 - RJ. RSTJ 209/311.
- PrPn Justiça Estadual - Acidente de trânsito - Agentes militares - Atividade militar - Não-ocorrência - **Competência**. CC n. 26.986 - SP RSTJ 209/369.

L

- PrPn Laudo pericial - Desnecessidade - Conduta atípica - Crime de falsa identidade - Crime formal - **Habeas corpus**. HC n. 23.372 - SP RSTJ 209/425.
- Pn Laudo pericial - Necessidade - Arma de uso restrito - Não-caracterização - **Crime de porte ilegal de arma** - Decreto n. 2.998/1999, art. 3º - Decreto n. 3.665/2000 - Lei n. 9.437/1997, art. 10. REsp n. 502.856 - DF RSTJ 209/517.
- PrCv Legitimidade passiva *ad causam* - Instituição financeira - **Ação indenizatória** - Banco - Assalto - Cliente - Falecimento - Dano moral - Dano material - Força maior - Não-caracterização. REsp n. 599.546 - RS. RSTJ 209/339.
- Adm Lei Complementar n. 46/1994(ES) - Adicional de assiduidade - Cabimento - Lei Complementar n. 80/1996(ES) - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Tempo de serviço - Serventia não-oficializada. RMS n. 11.149 - ES. RSTJ 209/498.
- Trbt Lei Complementar n. 63/1990, art. 10 - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 78 - **Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)** - Repasse - Atraso - Juros moratórios - Aplicabilidade. REsp n. 845.885 - SP RSTJ 209/154.
- Adm Lei Complementar n. 80/1996(ES) - Adicional de assiduidade - Cabimento - Lei Complementar n. 46/1994(ES) - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual - Tempo de serviço - Serventia não-oficializada. RMS n. 11.149 - ES. RSTJ 209/498.
- Adm Lei n. 5.966/1973, art. 9º - Conmetro - Poder normativo - **Multa** - Aplicação - Legalidade. REsp n. 507.483 - RS. RSTJ 209/179.
- Adm Lei n. 6.205/1975, art. 1º - Base de cálculo - Salário mínimo - **Conselho Regional de Farmácia (CRF)** - Multa. REsp n. 674.884 - PR. RSTJ 209/74.

- Cm Lei n. 6.404/1976, art. 117, § 1º - Abuso de poder - Acionista controlador - **Sociedade anônima**. REsp n. 798.264 - SP. RSTJ 209/284.
- PrCv Lei n. 6.880/1980, art. 50, § 3º, **h** - CPC, art. 6º - Violação - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Não-caracterização - **Mandado de segurança** - Militar - Madrasta - Dependência econômica - Comprovação. REsp n. 617.605 - RJ. RSTJ 209/415.
- Adm Lei n. 6.880/1980, arts. 50, IV, **a**, e 137, IV e V, e § 2º - Contagem em dobro - Impossibilidade - Estabilidade - Aquisição - Férias e licenças não- gozadas - **Militar temporário**. Súmula n. 346-STJ. RSTJ 209/523.
- Trbt Lei n. 7.713/1988 - Legislação aplicável - **Ação de inexistência de relação jurídica tributária** - Imposto de Renda (IR) - Não- incidência - Lei n. 9.250/1995 - Previdência privada - Aposentadoria complementar. AgRg no Ag n. 830.174 - RJ. RSTJ 209/167.
- Trbt Lei n. 7.713/1988, art. 6º - Bitributação - Configuração - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 9.250/1995, art. 4º - Previdência privada - Aposentadoria complementar. REsp n. 843.638 - RJ. RSTJ 209/142.
- PrCv Lei n. 8.009/1990, art. 2º, parágrafo único - Acessões voluptuárias - Bem de família - Não-caracterização - **Embargos à execução** - Imóvel contíguo - Penhora - Desconstituição - Impossibilidade. REsp n. 624.355 - SC. RSTJ 209/243.
- PrPn Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Crime de tráfico de entorpecente - Crime hediondo - Equiparação - **Habeas corpus** - Pena restritiva de direito - Aplicação - Possibilidade - Regime prisional - Progressão. HC n. 53.117 - SP. RSTJ 209/448.
- Pn Lei n. 8.137/1990, arts. 1º, II e 12, I - CP, art. 71, *caput* - Crime continuado - Concurso formal - Aplicabilidade - Crime contra a ordem tributária - **Habeas corpus** - Princípio do *ne bis in idem*. HC n. 34.347 - RS. RSTJ 209/429.
- Trbt Lei n. 8.397/1992, art. 4º, § 2º - Inaplicabilidade - CTN, art. 135 - Violação - **Execução fiscal** - Medida cautelar - Responsabilidade tributária - Sócios - Bens - Indisponibilidade - Ilegalidade. REsp n. 722.998 - MT. RSTJ 209/95.
- Adm Lei n. 8.460/1992 - Auxílio-alimentação - Não-cabimento - Natureza indenizatória - Caracterização - **Servidor público inativo**. REsp n. 491.438 - PR. RSTJ 209/513.
- Pv Lei n. 8.529/1992, arts. 1º e 4º - **Aposentadoria** - Complementação - Não-cabimento - Empregado público - Empresa de Correios e Telégrafos (ECT). REsp n. 616.480 - DF. RSTJ 209/411.
- Trbt Lei n. 8.541/1992, art. 46 - **Imposto de Renda (IR)** - Índice aplicável - Rendimentos pagos - Decisão judicial. REsp n. 899.576 - CE. RSTJ 209/223.
- Adm Lei n. 8.935/1994 - Aposentadoria - Acumulação - Impossibilidade - Decreto n. 41.689/2001(MG) - Magistério - Oficial de registro -



- Recurso em mandado de segurança.** RMS n. 19.456 - MG. RSTJ 209/60.
- Cm Lei n. 9.138/1995, art. 5º - Alongamento de dívida - Direito do devedor - **Crédito rural** - Securitização - Dívida - Alongamento - Direito do devedor - Transação - Homologação judicial - Transação - Homologação por sentença. REsp n. 451.258 - RS. RSTJ 209/240.
- Trbt Lei n. 9.250/1995 - **Ação de inexistência de relação jurídica tributária** - Imposto de Renda (IR) - Não-incidência - Lei n. 7.713/1988 - Legislação aplicável - Previdência privada - Aposentadoria complementar. AgRg no Ag n. 830.174 - RJ. RSTJ 209/167.
- Trbt Lei n. 9.250/1995, art. 4º - Bitributação - Configuração - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988, art. 6º - Previdência privada - Aposentadoria complementar. REsp n. 843.638 - RJ. RSTJ 209/142.
- Adm Lei n. 9.298/1996 - Inaplicabilidade - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Crédito educativo** - Multa contratual - Cabimento - Relação de consumo - Inexistência. REsp n. 793.977 - RS. RSTJ 209/197.
- Trbt Lei n. 9.363/1996, art. 4º - Crédito - Restituição em dinheiro - Possibilidade - Débito - Compensação - Necessidade - Decreto n. 2.138/1997, art. 6º, § 3º - Decreto-Lei n. 2.287/1986, arts. 1º e 7º - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Exportação - Lei n. 9.430/1996, arts. 73 e 74. REsp n. 768.689 - RN. RSTJ 209/120.
- Trbt Lei n. 9.430/1996, arts. 73 e 74 - Crédito - Restituição em dinheiro - Possibilidade - Débito - Compensação - Necessidade - Decreto n. 2.138/1997, art. 6º, § 3º - Decreto-Lei n. 2.287/1986, arts. 1º e 7º - **Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)** - Exportação - Lei n. 9.363/1996, art. 4º. REsp n. 768.689 - RN. RSTJ 209/120.
- Pn Lei n. 9.437/1997, art. 10 - Arma de uso restrito - Não-caracterização - **Crime de porte ilegal de arma** - Decreto n. 2.998/1999, art. 3º - Decreto n. 3.665/2000 - Laudo pericial - Necessidade. REsp n. 502.856 - DF. RSTJ 209/517.
- Cv Lein.9.870/1999-Alunos-Distinação-Não-cabimento-**Mensalidades escolares** - Forma de cálculo. REsp n. 674.571 - SC. RSTJ 209/255.
- Pn Lei n. 10.259/2001, art. 2º, § 2º - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Lei n. 10.409/2002, art. 27. RHC n. 14.044 - SC. RSTJ 209/486.
- Pn Lei n. 10.409/2002, art. 27 - Constrangimento ilegal - Não-ocorrência - Crime de tráfico de entorpecente - **Habeas corpus** - Lei n. 10.259/2001, art. 2º, § 2º. RHC n. 14.044 - SC. RSTJ 209/486.
- Trbt Lista de Serviços - Interpretação extensiva - Possibilidade - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência. REsp n. 804.389 - RS. RSTJ 209/201.

PrCv Locatário - Interesse jurídico - Ausência - **Ação anulatória de compra e venda** - Direito de preferência - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Imóvel alugado. REsp n. 300.227 - MG. RSTJ 209/328.

M

Adm Magistério - Oficial de registro - Aposentadoria - Acumulação - Impossibilidade - Decreto n. 41.689/2001(MG) - Lei n. 8.935/1994 - **Recurso em mandado de segurança**. RMS n. 19.456 - MG. RSTJ 209/60.

PrCv **Mandado de segurança** - CPC, art. 6º - Violação - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Não-caracterização - Lei n. 6.880/1980, art. 50, § 3º, **h** - Militar - Madrasta - Dependência econômica - Comprovação. REsp n. 617.605 - RJ. RSTJ 209/415.

PrCv **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Ação anulatória - Desconstituição - Impossibilidade - Agravo de instrumento - Recurso cabível - Súmula n. 267-STF - Incidência - Tribunal de Justiça - Ato administrativo - Impugnação. REsp n. 237.435 - AC. RSTJ 209/503.

Adm **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Ato administrativo - Correção - Pedido genérico - Não-cabimento - Servidor público. MS n. 10.905 - DF. RSTJ 209/382.

Trbt Medida cautelar - CTN, art. 135 - Violação - **Execução fiscal** - Lei n. 8.397/1992, art. 4º, § 2º - Inaplicabilidade - Responsabilidade tributária - Sócios - Bens - Indisponibilidade - Ilegalidade. REsp n. 722.998 - MT. RSTJ 209/95.

Cv **Mensalidades escolares** - Forma de cálculo - Alunos - Distinção - Não-cabimento - Lei n. 9.870/1999. REsp n. 674.571 - SC. RSTJ 209/255.

Ct Militar - CF/1988, arts. 5º, XXXIII e LX; 37, e 93, IX e X - Documentos funcionais - Acesso - Possibilidade - **Habeas data** - Princípio da publicidade - Prevalência - Súmula n. 684-STF. HD n. 91 - DF. RSTJ 209/372.

PrCv Militar - Madrasta - Dependência econômica - Comprovação - CPC, art. 6º - Violação - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Não-caracterização - Lei n. 6.880/1980, art. 50, § 3º, **h** - **Mandado de segurança**. REsp n. 617.605 - RJ. RSTJ 209/415.

Adm **Militar temporário** - Contagem em dobro - Impossibilidade - Estabilidade - Aquisição - Férias e licenças não-gozadas - Lei n. 6.880/1980, arts. 50, IV, **a**, e 137, IV e V, e § 2º. Súmula n. 346-STJ. RSTJ 209/523.

Adm Multa - Base de cálculo - Salário mínimo - **Conselho Regional de Farmácia (CRF)** - Lei n. 6.205/1975, art. 1º. REsp n. 674.884 - PR. RSTJ 209/74.

Adm **Multa** - Aplicação - Legalidade - Conmetro - Poder normativo - Lei n. 5.966/1973, art. 9º. REsp n. 507.483 - RS. RSTJ 209/179.



ÍNDICE ANALÍTICO

Adm Multa contratual - Cabimento - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Crédito educativo** - Lei n. 9.298/1996 - Inaplicabilidade - Relação de consumo - Inexistência. REsp n. 793.977 - RS. RSTJ 209/197.

N

Adm Natureza indenizatória - Caracterização - Auxílio-alimentação - Não-cabimento - Lei n. 8.460/1992 - **Servidor público inativo**. REsp n. 491.438 - PR. RSTJ 209/513.

PrCv Nova publicação - Necessidade - **Ação popular** - Julgamento - Anulação - Processo em pauta - Adiamento. EREsp n. 474.475 - SP RSTJ 209/27.

O

PrCv Obrigação - Trato sucessivo - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Juros progressivos - Fundo do direito - Prescrição - Não-configuração. REsp n. 837.001 - PE. RSTJ 209/211.

PrCv **Obrigação de dar** - *Astreintes* - Bloqueio de valor em conta pública - Possibilidade - CPC, art. 461, §§ 4º e 5º - Decisão *extra petita* - Não-caracterização. REsp n. 895.846 - RS. RSTJ 209/216.

PrPn Oitiva de testemunhas - Indeferimento fundamentado - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - CPP, art. 499 - Crime de estelionato - **Habeas corpus**. HC n. 47.891 - RJ. RSTJ 209/398.

P

Cv **Partilha** - Nulidade - CC/1916, arts. 145, II, e 1.089 - Direitos sucessórios - Transferência - Impossibilidade - Separação consensual. REsp n. 300.143 - SP RSTJ 209/324.

PrCv Peça essencial - Juntada - Ausência - **Agravo de instrumento** - Inadmissibilidade - CPC, art. 525, I. EREsp n. 471.930 - SP RSTJ 209/21.

Adm Pedido genérico - Não-cabimento - Ato administrativo - Correção - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Servidor público. MS n. 10.905 - DF. RSTJ 209/382.

PrCv **Pedido principal** - Acolhimento - CPC, art. 289 - Pedido subsidiário - Apreciação - Não-cabimento. EDcl no REsp n. 408.122 - PR. RSTJ 209/235.

PrCv Pedido subsidiário - Apreciação - Não-cabimento - CPC, art. 289 - **Pedido principal** - Acolhimento. EDcl no REsp n. 408.122 - PR. RSTJ 209/235.

PrPn Pena restritiva de direito - Aplicação - Possibilidade - Crime de tráfico de entorpecente - Crime hediondo - Equiparação - **Habeas corpus**

- Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Regime prisional - Progressão. HC n. 53.117 - SP RSTJ 209/448.
- PrCv Penhora - Desconstituição - Impossibilidade - Acessões voluptuárias - Bem de família - Não-caracterização - **Embargos à execução** - Imóvel contíguo - Lei n. 8.009/1990, art. 2º, parágrafo único. REsp n. 624.355 - SC. RSTJ 209/243.
- PrCv **Penhora** - Faturamento da empresa - Possibilidade - CPC, arts. 677 e 678 - Sociedade de economia mista - Irrelevância. REsp n. 841.506 - AL. RSTJ 209/126.
- PrCv Penhora - Nulidade - Não-ocorrência - Cônjuge - Intimação - Necessidade - **Imóvel**. REsp n. 629.320 - DF. RSTJ 209/245.
- PrCv Penhora - Ordem legal - Quebra - Possibilidade - CPC, art. 655 - **Execução**. AgRg no Ag n. 577.330 - PR. RSTJ 209/317.
- PrCv Perdas e danos - Nexo de causalidade - Ausência - **Ação indenizatória** - Acórdão recorrido - Omissão - Configuração - Consórcio - Contrato de adesão - Cláusula contratual ininteligível - CPC, art. 535, II. REsp n. 784.127 - MA. RSTJ 209/277.
- Trbt Previdência privada - Aposentadoria complementar - **Ação de inexistência de relação jurídica tributária** - Imposto de Renda (IR) - Não-incidência - Lei n. 7.713/1988 - Legislação aplicável - Lei n. 9.250/1995. AgRg no Ag n. 830.174 - RJ. RSTJ 209/167.
- Trbt Previdência privada - Aposentadoria complementar - Bitributação - Configuração - **Imposto de Renda (IR)** - Isenção - Lei n. 7.713/1988, art. 6º - Lei n. 9.250/1995, art. 4º. REsp n. 843.638 - RJ. RSTJ 209/142.
- PrPn Princípio da ampla defesa - Ofensa - Não-ocorrência - Advogado - Alegações finais - Não-apresentação - Crime de roubo - Defensor dativo - Nomeação - **Habeas corpus** - Intimação prévia - Desnecessidade. HC n. 38.924 - PR. RSTJ 209/389.
- PrPn Princípio da presunção de inocência - CF/1988, art. 5º, LVII - Crime de evasão de divisas - **Habeas corpus** - Prisão preventiva - Não-cabimento - Processo criminal - Antecedente - Não-caracterização. HC n. 59.051 - PR. RSTJ 209/475.
- Ct Princípio da publicidade - Prevalência - CF/1988, arts. 5º, XXXIII e LX; 37, e 93, IX e X - Documentos funcionais - Acesso - Possibilidade - **Habeas data** - Militar - Súmula n. 684-STF. HD n. 91 - DF. RSTJ 209/372.
- Pn Princípio do *ne bis in idem* - CP art. 71, *caput* - Crime continuado - Concurso formal - Aplicabilidade - Crime contra a ordem tributária - **Habeas corpus** - Lei n. 8.137/1990, arts. 1º, II e 12, I. HC n. 34.347 - RS. RSTJ 209/429.
- PrPn Prisão preventiva - Não-cabimento - CF/1988, art. 5º, LVII - Crime de evasão de divisas - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de



- inocência - Processo criminal - Antecedente - Não-caracterização. HC n. 59.051 - PR. RSTJ 209/475.
- PrPn Processo criminal - Antecedente - Não-caracterização - CF/1988, art. 5º, LVII - Crime de evasão de divisas - **Habeas corpus** - Princípio da presunção de inocência - Prisão preventiva - Não-cabimento. HC n. 59.051 - PR. RSTJ 209/475.
- PrCv Processo em pauta - Adiamento - **Ação popular** - Julgamento - Anulação - Nova publicação - Necessidade. EREsp n. 474.475 - SP. RSTJ 209/27.
- PrCv Proprietário - Intimação pessoal - Necessidade - **Embargos de terceiro** - Oposição - Termo inicial - Imóvel - Penhora. REsp n. 678.375 - GO. RSTJ 209/345.
- PrCv Protocolo integrado - Ausência - **Apelação** - Intempestividade - Erro grosseiro - Caracterização. REsp n. 552.440 - DF. RSTJ 209/336.
- Cv Prova - Valoração - Não-cabimento - Agressão em casa noturna - Decisão *extra petita* - Não-ocorrência - **Indenização** - Cabimento - Relação de consumo - Caracterização - Responsabilidade civil subjetiva - Comprovação. REsp n. 695.000 - RJ. RSTJ 209/263.

Q

- PrPn Qualificadora - Não-ocorrência - Concurso de agentes - Não-caracterização - Crime de furto - **Habeas corpus**. HC n. 38.097 - SP. RSTJ 209/440.

R

- PrPn Razões de apelação - Suprimento - Ocorrência - Apelação - Indicação de alíneas - Ausência - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Tribunal do Júri. HC n. 52.945 - SP. RSTJ 209/406.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Adicional de assiduidade - Cabimento - Lei Complementar n. 46/1994(ES) - Lei Complementar n. 80/1996(ES) - Servidor público estadual - Tempo de serviço - Serventia não-oficializada. RMS n. 11.149 - ES. RSTJ 209/498.
- PrCv **Recurso em mandado de segurança** - Agravo regimental - Deserção - Impossibilidade - Assistência judiciária gratuita - Indeferimento - Direito líquido e certo - Violação. RMS n. 15.508 - RJ. RSTJ 209/319.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - Aposentadoria - Acumulação - Impossibilidade - Decreto n. 41.689/2001(MG) - Lei n. 8.935/1994 - Magistério - Oficial de registro. RMS n. 19.456 - MG. RSTJ 209/60.
- Adm **Recurso em mandado de segurança** - CF/1988, art. 37 - Decreto-Lei n. 3.365/1941, art. 5º, **i** - Desapropriação - Desvio de finalidade - Ocorrência. RMS n. 18.703 - BA. RSTJ 209/33.

- PrPn **Recurso em mandado de segurança** - CPP, art. 748 - Folha de antecedentes criminais - Cancelamento - Inquérito policial - Arquivamento - Ocorrência. RMS n. 18.540 - SP. RSTJ 209/172.
- PrCv **Recurso especial** - CF/1988, art. 100, § 1º, **a** - CPC, arts. 126; 128; 165; 458; 459 e 535, I e II - Violação - Não-ocorrência - Honorários advocatícios - Natureza alimentar - Não-caracterização. REsp n. 724.693 - PR. RSTJ 209/109.
- PrPn Regime prisional - Progressão - Crime de tráfico de entorpecente - Crime hediondo - Equiparação - **Habeas corpus** - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Pena restritiva de direito - Aplicação - Possibilidade. HC n. 53.117 - SP. RSTJ 209/448.
- Cv Relação de consumo - Caracterização - Agressão em casa noturna - Decisão *extra petita* - Não-ocorrência - **Indenização** - Cabimento - Prova - Valoração - Não-cabimento - Responsabilidade civil subjetiva - Comprovação. REsp n. 695.000 - RJ. RSTJ 209/263.
- Adm Relação de consumo - Inexistência - Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - **Crédito educativo** - Lei n. 9.298/1996 - Inaplicabilidade - Multa contratual - Cabimento. REsp n. 793.977 - RS. RSTJ 209/197.
- PrCv Religamento - Ordem - Descumprimento - *Astreintes* - Aplicabilidade - CPC, art. 461, § 4º - Energia elétrica - Fornecimento - Interrupção - **Execução**. REsp n. 885.737 - SE. RSTJ 209/160.
- Trbt Rendimentos pagos - Decisão judicial - **Imposto de Renda (IR)** - Índice aplicável - Lei n. 8.541/1992, art. 46. REsp n. 899.576 - CE. RSTJ 209/223.
- Adm Resolução - Não-cabimento - Anuidade - Fixação - **Conselho profissional**. REsp n. 496.444 - PR. RSTJ 209/176.
- PrCv Responsabilidade civil do Estado - **Ação de reparação de danos** - Acidente de trânsito - Buraco na rodovia - CPC, art. 277, § 5º - Rito sumário - Rito ordinário - Conversão - Desnecessidade. REsp n. 647.216 - DF. RSTJ 209/68.
- Cv Responsabilidade civil subjetiva - Comprovação - Agressão em casa noturna - Decisão *extra petita* - Não-ocorrência - **Indenização** - Cabimento - Prova - Valoração - Não-cabimento - Relação de consumo - Caracterização. REsp n. 695.000 - RJ. RSTJ 209/263.
- Trbt Responsabilidade tributária - CTN, art. 135 - Violação - **Execução fiscal** - Lei n. 8.397/1992, art. 4º, § 2º - Inaplicabilidade - Medida cautelar - Sócios - Bens - Indisponibilidade - Ilegalidade. REsp n. 722.998 - MT. RSTJ 209/95.
- Pv Restituição do indébito - **Benefício previdenciário** - Dívida ativa não-tributária - Caracterização - Escrituração - Cabimento. REsp n. 527.143 - PR. RSTJ 209/183.
- PrCv Rito sumário - Rito ordinário - Conversão - Desnecessidade - **Ação de reparação de danos** - Acidente de trânsito - Buraco na rodovia -



CPC, art. 277, § 5º - Responsabilidade civil do Estado. REsp n. 647.216 - DF. RSTJ 209/68.

S

- Pv Salário - Não-caracterização - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Seguro de vida em grupo. REsp n. 701.802 - RS. RSTJ 209/79.
- Pv Seguro de vida em grupo - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Salário - Não-caracterização. REsp n. 701.802 - RS. RSTJ 209/79.
- PrCv Sentença homologatória de cálculos - Mérito - Exame - Ocorrência - Ação declaratória de inexistência de ato jurídico - Não-cabimento - **Ação rescisória** - Cabimento. REsp n. 717.977 - MT. RSTJ 209/189.
- Cv Separação consensual - CC/1916, arts. 145, II, e 1.089 - Direitos sucessórios - Transferência - Impossibilidade - **Partilha** - Nulidade. REsp n. 300.143 - SP. RSTJ 209/324.
- Adm Servidor público - Ato administrativo - Correção - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Pedido genérico - Não-cabimento. MS n. 10.905 - DF. RSTJ 209/382.
- Adm Servidor público estadual - Adicional de assiduidade - Cabimento - Lei Complementar n. 46/1994(ES) - Lei Complementar n. 80/1996(ES) - **Recurso em mandado de segurança** - Tempo de serviço - Serventia não-oficializada. RMS n. 11.149 - ES. RSTJ 209/498.
- Adm **Servidor público inativo** - Auxílio-alimentação - Não-cabimento - Lei n. 8.460/1992 - Natureza indenizatória - Caracterização. REsp n. 491.438 - PR. RSTJ 209/513.
- Cm **Sociedade anônima** - Abuso de poder - Acionista controlador - Lei n. 6.404/1976, art. 117, § 1º. REsp n. 798.264 - SP. RSTJ 209/284.
- PrCv Sociedade de economia mista - Irrelevância - CPC, arts. 677 e 678 - **Penhora** - Faturamento da empresa - Possibilidade. REsp n. 841.506 - AL. RSTJ 209/126.
- Trbt Sócios - Bens - Indisponibilidade - Ilegalidade - CTN, art. 135 - Violação - **Execução fiscal** - Lei n. 8.397/1992, art. 4º, § 2º - Inaplicabilidade - Medida cautelar - Responsabilidade tributária. REsp n. 722.998 - MT. RSTJ 209/95.
- PrCv Substituição tributária - **Ação de repetição do indébito** - Encargo tributário - Não-repasse - Comprovação - Necessidade - Finsocial - Compensação - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Comerciante varejista de combustível. REsp n. 643.389 - PE. RSTJ 209/64.
- PrCv Súmula n. 267-STF - Incidência - Ação anulatória - Desconstituição - Impossibilidade - Agravo de instrumento - Recurso cabível - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Tribunal de Justiça - Ato administrativo - Impugnação. REsp n. 237.435 - AC. RSTJ 209/503.

ÍNDICE ANALÍTICO

- Adm Súmula n. 346-STJ - Contagem em dobro - Impossibilidade - Estabilidade - Aquisição - Férias e licenças não-gozadas - Lei n. 6.880/1980, arts. 50, IV, **a**, e 137, IV e V, e § 2º - **Militar temporário**. RSTJ 209/523.
- Ct Súmula n. 684-STF - CF/1988, arts. 5º, XXXIII e LX; 37, e 93, IX e X - Documentos funcionais - Acesso - Possibilidade - **Habeas data** - Militar - Princípio da publicidade - Prevalência. HD n. 91 - DF RSTJ 209/372.

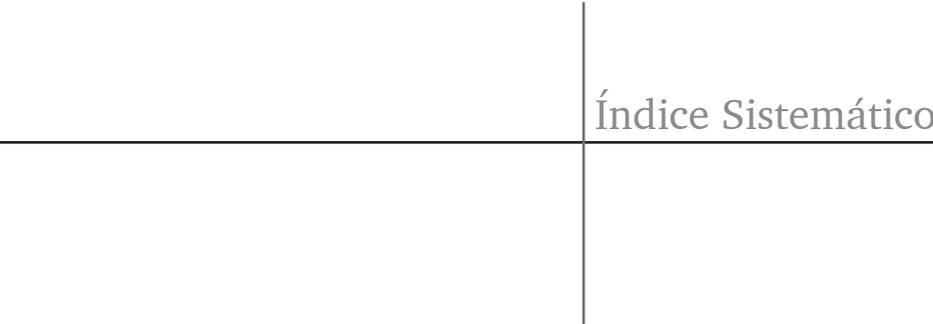
T

- Adm Tempo de serviço - Serventia não-oficializada - Adicional de assiduidade - Cabimento - Lei Complementar n. 46/1994(ES) - Lei Complementar n. 80/1996(ES) - **Recurso em mandado de segurança** - Servidor público estadual. RMS n. 11.149 - ES. RSTJ 209/498.
- PrCv Título executivo judicial - Nulidade - **Coisa julgada** - Execução - Não-ocorrência - CPC, art. 583 c.c. 618 - Embargos do devedor - Ausência - Exceção de pré-executividade - Cabimento. REsp n. 713.243 - RS. RSTJ 209/82.
- Cm Transação - Homologação judicial - Alongamento de dívida - Direito do devedor - **Crédito rural** - Securitização - Dívida - Alongamento - Direito do devedor - Lei n. 9.138/1995, art. 5º - Transação - Homologação por sentença. REsp n. 451.258 - RS. RSTJ 209/240.
- Cm Transação - Homologação por sentença - Alongamento de dívida - Direito do devedor - **Crédito rural** - Securitização - Dívida - Alongamento - Direito do devedor - Lei n. 9.138/1995, art. 5º - Transação - Homologação judicial. REsp n. 451.258 - RS. RSTJ 209/240.
- PrCv Tribunal de Justiça - Ato administrativo - Impugnação - Ação anulatória - Desconstituição - Impossibilidade - Agravo de instrumento - Recurso cabível - **Mandado de segurança** - Via eleita inadequada - Súmula n. 267-STF - Incidência. REsp n. 237.435 - AC. RSTJ 209/503.
- PrPn Tribunal do Júri - Apelação - Indicação de alíneas - Ausência - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Razões de apelação - Suprimento - Ocorrência. HC n. 52.945 - SP RSTJ 209/406.

V

- Cv Valor monetário - Devolução - **Contrato de empreendimento imobiliário** - Inadimplemento. REsp n. 775.255 - RJ. RSTJ 209/350.





Índice Sistemático

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AgRg no Ag

577.330-PR Rel. Min. Massami Uyeda RSTJ 209/317.
830.174-RJ Rel. Min. Herman Benjamin RSTJ 209/167.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CC

26.986-SP Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura .. RSTJ 209/369.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EDcl no REsp

408.122-PR Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 209/235.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

471.930-SP Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 209/21.
474.475-SP Rel. Min. Humberto Martins RSTJ 209/27.

HABEAS CORPUS - HC

23.372-SP Rel. Min. Paulo Gallotti RSTJ 209/425.
34.347-RS Rel. Min. Hamilton Carvalhido RSTJ 209/429.
38.097-SP Rel. Min. Nilson Naves RSTJ 209/440.
38.924-PR Rel. Min. Laurita Vaz RSTJ 209/389.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

44.197-MT	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 209/394.
47.891-RJ	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 209/398.
52.945-SP	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 209/406.
53.117-SP	Rel. Min. Hamilton Carvalhido	RSTJ 209/448.
59.051-PR	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 209/475.
60.266-RS	Rel. Min. Nilson Naves	RSTJ 209/482.

HABEAS DATA - HD

91-DF	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima	RSTJ 209/372.
-------------	--------------------------------------	---------------

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

10.905-DF	Rel. Min. Felix Fischer	RSTJ 209/382.
-----------------	-------------------------------	---------------

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

14.044-SC	Rel. Min. Hamilton Carvalhido	RSTJ 209/486.
-----------------	-------------------------------------	---------------

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

11.149-ES	Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura ..	RSTJ 209/498.
15.508-RJ	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSTJ 209/319.
18.540-SP	Rel. Min. Humberto Martins	RSTJ 209/172.
18.703-BA	Rel. Min. Denise Arruda	RSTJ 209/33.
19.456-MG	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 209/60.
22.286-PR	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 209/237.

RECURSO ESPECIAL - REsp

237.435-AC	Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura ..	RSTJ 209/503.
300.143-SP	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 209/324.
300.227-MG	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 209/328.
302.558-RJ	Rel. Min. Aldir Passarinho Junior	RSTJ 209/332.
451.258-RS	Rel. Min. Ari Pargendler	RSTJ 209/240.
491.438-PR	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 209/513.
496.444-PR	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 209/176.
502.856-DF	Rel. Min. Paulo Gallotti	RSTJ 209/517.
507.483-RS	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 209/179.
527.143-PR	Rel. Min. João Otávio de Noronha	RSTJ 209/183.
552.440-DF	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSTJ 209/336.
599.546-RS	Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa	RSTJ 209/339.
616.480-DF	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima	RSTJ 209/411.
617.605-RJ	Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima	RSTJ 209/415.
624.355-SC	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 209/243.
629.320-DF	Rel. Min. Humberto Gomes de Barros	RSTJ 209/245.



ÍNDICE SISTEMÁTICO

643.389-PE	Rel. Min. Denise Arruda	RSTJ 209/64.
647.216-DF	Rel. Min. Denise Arruda	RSTJ 209/68.
655.357-SP	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. RSTJ 209/249.	
663.195-MG	Rel. Min. Herman Benjamin	RSTJ 209/186.
669.939-RS	Rel. Min. Laurita Vaz	RSTJ 209/418.
674.571-SC	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 209/255.
674.884-PR	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 209/74.
678.375-GO	Rel. Min. Massami Uyeda	RSTJ 209/345.
695.000-RJ	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. RSTJ 209/263.	
701.802-RS	Rel. Min. Teori Albino Zavascki	RSTJ 209/79.
713.243-RS	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 209/82.
717.977-MT	Rel. Min. Humberto Martins.....	RSTJ 209/189.
722.998-MT	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 209/95.
724.693-PR	Rel. Min. Luiz Fux	RSTJ 209/109.
768.689-RN	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 209/120.
775.255-RJ	Rel. Min. Massami Uyeda	RSTJ 209/350.
784.127-MA	Rel. Min. Ari Pargendler	RSTJ 209/277.
793.977-RS	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSTJ 209/197.
798.264-SP	Rel. Min. Nancy Andrighi	RSTJ 209/284.
804.389-RS	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSTJ 209/201.
837.001-PE	Rel. Min. Eliana Calmon.....	RSTJ 209/211.
841.506-AL	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 209/126.
843.638-RJ	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 209/142.
845.885-SP	Rel. Min. José Delgado	RSTJ 209/154.
885.737-SE	Rel. Min. Francisco Falcão	RSTJ 209/160.
886.823-DF	Rel. Min. Ari Pargendler	RSTJ 209/307.
895.846-RS	Rel. Min. Castro Meira.....	RSTJ 209/216.
899.576-CE	Rel. Min. Castro Meira.....	RSTJ 209/223.
900.334-SP	Rel. Min. Castro Meira.....	RSTJ 209/227.

RECURSO ORDINÁRIO - RO

42-RJ	Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. RSTJ 209/311.	
-------------	---	--

SÚMULA

346.....	RSTJ 209/523.	
----------	---------------	--



Siglas e Abreviaturas

AC	Apelação Cível
Adm	Administrativo
Ag	Agravo de Instrumento
AgRg na APn	Agravo Regimental
AI no RMS	Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança
Ana	Agência Nacional de Águas
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
APn	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
CAt	Conflito de Atribuições
CC	Código Civil
CC	Conflito de Competência
CCm	Código Comercial
Cm	Comercial
CNE	Conselho Nacional de Educação
Com	Comunicação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CPP	Código de Processo Penal
CR	Carta Rogatória
CRI	Carta Rogatória Impugnada
Ct	Constitucional
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
Cv	Civil
D	Decreto
DL	Decreto-Lei
DNAEE	Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica
E	Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
EAC	Embargos Infringentes em Apelação Cível
EAg	Embargos de Divergência no Agravo
EAR	Embargos Infringentes em Ação Rescisória
EC	Emenda Constitucional

SIGLAS E ABREVIATURAS

ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EDcl	Embargos de Declaração
EJSTJ	Ementário de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
El	Eleitoral
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
ERMS	Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança
ExImp	Exceção de Impedimento
ExSusp	Exceção de Suspeição
ExVerd	Exceção da Verdade
ExecAR	Execução em Ação Rescisória
ExecMC	Execução em Medida Cautelar
ExecMS	Execução em Mandado de Segurança
HC	<i>Habeas corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
HSE	Homologação de Sentença Estrangeira
IDC	Incidente de Deslocamento de Competência
IExec	Incidente de Execução
IF	Intervenção Federal
IJ	Interpelação Judicial
Inq	Inquérito
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IUJ	Incidente de Uniformização de Jurisprudência
LC	Lei Complementar
LCP	Lei das Contravenções Penais
Loman	Lei Orgânica da Magistratura
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
MC	Ministério das Comunicações
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
NC	Notícia-Crime
PA	Processo Administrativo



SIGLAS E ABREVIATURAS

Pet	Petição
PExt	Pedido de Extensão
Pn	Penal
Prc	Precatório
PrCv	Processual Civil
PrPn	Processual Penal
Pv	Previdenciário
QO	Questão de Ordem
R	Revista do Superior Tribunal de Justiça
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RHD	Recurso em <i>Habeas Data</i>
RMI	Recurso em Mandado de Injunção
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
RSTJ	Revista do Superior Tribunal de Justiça
RvCr	Revisão Criminal
S	Súmula
SAF	Secretaria de Administração Federal
Sd	Sindicância
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SF	Senado Federal
SL	Suspensão de Liminar
SLS	Suspensão de Liminar e de Sentença
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
Tr	Trabalho
Trbt	Tributário

Repositórios Autorizados e Credenciados pelo
Superior Tribunal de Justiça

REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 01.** Lex – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.
- 02.** Revista de Direito Administrativo – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 2, de 19.08.1985 – DJ 21.08.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 05.09.2007 – DJ 19.09.2007.
- 03.** Revista LTr – Legislação do Trabalho e Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 26.08.1985 – DJ 28.08.1985 – **Registro revalidado** – Edital de 20.10.1989 – DJ 24.10.1989.
- 04.** Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 09.09.1985 – DJ 12.09.1985 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
- 05.** Julgados dos Tribunais Superiores – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 7, de 06.11.1987 – DJ 10.11.1987 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.
- 06.** Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Portaria n. 1, de 29.11.1989 – DJ 1º.12.1989.
- 07.** Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ 12.02.1990.
- 08.** Revista Jurídica Mineira – Portaria n. 3, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 13.05.1999 – DJ 04.06.1999.
- 09.** Revista Jurídica – editada por Notadez Informação Ltda. – Portaria n. 4, de 02.04.1990 – DJ 04.04.1990.
- 10.** Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – Portaria n. 5, de 02.05.1990 – DJ 09.05.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.
- 11.** Revista de Processo – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 6, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.
- 12.** Revista de Direito Civil – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 7, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 06.06.2000 – DJ 09.06.2000.
- 13.** Revista dos Tribunais – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 8, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990.
- 14.** Revista de Direito Público – editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. – Portaria n. 9, de 31.05.1990 – DJ 06.06.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.
- 15.** Revista Ciência Jurídica – editada pela Editora Nova Alvorada Edições Ltda. – Portaria n. 10, de 21.08.1990 – DJ 24.08.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira – editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 12, de 10.09.1990 – DJ 12.09.1990.
17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Portaria n. 13, de 17.12.1990 – DJ 19.12.1990 – **Registro cancelado** – Portaria n. 10, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
18. Jurisprudência Catarinense – editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Portaria n. 1, de 22.05.1991 – DJ 27.05.1991.
19. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária – editada pela IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ 20.09.1991 – **Registro alterado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.
20. Lex – Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 1, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 16.11.2000 – DJ 24.11.2000.
22. Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 10.03.1992 – DJ 13.03.1992.
23. Revista de Previdência Social – editada pela LTr Editora Ltda. – Portaria n. 4, de 20.04.1992 – DJ 24.04.1992.
24. Revista Forense – editada pela Editora Forense – Portaria n. 5, de 22.06.1992 – DJ 06.07.1992.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados – editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. – Portaria n. 6, de 06.11.1992 – DJ 10.11.1992 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.07.2003 – DJ 14.07.2003.
26. Série – Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – Portaria n. 1, de 18.02.1993 – DJ 25.02.1993 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata – Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 2, de 11.02.1994 – DJ 18.02.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 04.05.1999 – DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – editada pela Livraria do Advogado Ltda. – Portaria n. 3, de 02.03.1994 – DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Portaria n. 4, de 15.06.1994 – DJ 17.06.1994.
30. Genesis – Revista de Direito do Trabalho – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 5, de 14.09.1994 – DJ 16.09.1994 – **Registro cancelado** – Portaria n. 4, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista – editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. – Portaria n. 6, de 02.12.1994 – DJ 06.12.1994.



- 32.** Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo – Portaria n. 1, de 18.12.1995 – DJ 20.12.1995 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
- 33.** Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Portaria n. 1, de 11.04.1996 – DJ 22.04.1996.
- 34.** Lex – Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos – editada pela Lex Editora S.A. – Portaria n. 2, de 29.04.1996 – DJ 02.05.1996 – **Registro cancelado** – Portaria n. 11, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
- 35.** Revista de Direito Renovar – editada pela Editora Renovar Ltda. – Portaria n. 3, de 12.08.1996 – DJ 15.08.1996.
- 36.** Revista Dialética de Direito Tributário – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 16.06.1997 – DJ 23.06.1997.
- 37.** Revista do Ministério Público – Portaria n. 1, de 26.10.1998 – DJ 05.11.1998 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.
- 38.** Revista Jurídica Consulex – editada pela Editora Consulex Ltda. – Portaria n. 1, de 04.02.1999 – DJ 23.02.1999 – Republicada em 25.02.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001.
- 39.** Genesis – Revista de Direito Processual Civil – editada pela Genesis Editora – Portaria n. 2, de 12.04.1999 – DJ 15.04.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
- 40.** Jurisprudência Brasileira Criminal – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 6, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
- 41.** Jurisprudência Brasileira Trabalhista – editada pela Juruá Editora Ltda. – Portaria n. 7, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 3, de 09.02.2006 – DJ 15.02.2006.
- 42.** Revista de Estudos Tributários – editada pela IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 8, de 14.06.1999 – DJ 22.06.1999.
- 43.** Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. – Portaria n. 10, de 29.06.1999 – DJ 05.07.1999 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 23.08.2004 – DJ 26.08.2004.
- 44.** Revista Interesse Público – editada pela Editora Fórum Ltda. – Portaria n. 1, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000.
- 45.** Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil – editada pela IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000 – **Registro alterado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.
- 46.** Revista Brasileira de Direito de Família – Instituto Brasileiro de Família – Co-editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ 03.04.2000.
- 47.** Revista ADCOAS Previdenciária – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 5, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 8, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.

- 48.** Revista ADCOAS Trabalhista – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 6, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 7, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
- 49.** Revista de Jurisprudência ADCOAS – editada pela Editora Esplanada Ltda. – ADCOAS – Portaria n. 7, de 21.06.2000 – DJ 27.06.2000 – **Registro cancelado** – Portaria n. 9, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
- 50.** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal – editada pela IOB Informações Objetivas e Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001 – **Registro alterado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.
- 51.** Revista Tributária e de Finanças Públicas – editada pela Editora Revista dos Tribunais – Portaria n. 6, de 11.06.2001 – DJ 19.06.2001.
- 52.** Revista Nacional de Direito e Jurisprudência – editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. – Portaria n. 1, de 08.04.2002 – DJ 02.05.2002 – Republicada em 19.04.2002.
- 53.** Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região – editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Portaria n. 2, de 23.04.2002 – DJ 02.05.2002.
- 54.** Revista Dialética de Direito Processual – editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. – Portaria n. 1, de 30.06.2003 – DJ 07.07.2003.
- 55.** Revista Juris Plenum – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 1, de 23.05.2005 – DJ 30.05.2005.
- 56.** Revista Bonijuris – co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) – Portaria n. 2, de 18.10.2005 – DJ 27.10.2005.
- 57.** Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária – editada pela Editora Plenum Ltda. – Portaria n. 3, de 16.12.2005 – DJ 08.02.2006.
- 58.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 02.08.2006 – DJ 09.08.2006.
- 59.** CD-ROM – Jur Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 5, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
- 60.** DVD – Magister – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 6, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006.
- 61.** Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris – editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 7, de 09.08.2006 – DJ 15.08.2006 – **Registro cancelado** – Portaria n. 2, de 08.10.2007 – DJ 18.10.2007.
- 62.** CD-ROM – Gazetajuris – editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. – Portaria n. 8, de 02.10.2006 – DJ 04.10.2006.
- 63.** Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 1, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.
- 64.** Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 2, de 1º.02.2008 – DJ 11.02.2008.

