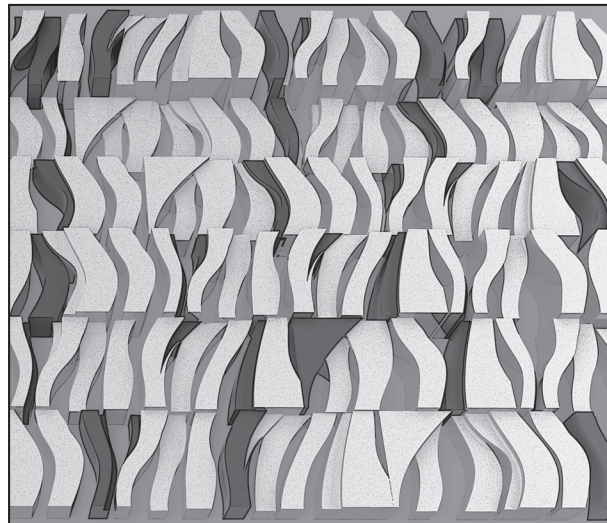


REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

VOLUME 218

ANO 22

ABRIL/MAIO/JUNHO 2010

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

Diretor

Ministro Hamilton Carvalhido

Chefe de Gabinete

Marcos Perdigão Bernardes

Assistentes

Andrea Dias de Castro Costa

Gerson Prado da Silva

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Max Günther Feitosa Albuquerque Alvim

Técnico em Secretariado

Fagno Monteiro Amorim

Mensageiro

Cristiano Augusto Rodrigues Santos

Estagiário

Ricardo Rodrigues Fonseca Junior

Samuel da Mota Cardoso Oliveira

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

MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
Diretor

SUPERIOR
TRIBUNAL
DE JUSTIÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

Ministro **Cesar Asfor Rocha** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer** (*Diretor da ENFAM*)

Ministro **Aldir Guimarães Passarinho Junior**

Ministro **Gilson Langaro Dipp** (*Corregedor-Nacional de Justiça*)

Ministro **Hamilton Carvalhido** (*Diretor da Revista*)

Ministra **Eliana Calmon Alves**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão Neto** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

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**

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**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Luiz Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo Filho**

Resolução n. 19/1995-STJ, art. 3º.

RISTJ, arts. 21, III e VI; 22, § 1º, e 23.

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

Ministro **Cesar Asfor Rocha** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler** (*Vice-Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Aldir Passarinho Junior**

Ministro **Gilson Dipp**

Ministro **Hamilton Carvalho**

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Luiz Fux**

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **José de Castro Meira**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

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

Ministro **Teori Albino Zavascki** (*Presidente*)

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

Ministro **Benedito Gonçalves** (*Presidente*)

Ministro **Hamilton Carvalho**

Ministro **Luiz Fux**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

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

Ministro **Humberto Martins** (*Presidente*)

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

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

Ministro **Massami Uyeda** (*Presidente*)

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

Ministro **Massami Uyeda** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministro **Sidnei Beneti**

Ministro **Vasco Della Giustina***

Ministro **Paulo Furtado****

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

Ministro **João Otávio de Noronha** (*Presidente*)

Ministro **Aldir Passarinho Junior**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Honildo de Mello Castro *****

* Desembargador convocado (TJ-RS)

** Desembargador convocado (TJ-BA)

*** Desembargador convocado (TJ-AP)

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

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidenta*)

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

Ministro **Napoleão Maia Filho** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Jorge Mussi**

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Presidenta*)

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Celso Luiz Limongi***

Ministro **Haroldo Rodrigues****

* Desembargador convocado (TJ-SP) substituindo o Ministro Paulo Medina

** Desembargador convocado (TJ-CE)

COMISSÕES PERMANENTES

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro **Francisco Falcão** (*Presidente*)

Ministro **Castro Meira**

Ministro **Massami Uyeda**

Ministro **Napoleão Maia Filho** (*Suplente*)

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministra **Laurita Vaz** (*Presidenta*)

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Sidnei Beneti** (*Suplente*)

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Ministro **Hamilton Carvalho** (*Presidente*)

Ministra **Nancy Andrighi**

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**

Ministro **Humberto Martins** (*Suplente*)

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro **Felix Fischer** (*Presidente*)

Ministro **Aldir Passarinho Junior**

Ministro **Hamilton Carvalho** (*Diretor da Revista*)

Ministra **Eliana Calmon**

Ministro **Luiz Fux**

Ministro **Arnaldo Esteves Lima**

MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Ministro **Aldir Passarinho Junior** (*Corregedor-Geral*)

Ministro **Hamilton Carvalho** (*Efetivo*)

Ministra **Eliana Calmon** (*1º Substituto*)

Ministra **Nancy Andrichi** (*2º Substituto*)

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Sessão à 1ª sexta-feira do mês)

Ministro **Cesar Asfor Rocha** (*Presidente*)

Ministro **Ari Pargendler** (*Vice-Presidente*)

Membros Efetivos

Ministro **Francisco Falcão** (*Corregedor-Geral da Justiça Federal*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Luiz Fux**

Juiz Olindo Herculano de Menezes (*TRF 1ª Região*)

Juiz Paulo César M. Espírito Santo (*TRF 2ª Região*)

Juiz Roberto Luiz Ribeiro Haddad (*TRF 3ª Região*)

Juiz Wilson Darós (*TRF 4ª Região*)

Juiz Luiz Alberto Gurgel de Faria (*TRF 5ª Região*)

Membros Suplentes

Ministro **João Otávio de Noronha**

Ministro **Teori Albino Zavascki**

Ministro **Castro Meira**

Juiz José Amilcar de Queiroz Machado (*TRF 1ª Região*)

Juíza Vera Lúcia Lima (*TRF 2ª Região*)

Juiz André Nabarrete Neto (*TRF 3ª Região*)

Juiz Élcio Pinheiro de Castro (*TRF 4ª Região*)

Juiz Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (*TRF 5ª Região*)



SUMÁRIO

JURISPRUDÊNCIA

| | |
|----------------------|-----|
| Corte Especial | 15 |
| Primeira Seção..... | 63 |
| Primeira Turma | 139 |
| Segunda Turma | 161 |
| Terceira Turma | 275 |
| Quarta Turma..... | 387 |
| Terceira Seção..... | 489 |
| Quinta Turma..... | 513 |
| Sexta Turma..... | 597 |

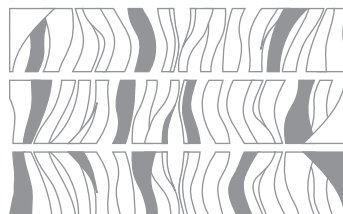
| | |
|----------------------|-----|
| SÚMULAS | 683 |
|----------------------|-----|

| | |
|-------------------------------|-----|
| ÍNDICE ANALÍTICO | 717 |
|-------------------------------|-----|

| | |
|---------------------------------|-----|
| ÍNDICE SISTEMÁTICO | 779 |
|---------------------------------|-----|

| | |
|------------------------------------|-----|
| SIGLAS E ABREVIATURAS | 785 |
|------------------------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 791 |
|--|-----|



Jurisprudência da Corte Especial

**AGRAVO REGIMENTAL NA CARTA ROGATÓRIA N. 3.998-PT
(2009/0069256-0)**

Relator: Ministro Presidente do STJ

Agravante: Álvaro Laurentino Pinto Gonçalves

Advogado: Robson da Silva Andrade e outro(s)

Agravado: Ministério Público Federal

Jusrogante: Serviços do Ministério Público de Viana do Castelo

EMENTA

Carta rogatória. Agravo regimental. Citação para ação penal e tomada do Termo de Identidade e Residência. Alegado cerceamento de defesa por ausência de documentos. Descrição suficiente dos fatos na peça acusatória. Art. 5º, alínea **c**, do Decreto n. 1.320/1994.

– O despacho que recebeu a acusação na Justiça rogante contém narrativa suficiente de todos os fatos, o que afasta a alegação de cerceamento de defesa.

– Nos termos do art. 5º, alínea **c**, do Decreto n. 1.320/1994, o pedido de auxílio deve conter a infração a que ele se refere, “com a descrição sumária dos fatos e indicação da data e local em que ocorreram”, circunstâncias presentes na peça acusatória.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 17.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Trata-se de agravo regimental interposto, em 09.06.2009 (*fax*) e em 12.06.2009 (original), por Álvaro Laurentino Pinto Gonçalves contra a decisão de fls. 39-41, publicada em 04.06.2009.

A presente carta rogatória objetiva a citação do interessado para ação penal pela apontada prática dos crimes de abuso de confiança, falsificação e burla, bem como a sua intimação para o preencher do Termo de Identidade e Residência.

A decisão recorrida rejeitou a tese de cerceamento de defesa por instrução deficitária da comissão e concedeu o *exequatur*. Consignou-se, na ocasião, que o “despacho que recebeu a acusação *contém narrativa suficiente de todos os fatos*, a afastar a alegação de cerceamento de defesa” (fl. 39), e que, por ter sido interrogado na CR n. 2.866, o interessado tomou ciência do conteúdo da acusação.

O recorrente insiste em argumentar que a ausência dos documentos mencionados no “despacho de acusação” viola o princípio do contraditório e da ampla defesa. Alega, ainda, que a CR n. 2.866 possibilitou somente o seu interrogatório, sem garantir-lhe acesso aos referidos documentos.

O Ministério Público Federal afirmou que “não há falar em cerceamento de defesa, tendo o interessado inegável ciência do conteúdo da acusação” (fl. 71). Opinou, ao final, pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O recurso não merece provimento.

Conforme ressaltei na decisão ora agravada, “o despacho que recebeu a acusação contém narrativa suficiente de todos os fatos” e, “em razão da CR n. 2.866, inegável a ciência do interessado do conteúdo da acusação” (fl. 39), o que afasta a alegação de cerceamento de defesa (fl. 39).

Ademais, segundo o art. 5º, alínea c, do Decreto n. 1.320/1994, o pedido de auxílio deve conter a infração a que ele se refere, “com a descrição sumária dos fatos e indicação da data e local em que ocorreram”, circunstâncias presentes na peça acusatória de fls. 5-12, conforme se lê no trecho abaixo transcrito:

Em processo penal comum, com intervenção do tribunal coletivo, o Ministério Público acusa *Álvaro Laurentino Pinto Gonçalves*, casado, comerciante, (...), porquanto:

1. Em 18 de Junho de 1996, o arguido e Carlos José Alves do Nascimento, id. a fls. 102 e 1.012, queixoso nestes autos, constituíram a sociedade *Auto-Permuta, Ltª*, com capital de Esc. 3.000.00\$00 e sede no Lugar de Figueiredo, Areosa, Viana do Castelo, tendo como objecto a compra e venda de automóveis.

(...)

5. Com vista ao desenvolvimento da actividade comercial de *Auto-Permuta, Ltª*, designadamente para depósito de receitas e efectivação de pagamentos, o arguido e o queixoso abriram contas bancárias no BES, na CGD e no Banif em nome daquela sociedade.

(...)

7. No período de 13 de fevereiro de 2003 a 24 de janeiro de 2005, o arguido recebeu, na qualidade de sócio-gerente de *Auto-Permuta Ltª*, vários cheques destinados ao pagamento de viaturas que esta sociedade vendeu a diversos clientes, tendo depositado tais cheques nas suas contas pessoais e, desse modo, feito suas as quantias neles inscritas.

(...)

10. Em 16 de fevereiro de 2005, o arguido redigiu ou mandou redigir o documento que se encontra junto a fl. 29 destes autos, também identificado por Doc. 10 - aqui dado por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais -, através do qual se solicitava a transferência da conta bancária de *Auto-Permuta Ltª* para a conta bancária n. 615139250006, após no mesmo, pelo seu próprio punho, a assinatura que usava e a assinatura usada pelo queixoso, imitando-a, e remeteu aquele documento, via telecópia, ao BES.

11. Desse modo, o BES, através dos seus representantes e/ou empregados, que ficaram convencidos de que aquele documento tinha sido regularmente emitido pelo arguido e pelo queixoso, procedeu à transferência bancária solicitada, debitando na conta de *Auto-Permuta Ltª* o referido montante de €9.100,00 e creditando-o na conta do arguido com o número indicado no parágrafo anterior.

12. Em 22 de janeiro de 2005, o arguido preencheu, pelo próprio punho, ou mandou preencher, o cheque fotocopiado a fl. 60 destes autos, também identificado por Doc. 40 - aqui dado por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais -, no montante de €3.250,00, e após no mesmo a assinatura usada pelo queixoso, imitando-a.

13. Na mesma data ou num dos dias seguintes, entregou tal cheque a Raul Antônio Cubal Torres, id. a fl. 40, tendo este apresentado o cheque em instituição bancária para depósito da quantia nele inscrita em conta de que era titular, o que aconteceu. (...).

14. Além da transferência acima mencionada em 11., o arguido, no período de 14 de julho de 2003 a 18 de fevereiro de 2005, efetuou outras transferências bancárias da conta de *Auto-Permuta, Ltª* para a sua conta bancária pessoal, que no total, incluindo a transferência mencionada em 11., perfazem o valor de €32.250,00.

(...)

18. Das transferências bancárias entre as contas de *Auto-Permuta* e de Álvaro Laurentino Pinto Gonçalves resultou um saldo credor a favor do arguido, no valor de €5.250,00 (37.500 - 32.250,00).

19. Com os cartões de crédito referidos em 6., o arguido levantou a crédito e fez suas as seguintes quantias: (...) Total: €1.200,00.

20. O arguido agiu livre e conscientemente, da forma acima descrita sob os n. 7 a 15 e 19, sem o consentimento ou conhecimento do queixoso, com o propósito de aumentar o seu património ou de aumentar o património de outras pessoas à custa do património de *Auto-Permuta Ltª*, o que conseguiu.

21. Deduzindo-se aos valores que o arguido subtraiu à sociedade *Auto-Permuta Ltª* os valores que o mesmo transferiu da sua conta pessoal para a conta daquela sociedade, verifica-se que o arguido ficou a dever a *Auto-Permuta Ltª* o montante total de €142.384,05.

26. Pelo exposto, o arguido cometeu, como autor material, em concurso real, um crime continuado de abuso de confiança, p. e p. no art. 205º, n. 4, al. **a**), dois crimes de falsificação, p. e p. 256º, n. 1, als. **a** e **c**, e n. 3, um crime de burla, p. e p. no art. 217º, n. 1 (relacionado com o uso do cheque referido em 12. e 13.), e um crime de burla, p. e p. nos arts. 217º, n. 1, e 218º, n. 1, todos os artigos do Código Penal.

Ademais, segundo o entendimento firmado no julgamento do Agravo Regimental na CR n. 535, a diligência rogada é a citação, e a legislação brasileira não exige que o ato citatório venha acompanhado de todos os documentos mencionados na petição inicial, pois se destina a dar conhecimento da ação em curso, permitindo a defesa do interessado. Não há falar, desse modo, em violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa ou em afronta à ordem pública e à soberania nacional.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N. 1.041-DF (2009/0069908-7)

Agravante: União

Agravado: Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília

Advogado: Gláucia Alves da Costa e outro(s)

Requerido: Desembargador Federal Relator do Agravo de Instrumento n. 200801000678674 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

EMENTA

Agravo regimental. Suspensão de liminar e de sentença. Plano de previdência. *Superavit*. Destinação.

– Na linha do entendimento desta Corte Especial, descabe apreciar as questões de mérito da demanda principal no processo de suspensão de liminar e de sentença, que se limita a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas.

– A concessão de tutela recursal impedindo que, antes do julgamento do feito principal, as importâncias decorrentes de *superavit* em plano de previdência privada sejam revertidas em favor dos participantes, dos assistidos e dos patrocinadores, ou que sejam

utilizadas na quitação de contratos de confissão de dívida não revela iminente lesão à ordem, à economia e ao interesse público.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nilson Naves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrighi e Teori Albino Zavascki.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 29.10.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Agravo regimental interposto pela União contra a decisão de fls. 178-181, na qual indeferi o pedido de suspensão assim:

A União ingressa com o presente requerimento para suspender os “efeitos da r. decisão proferida pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.067867-4-DF” (fl. 31), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que deferiu “o pedido de antecipação da tutela recursal, sob a rubrica de efeito suspensivo, para sobrestar a eficácia da decisão da Resolução n. 26, de 29.09.2008, do Conselho de Gestão da Previdência Social – CGPC, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora” (fl. 81).

Relata que o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília impetrou mandado de segurança coletivo, requerendo a suspensão da referida Resolução n. 26, “na parte em que estabelece a reversão dos valores superavitários aos participantes, assistidos e ao patrocinador, rogando, no mérito, a concessão da ordem com a declaração da ilegalidade da Resolução n. 26 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar, na parte que prevê a reversão dos valores superavitários e também na parte que os valores superavitários serão utilizados para quitar contratos de confissão de dívidas firmados com os patrocinadores (arts. 20 e 11), por contrariar o previsto na LC n. 109/2001, ferindo o Princípio Constitucional da Legalidade” (fl. 3). O pedido de tutela antecipada foi indeferido em primeiro grau, sendo interposto o agravo de instrumento no qual foi deferida a medida urgente.

A requerente sustenta que, como resultado do fato de a entidade fechada não poder prestar nenhum serviço fora do seu escopo previdenciário, há “a necessidade inexorável de que seja observado, relativamente a cada plano de benefício por ela administrado, o princípio do equilíbrio do sistema previdenciário, segundo o qual o total de ingressos deve estar permanentemente ajustado à soma dos compromissos do plano de benefícios (custo)” (fl. 11). Acrescenta que “quando o equilíbrio é abalado por qualquer razão, aparecendo um déficit no momento da apuração do resultado, ter-se-á uma anormalidade que deve ser sanada o quanto antes, sendo chamados, para tanto, patrocinadores, participantes e assistidos, que estão diretamente interessados na preservação do plano. Por outro lado, a apuração do resultado pode, eventualmente, revelar superávit. Nessa hipótese, o legislador manda que, primeiro, com o excedente do exercício, se constitua uma reserva de contingência, pressupondo o legislador que, da mesma forma que apareceu, o superávit possa desaparecer” (fl. 13). Nos três primeiros exercícios com superávit, este poderá ser utilizado para revisão do plano, sendo certo que, a partir do quarto exercício, a mencionada revisão será obrigatória, “pois entra em cena outra previsão legal, a de que o superávit é crônico e já compromete seriamente o equilíbrio do plano” (fl. 13).

Conclui, amparando-se na legislação específica, que:

Não se pode permitir que o excesso de recursos permaneça no plano de previdência indefinidamente, por vários motivos, quais sejam:

- a) a própria Lei Complementar n. 109/2001, art. 20, § 2º, não admite a existência da mesma reserva especial por mais de 3 exercícios consecutivos;
- b) os recursos em excesso perdem o vínculo com a finalidade previdenciária, razão de ser do próprio fundo de pensão (art. 2º da LC n. 109/2001);
- c) a entidade fechada de previdência complementar não pode funcionar como fundo de investimento nem exercer qualquer atividade não previdenciária, pois está expressamente proibida de prestar qualquer serviço fora de seu objeto previdenciário (LC n. 109/2001, art. 32 c.c. art. 2º);

d) a entidade fechada também está proibida de atuar como instituição financeira (art. 65, I, da Resolução CMN n. 3.456, de 1º de junho de 2007), não podendo ser mera depositária de recursos alheios ou mera investidora desses recursos no mercado financeiro.

(...)

A reversão do excesso aos patrocinadores, participantes e assistidos do plano de benefícios deve ocorrer tal como no déficit a aportes extras, por caracterizar as duas situações igualmente de desequilíbrio.

(...)

Não admitir a reversão de recursos do plano de benefícios a quem para este contribuiu e deve contribuir na hipótese de déficit (participantes ativos ou assistidos e patrocinadora), mesmo nos casos em que suplantado o binômio necessidade-finalidade do plano, ainda que não fosse pela argumentação até agora expendida, importaria na evidente consagração do enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar, que, como visto, não tem e não pode ter outro objeto que não a prestação de serviços previdenciários (fls. 19-22).

Alega a requerente, assim, haver lesão às ordens jurídica, administrativa e econômica, anotando que “a decisão proferida, no sentido de suspender a Resolução supracitada, produz risco de submeter toda a sociedade à inaceitável condição de ter que arcar com benefícios complementares ultravalorizados, diante da situação anormal de grupos privilegiados, inscritos em planos de benefícios com resultados superavitários excessivos, a quem seriam creditados recursos que deveriam, na realidade, retornar para os cofres públicos, haja vista sua natureza, o que renderia dividendos à União, a bem do interesse público” (fl. 30).

Às fls. 170-176, o Ministério Público Federal opinou pelo indeferimento do pedido.

Passo a decidir.

Inicialmente, registro que os temas de mérito da demanda principal, assim como a questão da legalidade da tutela antecipada deferida, não podem ser examinados na presente via, que não substitui o recurso próprio. A suspensão de liminar e de sentença, como cediço, limita-se a averiguar a possibilidade de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas (cf. AgRg na SLS n. 846-SP, publicado em 07.08.2008, da relatoria do em. Ministro Humberto Gomes de Barros, AgRg na SLS n. 821-MG, publicado em 05.05.2008, da relatoria do em. Ministro Barros Monteiro, e AgRg na SLS n. 1.011-PI, publicado em 07.05.2009, da minha relatoria, todos da Corte Especial).

Quanto aos requisitos necessários ao deferimento da suspensão, não foram demonstrados pela União. Com efeito, a inicial e os documentos juntados nos

autos não revelam a possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Por outro lado, a decisão do Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.067867-4-DF, ora impugnada, apenas impede que, antes do julgamento do feito, as importâncias decorrentes de superávit nos planos de previdência privada sejam revertidas em favor dos participantes, dos assistidos e do patrocinador ou que sejam utilizadas na quitação de contratos de confissão de dívida. Nesse contexto, a sua manutenção não se reveste de grave potencial lesivo aos institutos da lei de regência.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Publique-se.

A agravante, para demonstrar a grave lesão à ordem pública, “considerada em termos de ordem administrativa” (fl. 188), sustenta que “a regulamentação da destinação do superávit dos planos de previdência privada administrados por fundo de pensão decorreu da necessidade de se disciplinar a matéria para se assegurar a solvência, a liquidez e o equilíbrio dos planos de benefícios, a fim de que as entidades fechadas possam cumprir seu principal objetivo, que é o de pagar benefícios previdenciários a longo prazo” (fls. 188-189). Assim, ressalta, “os recursos em excesso perdem o vínculo com a finalidade previdenciária, razão de ser do próprio fundo de pensão. A entidade fechada de previdência complementar não pode funcionar como fundo de investimento nem exercer qualquer atividade não previdenciária, sob o risco de comprometimento de seus próprios serviços” (fl. 189).

Como conseqüência, ainda, da liminar aqui impugnada, alega que há “risco de submeter toda a sociedade à inaceitável condição de ter que arcar com benefícios complementares ultravalorizados, diante da situação anormal de grupos privilegiados, inscritos em planos de benefícios com resultados superavitários excessivos, a quem seriam creditados recursos que deveriam, na realidade, retornar para os cofres públicos, haja vista sua natureza, o que renderia dividendos à União, a bem do interesse público” (fl. 189).

A agravante reforça, também, a tese de que a liminar acarreta “insegurança jurídica tanto para o normal funcionamento do órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, quanto causará dúvidas e perplexidades para as próprias entidades fechadas, que malgrado não sejam partes no processo em que foi concedida a medida, indiretamente poderão restar prejudicadas pela paralisação de suas atividades no campo da revisão do plano, matéria de essencial importância para a consecução de seus objetivos previdenciários” (fls. 189-190).

Por último, diz que “a lesão jurídica prender-se-ia ao fato de que a decisão liminar concedida no âmbito do agravo de instrumento determinou o sobrestamento da eficácia da Resolução n. 26, de 29.09.2008, sem qualquer distinção” (fl. 190) e que “o impacto de ordem econômica financeira que advém do cumprimento da decisão de antecipação estaria relacionado ao grave risco para a higidez dos planos de benefícios indiretamente atingidos pela decisão judicial, decorrente da instabilidade gerada no seu aspecto econômico-financeiro e atuarial, a partir da obstrução da revisão do plano que abrange os mecanismos de apuração de resultado, de destinação e utilização de superávit e de equacionamento de déficit” (fl. 190).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): A União, ora agravante, ajuizou a suspensão de liminar e de segurança para suspender os “efeitos da r. decisão proferida pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n. 2008.01.00.067867-4-DF” (fl. 31), do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que deferiu “o pedido de antecipação da tutela recursal, sob a rubrica de efeito suspensivo, para sobrestar a eficácia da decisão da Resolução n. 26, de 29.09.2008, do Conselho de Gestão da Previdência Social – CGPC, até o pronunciamento definitivo da Turma julgadora” (fl. 81).

O mencionado agravo de instrumento, por sua vez, foi interposto pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília contra o indeferimento de liminar em mandado de segurança coletivo no qual postulava a suspensão da Resolução n. 26 “na parte em que estabelece a reversão dos valores superavitários aos participantes, assistidos e ao patrocinador, rogando, no mérito, a concessão da ordem com a declaração da ilegalidade da Resolução n. 26 do Conselho de Gestão da Previdência Complementar, na parte que prevê a reversão dos valores superavitários e também na parte segundo a qual os valores superavitários serão utilizados para quitar contratos de confissão de dívidas firmados com os patrocinadores (arts. 20 e 11), por contrariar o previsto na LC n. 109/2001, ferindo o Princípio Constitucional da Legalidade” (fl. 3).

A irresignação não merece prosperar em razão da ausência de efetiva demonstração de iminente grave lesão à ordem, à economia e ao interesse públicos.

Em primeiro lugar, os temas vinculados à lesão jurídica e à legalidade da tutela recursal, aí incluindo o exame da Lei Complementar n. 109/2001, devem ser enfrentados nos autos próprios, em que a demanda será julgada à luz da aplicação e da interpretação das normas legais pertinentes. Isso porque o exame aprofundado das referidas questões ultrapassa, na verdade, no caso em debate, os limites estabelecidos para a suspensão de liminar ou de segurança, cujo propósito é, tão-somente, obstar a possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A medida, na linha da firme jurisprudência da Corte Especial, não substitui o recurso processual adequado, no qual os temas de mérito podem ser amplamente discutidos e decididos. Além dos precedentes já citados na decisão agravada, trago os seguintes: AgRg na n. 994-PR, publicado em 09.03.2009; e AgRg na n. 995-DF, publicado em 02.04.2009, ambos da minha relatoria.

A tutela recursal deferida nos autos do agravo de instrumento obsta tão-somente que, antes do julgamento do feito principal, as importâncias decorrentes de *superavit* sejam revertidas em favor dos participantes, dos assistidos e dos patrocinadores ou que sejam utilizadas na quitação de contratos de confissão de dívida.

Nesse caso, a manutenção da liminar enseja a preservação dos valores pertencentes ao plano de previdência privada, podendo estes, ao final da lide, se denegada a ordem, ser revertidos na forma pretendida pela União, que não demonstrou, suficientemente, na inicial e nos documentos juntados nos autos, qual a efetiva grave lesão verificada.

A suspensão da tutela recursal, por outro lado, nesta instância, permitiria o dispêndio das importâncias decorrentes do *superavit*, o que, salvo melhor juízo, seria irreversível ou de difícil reposição.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS
DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 696.177-PB
(2006/0231466-0)**

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: José Lyndon Jonhson Braga

Advogado: Eduardo Antonio Lucho Ferrão e outro(s)
Agravado: Banco do Nordeste do Brasil S/A - BNB
Advogado: Juvêncio de Souza Ladeia Filho e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Exceção de pré-executividade. Honorários advocatícios. Revisão. Sede recursal inadequada à pretensão. Alegação de ofensa à coisa julgada. Divergência não caracterizada.

I - É da jurisprudência desta Corte Superior que não cabem embargos de divergência para rever o valor dos honorários advocatícios, por se tratar de questão decidida com base nas peculiaridades de cada demanda. Precedentes: AgRg nos EREsp n. 908.498-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJ de 21.02.2008; AgRg nos EREsp n. 792.313-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, Corte Especial, DJ de 04.06.2007; AgRg nos EREsp n. 413.310-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJ de 12.02.2007.

II - Como é cediço, o cabimento de embargos de divergência pressupõe o confronto de teses jurídicas discrepantes, firmadas a partir de circunstâncias em tudo semelhantes, o que não ocorre no presente caso.

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Nilson Naves dando provimento ao agravo regimental, e os votos dos Srs. Ministros Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior e Eliana Calmon, a Corte Especial, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Nilson Naves. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior e Eliana Calmon votaram

com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 13.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão de fls. 1.175-1.176, pela qual reconsiderarei a decisão de fls. 1.081-1.083 e neguei seguimento aos embargos de divergência interpostos por José Lyndon Jonhson Braga e Outros contra acórdão da Terceira Turma, relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, assim fundamentado:

De igual modo, não há falar em coisa julgada. O acórdão deixou claro que estava trabalhando exatamente com os termos de sua anterior decisão, levando à compreensão de que descabida a execução provisória, porque a compensação afastava o pagamento de honorários por qualquer das partes.

Todavia, creio que merece análise a impugnação apresentada relativamente ao art. 21 do Código de Processo Civil. Pelo que consta dos autos, a decisão originária decretou a prescrição de quatro dos cinco títulos em execução, deixando hígido tão-somente um deles, a Cédula de Crédito Rural Pignoratícia n. Fl/R 94/001/-6 no valor de R\$ 2.007.423,00, que atualizada até 15.08.2001 alcançaria, segundo a inicial da execução provisória, R\$ 6.888.117,49 (fl. 39). De fato, se dos cinco títulos quatro foram excluídos da execução promovida pela instituição financeira, não se pode logicamente afirmar que houve compensação absoluta. Ocorre, como afirmou o acórdão, que a exceção de pré-executividade não tem carga condenatória, mas, sim, declaratória negativa, não cabendo a imposição de verba honorária sobre o valor da condenação. Aplica-se, portanto, outro critério. Como a parte recorrente foi vencedora, em parte, obtendo no incidente da exceção de pré-executividade êxito com a exclusão de quatro dos cinco títulos em execução, não se pode deixar de reconhecer o cabimento da verba honorária. Não se tratando de condenação, como bem posto pelo acórdão, a consequência é que se não pode computar qualquer percentual sobre o valor da condenação. Seria mesmo irracional que se admitisse condenação em honorários de advogado na exceção de pré-executividade naquele valor absurdo, considerando a própria natureza do incidente. Assim, cabível a fixação de honorários compatíveis com a procedência parcial da exceção. Com isso, creio que será razoável, considerando a sucumbência parcial, que os honorários sejam fixados no valor de R\$ 200.000,00.

Destarte, conheço do especial, em parte, e, nessa parte, dou-lhe provimento para fixar a verba honorária em R\$ 200.000,00, devendo a execução provisória prosseguir nesse valor, já agasalhada a compensação (fl. 893).

Os embargantes alegam que o julgado da Terceira Turma, ora embargado, renega decisão proferida pelo mesmo órgão julgador no AG n. 482.503-PB, já transitada em julgado, pela qual estariam definitivamente fixados em R\$ 46.624.526,61 os honorários advocatícios devidos em razão do acolhimento da exceção de pré-executividade apresentada à execução promovida pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A. contra a Cooperativa Agrícola Mista dos Irrigantes de São Gonçalo Ltda - CAMISG, no valor de R\$ 473.133.343,64, reduzido a R\$ 6.888.117,49, haja vista a declaração de prescrição de quatro dos cinco títulos executivos. Invocam, entre outros, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Coisa julgada. Liquidação de sentença. Erro de cálculo.

1. Nenhum juiz pode decidir novamente questões já apreciadas pelo Poder Judiciário e protegidas pela coisa julgada.

2. Afirmado em acórdão que inexistente erro material em liquidação de sentença, não é possível, em fase posterior a execução, renovar-se a discussão sobre a matéria e se obter decisão em sentido contrário.

3. Só se considera erro material em liquidação de sentença o caracterizado por desacertos aritméticos em seu sentido lato. Os critérios, por exemplo, para elaboração dos cálculos ficam afastados dessa conceituação.

4. Recurso especial provido (REsp n. 123.352-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 12.06.1997, DJU de 12.08.1997).

Processual Civil. Recurso especial. Honorários advocatícios. Critério de cálculo. Ausência de impugnação oportuna. Trânsito em julgado. Erro material. Inexistência.

1. Somente os desacertos numéricos cometidos quando da elaboração da conta constituem erro material. Os critérios de cálculo utilizados quanto aos honorários advocatícios estão protegidos pela coisa julgada.

2. A ausência de impugnação tempestiva da base de cálculo fixada atrai a aplicação do brocardo jurídico *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre aos que dormem).

3. Não se aplica, também, a teoria da relativização da *res judicata*, pois o ato judicial que se pretende anular (decisão de primeiro grau no processo cognitivo), em nenhum momento, confronta-se com dispositivos ou princípios da Constituição da República.

4. Recurso especial provido (REsp n. 277.393-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJU de 06.02.2006).

Sustentam ainda que é irrisório o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) fixado pelo acórdão embargado para o honorários advocatícios, uma que vez corresponde a menos de 1% do valor da causa. A propósito, invocam, entre outros, o seguinte precedente:

Processual Civil e Tributário. Ação de reintegração ao Refis. Desistência. Honorários advocatícios. Critério da equidade. Revisão. Súmula n. 7-STJ. Possibilidade. Matéria de direito.

1. Admite-se nas hipóteses em que o valor dos honorários representem percentual manifestamente irrisório ou exorbitante seja revisto o critério adotado para sua fixação, o que afastaria a vedação contida na Súmula n. 7 desta Corte. Isso porque nesta hipótese, não mais se trataria de questão de fato, mas de direito.

2. Levando-se em conta os parâmetros elencados nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC, quais sejam, grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, entendo que a condenação a título de honorários advocatícios não deveria ser fixada em patamar inferior ao percentual de 1% sobre o valor atribuído à causa, já que na hipótese dos autos, a condenação não representaria sequer 0,055% sobre o valor tomado de base.

3. Recurso especial provido (REsp n. 794.745-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11.04.2006, DJU de 25.04.2006).

Instado a se manifestar, o embargado ofereceu impugnação (fls. 1.063-1.079) aduzindo, em síntese, a ausência de similitude fática entre os arestos embargado e paradigmas, a justificar o cabimento dos divergentes.

A decisão agravada tem fundamento no entendimento de que a revisão de honorários advocatícios, em sede especial, só é possível quando se apresentar exorbitante ou irrisório o valor fixado para a verba, não sendo esta a hipótese examinada nestes autos. Entendeu-se ainda que a divergência jurisprudencial não ficou devidamente caracterizada, à mingua de similitude entre as situações confrontadas.

No agravo regimental, insistem os recorrentes que, segundo os precedentes invocados, “o critério de cálculo já precluso, não se expõe à revisão, ao contrário de mero erro de cálculo aritmético, que pode ser corrigido a qualquer tempo” e que “*in casu*, não se cuida da revisão dos fatos da causa, mas sim de questão exclusivamente jurídica, qual seja, a intangibilidade, por força da coisa julgada,

do teor da r. Decisão do Min. *Menezes Direito*, nos autos do AG n. 482.503, que, já preclusa, manteve o v. Acórdão local quanto ao arbitramento dos honorários à base de 10% (dez por cento)” (fls. 1.186-1.187).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): A decisão agravada não merece reparos.

No que refere à suposta violação da coisa julgada, há de se notar que os precedentes invocados para a espécie, ou não são sequer relacionados com o tema agitado, isto é, não dizem respeito a critérios de fixação de honorários advocatícios (REsp n. 671-MS e REsp n. 123.352-SP), ou, mesmo veiculando assunto congênere, não tratam de hipóteses fáticas que se identifiquem com o caso examinado nestes autos - especificamente, honorários em exceção de pré-executividade. Como é cediço, o cabimento de embargos de divergência pressupõe o confronto de teses jurídicas discrepantes, firmadas a partir de circunstâncias em tudo semelhantes, o que não ocorre no presente caso.

Por outro lado, é da jurisprudência desta Corte Superior que não cabem embargos de divergência para rever o valor dos honorários advocatícios, por se tratar de questão decidida com base nas peculiaridades de cada demanda. Vejam-se os seguintes precedentes da Corte Especial:

Processual Civil. Embargos de divergência. Dissídio jurisprudencial não configurado. Honorários advocatícios. Majoração em embargos de divergência. Não cabimento. Precedente da Corte Especial. Ausência de similitude entre os casos confrontados.

1. A Corte Especial deste STJ assentou entendimento no sentido de que “não são admissíveis embargos de divergência que visem majorar ou reduzir honorários de advogado.” (REsp n. 743.113-PR, Ministro Ari Pargendler, DJ de 12.06.2006).

2. Não restou comprovada a diversidade de tratamento jurídico aplicado a situações idênticas, pois o precedente indicado como paradigma considerou ser irrisória a verba honorária fixada pelo Tribunal de origem, ao passo que o acórdão embargado nada mencionou sobre o tema, tendo por fundamento apenas a vedação constante da Súmula n. 7-STJ, que impossibilita o reexame do valor fixado a título de honorários advocatícios.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EREsp n. 908.498-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 19.12.2007, DJU de 21.02.2008).

Processo Civil. Agravo nos embargos de divergência no recurso especial. Valor de honorários advocatícios reputado exorbitante.

Alegação de divergência quanto a esse valor entre Turmas pertencentes a Seções diversas do STJ. Julgamento unipessoal dos embargos de divergência. Possibilidade.

- A possibilidade de julgamento unipessoal dos embargos de divergência está prevista no RISTJ e não no art. 557 do CPC.

- Conforme pacífica orientação jurisprudencial da Corte Especial, não cabem embargos de divergência para rever o valor dos honorários de advogado.

Agravo não provido (AgRg nos EREsp n. 792.313-SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16.05.2007, DJU de 04.06.2007).

Agravo regimental nos embargos de divergência. Recurso especial. Honorários advocatícios. Revisão. Óbice da Súmula n. 7 do STJ. Valor que não foi considerado irrisório nem excessivo. Acórdão embargado que não destoa da tese jurídica esposada nos paradigmas. Ausência de divergência jurisprudencial. Embargos liminarmente indeferidos. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos. Precedente da Corte Especial.

1. A revisão, em sede de recurso especial, do *quantum* fixado a título de verba honorária, via de regra, pressupõe o revolvimento de matéria fática, tarefa vedada a teor do Verbete Sumular n. 7 do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte, entretanto, sensível a situações em que salta aos olhos a inobservância dos critérios legais para o arbitramento do valor justo, passou a admitir a revisão em sede especial quando se tratar de honorários notoriamente ínfimos ou exagerados, o que se faz considerado cada caso em particular. Assim, saber se os honorários são irrisórios ou exorbitantes requer, necessariamente, a apreciação das peculiaridades de cada caso concreto.

3. Os embargos de divergência, por sua vez, é um recurso que tem sua razão de existir fundada na necessidade de se compor eventual dissídio de teses jurídicas em sede de recurso especial, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça, afinal, tem como missão institucional precípua justamente a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional.

4. Assim, não se abre a especialíssima via – que não se presta à revisão do acerto ou desacerto da decisão embargada – quando não restar evidenciada divergência de teses jurídicas, pressuposto elementar do recurso, nos termos do art. 266, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EREsp n. 413.310-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 23.11.2006, DJU de 12.02.2007).

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: É caso de embargos de divergência regularmente admitidos e processados, depois providos em parte, em decisão unipessoal, para se “fixar os honorários advocatícios em 1%”; depois, tal decisão foi reconsiderada, quando então se negou seguimento aos embargos. É, pois, dos embargantes o atual agravo, embargantes que contendem com o Banco do Nordeste do Brasil S.A.

Há, nos embargos, duas questões, ou duas razões: refere-se uma à coisa julgada, isso porque, a propósito da exceção de pré-executividade, o Superior Tribunal já se pronunciara sobre a verba honorária (AgRg no Ag n. 482.503, de 2003, 3ª Turma). Trata-se, pois, de questão interessante essa. A outra questão também diz respeito ao valor dos honorários, reduzidos, ao fim e ao cabo, vejam, ao equivalente, segundo os embargantes, “à vigésima parte de 1% (um por cento) do valor expurgado (decoado) da Execução do BNB, ou exatos 0,043% do benefício advindo da atuação do advogado”. Foi, na Turma, vencido, nesse ponto, Gomes de Barros, assim: “Sra. Ministra Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento. Todavia, *data venia*, fico vencido no que concerne à fixação do *quantum* devido a título de honorários, fixando o percentual de 1%.”

Já que se trata de embargos admitidos e processados, havendo, em seu redor, duas interessantes questões, inicialmente proporia que se abrisse um pouco mais o contraditório, isto é, que os embargos tivessem seguimento a teor do § 1º do art. 557. Com isso se abriria, da tribuna, também de outras atuações dos advogados, o contraditório. Caso, porém, não se pense assim, voto, então, no sentido de dar provimento ao agravo a fim de recuperar o voto do Ministro Gomes de Barros, bem como a decisão unipessoal de fls. 1.081-1.083, “para fixar os honorários advocatícios em 1%”. Assim voto, Sr. Presidente, respeitosamente.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, pedindo vênias à divergência, acompanho o voto do eminente Ministro Relator.

Nego provimento ao agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.009.559-SP (2007/0265612-7)

Relator: Ministro Ari Pargendler

Agravante: General Motors do Brasil Ltda

Advogado: Luiz Eduardo de Castilho Giroto e outro(s)

Agravado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra

Procurador: Valdez Adriani Farias e outro(s)

EMENTA

Processo Civil. Desistência. Honorários. O artigo 6º, § 1º, da Lei n. 11.941, de 2009, só dispensou dos honorários advocatícios o sujeito passivo que desistir de ação judicial em que requeira “o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos”. Nas demais hipóteses, à míngua de disposição legal em sentido contrário, aplica-se o artigo 26, *caput*, do Código de Processo Civil, que determina o pagamento dos honorários advocatícios pela parte que desistiu do feito. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki e Nilson Neves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 08.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que General Motors do Brasil Ltda. e outras interpuseram recurso extraordinário contra o acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Francisco Falcão, assim ementado:

Vigência da contribuição ao Inkra. Natureza de intervenção no domínio econômico. Leis n. 7.789/1989 e 8.212/1991. Destinação diversa. Dispositivos constitucionais. Apreciação. Impossibilidade.

A egrégia Primeira Seção, no julgamento do REsp n. 977.058-RS, em 22.10.2008, sob o regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução/STJ n. 8/2008, ratificou o posicionamento pela legalidade da contribuição adicional destinada ao Inkra, criada pela Lei n. 2.613/1955, à razão de 0,2% sobre a folha de salários.

Suposta afronta a dispositivos constitucionais é de apreciação reservada ao Supremo Tribunal Federal, não podendo esta Corte Superior, em sede de recurso especial, sobre ela manifestar-se sequer a título de prequestionamento.

Agravo regimental improvido (fl. 5.870, 37º vol.).

O recurso extraordinário deixou de ser admitido (fl. 5.946-5.947, 37º vol.), e o agravo de instrumento daí interposto foi remetido ao Supremo Tribunal Federal.

Gmac Prestadora de Serviços de Mão-de-Obra Ltda. e General Motors do Brasil Ltda. requereram, então, nos autos do recurso especial, a desistência do feito, com a renúncia ao direito em que se funda a ação, com base na Lei n. 11.941, de 2009 (fl. 5.954-6.073 e 6.075-6.283, 38º vol.).

Após a homologação das desistências (fl. 6.287, 38º vol.), as referidas empresas e a União opuseram embargos de declaração (fl. 6.291-6.292 6.293-6.295, 38º vol.), extraindo-se do recurso desta última os seguintes trechos:

... entendemos que existe omissão relevante a ser suprida, uma vez que r. decisão embargada não se manifestou sobre a manutenção dos honorários advocatícios fixados às fls. 5.845 em favor da Fazenda Nacional (fl. 6.294, 38º vol.).

Quanto aos honorários advocatícios, o art. 26, *caput*, do CPC assevera que, na hipótese de desistência da ação, as despesas e os honorários serão suportados pela parte que desistiu. Assim, é devida a condenação das embargadas ao pagamento dos honorários advocatícios já fixados pelo r. *decisum* de fls. 5.840-5.845.

Deve-se destacar, Excelência, que a isenção ao pagamento de honorários advocatícios a que alude o § 1º do art. 6º da Lei n. 11.941/2009 se refere apenas às ações em que se “requer o restabelecimento de sua opção ou sua reinclusão em outros parcelamentos” (fl. 6.294, 38º vol.).

Com efeito, o objeto do presente feito refere-se à inexigibilidade da contribuição devida ao Incra, o que afasta a aplicação do citado preceptivo legal, sendo devida, portanto, a manutenção da condenação em honorários advocatícios em favor da Fazenda Nacional no percentual de 10% sobre o valor atualizado da causa, sob cujo ponto não houve manifestação da r. decisão embargada (fl. 6.295, 38º vol.).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fl. 6.300 e 6.302, 38º vol.), tendo sido destacada a falta de interesse da União para atacar a decisão que satisfazia “integralmente suas pretensões neste processo, inclusive evidentemente o que foi decidido acerca dos honorários de advogado” (fl. 6.302, 38º vol.).

À vista disso, Gmac Prestadora de Serviços de Mão-de-Obra Ltda. e General Motors do Brasil Ltda. interpuseram o presente agravo regimental, *in verbis*:

... mister pontuar que não deve haver condenação ao pagamento de honorários advocatícios no presente caso.

Isso porque, o pedido de desistência da ação e a renúncia ao direito sobre o qual a mesma se funda é condição *sine qua non* para o aproveitamento dos benefícios trazidos pela Lei n. 11.941/2009, uma vez que a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa por força de depósito judicial, conforme se verifica do artigo 13 da Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 6 de 22 de julho de 2009:

Art. 13. Para aproveitar as condições de que trata esta Portaria, em relação aos débitos que se encontram com exigibilidade suspensa, o sujeito passivo deverá desistir, expressamente e de forma irrevogável, da impugnação ou do recurso administrativo ou da ação judicial proposta e, cumulativamente, renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e as ações judiciais, até 30 (trinta) dias após o prazo final previsto para efetuar o pagamento à vista ou opção pelos parcelamentos de débitos de que trata esta Portaria. (Redação dada pela Portaria PGFN/RFB n. 11, de 11 de novembro de 2009) (fl. 6.307, 38º vol.).

... considerando que o litígio foi extinto em cumprimento a uma condição estabelecida legalmente para adesão ao benefício fiscal, as agravantes não podem ser compelidas ao pagamento de outras verbas honorárias, além das já recolhidas para quitar o saldo da anistia (fl. 6.308, 38º vol.).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): As agravantes requereram a desistência do feito com base na Lei n. 11.941, de 2009, que em seu artigo 6º dispõe:

Art. 6º O sujeito passivo que possuir ação judicial em curso, na qual requer o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos, deverá, como condição para valer-se das prerrogativas dos arts. 1º, 2º e 3º desta Lei, desistir da respectiva ação judicial e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se funda a referida ação, protocolando requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do inciso V do *caput* do art. 269 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, até 30 (trinta) dias após a data de ciência do deferimento do requerimento do parcelamento.

§ 1º Ficam dispensados os honorários advocatícios em razão da extinção da ação na forma deste artigo (o sublinhado não é do texto original).

A referida lei foi regulamentada pela Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 6, de 22 de julho de 2009, que nos artigos 13, *caput* e § 1º, e 32, *caput* e § 4º, apenas reiterou a necessidade do sujeito passivo desistir da ação judicial, sem fazer qualquer ressalva quanto aos honorários advocatícios.

Portanto, apesar da desistência com a renúncia ao direito em que se funda a ação ser exigência para o aproveitamento dos benefícios da Lei n. 11.941, de 2009, a aludida norma só dispensou do pagamento de honorários advocatícios o

sujeito passivo que desistir de ação judicial em que requeira “o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos”.

Na espécie, trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c.c. repetição de indébito tributário (fl. 02-33, 1º vol.).

Assim, à míngua de disposição legal em sentido contrário, aplica-se o artigo 26, *caput*, do Código de Processo Civil, que determina o pagamento dos honorários advocatícios pela parte que desistiu do feito.

Nesse sentido, há recente precedente da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, *in verbis*:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Desistência. Tributário. Lei n. 11.941/2009. Honorários advocatícios. Art. 26 do CPC.

1. O § 1º do art. 6º da Lei n. 11.941/2009 prevê expressamente a dispensa dos honorários apenas para os casos em que há desistência de ação judicial, na qual o sujeito passivo requer o restabelecimento de sua opção ou reinclusão em outros parcelamentos. A hipótese dos autos trata de pedido de aproveitamento de créditos tributários, não se enquadrando, portanto, na previsão do dispositivo legal mencionado.

2. Regular aplicação do artigo 26 do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl na Desis no Ag n. 1.105.849-SP, DJ de 23.11.2009).

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO N. 1.123.550-SP (2009/0131241-9)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante: Indústrias Mangotex Ltda

Advogado: Valeria Lara Waldemarin Germani e outro(s)

Agravado: Fabiana Cristina Genova da Silva e outro

Advogado: Jean Clayton Thomaz

EMENTA

Embargos de divergência. Ausência de recolhimento de custas. Negativa de seguimento. Agravo regimental. Lei n. 11.636/2007. Resolução n. 1/2008-STJ. Comprovação no ato de interposição do recurso. Deserção. Precedentes.

I - Nos termos da Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1/2008-STJ, é devido o recolhimento de custas no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, nos processos de competência originária ou recursal, devendo o preparo ser comprovado no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção. Precedentes da Corte Especial: AgRg nos EREsp n. 921.884-AL, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 02.04.2009; AgRg nos EREsp n. 723.774-RS, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 30.04.2009; AgRg nos EREsp n. 938.561-AL, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 30.03.2009.

II - Impossibilidade de aplicação do § 2º, art. 511, do CPC, tendo em vista que a hipótese dos autos não é de insuficiência do preparo, mas de ausência de recolhimento das custas legalmente previstas, o que impõe o decreto de deserção.

III - Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: A Corte Especial, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 03 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Presidente

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe 18.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: *Indústrias Mangotex Ltda* interpõe agravo regimental, nos autos em epígrafe, contra decisão proferida pelo Exmo. Sr. Ministro Presidente *Cesar Asfor Rocha*, assim versada, *verbis*:

A embargante não comprovou o recolhimento das custas judiciais no ato da interposição dos embargos de divergência (arts. 511, *caput*, do CPC, 9º da Lei n. 11.636/2007 e 1º, § 1º, da Resolução n. 1/2008-STJ).

Diante disso, nego seguimento ao recurso (fl. 251).

A embargante sustenta que, à falta de recolhimento das custas, deveria ter sido intimada para regularização do vício sanável, nos termos do art. 511, § 2º, do CPC.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): O recurso não cabe prosperar.

Inicialmente ressalto sobre a impossibilidade de aplicação do invocado dispositivo do CPC, que é do seguinte teor, *verbis*:

Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

(...) *omissis*.

§ 2º. A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco (5) dias.

Ora, o dispositivo é bastante claro ao dispor sobre a intimação, *caso o valor do preparo não seja suficiente*, hipótese diferente da dos autos, nos quais a ora agravante nada recolheu a título de pagamento das custas recursais.

Assim, cumpre observar os termos da Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1/2008-STJ, que determina o recolhimento de custas no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, nos processos de competência originária ou recursal, devendo o preparo ser comprovado no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção (art. 511 do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes desta c. Corte Especial, *verbis*:

Processual Civil. Embargos de divergência. Negativa de seguimento. Agravo regimental. Custas. Recolhimento. Necessidade. Lei n. 11.636/2007. Resolução n. 1/2008-STJ. Comprovação. Ato de interposição do recurso. Art. 511 do CPC. Deserção.

1 - Nos termos da Lei n. 11.636/2007, regulamentada pela Resolução n. 1/2008-STJ, é devido o recolhimento de custas no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, nos processos de competência originária ou recursal.

2 - O preparo deve ser comprovado no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção (art. 511 do CPC).

3 - Agravo regimental desprovido (AgRg nos EREsp n. 921.884-AL, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 02.04.2009).

Embargos de divergência. Incidência de custas. Lei n. 11.636/2007 e Resolução n. 1/2008. Recolhimento não comprovado. Deserção. Agravo regimental improvido (AgRg nos EREsp n. 723.774-RS, Rel. Min. Nilson Naves, DJe de 30.04.2009).

Agravo regimental. Embargos de divergência. Interposição. Custas judiciais. Falta. Art. 511 do CPC. Deserção.

É deserto o recurso de embargos de divergência cuja interposição venha desacompanhada do respectivo preparo (art. 511 do CPC).

Precedentes.

Agravo regimental desprovido (AgRg nos EREsp n. 938.561-AL, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 30.03.2009).

Em razão do exposto, *nego provimento* ao presente agravo regimental.

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 934.731-AL (2009/0048878-5)

Relatora: Ministra Nancy Andrigli

Relator para o acórdão: Ministro Ari Pargendler

Embargante: Elba Cavalcante Peixoto e outros
Advogado: Rodrigo Albuquerque de Victor e outro(s)
Embargado: União

EMENTA

Processo Civil. Execução fundada em título judicial. Negada a executividade ao título extrajudicial, já não há vez para o ajuizamento de outra execução com suporte nele; diversamente se dá na hipótese em que a sentença não transitou em julgado, mas servirá de título executivo para nova execução tão logo venha a se tornar definitiva. Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler não conhecendo dos embargos de divergência, as retificações de votos dos Srs. Ministros Nilson Naves, Laurita Vaz e João Otávio de Noronha, os votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior e Gilson Dipp também não conhecendo do recurso, e o voto da Sra. Ministra Eliana Calmon acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer dos embargos de divergência. Vencidas as Sras. Ministras Relatora e Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Ari Pargendler. Votaram com o Sr. Ministro Ari Pargendler os Srs. Ministros Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Nilson Naves, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior e Gilson Dipp. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Ari Pargendler, Relator para o acórdão

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência em recurso especial, nos autos de embargos à execução de título judicial opostos pela *União* em desfavor de *Elba Cavalcante Peixoto* e outros.

Sentença: julgou parcialmente procedentes os embargos do devedor, para o fim de “abater-se do índice de 47,94%, os percentuais posteriormente recebidos a título de diferenças vencimentais”, determinando que “a execução prossiga no valor de R\$235.335,37” (fls. 167-169).

Acórdão: inconformadas, ambas as partes interpuseram apelação (fls. 182-198 e 227-255), tendo o TRF da 5ª Região negado provimento ao recurso da União e provido o recurso dos embargantes, para reconhecer a aplicabilidade integral do índice de 47,94% (fls. 275-284).

Embargos de declaração: interpostos por ambas as partes (fls. 286-288 e 289-296), foram julgados prejudicados, após o TRF da 5ª Região, por maioria de votos ter, de ofício, declarado a nulidade do processo de execução e de todos os atos praticados na precedente ação ordinária, após as decisões que negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário interpostos, tendo em vista a ausência de intimação pessoal do advogado da União (fls. 298-324).

Embargos infringentes: interpostos pelos embargantes (fls. 326-334), foram providos pelo Pleno do TRF da 5ª Região, nos termos do acórdão (fls. 392-402) assim ementado:

Processual Civil. Reajuste de remuneração de servidores públicos. Embargos à execução. Embargos declaratórios. Nulidade da intimação de decisão da Presidência. Competência. Vício sanado pela posterior vista dos autos. Omissão não verificada.

1. Houve vício, no processo de conhecimento, quando o ente público não foi intimado, pessoalmente, da decisão em que inadmitidos os recursos especial e extraordinário por ela interpostos.

2. Embora tal vício diga respeito a ato da Presidência, não há que se falar em incompetência da Turma, considerando que não está em questão o vício em si mesmo, e sim, a sua repercussão quanto ao título judicial objeto dos embargos à execução em exame na Turma.

3. Contudo, embora se cuide de hipótese de nulidade, que pode ser reconhecida de ofício, o ente público tomou ciência da decisão em tela, quando da vista dos autos, para a oposição dos embargos, e não suscitou a matéria,

nos embargos, nem interpôs, a partir de tal vista, no prazo legal, o agravo de instrumento, para a reapreciação da citada decisão.

4. Não resta possível, por conseguinte, reconhecer tal nulidade, em embargos declaratórios que atacam acórdão prolatado na apreciação dos embargos à execução, já que, afinal, a decisão que inadmitiu os recursos excepcionais, quando da aludida vista, foi comunicada à parte interessada.

5. Não houve omissão, a respaldar embargos declaratórios, considerando que o vício de intimação não foi alegado na petição inicial dos embargos, nem nos recursos de apelação, nem foi examinado pelo juízo monocrático, quando prolatou a sentença, nem pela Turma, quando examinou os apelos.

6. Embargos infringentes providos.

Embargos de declaração: interpostos pela União (fls. 404-413), foram rejeitados pelo TRF da 5ª Região (fls. 415-421).

Recurso Especial: interposto pela União (fls. 423-457), foi provido por decisão monocrática do i. Min. Nilson Naves (fls. 539-543) a qual, a despeito do oferecimento de agravo regimental (fls. 547-553), foi, por unanimidade, mantida pela 6ª Turma, nos termos do acórdão (fls. 556-561) assim ementado:

Recurso especial. Art. 530 do Cód. de Pr. Civil. Contrariedade. Ausência de julgamento de mérito. Embargos infringentes. Falta de cabimento.

1. São incabíveis embargos infringentes de acórdão que, embora não-unânime, não tenha examinado o mérito da causa (Cód. de Pr. Civil, art. 530).

2. No caso, o acórdão objeto dos embargos infringentes limitou-se a declarar a nulidade do processo de execução em razão de não ter sido a União intimada pessoalmente da decisão que inadmitira os recursos especial e extraordinário por ela interpostos na ação de conhecimento e, ao assim decidir, não cuidou das questões de mérito apreciadas na sentença dos embargos à execução, circunstância que, a teor do art. 530 do Cód. de Pr. Civil, não autoriza a interposição dos embargos infringentes.

3. Agravo regimental improvido.

Embargos de divergência: irresignados, os embargantes interpuseram os presentes embargos de divergência. Em suas razões (fls. 567-588), pugnam pelo reconhecimento do dissídio e pelo provimento dos embargos, a fim de que prevaleça a solução adotada pela 1ª e 3ª Turmas. Trouxeram como paradigmas os acórdãos relativos ao REsp n. 1.058.183-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 26.06.2008; e ao REsp n. 920.768-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18.06.2007; assim ementados:

Tributário e Processual Civil. Embargos infringentes. Reforma de sentença de mérito. Art. 530 do CPC. Lei n. 10.352/2001. Cabimento.

1. A sentença que faz juízo sobre a legitimidade ou não do título executivo é sentença de mérito. Assim, contra o acórdão que a reforma em grau de apelação por votação majoritária, é cabível o recurso de embargos infringentes (CPC, art. 530). Precedente.

2. Recurso especial a que se dá provimento.

Embargos infringentes. Cabimento.

- Somente cabem embargos infringentes se o acórdão relativo à apelação, por maioria, reformou a sentença tratando do mérito.

- Se em embargos à execução, foi declarada a ausência de título executivo, houve o julgamento de mérito quanto aos embargos do devedor.

Do exposto, infere-se que, enquanto a 6ª Turma afastou o cabimento dos embargos infringentes, por entender que a declaração de nulidade do título executivo, com a consequente anulação de toda a execução, não implica decisão de mérito; a 1ª e a 3ª Turmas admitiram o mencionado recurso, entendendo que o reconhecimento da nulidade ou inexistência de título executivo compreende decisão de mérito.

Pelas razões acima esposadas, admiti os embargos de divergência na decisão de fls. 605.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrigli (Relatora): Cinge-se a lide a determinar se, na hipótese dos autos, era cabível a interposição de embargos infringentes. Incidentalmente, analisa-se também se deve ser considerada de mérito a decisão que, no âmbito de embargos do devedor, declara a nulidade do processo de execução em virtude da ausência de título executivo.

I. Do cabimento dos embargos de divergência

Em sede de preliminares, alega a União que os embargos de divergência teriam sido equivocadamente endereçados ao i. Min. Presidente, motivo pelo qual não deveriam ser conhecidos.

Na hipótese vertente, porém, o erro não enseja o indeferimento do recurso, na medida em que não decorreu de má-fé, tampouco implicou qualquer prejuízo à parte contrária ou ao trâmite do processo.

De fato, o equívoco se limitou ao endereçamento dos embargos de divergência ao i. Min. Presidente do STJ, quando, na realidade, tal recurso deveria ter sido endereçado genericamente aos Ministros integrantes da Corte Especial, a teor do que dispõem os arts. 11, XIII, e 266, 2ª parte, do RISTJ. Nessa circunstância, afiguram-se perfeitamente aplicáveis os princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais.

Em situações análogas à presente, esta Corte já se manifestou no sentido de desconsiderar o erro e admitir a validade do ato. Confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes precedentes: AgRg na AR n. 4.079-PR, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 1º.06.2009; REsp n. 677.044-RJ, 3ª Turma, minha relatoria, DJ de 03.10.2005; e REsp n. 152.511-MG, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 29.05.2000.

Por outro lado, ao contrário de que aduz a União, a comprovação da divergência e o cotejo analítico entre o julgado embargado e os acórdãos alçados a paradigma se fizeram a contento, nos termos do que exige o art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Assim, os presentes embargos são perfeitamente cognoscíveis.

II. Do cabimento dos embargos infringentes

(i) Do cabimento de embargos infringentes contra acórdão terminativo

Inicialmente, cumpre ressaltar que a atual redação do art. 530 do CPC, dada pela Lei n. 10.352/2001, passou a fazer referência expressa à reforma da “*sentença de mérito*”, de sorte que, uma análise isolada e apriorística do dispositivo legal indica a intenção – ao menos aparente – do legislador de incluir no rol de decisões suscetíveis de embargos infringentes, acórdãos terminativos que tenham reformado sentença de mérito.

Nessa hipótese, contudo, há de se ter em mente que o acórdão, apesar de ter julgado apelação contra sentença de mérito, não produz coisa julgada material, possibilitando à parte retornar a juízo com igual pretensão, instaurando um novo processo, motivo pelo qual não está havendo nenhuma violação do direito de acesso à Justiça, tampouco negativa de prestação jurisdicional.

Conforme anota Cândido Rangel Dinamarco, a redação dada ao art. 530 resulta de um desvio de perspectiva: “o critério da incidência da coisa julgada material, com impedimento à reiteração da demanda em juízo, deve recair sobre o acórdão, não sobre a sentença, porque é ele que se torna definitivo, não ela” (A reforma da reforma. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202).

Diante disso, conclui-se que tal dispositivo legal deve ser interpretado sistematicamente, inclusive para fazer prevalecer a vontade do próprio legislador, o qual, na justificativa do projeto da Lei n. 10.352/2001, afirmou somente ser conveniente manter os embargos infringentes quando “a divergência tenha surgido em matéria de mérito, não simplesmente em tema processual”.

Em suma, não há de se admitir os embargos infringentes opostos contra acórdão terminativo não unânime, ainda que reforme sentença de mérito.

(ii) Da existência de julgamento do mérito na hipótese dos autos

A partir das considerações acima tecidas, constata-se que o deslinde da controvérsia se resume a determinar se houve análise do mérito no acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, declarando a nulidade do processo de execução em virtude da ausência de título executivo. Sendo a resposta afirmativa, confirmar-se-á o cabimento dos embargos infringentes; caso contrário, ficará inviabilizada a utilização de tal recurso.

De acordo com o TRF da 5ª Região, a execução embargada pela União estaria lastreada em título executivo judicial não transitado em julgado, o que caracterizaria “nulidade de caráter absoluto a macular o referido processo de execução” (fls. 304) acrescentando que “mesmo a execução provisória seria inadequada” (fls. 314), tendo em vista o impedimento constante do art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997.

A declaração de inexigibilidade do título implica reconhecimento da ausência de uma das condições da ação de execução. Conforme leciona Paulo Henrique dos Santos Lucon, em tal circunstância “o processo de execução será extinto por sentença terminativa. Todavia, nos embargos, a sentença será de mérito, pois a pretensão do embargante para que fosse reconhecida a falta de uma das condições da ação executiva foi julgada procedente” (Embargos à execução. São Paulo: Saraiva, 2001, 2ª ed., p. 158).

Realmente, os embargos à execução instalam relação jurídica processual diversa daquela estabelecida no âmbito da execução, desenvolvendo-se com

base no rito ordinário, o qual confere a possibilidade de ampla cognição. Assim, constituindo os embargos do devedor um processo de conhecimento, a decisão que aprecia o pedido neles deduzido será de mérito.

Na hipótese dos autos, porém, há peculiaridade que merece ser ressaltada, consistente no fato de que a inexigibilidade do título foi declarada *de ofício* pelo TRF da 5ª Região.

Com efeito, não obstante haja pedido da União no sentido de que seja declarada a inexigibilidade do título, este se funda na denominada coisa julgada inconstitucional, prevista no art. 741, parágrafo único, do CPC. A inexigibilidade reconhecida pelo TRF da 5ª Região, por sua vez, fundou-se na ausência de intimação pessoal do advogado da União acerca das decisões que negaram seguimento aos recursos especial e extraordinário interpostos. Sendo assim, verifica-se que o TRF da 5ª Região extrapolou os fatos e fundamentos delineados pela União na petição inicial dos embargos, violando os limites impostos pelo pedido e pela causa de pedir.

Diante disso, resta saber se, mesmo sendo *extra petita* – isto é, tendo ido além do pedido formulado pela parte – a declaração de inexigibilidade do título continua podendo ser qualificada como uma decisão de mérito.

De acordo com a regra vigente em nosso sistema processual, o pedido compõe o objeto da ação, delimitando a matéria de mérito sobre a qual incidirá a atuação jurisdicional. Quando o julgador atua de ofício e ultrapassa esse limite, proferindo decisão *extra petita*, ele provoca uma ampliação do objeto da ação. Essa decisão amplificadora do pedido será de mérito, pois, se não for reformada, fará coisa julgada material, produzindo efeitos como se tivesse sido extraída do pedido original.

A apreciação da impugnação oferecida contra essa decisão *extra petita* também exige, necessariamente, exame do mérito, pois somente mediante análise do próprio pedido é que se poderá averiguar se ele foi ou não excedido.

Em suma, tanto a decisão proferida de ofício pelo julgador, acolhendo pedido não formulado na petição inicial, quanto aquela que apreciar a sua legalidade, serão decisões de mérito.

Assim, independentemente da legalidade da decisão que, de ofício, declarou a inexigibilidade do título executivo – matéria não compreendida no objeto deste recurso – fato é que se trata de decisão *de mérito*, portanto passível de impugnação via embargos infringentes.

Acrescente-se, por oportuno, que apesar da ressalva feita no acórdão lavrado pela 6ª Turma, no sentido de que as questões de mérito objeto da sentença dos embargos do devedor não foram apreciadas pelo TRF da 5ª Região, é inegável que aquele Tribunal também proferiu decisão de mérito, reformando a sentença, o que autoriza a interposição de embargos infringentes.

Forte em tais razões, *acolho* os embargos de divergência, a fim de que prevaleça o entendimento esposado nos acórdãos paradigmas da 1ª e da 3ª Turmas, tendo por cabíveis os embargos infringentes opostos pelos embargantes contra o acórdão não unânime proferido pelo TRF da 5ª Região.

VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, acompanho o voto da Sra. Ministra Relatora.

Não há a menor dúvida de que a decisão que anula o título executivo faz coisa julgada material, tanto que não poderá mais haver uma nova execução, a reproposição da execução, porque o título é nulo.

Admito os embargos de divergência e os acolho, mantendo o prevalecimento dos paradigmas da Primeira e da Terceira Turmas.

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

Sessão da Corte Especial - 02.09.2009

Nota Taquigráfica

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, fico com o acórdão da 6ª Turma, aliás, de minha relatoria. Já que estão conhecendo dos embargos, o meu voto, porém, nega-lhes provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Ari Pargendler: 1. Os autos dão conta de que, desprovida a apelação que interpusera (fls. 274-284, 2º vol.), a União opôs embargos de declaração ao acórdão (fls. 289-296, 2º vol.).

O tribunal *a quo* julgou prejudicados os embargos de declaração, mas decretou de ofício “a nulidade da execução e dos atos praticados na ação de conhecimento, após a prolação dos despachos de fl. 212-213” (fl. 323, 2º vol.), tudo porque o representante judicial da União teria deixado de ser intimado, pelas vias regulares, da decisão que negara seguimento aos recursos especial e extraordinário (fl. 323, 2º vol.).

Quer dizer, à míngua dessa intimação, a sentença não transitara em julgado, faltando executividade ao título – conclusão (*a de que o trânsito em julgado é condição indispensável à executividade da sentença*) que o acórdão (fl. 305, 2º vol.) extraiu do art. 2º-B da Medida Provisória n. 9.494, de 1997 (“A sentença que tenha por objeto a liberação de recursos, implantação em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”).

Sobrevieram embargos infringentes (fl. 326-334, 2º vol.), providos ao fundamento de que, “embora se cuide de hipótese de nulidade, que pode ser reconhecida de ofício, o ente público tomou ciência da decisão em tela, quando da vista dos autos, para a oposição dos embargos, e não suscitou a matéria, nos embargos, nem interpôs, a partir de tal vista, no prazo legal, o agravo de instrumento, para a reapreciação da citada decisão” (fl. 401-402, 2º vol.).

A União interpôs, então, recurso especial (fl. 423-457, 2º vol.), a que o relator, Ministro Nilson Naves, deu provimento fundado no precedente de que trata o AgRg no REsp n. 937.107, relatora a Ministra Maria Thereza, DJ, 1º.09.2008).

A decisão do relator foi mantida no âmbito de agravo regimental, à base da seguinte motivação:

Dada a identidade existente entre os casos, têm aplicação, aqui, os mesmos fundamentos adotados pela Turma no julgamento do REsp n. 934.612: (I) o Tribunal de origem, no acórdão dos embargos infringentes, limitou-se a declarar a nulidade do processo de execução em razão de não ter sido a União intimada pessoalmente da decisão que inadmitira os recursos especial e extraordinário por ela interpostos na ação de conhecimento; e (II) ao assim decidir, não cuidou das questões de mérito apreciadas na sentença dos embargos à execução, daí porque não tinham cabimento os embargos infringentes.

Considerando que as alegações apresentadas neste regimental não têm o condão de infirmar tais fundamentos, a confirmação da decisão agravada é medida que se impõe.

Elba Cavalcante Peixoto e outros opuseram, então, embargos de divergência (fl. 566-588, 3º vol.), elencando como paradigma os acórdãos proferidos no REsp n. 920.768-SC, relator Ministro Gomes de Barros (fl. 589-593, 3º vol.) e no REsp n. 1.058.183-RS, relator o Ministro Teori Zavascki (fl. 594-599, 3º vol.).

No primeiro, o tribunal *a quo*, em acórdão não unânime, decretou a nulidade da execução, “por não enxergar título executivo. É que o exequente deveria trazer aos autos, além do contrato de confissão de dívida, os contratos ou títulos originários e o demonstrativo do débito” (fl. 590, 3º vol.).

No segundo, o tribunal *a quo*, também em acórdão não unânime, reformou a decisão que julgara extinta a execução, “por entender que a CDA que a aparelha preenche os requisitos legais” (fl. 595, 3º vol.).

Em ambos os casos, o Superior Tribunal de Justiça, pela 3ª Turma e pela 1ª Turma, respectivamente, decidiu que aqueles julgados haviam enfrentado o mérito da lide, e por isso estavam sujeitos a embargos infringentes.

Com efeito, o juízo acerca da executividade do título envolve uma questão de mérito, não obstante tenha caráter processual; é que, negada a executividade do título, já não há vez para o ajuizamento de outra execução com suporte nele.

2. Acontece que o acórdão embargado difere substancialmente dos acórdãos indicados como paradigma.

Nos acórdãos indicados como paradigma, as execuções estavam instruídas por títulos extrajudiciais, enquanto a execução *sub judice* está fundada em título judicial resultante de sentença civil condenatória da Fazenda Pública.

A identificação de divergência entre uns e outro só pode, portanto, ser feita à base do pressuposto de que a execução de título judicial (*representativo de quantia certa*) contra a Fazenda Pública segue o mesmo regime da execução de títulos extrajudiciais contra particulares.

Diferentemente disso, o regime de execução dos títulos extrajudiciais contra particulares difere daquele que rege a execução dos títulos judiciais contra a Fazenda Pública quando está em causa a cobrança de quantia certa, e a discrepância não se resume ao rito do art. 730 do Código de Processo Civil.

No que aqui importa, os embargos do devedor opostos à execução fundada em título extrajudicial não têm efeito suspensivo (CPC, art. 739-A c.c. o art. 587, 2ª parte). Já os embargos opostos pela Fazenda Pública inibem o aparelhamento da execução fundada em título judicial enquanto a respectiva sentença não transitar em julgado (RE n. 463.936-0-PR, relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ, 16.06.2006).

Sem que seja necessário detalhar outras implicações, é indubitoso que o reconhecimento de que, na espécie, falta executividade ao título não tolhe a renovação da execução, se a final a sentença transitar em julgado; a sentença subsiste íntegra, podendo transformar-se em título executivo se ou quando lhe for adicionado o trânsito em julgado.

Ao contrário, nos acórdãos indicados como paradigma, a motivação foi a de que, decretada a anulação da execução, os títulos extrajudiciais já não serviriam para renová-la.

Voto, por isso, no sentido de não conhecer dos embargos de divergência.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, na sessão anterior, havia conhecido dos embargos de divergência. Porém, para melhor me ajustar, voto no sentido de não conhecer dos embargos, de acordo, então, com o voto do Ministro Pargendler.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Sr. Presidente, votei na assentada anterior, acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora. Depois, analisando os precedentes e até o próprio voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi, que fez a gentileza de encaminhá-lo a mim, verifico que não há similitude fática entre os casos confrontados para conhecimento do recurso.

Retifico o meu voto para acompanhar o voto do Sr. Ministro Ari Pargendler.

Não conheço dos embargos de divergência.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Sr. Presidente, verifico que também tenho em mesa um agravo regimental com idêntica matéria. Diante disso, gostaria de lembrar a V. Exas. que já tivemos a oportunidade de julgar, aqui, processo que teve como Relator o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, em que esta Corte Especial também negou provimento ao agravo regimental. Trata-se de processo idêntico a esse, em que não foi reconhecida a demonstração da divergência ante a ausência da similitude fática entre os acórdãos (os paradigmas colacionados são os mesmos).

Destaco ainda, somente para melhor clareza, que também o Sr. Ministro Luiz Fux já teve oportunidade de apreciar precedente com igual questão. Trata-se dos EREsp n. 935.237-AL, em que, em juízo preliminar, O Sr. Ministro Luiz Fux admitiu os embargos de divergência; contudo, depois, também em decisão monocrática, reformou o *decisum* para não admiti-lo por entender que se tratava da mesma hipótese de não-configuração do dissídio pretoriano.

Peço vênia à eminente Relatora para retificar meu voto e acompanhar o voto do Sr. Ministro Ari Pargendler.

Não conheço dos embargos de divergência.

É como voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 941.108-RS (2009/0160869-6)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Embargante: União

Embargado: Sindicato dos Trabalhadores da Justiça Federal do Rio Grande do Sul - Sindijusfe

Advogado: Amarildo Maciel Martins e outro(s)

EMENTA

Embargos de divergência. Direito Processual Civil. Sindicatos. Execução de julgado em ação coletiva. Legitimidade. Substituto processual. Possibilidade.

1. A legitimidade extraordinária conferida pela Constituição da República aos Sindicatos, para defesa em juízo ou fora dele dos direitos e interesses coletivos ou individuais, independentemente de autorização expressa do associado, se estende à liquidação ou execução da decisão judicial, hipótese em que deverá particularizar a situação jurídica de cada qual dos substituídos.

2. Embargos de divergência rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Nancy Andrigli, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Nilson Naves, Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Felix Fischer e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Gilson Dipp e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Presidente

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 08.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de divergência interpostos pela União contra acórdão da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

Processual Civil. Execução de sentença. Ação coletiva. Legitimidade ativa *ad causam*. Sindicato. Precedentes.

1. Os sindicatos têm legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em ação condenatória, na qual atuaram como substitutos processuais, caso não sejam promovidas pelos interessados, independentemente de autorização expressa dos associados.

2. Agravo regimental improvido.

Sustenta a embargante, em suma, que a legitimidade ativa dos sindicatos, para propor execução de julgado em ação coletiva, restringe-se à propositura na qualidade de representante processual, invocando, para tanto, como paradigmas, os seguintes arestos proferidos pela Primeira Turma:

Processual Civil. Ação civil coletiva. Liquidação e execução de sentença. Legitimidade ativa do sindicato, como representante processual.

1. Ação ordinária ajuizada por entidade sindical em face da União, com a finalidade de impedir o desconto mensal da contribuição previdenciária para o Plano de Seguridade Social dos servidores públicos federais substituídos, com a majoração de alíquota efetuada pela Lei n. 8.162/1991, bem como obter a condenação da ré na restituição dos valores indevidamente descontados desde julho de 1994.

2. Os sindicatos têm legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em ação condenatória na qual atuaram como substitutos processuais, caso não promovidas pelos interessados, hipótese em que as referidas entidades atuam em regime de representação processual.

3. Precedente da Corte: REsp n. 487.202-RJ, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24.05.2004;

4. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade do recorrente para propor a liquidação e execução da sentença, na qualidade de representante processual. (REsp n. 637.837-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22.02.2005, DJ 28.03.2005, p. 202)

Constitucional. Processual Civil. Ação civil coletiva. Diferenças de correção monetária de contas do FGTS. Legitimação ativa das entidades sindicais. Natureza e limites. Prova do fato constitutivo do direito afirmado e documento essencial à propositura da demanda. Distinções.

1. As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do Sindicato demandante.

2. A legitimação ativa, nesses casos, se opera em regime de substituição processual, visando a obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8.078/1990, sem qualquer juízo a respeito

da situação particular dos substituídos, dispensando, nesses limites, a autorização individual dos substituídos.

3. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação.

4. Não se pode confundir “documento essencial à propositura da ação” com “ônus da prova do fato constitutivo do direito”. Ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares.

5. Em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa a uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência.

6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 487.202-RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.05.2004, DJ 24.05.2004, p. 164)

Alega a embargante que, enquanto a Quinta Turma afirmou a legitimidade dos sindicatos para promover a execução de julgado em ação em que atuaram como substitutos processuais, em regime de substituição processual, a Primeira Turma afirmou a legitimidade dos sindicatos para promover a execução de julgado em ação em que atuaram como substitutos processuais, em regime de representação processual.

Sustenta, assim, que a legitimidade ativa dos sindicatos, para propor execução de julgado em ação coletiva, restringe-se à propositura na qualidade de representante processual.

Em contrarrazões, alega o embargado que o entendimento firmado nos acórdãos paradigmas já não reflete a atual jurisprudência da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo incidência o Enunciado n. 168 da Súmula desta Corte.

Os embargos de divergência foram admitidos por haver, em princípio, dissídio jurisprudencial acerca da natureza da legitimidade dos sindicatos para promover a execução de julgado em ação em que atuaram como substitutos

processuais, se em regime de representação processual ou de substituição processual.

O Ministério Público Federal veio pela rejeição dos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, embargos de divergência interpostos pela União contra acórdão da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

Processual Civil. Execução de sentença. Ação coletiva. Legitimidade ativa *ad causam*. Sindicato. Precedentes.

1. Os sindicatos têm legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em ação condenatória, na qual atuaram como substitutos processuais, caso não sejam promovidas pelos interessados, independentemente de autorização expressa dos associados.

2. Agravo regimental improvido.

Assim decidindo, alega a embargante, divergiu o acórdão embargado dos seguintes arestos proferidos pela Primeira Turma:

Processual Civil. Ação civil coletiva. Liquidação e execução de sentença. Legitimidade ativa do sindicato, como representante processual.

1. Ação ordinária ajuizada por entidade sindical em face da União, com a finalidade de impedir o desconto mensal da contribuição previdenciária para o Plano de Seguridade Social dos servidores públicos federais substituídos, com a majoração de alíquota efetuada pela Lei n. 8.162/1991, bem como obter a condenação da ré na restituição dos valores indevidamente descontados desde julho de 1994.

2. Os sindicatos têm legitimidade para propor a liquidação e a execução de sentença proferida em ação condenatória na qual atuaram como substitutos processuais, caso não promovidas pelos interessados, hipótese em que as referidas entidades atuam em regime de representação processual.

3. Precedente da Corte: REsp n. 487.202-RJ, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 24.05.2004.

4. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade do recorrente para propor a liquidação e execução da sentença, na qualidade de representante

processual. (REsp n. 637.837-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22.02.2005, DJ 28.03.2005, p. 202)

Constitucional. Processual Civil. Ação civil coletiva. Diferenças de correção monetária de contas do FGTS. Legitimação ativa das entidades sindicais. Natureza e limites. Prova do fato constitutivo do direito afirmado e documento essencial à propositura da demanda. Distinções.

1. As entidades sindicais têm legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se tratem de direitos homogêneos e que guardem relação de pertencibilidade com os fins institucionais do Sindicato demandante.

2. A legitimação ativa, nesses casos, se opera em regime de substituição processual, visando a obter sentença condenatória de caráter genérico, nos moldes da prevista no art. 95 da Lei n. 8.078/1990, sem qualquer juízo a respeito da situação particular dos substituídos, dispensando, nesses limites, a autorização individual dos substituídos.

3. A individualização da situação particular, bem assim a correspondente liquidação e execução dos valores devidos a cada um dos substituídos, se não compostas espontaneamente, serão objeto de ação própria (ação de cumprimento da sentença condenatória genérica), a ser promovida pelos interessados, ou pelo Sindicato, aqui em regime de representação.

4. Não se pode confundir “documento essencial à propositura da ação” com “ônus da prova do fato constitutivo do direito”. Ao autor cumpre provar os fatos que dão sustento ao direito afirmado na petição inicial, mas isso não significa dizer que deve fazê-lo mediante apresentação de prova pré-constituída e já por ocasião do ajuizamento da demanda. Nada impede que o faça na instrução processual e pelos meios de prova regulares.

5. Em se tratando de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, que visa a uma sentença condenatória genérica, a prova do fato constitutivo do direito subjetivo individual deverá ser produzida por ocasião da ação de cumprimento, oportunidade em que se fará o exame das situações particulares dos substituídos, visando a identificar e mensurar cada um dos direitos subjetivos genericamente reconhecidos na sentença de procedência.

6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 487.202-RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.05.2004, DJ 24.05.2004, p. 164).

É que, enquanto a Quinta Turma afirmou a legitimidade dos sindicatos, em regime de substituição processual, para promover a execução do julgado na ação em que atuaram como substitutos processuais, a Primeira Turma afirmou a legitimidade dos sindicatos, tão somente em regime de representação processual,

para promover a execução do julgado na ação em que atuaram como substitutos processuais.

Numa palavra, situa-se a divergência na natureza da legitimidade dos sindicatos para promover a execução de julgado.

Manifesta a divergência entre julgados de Turmas de Seções diversas, devidamente comprovada na forma do disposto no artigo 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça, conheço dos presentes embargos de divergência.

Acerca do tema, é de se ter em conta a letra do artigo 6º do Código de Processo Civil:

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Humberto Theodoro Júnior, que, nesse passo, em obséquio da clareza, deve ser invocado quando comenta o aludido dispositivo legal, assim preleciona:

(...) legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão.

De par com a legitimação ordinária, ou seja, a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, prevê o direito processual, em casos excepcionais, a legitimação extraordinária, que consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade desses casos que, doutrinariamente, se denominam “substituição processual”, e que podem ocorrer, por exemplo, com o marido na defesa dos bens dotais da mulher, com o Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano *ex delicto*, quando a vítima é pobre etc.

A não ser, portanto, nas exceções expressamente autorizadas, em lei, a ninguém é dado pleitear, em nome próprio, direito alheio (art. 6º) (...) (in Curso de Direito Processual Civil, volume I, 11ª edição, Editora Forense, p. 57).

Cuida o dispositivo legal, assim, de parte postulando, em nome próprio, direito alheio, o que, na letra da lei processual civil e da doutrina, caracteriza típica hipótese de legitimação extraordinária, enquanto substancia *substituição processual*, assim acolhida pela Constituição da República, na letra do seu artigo 8º, inciso III:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

E da Lei n. 8.073, de 30 de julho de 1990, *verbis*:

Art. 3º As entidades sindicais poderão atuar como substitutos processuais dos integrantes da categoria.

Do exposto resulta que, em estando o sindicato regularmente constituído, tem legitimidade para, na condição de substituto processual, postular em juízo em prol dos direitos da categoria, podendo a execução do julgado ser promovida individual ou coletivamente, por meio do sindicato, também como substituto processual.

Com efeito, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 193.503 e 210.029, em sessão realizada em 12 de junho de 2006, interpretando o artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, decidiu que a Constituição atribuiu legitimidade extraordinária aos sindicatos para a defesa em juízo ou fora dele dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, não se restringindo aos direitos individuais homogêneos, e que essa legitimidade, ampla, se estende à liquidação e à execução do julgado, também na qualidade de substituto processual.

Ambos os acórdãos restaram assim ementados:

Processo Civil. Sindicato. Art. 8º, III da Constituição Federal. Legitimidade. Substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais. Recurso conhecido e provido. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido. (Relator p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12.06.2006, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24.08.2007 PP-00056 EMENT VOL-02286-05 PP-00771)

E, secundando o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, esta Corte Superior firmou-se também em que a Constituição Federal atribuiu legitimidade extraordinária aos sindicatos para a defesa em juízo ou fora dele dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, cuja legitimidade, ampla, se estende à liquidação e à execução do julgado, também na qualidade de substituto processual, valendo conferir, a propósito, o precedente da Corte Especial:

Embargos de divergência. Legitimidade dos sindicatos. Substituição processual. Liquidação e execução do processo coletivo *lato sensu*.

1 - O cerne da controvérsia gira em torno da legitimidade dos sindicatos para atuar na fase executiva do processo coletivo *lato sensu*. Consoante recente entendimento consignado no âmbito da Quinta e Sexta Turmas desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação e execução das ações em que se discute direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados.

2 - Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados. (REsp n. 1.082.891-RN, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 06.05.2009, DJe 21.05.2009)

Averbe-se, em remate, que, não obstante o entendimento adotado no julgamento dos REsp n. 901.627-RS, da relatoria do ilustre Ministro Luiz Fux, em sentido contrário, não foi outro o sentido que restou firmado no precedente mais recente da Corte Especial, *verbis*:

Agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial. Ausência de confronto de teses. Inviabilidade dos embargos. Entendimento jurisprudencial consolidado. Súmula n. 168-STJ.

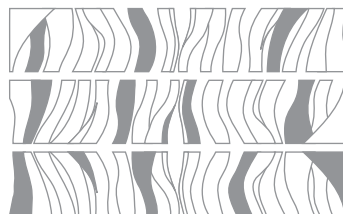
(...)

III - Demais disso, a orientação assentada por esta e. Corte Especial, secundando o entendimento do c. Pretório Excelso, é no sentido de que “os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação e execução das ações em que se discute direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados” (REsp n. 1.082.891-RN, Corte Especial, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 21.05.2009), tese contrária àquela sustentada pela agravante. Incidência da Súmula n. 168-STJ.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos REsp n. 1.077.723-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 30.06.2009, DJe 13.08.2009)

Pelo exposto, rejeito os embargos.

É o voto.



Jurisprudência da **Primeira Seção**

AÇÃO RESCISÓRIA N. 3.104-RS (2004/0062404-0)

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido

Revisora: Ministra Eliana Calmon

Autor: Luiz Juarez Nogueira de Azevedo

Autor: Nelci Antônio Astolfi

Autor: Edison Carlos Ferreira

Advogado: Luiz Carlos Lopes Madeira e outro(s)

Réu: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Paulo César Klein

EMENTA

Ação rescisória. Prova falsa, erro de fato, juiz impedido e violação à literal disposição de lei. Acórdão que atribuiu interpretação razoável à norma. Serventias do foro extrajudicial. Vacância anterior a 1983. Concurso público. Pedido improcedente.

1. As certidões cartorárias que documentam atos processuais, que afora possuem presunção de veracidade estão confirmadas nos autos, não rendem ensejo à rescisão do julgado por prova falsa.

2. Para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade do julgado, é indispensável que ele seja relevante para o julgamento da questão, que seja apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato.

3. “Segundo o estabelecido no artigo 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os Desembargadores integrantes do Conselho da Magistratura não estão impedidos de atuar no julgamento de recursos interpostos contra as decisões do referido órgão.” (RMS n. 16.171-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 244)

4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme em que “Para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua

literalidade.” (AR n. 624-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 23.11.1998).

5. Atribui interpretação razoável à norma e ajustada à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o acórdão que decide que “A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como forma de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.”

6. Pedido improcedente.

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, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

DJe 16.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Ação rescisória ajuizada por Luiz Juarez Nogueira de Azevedo, Nelci Antônio Astolfi e Edison Carlos Ferreira contra o Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no artigo 485, incisos II (juiz impedido ou absolutamente incompetente), V (violação à literal disposição de lei), VI (prova falsa) e IX (erro de fato) do Código de Processo Civil, visando à desconstituição de acórdão proferido pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido. (REsp n. 43.739-RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 1º.09.1998, DJ 21.09.1998, p. 218)

Alegam os autores que o acórdão rescindendo se fundou em *prova falsa* e violou o artigo 551, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 551. Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor.

(...)

§ 2º O revisor aporá nos autos o seu “visto”, cabendo-lhe pedir dia para julgamento.

Aduzem, para tanto, que os autos não foram conclusos ao revisor e que o carimbo apostado nos autos não supre a falta do “visto” do revisor porque lançado após o julgamento, configurando prova material e ideologicamente falsa, à falta de assinatura do revisor e de “pedido de dia”.

Asseveram, ainda, que o acórdão rescindendo incorreu em *erro de fato* ao considerar que as nomeações, em preterição à ordem de classificação, ocorreram após o prazo de validade do concurso; ao considerar que havia óbice à nomeação dos autores em razão de efetivação dos substitutos e ao considerar que havia pedido de desefetivação, inviável de ser acolhido, quando, em verdade, ao tempo dos fatos, não havia óbice qualquer em que os autores fossem nomeados pois haviam cargos vagos e os substitutos não havia sido efetivados.

Sustentam, mais, que o acórdão do Tribunal Estadual foi proferido por *juiz impedido* e o acórdão rescindendo, ao considerar preclusa tal questão, violou o artigo 134, inciso VI, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

(...)

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Isso porque, segundo aduzem, o Desembargador Relator da apelação integrava, à época, o Conselho da Magistratura, “(...) órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa” e a aludida nulidade, conquanto passível de preclusão, não obsta o ajuizamento de rescisória.

Afirmam, outrossim, que ao contrário do decidido no acórdão rescindendo, a inconstitucionalidade dos artigos 231 a 234, 226 e 266 do Código de Organização Judiciária do Estado, alegada em sede de apelação, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, que *violou a literalidade* dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Asseveram, ainda, que o *decisum* violou o artigo 560 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.” ao argumento de que também não foi apreciada a preliminar suscitada de nulidade da sentença.

Sustentam, ademais, que o acórdão rescindendo violou os artigos 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966, que regiam o concurso público para o provimento das antigas serventias do foro extrajudicial, fazendo obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados, por se tratar, no regramento estadual, de ato vinculado.

Alegam, ainda, violação à literalidade dos artigos 128, 131, 302, 333, inciso II e 334, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

E os teria violado porque, inobstante não impugnados os fatos alegados na inicial, o acórdão dispensou o réu dos ônus da prova desconstitutiva do direito do autor, além de supri-la com dados de informação do próprio julgador, ex-juiz Corregedor e membro do Conselho de Magistratura.

Alega, nesse passo, que o acórdão rescindendo manteve o *decisum* do Tribunal *a quo* em face da vedação ao reexame de provas, mas não se trata de reexame de prova, e sim de mera análise das petições, que são ato processual.

Sustentam, ainda, a violação do artigo 87, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1967, que exigia a realização de concurso público para a primeira investidura em cargo público.

Aduzem, por fim, que o ajuizamento da ação, com a citação válida, interrompeu o curso do prazo para o exercício do direito à nomeação, nos termos dos artigos 219 e 220 do Código de Processo Civil.

Requerem, ao final, o rejuizamento do Recurso Especial com a procedência da “ação originária a fim de condenar-se o Estado a nomeá-los para cargos de tabelião ou similares que estejam vagos ou venham a vagar em Porto Alegre ou noutras localidades do Rio Grande do Sul, bem como reparar os danos sofridos pelos autores, em quantias a serem apuradas em liquidação de sentença, por arbitramento, atualizadas monetariamente, com juros, consoante o art. 406, do Novo Código Civil.” (fl. 56).

Regularmente citado, o Estado do Rio Grande do Sul alega, preliminarmente, o incabimento da rescisória por não conhecido o recurso especial interposto, além da decadência do direito de ação, sustentando, no mérito, a manutenção do acórdão rescindendo.

Saneado o processo e deferido prazo para a apresentação de razões finais, os autores as apresentaram, sustentando que a preterição aos seus direitos

ocorreram por omissão em nomear não obstante a lei estadual assim o determinasse, por omissão em nomear, mantendo no exercício dos cargos vagos os substitutos, bem como por ação, nomeando outros candidatos, em preterição à ordem de classificação.

O réu, de seu lado, sustenta que a pretensão autoral viola o artigo 208 da Constituição Federal de 1967, que assegurou aos substitutos o direito à efetivação na serventia e que não há prova do alegado erro de fato, reiterando, ainda, a preliminar de decadência.

O Ministério Público Federal se manifestou pela improcedência da ação rescisória, em parecer sumariado da seguinte forma:

Constitucional. Administrativo e Processual Civil. Ação rescisória. Concurso público, homologado em 1982, para provimento de cargo de Tabela de 4º Entrância na cidade de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul. Efetivação de substitutos que atendeu ao comando do art. 208, da Constituição Federal de 1967. Nomeação para entrâncias inferiores e distintas da oferecida no concurso. Quebra da ordem classificatória não configurada. Exceção de impedimento do Desembargador Relator oposta após o julgamento da Apelação. Preclusão. Ação rescisória que deve ser julgada improcedente. (fl. 605).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, de início, afasto a preliminar de incabimento da rescisória suscitada uma vez que, a despeito de constar no dispositivo do julgado como “não conhecido”, o recurso especial foi efetivamente decidido, havendo o *decisum* adentrado o mérito da insurgência especial, de modo que resta certa a competência desta Corte para apreciar o pedido rescisório, como se recolhe na própria ementa do julgado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido.

Afasto, ainda, a decadência alegada uma vez que o acórdão rescindendo, da 5ª Turma desta Corte Superior, foi publicado em 21 de setembro de 1998, os embargos que lhe foram opostos em 14 de junho de 1999, e o agravo de instrumento tirado da inadmissão do recurso extraordinário, não conhecido, em decisão publicada em 3 de maio de 2002, com posterior trânsito em julgado.

Ajuizada a ação rescisória em 4 de maio de 2004, dentro, portanto, do biênio legal (artigo 495 do Código de Processo Civil), não há falar em decadência.

A propósito, decidiu a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do EREsp n. 404.777-DF, em que foi relator para o acórdão o Ministro Francisco Peçanha Martins, que o termo inicial da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória é o trânsito em julgado *da última decisão proferida na causa*.

Esta, a ementa da *decisum*:

Processual Civil. Embargos de divergência no recurso especial. Ação rescisória. Prazo para propositura. Termo inicial. Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. CPC, arts. 162, 163, 267, 269 e 495.

- A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide.

- Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial.

Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

Embargos de divergência improvidos (*in DJ 11.04.2005*).

Não é outro o teor do recente Enunciado n. 401 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça:

O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

Quanto à rescisória fundada em prova falsa, recolhe-se na doutrina o seguinte:

A teor do artigo 485, *caput* e inciso VI, do Código de Processo Civil, é possível desconstituir julgado fundado “em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria rescisória”.

Com efeito, *decisum* apoiado em prova falsa é passível de desconstituição por meio de ação rescisória. A falsidade da prova tanto pode ser material como ideológica. Sem dúvida, é irrelevante se a falsidade reside na forma ou no fundo, ou seja, se o vício que contamina a prova é de construção ou de conteúdo. Também não importa se a prova falsa é documental, pericial ou testemunhal. Em todas as hipóteses, o julgado contaminado deve ser rescindido. Porém, se a prova viciada não teve nenhuma importância para o desate do processo primitivo, a rescisória não prospera, já que o dispositivo do julgado impugnado subsiste independentemente da prova considerada falsa. (Bernardo Pimentel Souza *in* Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória, Saraiva, 3ª edição, p. 746).

In casu, estão os autores em que os autos não foram conclusos ao revisor e que o carimbo apostado nos autos não supre a falta do “visto” do revisor, porque lançado após o julgamento, configurando prova material e ideologicamente falsa, à falta de assinatura do revisor e de “pedido de dia”.

Ocorre, contudo, que a alegada falsidade se refere a ato do juízo, em favor do qual milita a presunção de veracidade, consubstanciado na certidão de que foram cumpridas as formalidades do Regimento Interno do Tribunal de Justiça e do artigo 551 e 552 do Código de Processo Civil (cf. fl. 358v), não se tratando, pois, de prova, para fins de rescisão do julgado pelo permissivo legal do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Demais disso, exsurge do acórdão rescindendo que o feito foi à revisão, como notícia o carimbo apostado nos autos, não sendo possível inferir que a eventual circunstância de não ter havido revisão prévia, nos termos do artigo 551, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, tenha tido relevância para o resultado do julgado, já que o Desembargador Revisor Salvador Horácio Vizzotto proferiu voto devidamente fundamentado acerca da questão posta, afastando a alegada preterição em concurso público, como se recolhe na íntegra do acórdão, valendo ressaltar que a apelação foi improvida à unanimidade.

No que diz respeito ao erro de fato, recolhe-se no magistério de José Carlos Barbosa Moreira, o seguinte:

Consiste o erro de fato em a sentença “admitir um fato inexistente” ou “considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido” (§ 1º). De modo nenhum o configura o engano na qualificação jurídica; por exemplo, a errônea consideração de determinado contrato como se fosse comodato, em vez de locação, não corresponde ao tipo legal: é preciso que o erro incida sobre o fato em si, sobre a ocorrência ou não do acontecimento. Tampouco se enquadra na moldura do art. 485, § 1º, o mero erro aritmético, suscetível de correção a qualquer tempo, sem necessidade de ação rescisória.

Quatro pressupostos não de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade:

a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;

b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;

c) que “não tenha havido controvérsia” sobre o fato (§ 2º);

d) que sobre ele tampouco tenha havido “pronunciamento judicial” (§ 2º). (in Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, 7ª edição, editora Forense, p. 147-148).

Tem-se, pois, que, para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade do julgado, é indispensável que ele seja relevante para o julgamento da questão, que seja apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato.

In casu, estão os autores em que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato ao considerar que as nomeações ocorreram após o prazo de validade do concurso; que havia óbice à nomeação dos autores em razão de efetivação dos substitutos, e que havia pedido de desefetivação, inviável de ser acolhido, quando, em verdade, ao tempo dos fatos, não havia óbice qualquer em que os autores fossem nomeados pois haviam cargos vagos e os substitutos não haviam sido efetivados, tendo havido preterição à ordem de classificação.

Ocorre, contudo, ao que se tem, que houve expresso pronunciamento judicial sobre a alegada preterição, estando o acórdão rescindendo assentado em que “(...) os recorrentes apontam nomeações para provimento de serventias que foram efetuadas antes da homologação do certame (maio de 1982) ou após escoado seu prazo de validade (maio de 1986), que é decadencial. Não configurou-se, destarte, a suposta preterição.” e que “A Constituição de 1967,

mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.”

Vê-se, assim, a afastar o alegado erro de fato, que houve pronunciamento judicial sobre a alegada preterição e que não se trata de erro apurável mediante simples exame.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes da 3ª Seção:

Ação rescisória. FGTS. Juros progressivos. Erro de fato. Inexistência.

(...)

2. Segundo dispõe o art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC, ocorre erro de fato “quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.” Em qualquer situação, não pode ter havido pronunciamento no julgado rescindendo sobre o fato objeto de erro.

3. Na hipótese, constatou-se pronunciamento judicial sobre os documentos apontados pela CEF, tanto na sentença quanto no acórdão do Tribunal Regional Federal, o que afasta o cabimento da Ação Rescisória.

4. Ação Rescisória improcedente. (AR n. 2.580-CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14.10.2009, DJe 06.11.2009)

Processual Civil. Ação rescisória. Violação à literal disposição de lei. Inocorrência. Erro de fato não configurado. Não cabimento.

1. É incabível ação rescisória por violação de lei (inciso V do art. 485) se, para apurar a pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos.

2. Não cabe ação rescisória para “melhor exame da prova dos autos”. Seu cabimento, com base no inciso IX do art. 485, supõe erro de fato, quando a decisão rescindenda tenha considerado existente um fato inexistente, ou vice-versa, e que, num ou noutro caso, não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o referido fato (art. 485, §§ 1º e 2º).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na AR n. 3.731-PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 283)

Passo seguinte, quanto ao cabimento da rescisória com fundamento no artigo 485, inciso II, do Código de Processo Civil (proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente), estão os autores em que o Desembargador Relator da apelação integrava, à época, o Conselho da Magistratura, “(...) órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa” e dita nulidade, conquanto passível de preclusão, não obsta o ajuizamento de rescisória.

Dispõe, contudo, o artigo 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Art. 81. Quando se tratar de recurso de decisões do Conselho da Magistratura ou de mandado de segurança contra ato administrativo de qualquer órgão do Tribunal, não se consideram impedidos os Desembargadores que no órgão tenham funcionado.

Do dispositivo normativo transcrito resulta que, conquanto esta Corte registre precedentes no sentido de que é impedido de julgar a ação judicial o Desembargador que decidiu, na instância administrativa, a questão que serve de objeto ao feito, *in casu*, há regra específica do Regimento Interno do Tribunal de Justiça local, a afastar o alegado impedimento, valendo conferir, nesse sentido, o seguinte precedente:

Administrativo. Processo disciplinar. Recurso. Julgamento. Participação. Prolatores da decisão recorrida. Impedimento. Caracterização. Precedente do STJ.

I - Segundo o estabelecido no artigo 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os Desembargadores integrantes do Conselho da Magistratura não estão impedidos de atuar no julgamento de recursos interpostos contra as decisões do referido órgão. Norma em consonância com o entendimento desta Corte e do Pretório Excelso.

II - Havendo regra específica, descabe buscar a aplicação analógica de dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal.

Recurso desprovido. (RMS n. 16.171-RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 244)

Por fim, acerca do cabimento da rescisória por violação à literalidade da lei, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que “(...) para ter cabida a rescisória com base no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação conferida pela decisão rescindenda seja de tal forma extravagante que infrinja o preceito legal em sua literalidade.” (AR n. 624-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, *in* DJ 23.11.1998).

Há que se estabelecer, portanto, entre o *decisum* e a lei federal, uma relação de incompatibilidade que se traduza em infringência do preceito legal em sua literalidade.

E uma tal infringência, autorizativa da ação rescisória, inexistirá, sempre, por necessário e óbvio, em todas as espécies em que a questão, na qual teria sede a violação literal de disposição legal, seja estranha ao julgado que se pretenda

rescindir ou, em termos igualmente claros, em que a questão na qual teria sede a violação literal de disposição legal não tenha se constituído em objeto do *decisum* que se pretenda rescindir.

É, com efeito, o que se recolhe no magistério de Humberto Theodoro Júnior:

O conceito de violação de “literal disposição de lei” vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.

O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral Santos, para quem a sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; “é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*error in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*).”

Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador.

Nesse sentido, assentou o Supremo Tribunal Federal em sua súmula que “não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (n. 343).

Fazendo um paralelismo entre o recurso extraordinário por negação de vigência à lei federal e a ação rescisória por violação de literal disposição de lei, Sérgio Sahione Fadel conclui pela identidade das duas situações e afirma que “violação do direito expresso” corresponde ao “desprezo pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não-aplicação no caso concreto implique atentado à ordem jurídica e ao interesse público”.

Mas não é necessário que a sentença tenha cogitado da existência de uma regra geral e em seguida se recusado a aplicá-la. Nem se exige que a regra legal tenha sido discutida, de forma expressa, na sentença rescindenda. “A sentença que ofende literal disposição de lei é aquela que, implícita ou explicitamente, conceitua os fatos enquadrando-os a uma figura jurídica que não lhe é adequada.” De tal arte, doutrina e jurisprudência estão acordes em que “viola-se a lei não apenas quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está posto, não só quando há afronta direta ao preceito mas também quando ocorre exegese indviduosamente errônea.” (*in* Curso de Direito Processual Civil, volume I, 11ª ed., Forense, p. 635-636).

Não há falar, assim, em violação à literalidade dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, uma vez que a alegada inconstitucionalidade

dos artigos 231 a 234, 226 e 266 do Código de Organização Judiciária do Estado, relativa à precedência dos pedidos de remoção em relação aos de aproveitamento, não foi acolhida pelo órgão fracionário, de modo a dar ensejo à regular instauração do incidente para julgamento pelo Tribunal Pleno, nos termos do artigo 481 do Código de Processo Civil, de modo que o acórdão rescindendo conferiu interpretação adequada à norma invocada.

Asseveram, ainda, os autores, que o *decisum* violou o artigo 560 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.” ao argumento de que também não foi apreciada a preliminar suscitada de nulidade da sentença.

Ocorre, contudo, que, de um lado, os autores não explicitam, em suas razões, em que consiste a nulidade da sentença, alegada em preliminar, que não teria sido apreciada no acórdão do Tribunal de Justiça e, de outro lado, que, como na letra do acórdão rescindendo, o Tribunal de Justiça, em sede de embargos de declaração, apreciou as preliminares ao rejeitar a alegada violação do artigo 560 do Código de Processo Civil à motivação de que “(...) Votando, igualmente rejeito esta preliminar de nulidade do julgamento, porque o devido processo legal foi observado plenamente. No voto do Relator está perfeitamente claro, às fls. 231 e 234, a análise dessas duas preliminares (...)”, não havendo falar, assim, em violação à lei processual.

Alegam, ainda, os autores, violação à literalidade dos artigos 128, 131, 302, 333, inciso II e 334, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos, no processo, como incontrovertidos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

E os teria violado porque, inobstante não impugnados os fatos alegados na inicial, o acórdão dispensou o réu dos ônus da prova desconstitutiva do direito do autor, além de supri-la com dados de informação do próprio julgador, ex-juiz Corregedor e membro do Conselho de Magistratura.

Alegam, nesse passo, que o acórdão rescindendo manteve o *decisum* do Tribunal *a quo* em face da vedação ao reexame de provas, mas não se trata de reexame de prova, e sim de mera análise das petições, que são ato processual.

Acerca do tema, consta do acórdão rescindendo, no julgamento dos embargos de declaração, o seguinte:

(...)

Quanto a matéria referente ao CPC, arts. 128, 302, 333, inc. II e art. 334, inc. II, III e IV, razão tem o embargante em se reconhecer a omissão, entretanto, não lhe assiste razão quanto ao mérito.

De fato, as questões atinentes a tais dispositivos legais retrocitados estão intimamente relacionadas com as provas dos fatos, de modo que para se chegar a uma conclusão efetiva a respeito da matéria, inevitável é o reexame das provas dos autos.

Nesse tema, sabidamente não é cabível tal procedimento, pois esta Corte de Justiça não é uma terceira instância, na qual se debata todas as questões e se reaprecie provas dos autos, incide no caso o enunciado da Súmula n. 7-STJ.

Tem-se, assim, que o acórdão rescindendo não apreciou a questão da distribuição dos ônus da prova em face da vedação ao reexame de provas, não havendo falar em violação qualquer à literalidade dos artigos 128, 131, 302, 333, inciso II e 334, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil, eis que ausente no *decisum* qualquer interpretação dos dispositivos referentes ao tema.

Vejam-se, a propósito do tema, os seguintes precedentes jurisprudenciais, que bem se ajustam à espécie:

Ação rescisória (competência). Questão federal (não-apreciação). Superior Tribunal (incompetência).

1. Assim como o Superior julga por meio do recurso especial, também julga causas mediante ação rescisória, desde que, no segundo caso, tenha, precedentemente, apreciado a questão federal controvertida.

2. Em suma, é competente o Superior se tiver enfrentado a questão federal, se bem que não tenha conhecido do recurso – especial ou agravo de instrumento.

3. Princípios das Súmulas n. 249 e 515-STF.

4. O Superior Tribunal não é competente para a ação rescisória quando, em seu âmbito, o recurso tenha deixado de ir para a frente por pretender simples reexame de prova.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg na AR n. 3.522-PE, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 04.12.2006, p. 256)

Processo Civil. Ação rescisória. Inovação quanto à causa de pedir.

1. Na ação de origem não houve prequestionamento quanto ao art. 56 do ADCT/1988 e quanto às Leis n. 7.787/1989, 7.894/1989 e 8.147/1990.

2. Impossibilidade de, via rescisória, inovar-se a causa de pedir para dizer que houve violação a legislação não examinada na instância ordinária.

3. Ação rescisória improcedente. (AR n. 1.196-GO, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 26.03.2003, DJ 13.09.2004, p. 163)

Por igual, quanto às alegações de que o acórdão rescindendo violou a literalidade dos artigos 219 e 220 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o ajuizamento da ação, com a citação válida, interrompeu o curso do prazo para o exercício do direito à nomeação, bem como violou os artigos 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966, que regiam o concurso público para o provimento das antigas serventias do foro extrajudicial, fazendo obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados, por se tratar de ato vinculado, ao que se tem, tais questões, efetivamente não foram objeto de apreciação pelo acórdão rescindendo, sequer implicitamente.

Em consequência de tanto, resta também ausente no *decisum* qualquer interpretação dos dispositivos referentes aos temas, não havendo falar, pois, acerca de tanto, em violação qualquer à literalidade da lei, senão vejamos:

Agravo regimental. Ação rescisória dos fundistas. Pretendida rescisão de julgado deste Sodalício. Matéria agitada na demanda rescisória que não foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça. Incompetência desta Corte Superior. Incidência da Súmula n. 515 do STF. Indeferimento liminar da ação.

À evidência, a matéria trazida na presente rescisória é estranha àquela decidida por este Sodalício, razão por que incabível sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. O raciocínio ora expandido se amolda à jurisprudência do Excelso Pretório, cristalizada na Súmula n. 515 que prevê: "A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal,

apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório”.

Agravo regimental improvido. (AgRg na AR n. 3.162-SC, Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, julgado em 10.11.2004, DJ 04.04.2005, p. 158)

Por fim, estão os autores em que o acórdão rescindendo violou o artigo 87, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1967, que exigia a realização de concurso público para a primeira investidura em cargo público.

Não tem incidência na espécie, contudo, a norma geral invocada acerca da investidura no serviço público, porque desde a Constituição Federal de 1967 o ingresso na atividade notarial e de registro já possuía sede constitucional própria e específica.

E, *in casu*, o concurso foi realizado em 1982, vale dizer, muito antes da vigência da atual Constituição Federal, cujo artigo 236, parágrafo 3º, mui acertadamente, passou a exigir concurso público para o provimento dos cargos nas serventias do foro extrajudicial e a impedir a efetivação de substituto em serventia sem concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro, ao dispor que “O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

A propósito, ao tempo dos fatos, quando vagaram-se as serventias, estava em vigor o artigo 208 da Constituição da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 22, de 29 de junho de 1982, que assim dispunha, *verbis*:

Fica assegurada aos substitutos das serventias extrajudiciais e do foro judicial, na vacância, a efetivação, no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, contem ou venham a contar cinco anos de exercício, nessa condição e na mesma serventia, até 31 de dezembro de 1983.

Não foi outro o sentido do acórdão rescindendo, como se recolhe na própria ementa do julgado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido. (REsp n. 43.739-RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 1º.09.1998, DJ 21.09.1998, p. 218)

Do exposto, resulta que o acórdão rescindendo atribuiu interpretação razoável à norma, ajustada à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, não havendo, pois, falar, em violação da literalidade da lei, a autorizar o cabimento da ação rescisória que, na espécie, evidencia mero descontentamento da parte com a solução jurídica atribuída à pretensão deduzida e a tentativa de converter a ação rescisória em “recurso” com prazo de dois anos.

Pelo exposto, julgo improcedente o pedido.

Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, tendo em vista o disposto no artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, considerados a natureza da causa e o grau de zelo do profissional.

É o voto.

VOTO-REVISÃO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: *Luiz Juarez Nogueira de Azevedo, Nelci Antonio Astolfi e Edison Carlos Ferreira* ajuizaram ação rescisória contra o *Estado do Rio Grande do Sul*, impugnando acórdão da Quinta Turma, relatado pelo Min. Edson Vidigal, assim ementado:

Administrativo. Concurso público para provimento de vaga de tabelião. Aprovação. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário.

1. A aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação, mas, expectativa de direito.

2. O Poder Público procede às nomeações de acordo com a oportunidade e conveniência do órgão, vinculando-se apenas à obediência da ordem de classificação.

3. A Constituição de 1967, mesmo após as Emendas n. 1/1969 e 22/1982, permitia a ascensão do substituto a titular, cumpridos alguns requisitos, como foram de provimento de vaga das serventias extrajudiciais.

4. Recurso não conhecido.

(REsp n. 43.739/RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 1º.09.1998, DJ 21.09.1998, p. 218)

Opostos declaratórios, restaram rejeitados (fls. 97-100).

A ação rescisória é ajuizada com respaldo no art. 485, V (violar literal disposição de lei), VI (se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória) e IX (fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa) do CPC.

Primeiramente, os autores alegam que o aresto rescindendo violou os seguintes dispositivos:

a) arts. 134, VI e 485, II, do CPC, aduzindo que o relator da apelação examinada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Des. João Aymoré Barros Costa, estava impedido para atuar no feito, em razão de integrar, à época, o Conselho da Magistratura, órgão de administração do Estado, parte na causa;

b) art. 551, § 2º, do CPC, afirmando que os autos da apelação não foram conclusos ao revisor e que o carimbo apostado no verso da ata da sessão de julgamento (fl. 358 v.) não supre tal formalidade;

c) arts. 480 e 481 do CPC, sob o argumento de que o Tribunal *a quo* não examinou a questão suscitada em sede de apelação em torno da inconstitucionalidade de dispositivos de leis estaduais;

d) art. 560 do CPC, afirmando que o aresto *a quo* não analisou a preliminar de nulidade da sentença proferida pelo Juízo de 1º Grau;

e) arts. 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966, asseverando que os dispositivos de lei estadual, ao contrário do que concluiu o aresto rescindendo, tinham o condão de vincular o órgão público competente a nomear os candidatos aprovados no certame;

f) arts. 128, 131, 302, 333, II, 334, II, III e IV, do CPC, afirmando que o aresto rescindendo, ao deixar de examinar a violação dos referidos dispositivos, chancelou a conclusão tomada pela Corte de origem que decretou a improcedência da demanda ajuizada pelos autores com base em circunstâncias não provadas nos autos e fatos alegados na exordial e não impugnados pelo réu;

g) art. 220 do CPC, aduzindo que a ação ajuizada pelos autores com o fim de ver reconhecido o direito à nomeação no concurso público para o cargo de Tabelião ocorreu antes do término do prazo de validade do referido certame;

h) art. 97, § 1º, da CF/1967, afirmando que a ordem constitucional pretérita exigia a observância da realização de concurso público para provimento de cargo público. Aduz que o citado dispositivo restou contrariado pelo aresto rescindendo, sob o argumento de que candidatos classificados em colocação inferior à dos autores foram nomeados para os Tabelionatos de Santa Cruz do Sul e de Alegrete nas datas de 18.06.1986 e 31.12.1985, antes de expirado o prazo de validade do certame, o que só ocorreu em 05.07.1986.

Afirmam que houve apresentação de prova falsa perante esta Corte, aduzindo, para tanto, que o carimbo de fl. 358 v., no qual servidor do Tribunal de origem noticiou o cumprimento da formalidade prevista no art. 551, § 2º, do CPC, não condiz com a realidade, sob o argumento de que o carimbo foi aposto após a realização do julgamento, o que leva a crer que os autos não foram com carga para o revisor.

Alegam a existência de erro de fato, afirmando que candidatos classificados em colocação inferior à dos autores foram nomeados para os Tabelionatos de Santa Cruz do Sul-RS e de Alegrete-RS nas datas de 18.06.1986 e 31.12.1985, antes de expirado o prazo de validade do certame, o que só ocorreu em 05.07.1986, diferente do que concluiu o aresto rescindendo que afirmou terem as nomeações sido efetivadas após expirado o prazo de validade do concurso público.

Asseveram que não havia qualquer impedimento à nomeação dos autores, sob o argumento de que diversos Tabelionatos encontravam-se vagos e sem óbice de origem legal.

Por fim, afirmam que, em nenhum momento, pediram a desconstituição dos ajudantes nomeados para os cargos públicos de Tabelião.

Processado o feito e apresentado relatório, vieram-me os autos conclusos para elaboração do voto-revisão.

Afasto a preliminar de descabimento da ação rescisória suscitada pelo réu, já que apesar do relator Min. Edson Vidigal ter concluído no dispositivo do *decisum* por não conhecer do recurso especial, depreende-se da leitura do voto de fl. 91-94 que houve exame do mérito da questão submetida a julgamento.

No que toca à alegada decadência suscitada pelo réu, entendo que, na esteira do Enunciado n. 401 da Súmula desta Corte (*O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial*), a presente ação desconstitutiva foi ajuizada dentro do

prazo legal, visto que o trânsito em julgado da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário ocorreu em 10.05.2002 (fl. 102).

Ultrapassados esses pontos, passo ao exame do *iudicium rescindens*.

Início o exame da ação rescisória pela suposta violação dos dispositivos de lei e neste ponto entendo oportuno colacionar lição de Ernane Fidélis dos Santos, que, interpretando o art. 485, V, do CPC, prescreve:

A rescisória não tem objetivo de corrigir amplamente a má aplicação do direito, pois, no interesse público, a coisa julgada fala mais alto. Daí restringir-se a motivação à literal disposição de lei, ou seja, dispositivo legal escrito, não importando, porém, sua forma e origem. Também não serve a ação rescisória para imprimir novo rumo às decisões que estão em controvérsia com outras, na interpretação da lei. Não é ela instrumento de uniformização de jurisprudência.

(Manual de Direito Processual Civil. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 760-761)

No tocante aos arts. 134, VI e 485, II, do CPC, alegam os autores que o relator da apelação examinada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul estava impedido para atuar no feito, sob o argumento de que o Desembargador integrava, à época, o Conselho da Magistratura, órgão de administração do Poder Judiciário local, parte na lide que discutia o provimento de cargos de Tabelião.

Neste ponto, é importante ressaltar que não se trata da hipótese de cabimento da rescisória com base no art. 485, II, do CPC (proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente), mas, sim, com esteio no art. 485, V, do CPC, visto que não se discute na presente ação desconstitutiva a imparcialidade do Ministro relator do aresto rescindendo, mas, sim, regra de impedimento do Desembargador que relatou o recurso de apelação no Tribunal de origem.

Feitas essas considerações, verifica-se que não há que se falar da incidência do art. 134, VI, do CPC, abaixo transcrito, haja vista que na ação ordinária movida pelos autores e que deu origem à apelação examinada pelo Tribunal *a quo* somente o Estado do Rio Grande do Sul atuou como réu (fl. 118-135):

Art. 134 - É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

(...)

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Ademais, observa-se da leitura do julgado prolatado pelo Tribunal *a quo* em sede de declaratórios, que a exceção de impedimento foi rejeitada com esteio em dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça que afasta a incompatibilidade de Desembargador que tenha atuado na esfera administrativa perante o Conselho de Magistratura (fl. 65).

Prescreve o art. 81 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça gaúcho que:

Art. 81. Quando se tratar de recurso de decisões do Conselho da Magistratura ou de mandado de segurança contra ato administrativo de qualquer órgão do Tribunal, não se consideram impedidos os Desembargadores que no órgão tenham funcionado.

Depreende-se, ainda, dos precedentes abaixo colacionados, que esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que o Juiz não se encontra impedido de atuar no feito quando sua participação anterior tenha ocorrido na esfera administrativa:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Participação, no julgamento do *writ*, de desembargador que atuou na esfera administrativa. Impedimento. Inexistência. Julgamento unânime dos embargos declaratórios. Ausência de prejuízo decorrente da participação do magistrado apontado como impedido nos autos. Nulidade afastada. Incorporação de quintos com base no valor da função efetivamente exercida. Precedentes. Impossibilidade de majoração sob alegação de transformação da função.

1. *A participação de magistrado em processo administrativo disciplinar não é causa do impedimento previsto no artigo 134 do Estatuto Processual Civil, que se refere apenas à prévia atuação em processo judicial. Precedentes.*

(...)

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS n. 13.308-DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02.10.2007, DJe 04.08.2008)

Administrativo. Notário. Perda da delegação. Processo disciplinar. Nulidade. Prejuízo. Inocorrência. Impedimento de magistrados. Inexistência.

1. *“O Superior Tribunal de Justiça adotou posicionamento no sentido de que a regra de impedimento prevista no art. 134, III, do CPC, somente se aplica nos casos em que o magistrado tenha participado em outro grau de jurisdição em um mesmo processo judicial, e não quando a sua participação anterior tenha ocorrido na esfera*

administrativa.” (RMS n. 18.099-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 12.06.2006, p. 500).

2. A declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada, conforme dispõem os arts. 249, § 1º, do CPC e 563 do CPP.

3. Não configuração de cerceamento de defesa, pois existentes nos autos certidões atestando a intimação do advogado do impetrante para os atos do processo administrativo.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS n. 18.923-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 12.04.2007, p. 210)

Com relação ao art. 551, § 2º, do CPC, afirmam os autores que o acórdão do Tribunal de origem é nulo, sob o argumento de que os autos não foram conclusos ao revisor.

Do voto condutor do julgado rescindendo, extrai-se que o Min. Relator concluiu por não conhecer da matéria em razão da ausência de prequestionamento. Observa-se, portanto, que o aresto atacado adotou fundamentação plausível para não conhecer do recurso especial, revelando o descabimento da ação desconstitutiva neste ponto.

No que tange aos arts. 480 e 481 do CPC, afirmam os autores que o Tribunal de origem não examinou a inconstitucionalidade de leis estaduais, tese suscitada em sede de apelação.

Verifica-se, contudo, que o julgado rescindendo afastou a citada violação sob o seguinte fundamento:

Em seguida, alegam descumprimento aos arts. 480 e 481 do CPC, também sem sucesso, eis que a matéria inquinada de inconstitucional foi analisada ao longo do julgamento, o que sanou sua omissão *a priori*.

(fl. 92)

De fato, por meio da leitura do voto de fl. 83, depreende-se que o relator da apelação rejeitou a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelos autores, fato que inviabilizou a instauração do incidente previsto no art. 481 do CPC.

Quanto ao art. 560 do CPC, alegam os autores que o Tribunal de origem não examinou a preliminar de nulidade da sentença. Todavia, da leitura do voto condutor proferido em sede de apelação (fl. 87), deflui-se que a preliminar de

nulidade foi afastada, conclusão confirmada no voto condutor proferido em sede de declaratórios (fl. 66-73).

No que tange à contrariedade aos arts. 671, 672 e 673 da Lei Estadual n. 5.256/1966 e ao art. 97, § 1º, da CF/1967, os autores afirmam que o Poder Público estava obrigado a nomear os candidatos aprovados.

Observa-se, contudo, que os autores pretendem de fato obter o rejuízo da causa, já que as alegações deduzidas em sede de recurso especial foram devidamente examinadas pelo aresto rescindendo, tendo esta Corte adotado o entendimento de que a Administração, sob a égide da Carta Constitucional de 1967, não estava obrigada a preencher as serventias extrajudiciais por meio de concurso público.

Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado deste Tribunal:

Processo Civil. Ação rescisória. FGTS. Expurgos inflacionários.

(...)

2. *Por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação em comento só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos.*

3. A simples adoção da interpretação menos comum não constitui vício capaz de desconstituir o julgado, não obstante o atual posicionamento da jurisprudência (Súmula n. 252-STJ) no sentido de reconhecer que as diferenças de correção monetária dos saldos das contas do FGTS se limitam a janeiro de 1989 (42,72% - IPC) e abril de 1990 (44,80% - IPC).

4. Pedido improcedente.

(AR n. 1.573-SC, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007, p. 246)

Com relação aos arts. 128, 131, 302, 333, II, 334, II, III e IV, do CPC, observa-se que a ação rescisória não comporta conhecimento, visto que o aresto rescindendo não conheceu do especial neste ponto por entender que a tese dos autores demandava o reexame de provas, providência vedada em sede de especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ. Nesse sentido, colaciono precedentes desta Corte:

Ação rescisória. Recurso especial. Não conhecimento. Pretendida rescisão do julgado que não conheceu do recurso, por ausência de procuração. Preliminares

de valor da causa incorreto, de ilegitimidade do Ministério Público e de instituição bancária para figurarem no pólo passivo da demanda. Ação rescisória extinta, sem exame do mérito.

(...)

4) *Não cabe ação rescisória contra decisão que não conhece de recurso, pois somente é passível de rescisão o julgado de mérito transitado em julgado (cf. art. 485 do Código de Processo Civil (AgReg na AR n. 3.454-BA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 02.05.2006 e AR n. 932-SP, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 05.05.2003).*

(...)

6) Ação rescisória que se julga extinta, sem apreciação do mérito, na forma do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, com os encargos processuais carreados a autora, que também perderá o depósito, na forma da lei.

(AR n. 539-SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11.03.2009, DJe 19.05.2009)

Ação rescisória (competência). Questão federal (não-apreciação). Superior Tribunal (incompetência).

1. Assim como o Superior julga por meio do recurso especial, também julga causas mediante ação rescisória, desde que, no segundo caso, tenha, precedentemente, apreciado a questão federal controvertida.

2. Em suma, é competente o Superior se tiver enfrentado a questão federal, se bem que não tenha conhecido do recurso – especial ou agravo de instrumento.

3. Princípios das Súmulas n. 249 e 515-STF.

4. *O Superior Tribunal não é competente para a ação rescisória quando, em seu âmbito, o recurso tenha deixado de ir para a frente por pretender simples reexame de prova.*

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg na AR n. 3.522-PE, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 04.12.2006, p. 256)

No que pertine ao art. 220 do CPC, deflui-se que os autores argumentam que, diferente do que constou do julgado rescindendo, o ajuizamento da ação na qual os autores pretendiam ver reconhecido o direito à nomeação no concurso público foi levada a termo antes do término do prazo de validade do referido certame.

Observa-se, contudo, que tal questão não foi suscitada pelas partes em sede de declaratórios opostos às fl. 404-406, fato que inviabilizou o conhecimento

da matéria pelo aresto rescindendo e o conseqüente juízo de admissibilidade positivo da presente rescisória.

Superada a pretensa violação a literal disposição de lei, passo a examinar o cabimento da ação desconstitutiva com base no art. 485, VI e IX, do CPC, abaixo transcritos:

Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Os autores alegam que o carimbo de fl. 358 v., por meio do qual o Tribunal de origem atestou o cumprimento da formalidade prevista no art. 551, § 2º, do CPC, não condiz com a realidade dos fatos, sob o argumento de que a referida providência foi tomada pelo Tribunal *a quo* após concluída a sessão de julgamento, o que leva a crer que o revisor não teve vista dos autos antes da data do julgamento.

Conforme consignei no capítulo referente ao art. 485, V, do CPC, esta questão não chegou sequer a ser discutida no julgado rescindendo, em virtude da ausência de prequestionamento do art. 551, § 2º, do CPC, fato que, por si só, revela o descabimento da ação neste ponto.

Ademais, em comentários ao art. 485, VI, do CPC, Bernardo Pimentel Souza prescreve que:

O inciso VI do artigo 485 permite que a demonstração da falsidade da prova seja efetuada na própria rescisória, mas a ação também pode ser proposta quando a falsidade já foi reconhecida por *decisum* condenatório irrecorrido exarado em processo criminal.

(Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 418; 423-424).

Verifica-se, portanto, que, ainda que superado referido óbice, os autores não se desincumbiram do ônus de desconstituir a presunção relativa de autenticidade de que dispõe o carimbo apostado pelo Juízo *a quo*, fato que conduz à improcedência da rescisória.

Por fim, os autores alegam que o julgado rescindendo incorreu em erro de fato, sob o argumento de que, diferente do que concluiu o aresto rescindendo, os candidatos classificados em colocação inferior à dos autores foram nomeados para os Tabelionatos de Santa Cruz do Sul e de Alegrete antes de expirado o prazo de validade do certame, o que só ocorreu em 05.07.1986.

Sobre erro de fato, Bernardo Pimentel Souza assevera que:

Com efeito, além das limitações gerais insertas no *caput* do artigo 485, o inciso IX indica que só o erro de fato perceptível à luz dos autos do processo anterior pode ser sanado em ação rescisória. Daí a conclusão: é inadmissível ação rescisória por erro de fato, cuja constatação depende da produção de provas que não figuram nos próprios autos do processo primitivo.

A teor do § 2º do artigo 485, apenas o erro relacionado a fato que não foi alvo de discussão pode ser corrigido em ação rescisória. A existência de controvérsia entre as partes acerca do fato impede a desconstituição do julgado.

(Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 428)

No caso dos autos, tem-se que o voto condutor do aresto rescindendo, examinando tese suscitada em sede de especial em torno da nomeação de candidatos classificados em posição inferior à dos autores, emitiu juízo de valor sobre a data de expiração do certame (fl. 93), inviabilizando o processamento da ação rescisória por erro de fato.

Nesse diapasão, confira-se o entendimento jurisprudencial desta Seção:

Ação rescisória. FGTS. Juros progressivos. Erro de fato. Inexistência.

1. Hipótese em que a Caixa Econômica propõe Ação Rescisória por erro de fato, mas não o especifica na petição inicial, afirmando apenas ter sido desconsiderada a prova dos autos relativa à data de opção dos réus pelo FGTS.

2. Segundo dispõe o art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC, ocorre erro de fato “quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.” Em qualquer situação, não pode ter havido pronunciamento no julgado rescindendo sobre o fato objeto de erro.

3. Na hipótese, constatou-se pronunciamento judicial sobre os documentos apontados pela CEF, tanto na sentença quando no acórdão do Tribunal Regional Federal, o que afasta o cabimento da Ação Rescisória.

4. Ação Rescisória improcedente.

(AR n. 2.580-CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14.10.2009, DJe 06.11.2009)

Com essas considerações, julgo improcedente a ação rescisória.
É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 903.394-AL (2006/0252076-9)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras
Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja Refrigerante Água
Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco
Alagoas Paraíba - Sinedbeb

Advogado: Virgínia Teixeira Félix da Silva e outro

Recorrido: Fazenda Nacional

Procuradores: Raquel Teresa Martins Peruch Borges e outro(s)
Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. IPI. Restituição de indébito. Distribuidoras de bebidas. Contribuintes de fato. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Sujeição passiva apenas dos fabricantes (contribuintes de direito). Relevância da repercussão econômica do tributo apenas para fins de condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte *de jure* à restituição (artigo 166, do CTN). Litispendência. Prequestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356-STF. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula n. 7-STJ. Aplicação.

1. O “contribuinte de fato” (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo “contribuinte de direito” (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:

Art. 165. *O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*

I - *cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido* ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - *erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

III - *reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.*

Art. 166. *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.*

3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

4. Em se tratando dos denominados “tributos indiretos” (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

5. A exegese do referido dispositivo indica que:

...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:

Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte

de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o *contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.*

A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente. (Marcelo Fortes de Cerqueira, in “Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390-393)

6. Deveras, *o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do “contribuinte de fato” (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.*

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, *dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do “tributo indireto” indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, “Repetição de Indébito”, in Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in “Curso*

de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho”, Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390-393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, “o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual” (Paulo de Barros Carvalho, in “Direito Tributário - Linguagem e Método”, 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, p. 583).

9. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas *distribuidoras de bebidas*, no qual se pretende o reconhecimento do alegado *direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais* (artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, com a redação dada pela Lei n. 7.798/1989), bem como *de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título*.

10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, **a**, do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, **b**, do CTN).

11. A Lei n. 7.798/1989, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

(...)

II - *quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial*.

§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º. *Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente*.

(...)

12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei n. 4.502/1965, e o artigo 47, II, a, do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), *o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos* (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da *repercussão econômica do IPI* pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, *o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.*

13. *Mutatis mutandis*, é certo que:

1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. *A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.*

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC n. 86/1997, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS. (RMS 24.532-AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que “as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o

creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa”.

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, 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 Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Sustentou, oralmente, o Dr. *Claudio Seefelder Xavier Filho*, pela recorrida.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante, Água Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco, Alagoas e Paraíba - Sinedbeb*, com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

Tributário e Processual Civil. IPI. Descontos incondicionais. Sindicato de distribuidores de bebidas. Empresas substituídas que não são contribuintes do imposto, nem suportam o encargo referente à operação tributada. Ilegitimidade ativa do contribuinte de fato para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes. Precedentes. Apelo do impetrante improvido e apelo da Fazenda Nacional e remessa oficial providos.

Noticiam os autos que *Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante, Água Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco, Alagoas e Paraíba - Sinedbeb* impetrou mandado de segurança coletivo preventivo, em 13.11.2002, em face do *Delegado da Receita Federal de Maceió-AL*, objetivando o reconhecimento do direito líquido e certo das distribuidoras/revendedoras de bebidas de não se submeterem à cobrança de IPI sobre descontos incondicionais, autorizando-lhes a compensar os créditos oriundos de “incidências pretéritas sobre descontos incondicionais com débitos vencidos e vincendos dos tributos federais, bem como a sua transferência para terceiros por meio de notas fiscais de ressarcimento, conforme previsto no art. 16, da IN n. 210/2002, tudo calculado por conta e risco da impetrante, podendo a SRF fiscalizar e aferir a exatidão dos valores aproveitados”.

Sobreveio sentença que *rejeitou as preliminares: (i) de ilegitimidade ativa* ad causam do *sindicato-impetrante* (uma vez que o sindicato, substituto processual dos associados, não necessita de autorização para impetrar mandado de segurança coletivo); *(ii) de ilegitimidade ativa dos substituídos processuais* (tendo em vista que “a parte impetrante, na condição de contribuinte de fato, possui legitimidade para postular judicialmente o reconhecimento do direito de crédito e a possibilidade de compensá-lo”); *(iii) de inadequação da via eleita* (por não demandar dilação probatória a solução da lide, aplicando-se, à espécie, a Súmula n. 213-STJ); *(iv) de decadência do direito de impetrar mandado de segurança* (uma vez que “em situações preventivas há apenas a expectativa de que o ato venha a ser praticado”); e *(v) de prescrição do direito de repetir judicialmente o indébito*, ante a cognominada tese dos cinco mais cinco, consagrada pela jurisprudência do STJ.

No mérito, o Juízo Singular concedeu em parte a segurança para assegurar às empresas filiadas ao Sinedbeb, domiciliadas no Estado de Alagoas, o direito líquido e certo à exclusão dos descontos incondicionais que lhe forem concedidos da base de cálculo de não se sujeitar à incidência do IPI sobre os descontos incondicionais na aquisição de produtos juntos aos seus fornecedores, bem como a compensar os valores indevidamente pagos a esse título nos últimos dez anos, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal e proceder à sua transferência para terceiros, respeitada a disposição do artigo 170-A, do CTN.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do impetrante e deu provimento ao apelo da Fazenda Nacional e à remessa oficial,

para denegar a segurança, nos termos da ementa anteriormente reproduzida. Na oportunidade, assinalou-se que:

A sentença concedeu em parte a segurança, para assegurar às empresas filiadas ao impetrante, domiciliadas no Estado de Alagoas, o direito líquido e certo de não se sujeitar à incidência do IPI sobre os descontos incondicionais na aquisição de produtos juntos aos seus fornecedores, bem como de compensar os valores indevidamente pagos a esse título nos últimos dez anos, com débitos próprios relativos a quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal e de proceder à sua transferência para terceiros, respeitada a disposição do art. 170-A do CTN.

O impetrante, na condição de substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa. (...)

(...)

Por essas razões, nego provimento ao apelo do impetrante e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional e à remessa oficial, para denegar a segurança.

Opostos embargos de declaração, rejeitados pelos seguintes fundamentos:

O acórdão há que ser mantido, uma vez que o impetrante, na condição de substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa.

(...)

Os embargos de declaração destinam-se ao esclarecimento ou integração do julgado, em casos de obscuridade, contradição ou omissão (art. 535 do CPC). Assim, na análise de recurso dessa espécie, deve o julgador ater-se tão-somente à apreciação de eventual existência de tais vícios no *decisum* impugnado.

O acórdão apreciou corretamente todos os pontos da causa. Não há, portanto, omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida. Ademais, a faculdade de embargar não é meio processual adequado para rediscutir matéria já apreciada pelo Tribunal.

Por essas razões nego provimento aos embargos de declaração.

Nas razões do especial, sustenta o sindicato que o acórdão hostilizado incorreu em violação do artigo 166, do CTN, uma vez que as distribuidoras,

contribuintes de fato do IPI incidente sobre a fabricação de bebidas, estão legitimadas a requererem a restituição do que pagaram a maior ou indevidamente, porquanto suportam o ônus do encargo financeiro do tributo. Alega que “a cadeia da não-cumulatividade do tributo é encerrada no distribuidor (recorrente), que não terá como repassar o encargo financeiro do IPI que suportou, uma vez que não terá como se compensar na operação subsequente, pois não é contribuinte de direito de tal tributo”.

Apresentadas contra-razões pela Fazenda Nacional que, preliminarmente, pugna pelo não conhecimento do recurso especial, por considerar configurada litigância de má-fé do impetrante, pelos seguintes argumentos:

A pretensão veiculada através da presente ação mandamental, distribuída ao juízo da Vara da Seção Judiciária de Alagoas, qual seja, o reconhecimento do direito ao não recolhimento do IPI nas aquisições de bebidas, foi igualmente objeto de outros *dois mandados de segurança, um proposto perante o delegado da Receita Federal em João Pessoa-PB (2001.82.00.003037-7-AMS n. 80.587-PB); outro ajuizado contra o delegado da Receita Federal em Recife - PE (2002.83.00016830-8 - AMS n. 89.751-PE), writs já julgados e em fase de recurso especial* (cf. demonstra o relatório de andamento processual extraído do sítio do TRF - 5ª Região - doc. 01).

Tendo as *três ações idênticos objeto, partes e causa de pedir*, flagrante a *litispendência* que obsta o manejo das ações que sucederam à primeira, nas quais buscava o Sindicato obter ordem judicial que favorecesse a *todos os sindicalizados dos Estados abrangidos pelo mesmo*.

O que é observado é a mais flagrante repetição da mesmíssima pretensão já anteriormente deduzida.

A identidade de pedidos é facilmente identificada na leitura das decisões proferidas nos três mandados de segurança em sede de *apelação: todos se referem única e exclusivamente à autorização de compensação*, além, obviamente, do reconhecimento do *mesmíssimo* crédito de IPI.

A litispendência é inarredável, reconhecimento que se opõe com o intuito de viabilizar o prosseguimento de *três ações* que buscam exatamente idêntico benefício, pretensão ilegítima que encontra óbice no Código de Processo Civil pátrio.

(...)

Basta, pois, para a configuração entre ações eventualmente propostas almejando a repetição e a compensação (o que sequer é o caso), que o *crédito* cuja utilização se objetiva seja objeto das duas ações, ou seja, se o crédito que se pede na ação de repetição estiver *contido* na de compensação (como é obrigatório reconhecer no presente caso, já que o que se busca é o mesmo crédito-prêmio de IPI, *em iguais e milionários valores*, relativa ao mesmo período),

afigura-se certamente a ocorrência de *litispêndência*, obstando o prosseguimento da segunda ação.

Torna-se clara, destarte, a intenção maliciosa da recorrente em, através das novas ações, multiplicar a possibilidade do alcance da tutela judicial perseguida, **abusando do sagrado direito constitucional de acesso ao judiciário**, *aviltando o nobre empenho dos ilustres magistrados de primeira e segunda instância que, diuturnamente, esfalfam-se a enfrentar inúmeras demandas, de fato sobrecarregados pela vã e vil tentativa de manejo tríplice de ações idênticas*, fato que demanda a condenação da empresa como litigante de má-fé.

Meritoriamente, o recorrido pugna pela manutenção do acórdão especialmente recorrido.

O recurso recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem, tendo sido provido o agravo de instrumento dirigido a esta Corte.

Em 15.05.2009, o presente recurso especial foi submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção deste Sodalício (artigo 2º, § 1º, da Resolução n. 8, de 07.08.2008, do STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial pela alínea **a**. Preliminar ventilada nas contrarrazões. Necessidade de prequestionamento.

Violação ao art. 166, do CTN. Distribuidoras de bebidas. Contribuintes de fato. Legitimidade para pleitear em juízo a incidência do IPI e sua repetição. Precedentes do STJ.

Pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Inicialmente, forçoso esclarecer que não se revela cognoscível a preliminar de litispêndência suscitada pela Fazenda Nacional, ante os óbices das Súmulas n. 282 e 356-STF, uma vez não prequestionada a aludida matéria federal.

No mesmo sentido, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Previdência privada. Abono único. Litispendência. Súmula n. 282 do STF. Reexame de normas estatutárias. Súmula 7-STJ.

1. Questões de ordem pública, ainda que passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, exigem o requisito do prequestionamento. Precedentes.

2. A ausência do prequestionamento, além de obstar o exame da apontada contrariedade ao art. 1º da Lei n. 6.899/1981, impede também o conhecimento do especial pela alínea c da previsão constitucional, em face da não-ocorrência de teses divergentes no que se refere à interpretação de lei.

3. A conclusão adotada pelo aresto recorrido deriva da interpretação das cláusulas do regulamento da entidade de previdência privada e de convenção coletiva de trabalho, de modo que reavaliar a natureza das verbas controvertidas e sua extensão aos inativos demandaria nova exegese de tais instrumentos, bem como o reexame das circunstâncias fáticas delineadas nas instâncias ordinárias, expediente que esbarra na vedação das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (*AgRg no Ag n. 781.322-RS*, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 11.11.2008, DJe 24.11.2008)

Embargos de declaração. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Ausência de procuração e substabelecimento autenticados. Inocorrência de manifestação no tempo oportuno. Preclusão. Prequestionamento de matéria de ordem pública. Necessidade. Caráter infringente. Impossibilidade.

1. No que tange à preliminar de nulidade por ausência de pressuposto processual, cumpre assinalar que eventual vício existente na correta demonstração da capacidade postulatória deve ser articulado e provado no devido tempo, isto é, nas instâncias ordinárias, na primeira oportunidade que a parte teve acesso aos autos (art. 245 do Código de Processo Civil). Não tendo adotado esta providência, não é adequado fazê-lo depois de conferida à causa um resultado desfavorável à parte.

2. A teor da jurisprudência prevalente nesta Corte, mesmo as matérias de ordem pública não prescindem de prequestionamento.

3. Não ocorrentes as hipóteses insertas no art. 535 do CPC, tampouco equívoco manifesto no julgado recorrido, não merecem acolhida os embargos que se apresentam com nítido caráter infringente, onde se objetiva rediscutir a causa.

4. Embargos de declaração rejeitados. (*EDcl nos EDcl no REsp n. 1.030.267-RS*, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 20.10.2008)

Administrativo e Processual Civil. Cruzados bloqueados. Legitimidade do Bacen. Matéria não argüida no recurso especial. Pretensa inovação de tese.

Questão de ordem pública. Ausência de prequestionamento. Reconhecimento *ex officio*. Impossibilidade.

1. Inviável a manifestação da Segunda Turma acerca de ilegitimidade para responder pelos efeitos do Plano Collor I sob os ativos financeiros, se tal argumento foi trazido, tão-somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura inadmissível inovação da tese.

2. *As chamadas questões de ordem pública, apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem ser prequestionadas, isto é, examinadas no acórdão, para viabilizar o recurso especial.*

3. O STJ, ao examinar recurso especial, não atua como instância ordinária que realiza ampla cognição; não lhe cabe rever fatos, como a alegação do embargante sobre a menção na contestação da questão de ilegitimidade, e reexaminar questões de ordem pública relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgrG no REsp n. 1.019.374-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19.06.2008, DJe 05.08.2008)

Agravo regimental. Administrativo. 3,17%. Fiscais previdenciários. MP n. 1.915/1999. Termo final. Não-ocorrência. Ausência. Reestruturação. Carreira. Litispendência. Inovação. Falta de prequestionamento.

1. Conforme precedentes desta Corte, a reestruturação da carreira da fiscalização previdenciária, pela MP n. 1.915-1/1999, não importou a incorporação do reajuste de 3,17% aos vencimentos dos referidos servidores.

2. Não cabe apreciar a alegação de litispendência pois, além de constituir inovação trazida no regimental, não está devidamente prequestionada.

3. Segundo entendimento predominante, *o prequestionamento é requisito indispensável do recurso especial, mesmo quando cuide de matérias de ordem pública, as quais seriam apreciáveis de ofício pelas instâncias ordinárias.*

4. Agravo regimental improvido. (AgrG no REsp n. 976.162-RS, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 09.06.2008)

Ademais, *o necessário reexame do contexto fático-probatório dos autos encontra-se obstado pela Súmula n. 7-STJ.*

Subjaz, portanto, a análise da insurgência especial, fundada na alegada violação do artigo 166, do CTN, ao argumento de que as distribuidoras, contribuintes de fato do IPI incidente sobre a fabricação de bebidas, estão legitimadas a requererem a restituição do tributo indevidamente recolhido,

por suportarem o ônus do encargo financeiro da exação. De acordo como o substituto processual, “a cadeia da não-cumulatividade do tributo é encerrada no distribuidor (recorrente), que não terá como repassar o encargo financeiro do IPI que suportou, uma vez que não terá como se compensar na operação subsequente, pois não é contribuinte de direito de tal tributo”.

Uma vez ultrapassado o requisito do prequestionamento, merece conhecimento o recurso especial que se cinge a *legitimidade ativa* ad causam do “contribuinte de fato” (in casu, *distribuidoras/revendedoras de bebidas*) para pleitear a repetição de indébito decorrente do IPI (“tributo indireto”), recolhido pelo “contribuinte de direito” (as *fabricantes de bebidas*), incidente sobre os descontos incondicionais, à luz do disposto no artigo 166, do CTN.

Deveras, o Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:

Art. 165. *O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*

I - *cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

II - *erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

III - *reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.*

Art. 166. *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.*

Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

Ocorre que, em se tratando dos denominados “tributos indiretos” (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça àquele que comprove haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

Na clássica obra “Teoria Geral do Direito Tributário”, *Alfredo Augusto Becker*, ao discorrer sobre a *terminologia e conceitos de incidência econômica, incidência jurídica, repercussão econômica, repercussão jurídica, contribuinte de jure e contribuinte “de fato”*, pontificou que:

Na construção das regras jurídicas, o legislador trabalha sobre a matéria-prima (fatos, conceitos, diretrizes, conclusões, etc.) oferecida pelas ciências pré-jurídicas. Se a regra jurídica a construir é de natureza tributária, a principal matéria-prima utilizada pelo legislador é oferecida pela Ciência das Finanças Públicas e pela política fiscal e consiste principalmente nas diretrizes da repercussão econômica do tributo, contra a qual, ou a favor da qual, o legislador constrói a regra jurídica tributária.

O estudo do fenômeno econômico da repercussão dos tributos é da competência dos especialistas da Ciência das Finanças Públicas e da política fiscal, os quais servem-se, na investigação e análise deste fenômeno, de conceitos econômicos e de terminologia econômica. O jurista, para construir e interpretar a regra jurídica tributária, freqüentemente necessita conhecer os conceitos e conclusões fundamentais do fenômeno econômico da repercussão do tributo. Neste momento, o jurista assume o grave risco de contaminar sua atitude mental jurídica, pois estudará a repercussão, necessariamente, em livro de Ciência das Finanças Públicas e de política, cujos autores, na exposição da matéria, servem-se de conceitos econômicos e terminologia econômica.

Ora, os conceitos econômicos e terminologia econômica são válidos exclusivamente no plano econômico da Ciência das Finanças Públicas e da política fiscal. Por outro lado, a terminologia jurídica e conceitos jurídicos são válidos exclusivamente no plano jurídico do direito positivo. Este rigoroso cuidado na terminologia não é uma exigência fundamental - como aguda e exaustivamente demonstrou Norberto Bobbio - para se construir qualquer ciência.

O jurista que incorrer na imprudência de desprezar esta constante atenção quanto à pureza científica da terminologia, fatalmente contaminará sua atitude mental jurídica, sem dar-se conta desta hibridez, a tal ponto que suas próprias conclusões e pareceres não serão válidos nem na Ciência das Finanças e nem no Direito Tributário.

... existem locuções cujo abuso, quer pelos financistas, quer pelos juristas, foi tão generalizado que oferecem riscos de contaminação da atitude mental científica, seja no plano da Ciência das Finanças Públicas, seja no plano do Direito Tributário. Por esta razão, a seguir, estas locuções são indicadas com o respectivo conceito válido dentro da presente exposição científico-jurídica tributária.

Incidência econômica do tributo - O tributo é o objeto da prestação jurídica tributária e a consistência material deste objeto (dinheiro ou coisa ou serviço) consiste sempre num bem cujo valor econômico é relevante. A satisfação da

prestação jurídica tributária tem como resultado a perda deste bem. A pessoa que satisfaz a prestação pela entrega do objeto da mesma, sofre, no plano econômico, um ônus econômico. Este ônus econômico poderá ser repercutido, no todo ou em parte, sobre outras pessoas, segundo as condições de fato que regem o fenômeno econômico da repercussão econômica do tributo. Por sua vez, estas segundas pessoas que sofreram a repercussão total ou parcial do ônus do tributo procederão de modo a poder repercuti-lo no todo ou em parte. E assim sucessivamente. Na trajetória da repercussão econômica do tributo haverá uma pessoa que ficará impossibilitada de repercutir este ônus econômico sobre outra ou haverá muitas pessoas que estarão impossibilitadas de repercutir a totalidade do ônus tributário, em conseqüência, cada uma suportando definitivamente uma parcela do ônus econômico tributário. Esta parcela do ônus econômico tributário (ou a sua totalidade) que é suportada definitivamente por uma pessoa é a incidência econômica do tributo.

Incidência jurídica do tributo - No momento lógico-jurídico posterior à realização da hipótese de incidência, a regra jurídica tributária incide sobre esta hipótese de incidência realizada e, em conseqüência desta incidência, irradia-se a relação jurídica tributária. Dentro do conteúdo jurídico desta relação jurídica tributária existe o dever de efetuar uma prestação jurídica e o objeto desta prestação jurídica consiste no tributo. Em síntese: *incidência jurídica do tributo significa o nascimento do dever jurídico tributário que ocorre após a incidência da regra jurídica sobre sua hipótese de incidência realizada.*

Contribuinte de fato - A pessoa que suporta definitivamente o ônus econômico do tributo (total ou parcial), por não poder repercuti-lo sobre outra pessoa, é o contribuinte "de fato". Em síntese: *contribuinte "de fato" é a pessoa que sofre a incidência econômica do tributo acima conceituada.*

Contribuinte de jure - A relação jurídica tributária vincula o sujeito passivo (situado no seu pólo negativo) ao sujeito ativo (situado no pólo positivo). A pessoa que a regra jurídica localizar no pólo negativo da relação jurídica tributária é o contribuinte *de jure*. Noutras palavras, o contribuinte *de jure* é o sujeito passivo da relação jurídico tributária. Em síntese: *o contribuinte de jure é a pessoa que sofre a incidência jurídica do tributo acima conceituada.*

Repercussão econômica do tributo - O contribuinte *de jure*, ao satisfazer a prestação jurídica tributária, sofre um ônus econômico. O contribuinte *de jure* procurará transferir o ônus econômico do tributo a outras pessoas e isto ocorrerá na oportunidade em que o contribuinte *de jure* tiver relações econômicas ou jurídicas com estas outras pessoas. A repercussão do ônus econômico do tributo, do contribuinte *de jure* para uma outra pessoa, poderá ser total ou parcial, bem como poderá ser sobre uma só pessoa ou sobre diversas pessoas.

A pessoa que tiver sofrido a repercussão do ônus econômico do tributo procurará transladar este ônus econômico para outra pessoa. E assim sucessivamente. *Este fenômeno da trajetória do ônus econômico do tributo que vai*

sendo transferido, sucessivamente, no todo ou em parte, sobre uma ou mais pessoas, denomina-se repercussão econômica do tributo.

Repercussão jurídica do tributo - A fim de contrariar, ou favorecer, a repercussão econômica de um determinado tributo, o legislador, ao criar a incidência jurídica do tributo, simultaneamente, cria regra jurídica que outorga ao contribuinte de jure o direito de repercutir o ônus econômico do tributo sobre outra determinada pessoa. Desde logo, cumpre advertir que esta repercussão jurídica do tributo, de modo algum, significa a realização da repercussão econômica do mesmo. Esta repercussão econômica pode ocorrer apenas parcialmente ou até não se realizar; embora no plano jurídico tenha se efetivado. A repercussão jurídica do tributo realiza-se por dois sistemas: ou por reembolso ou por retenção na fonte.

Repercussão jurídica por reembolso - A lei outorga ao contribuinte de jure o direito de receber de uma outra determinada pessoa o reembolso do montante do tributo por ele pago. Exemplo: A lei outorga ao fabricante (contribuinte de jure) o direito de, por ocasião de celebrar o contrato de compra e venda do produto, acrescentar ao direito de crédito do preço, mais o direito de crédito de reembolso do valor do imposto de consumo pago por ele, fabricante. Noutras palavras e com mais precisão científica: o legislador cria duas regras jurídicas.

A primeira regra jurídica tem por hipótese de incidência a realização de determinados fatos que, uma vez acontecidos, desencadeiam a incidência da regra jurídica tributária e o efeito jurídico desta incidência é o nascimento da relação jurídica tributária, vinculando o contribuinte de jure ao sujeito ativo, impondo-lhe o dever de uma prestação jurídico-tributária.

A segunda regra jurídica tem como hipótese de incidência a realização da prestação jurídico-tributária que se tomara juridicamente devida após a incidência da primeira regra jurídica. A realização daquela prestação jurídico-tributária realiza a hipótese de incidência desta segunda regra jurídica e, em conseqüência, desencadeia sua incidência. O efeito jurídico desta incidência é o nascimento de uma segunda relação jurídica que tem: em seu pólo positivo, aquela pessoa que fora o contribuinte de jure no primeiro momento e, em seu pólo negativo, uma outra determinada pessoa na condição de sujeito passivo. O conteúdo jurídico desta segunda relação jurídica consiste num direito de crédito do sujeito ativo (o contribuinte de jure) contra o sujeito passivo, tradicionalmente denominado contribuinte de fato, mas, cientificamente, somente será contribuinte de fato, na medida em que não puder repercutir o ônus econômico do tributo sobre uma terceira pessoa.

Repercussão jurídica por retenção na fonte - A lei outorga ao contribuinte de jure o direito de compensar o montante do tributo com o determinado débito que o contribuinte de jure tiver com uma determinada pessoa. Exemplo: a sociedade anônima, ao ser aprovado o dividendo, torna-se devedora desse dividendo para com o acionista titular de ação ao portador; entretanto, o sujeito passivo da relação jurídica tributária de imposto de renda sobre o dividendo da ação ao

portador é a própria sociedade anônima, de modo que a lei outorga-lhe o direito de compensar com o débito do dividendo um imposto por ela pago ou devido, isto é, reter na fonte pagadora do rendimento o imposto de renda devido com referência ao mesmo.

Em última análise, a repercussão jurídica por reembolso distingue-se da repercussão jurídica por retenção na fonte apenas no seguinte: no reembolso, há o acréscimo do direito de crédito do tributo ao crédito que o contribuinte *de jure* possui com relação a uma outra pessoa em razão de um determinado negócio jurídico. Na retenção na fonte, há uma redução num débito que o contribuinte *de jure* tem perante uma determinada pessoa em virtude de um determinado negócio jurídico. (In obra citada, 4ª ed., São Paulo, 2007, Ed. Noeses, p. 563-568)

Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do “contribuinte de fato” (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo) não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de repetição de indébito.

Com efeito, o insigne tributarista *Gilberto Ulhôa Canto*, um dos membros da comissão que elaborou o projeto do Código Tributário Nacional, ao discorrer sobre o artigo 166, do CTN, *deixa claro que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do “tributo indireto” indevidamente recolhido:*

A norma do CTN consubstancia uma solução de compromisso, que se soma a outras tantas opções infelizes feitas pela Comissão Especial que lhe elaborou o anteprojeto, o que digo penitenciando-me, já que a integrei, e com acentuada tristeza, por ter contribuído para sua perpetração.

(...)

Embora os membros da Comissão Especial entendessem, de modo preponderante, que a repetição de tributo indevidamente pago deveria ser feita ao *sujeito passivo da obrigação tributária, único que a Fazenda conhece e a quem pode exigir o pagamento, e, portanto, a quem logicamente terá de repor no “statu quo ante” se dele recebeu tributo a que não tinha direito*, não desejaram eles fazer total abstração dos argumentos expostos pelos ilustres juízes integrantes do Supremo Tribunal Federal que haviam prevalecido na formulação do pensamento da Corte.

Considerou-se que a melhor maneira de assim proceder seria adotar o critério que eu havia elegido ao redigir o art. 177, do Anteprojeto de Lei Orgânica do Processo Tributário ...na sua primeira versão, com o seguinte teor:

Art. 177. *É parte legítima para pleitear a repetição, o sujeito passivo da obrigação tributária ou o infrator que tiver pago a penalidade, ainda que o efetivo encargo tiver sido transferido a outrem. Quem provar a transferência, disporá da ação regressiva contra o sujeito passivo reembolsado, ou poderá integrar a lide como assistente, e requerer ao juiz que a restituição lhe seja feita.*

Infelizmente, a orientação enunciada no texto supratranscrito não prevaleceu, nem no CTN, nem no próprio Anteprojeto de Lei Orgânica do Processo Tributário ...

Ao elaborar o art. 166, do CTN, a Comissão Especial rejeitou a primeira orientação do Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 71), que repelia em todos os casos a repetição de tributos indiretos, mas *condicionou-a à prova da inexistência de recuperação do valor do tributo pelo contribuinte de jure do contribuinte de fato*, como admitido na Segunda versão da Corte Suprema (Súmula n. 546), mitigou, entretanto, essa publicação, *prevendo a alternativa da autorização expressa do contribuinte*. (artigo intitulado “Repetição de Indébito”, in Caderno de Pesquisas Tributárias, n. 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983)

Marcelo Fortes de Cerqueira, ao versar sobre a repetição do indébito dos denominados “tributos indiretos”, desenvolve abalizados argumentos conducentes à constatação da *legitimidade ativa exclusiva do contribuinte de direito, verbis*:

... urge que seja enfrentada a questão da compatibilidade da norma veiculada pelo art. 166, do CTN, com o conjunto das normas jurídicas que integram o Sistema Tributário Brasileiro. Urge perquirir se tal norma pertence ao sistema para, em caso afirmativo, precisar sua exata configuração no ordenamento, especificando seu conteúdo, sentido e alcance. Na hipótese contrária, em sendo a mencionada regra incompatível, não de ser identificadas tais incompatibilidades, analisando-se também a possibilidade de a mesma não ter sido recepcionada pela atual ordem jurídica tributária.

A norma jurídica somente adquire conteúdo quando inserida em determinado sistema jurídico. Norberto Bobbio é enfático ao afirmar que as normas nunca existem isoladamente, mas sempre inseridas num contexto de regras, com relações particulares entre si. Com tal entendimento, inexistem dúvidas sobre a relevância do exame sistemático das normas, em que sejam levadas em consideração as relações de coordenação e subordinação verificadas entre as mesmas, no contexto mais amplo do direito positivo.

A problemática da repetição do indébito nos tributos em tela está fortemente imbricada com o próprio fundamento último da repetição do indébito e com toda a teoria da devolução expendida neste estudo. Assim, *concretizado no*

plano concreto o evento do pagamento indevido, não há como impedir ou limitar àquele que realizou o fato do pagamento indevido o direito à devolução. Cobrado o tributo em desconformidade com a ordem tributária, o mesmo há de ser devolvido ao contribuinte, sem que nenhuma regra possa restringir o seu direito subjetivo, que, como demonstrado, tem sede constitucional.

Numa feliz passagem, afirma Eduardo Domingos Botallo que: *“somente o contribuinte chamado de jure é parte da relação jurídica tributária; conseqüentemente, somente a ele é atribuível o título jurídico; somente a ele cabe o direito de repetição do tributo indevido e nenhuma condição adicional se lhe pode ser imposta para o exercício desse direito”. E: “o vínculo entre os contribuintes de jure e ‘de fato’ pelo qual o fenômeno da translação legamente reconhecida se opera, é de natureza privada”.*

No mesmo sentido Brandão Machado afirma: *“mas não há entre o terceiro e o ‘solvens’ nenhuma relação de índole tributária, por mais tênue que seja. A relação é apenas de direito privado. O elemento jurídico que nela se insere é de conteúdo econômico, não jurídico. Tributo aí é apenas o nome de uma parcela dentre outras tantas que compõem o preço, mas que não é paga pelo terceiro a título de tributo, uma vez que o terceiro nada deve a este título. Não há, portanto, como possa o ‘solvens’ enriquecer injustificadamente com o recebimento de tributo, se o terceiro somente lhe paga preço de bens ou de serviços, e não de tributo que não lhe compete pagar”.*

Assim, o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido:

Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.

A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos

arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente. (In "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 390-393)

Por oportuno, mais uma vez, destaca-se a doutrina de *Alfredo Augusto Becker*, segundo o qual *o contribuinte de direito é quem detém legitimidade ativa para pleitear a restituição de tributo indevido na hipótese, entre outras, em que a repercussão econômica decorrer da natureza da exação:*

Em se tratando de restituição de tributo pago indevidamente, o problema da legitimatio ad causam do contribuinte de jure surge quando existe presunção de repercussão econômica do tributo pago indevidamente. Esta presunção habitualmente resulta de qualquer um destes três fatores:

- a) ou da natureza do tributo;
- b) ou da circunstância de o contribuinte de jure ser substituto legal tributário;
- c) ou da existência da repercussão jurídica do tributo efetuada mediante o exercício do direito de reembolso ou retenção na fonte.

(...)

... para se alcançar a solução científico-jurídica deste problema, é necessário distinguir entre:

a) O caso da repercussão econômica cuja presunção decorre da natureza do tributo ou da existência do substituto legal tributário sem direito de reembolso ou retenção;

b) O caso da repercussão econômica cuja presunção resulta da existência de repercussão jurídica, isto é, substituto com direito de reembolso ou retenção.

Como se demonstrará, no primeiro caso, o contribuinte de jure tem legitimidade. Porém, no segundo caso, ela lhe falta.

Existência de legitimatio ad causam - O contribuinte de jure tem legitimatio ad causam para obter a restituição do tributo pago indevidamente, naqueles

casos em que a repercussão econômica do tributo tem como fator presuntivo a natureza do tributo ou a existência de substituição legal tributária sem direito de reembolso ou retenção. E tal *legitimatío* existe pelos seguintes fundamentos:

Primeiro: A classificação dos tributos em diretos e indiretos é falsa.

Segundo: O tributo tradicionalmente classificado como “direto” também repercute do mesmo modo que o “indireto”.

Terceiro: Todos os tributos repercutem e a repercussão independe da natureza do tributo.

Quarto: O acréscimo do tributo ao preço não oferece qualquer prova da repercussão do mesmo.

Quinto: O exame da escrita comercial do produtor ou comerciante não prova a repercussão.

Sexto: Ressalvado o caso em que a lei outorgou o direito de reembolso ou retenção, a intenção do legislador não prova a repercussão econômica.

Sétimo: Existe substituto legal tributário sem direito de reembolso ou retenção. Inexistindo tal direito, as relações jurídicas e seu conteúdo jurídico de direitos e deveres, entre substituto e substituído, resultam exclusivamente dos negócios jurídicos entre os mesmos celebrados.

Oitavo: A Ciência das Finanças Públicas e a política fiscal reconhecem a impraticabilidade da identificação do verdadeiro contribuinte “de fato”.

Nono: Mesmo que seja possível provar a repercussão econômica do tributo, ainda assim, a negação da legitimidade ao contribuinte *de jure* importaria em decisão fundada num puro arbítrio. O julgador estará, segundo um critério subjetivo de lucro razoável, interferindo no lucro de negócio jurídico livremente ajustado entre as partes. Observe-se que não se pode nem falar em lucro lícito ou ilícito, pois para isto seria necessária a existência de uma lei que declarasse quando o lucro é lícito ou ilícito. No caso em exame, não existe lei que estabeleça um limite ao lucro e se existisse somente será ilícito o excesso de lucro ao limite legal e não o fato de o tributo indevido ter sido um dos elementos que contribuiu para a formação do preço do negócio jurídico. (*In “Teoria Geral do Direito Tributário”, 4ª ed., São Paulo, 2007, Ed. Noeses, p. 608-610*)

Paulo de Barros Carvalho, ao comentar a importância da determinação do sujeito passivo da relação tributária nas ações de repetição de indébito, bem conclui que:

... só o contribuinte tributário tem direito à repetição de indébito e, via de consequência, só a ele é atribuído legitimidade processual para tal empreendimento.

Adverta-se que o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique

a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual.

Resulta dessas considerações que é ao sujeito passivo da obrigação tributária, ou responsável, que realizou o evento jurídico do pagamento indevido, que pertence o direito subjetivo de figurar no pólo ativo do liame da devolução do indébito tributário. (...) (In "Direito Tributário - Linguagem e Método, 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, p. 583)

In casu, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas *distribuidoras de bebidas*, no qual se pretende o reconhecimento do alegado *direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais* (artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, com a redação dada pela Lei n. 7.798/1989), bem como *de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título*.

Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, **a**, do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, **b**, do CTN).

A Lei n. 7.798/1989, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei n. 4.502/1965, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

(...)

II - *quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.*

§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

§ 2º. *Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente.*

(...)

Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei n. 4.502/1965, e o artigo 47, II, **a**, do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), *o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o*

único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da *repercussão econômica do IPI* pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

Por elucidativa, colhe-se a ementa de julgado proferido pelo e. Ministro Castro Meira, no qual se procedeu ao deslinde de controvérsia sobre a legitimidade ativa na ação de repetição de indébito referente a ICMS:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Processo tributário. Ação declaratória de inexigibilidade c.c. repetição de indébito. ICMS. Tributo indireto. Consumidor. “Contribuinte de fato”. Ilegitimidade ativa. Recurso não provido.

1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. *A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.*

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC n. 86/1997, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.

6. Recurso ordinário não provido. (RMS 24.532-AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que “as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detêm legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa”.

Com essas considerações, *nego provimento ao recurso especial*.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção e aos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do *Codex* Processual (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução n. 8/2008).

RECURSO ESPECIAL N. 1.133.769-RN (2009/0111340-2)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogado: Leonardo Groba Mendes e outro(s)

Recorrido: Ailson Guedes da Silva e cônjuge

Advogado: Bruno Torres Miranda e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Administrativo. Contrato de mútuo. Legitimidade. Caixa Econômica Federal. Sucessora do extinto BNH e responsável pela cláusula de comprometimento do FCVS. Contrato de mútuo. Dois ou mais imóveis, na mesma localidade, adquiridos pelo SFH com cláusula de cobertura pelo FCVS. Irretroatividade das Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990. Ausência de prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356-STF. Deficiência na fundamentação. Súmula n. 284-STF.

1. *A Caixa Econômica Federal, após a extinção do BNH, ostenta legitimidade para ocupar o pólo passivo das demandas referentes aos contratos de financiamento pelo SFH, porquanto sucessora dos direitos e obrigações do extinto BNH e responsável pela cláusula de comprometimento do FCVS - Fundo de Compensação de Variações Salariais, sendo certo*

que a ausência da União como litisconsorte não viola o artigo 7º, inciso III, do Decreto-Lei n. 2.291, de 21 de novembro de 1986. Precedentes do STJ: CC n. 78.182-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ de 15.12.2008; REsp n. 1.044.500-BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 22.08.2008; REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.10.2007; e REsp n. 684.970-GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 20.02.2006.

2. As regras de direito intertemporal recomendam que as obrigações sejam regidas pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham base contratual ou extracontratual.

3. *Destarte, no âmbito contratual, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram, sendo certo que no caso sub judice o contrato foi celebrado em 27.02.1987 (fls. 13-20) e o requerimento de liquidação com 100% de desconto foi endereçado à CEF em 30.10.2000 (fl. 17).*

4. A cobertura pelo FCVS - Fundo de Compensação de Variação Salarial é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato, consistente em resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário.

5. Outrossim, mercê de o FCVS onerar o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida, desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

6. Deveras, se na data do contrato de mútuo ainda não vigorava norma impeditiva da liquidação do saldo devedor do financiamento da casa própria pelo FCVS, porquanto preceito instituído pelas Leis n. 8.004, de 14 de março de 1990, e 8.100, de 5 de dezembro de 1990, fazê-la incidir violaria o Princípio da Irretroatividade das Leis a sua incidência e conseqüente vedação da liquidação do referido vínculo.

7. *In casu, à época da celebração do contrato em 27.02.1987 (fls. 13-20) vigia a Lei n. 4.380/1964, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão-somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel, seria antecipado o vencimento do valor financiado.*

8. A alteração promovida pela Lei n. 10.150, de 21 de dezembro de 2000, à Lei n. 8.100/1990 tornou evidente a possibilidade de quitação do saldo residual do segundo financiamento pelo FCVS, aos contratos firmados até 05.12.1990. Precedentes do STJ: REsp n. 824.919-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 23.09.2008; REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 1º.10.2007; REsp n. 884.124-RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 20.04.2007 e AgRg no Ag n. 804.091-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 24.05.2007.

9. O FCVS indicado como órgão responsável pela quitação pretendida, posto não ostentar *legitimatío ad processum*, arrasta a competência *ad causam* da pessoa jurídica gestora, responsável pela liberação que instrumentaliza a quitação.

11. É que o art. 3º da Lei n. 8.100/1990 é explícito ao enunciar:

Art. 3º O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS. (Redação dada pela Lei n. 10.150, de 21.12.2001)

12. A Súmula n. 327-STJ, por seu turno, torna inequívoca a *legitimatío ad causam* da Caixa Econômica Federal (CEF).

14. A União, ao sustentar a sua condição de assistente, posto contribuir para o custeio do FCVS, revela da inadequação da figura de terceira porquanto vela por “interesse econômico” e não jurídico.

15. A simples indicação do dispositivo legal tido por violado (art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das **Súmula n. 282 e 356 do STF**.

17. Ação ordinária ajuizada em face da **Caixa Econômica Federal - CEF**, objetivando a liquidação antecipada de contrato de financiamento, firmado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, nos termos da Lei n. 10.150/2000, na qual os autores aduzem a aquisição de imóvel residencial em 27.02.1987 (fls. 13-20) junto à Caixa Econômica Federal, com cláusula de cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais,

motivo pelo qual, após adimplidas todas as prestações mensais ajustadas para o resgate da dívida, fariam jus à habilitação do saldo devedor residual junto ao mencionado fundo.

18. Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, 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 Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente, os Drs. *Leonardo Groba Mendes*, pela recorrente, *Adriano Martins de Paiva*, pela União e *Luciano Correa Gomes*, pela Febraban (*amicus curiae*).

Brasília (DF), 25 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 18.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela *Caixa Econômica Federal - CEF* (fs. 142-150), com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

Administrativo. SFH. Ilegitimidade da União. FCVS. Duplo financiamento. Cobertura. Possibilidade. Entendimento pacificado no STJ.

1. A Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo de demanda que discute a quitação antecipada de contrato de mútuo por ela celebrado com os autores. Ademais, o fato de a apelante ser a administradora do FCVS a legitima para figurar nas causas em que se almeja utilização de seus recursos para quitação de mútuo habitacional. Ilegitimidade da União Federal.

2. O mutuário não perde a cobertura do FCVS no duplo financiamento quando as prestações são recolhidas pelo agente financeiro, que nada opôs quando efetuou o contrato de mútuo. Entendimento pacificado no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

3. A vedação constante do art. 3º da Lei n. 8.100/1990 não alcança contratos celebrados antes de 06 de dezembro de 1990.

4. Preliminar rejeitada. Apelação improvida. (fl. 140)

Segundo noticiam os autos, *Ailson Guedes da Silva e Maria Neide de Assis Gues* ajuizaram ação ordinária em face da *Caixa Econômica Federal – CEF*, objetivando a liquidação antecipada do seu contrato de financiamento, firmado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, nos termos da Lei n. 10.150/2000, cujo pedido foi julgado procedente para: “declarar cumprido o contrato de n. 1.0035.0002.752-1, suprindo a quitação, e determinar ao Registro de Imóveis da 1ª Zona de Natal-RN que efetue a baixa na averbação da hipoteca decorrente” (fl. 79), condenando a CEF ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa (fl. 79).

Irresignada a Caixa Econômica Federal interpôs recurso de apelação, perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual resultou desprovido, por unanimidade, nos moldes delineados na ementa acima transcrita.

A CEF, em sede de Recurso Especial, sustenta que o entendimento perfilhado pelo Tribunal *a quo*, para manter a cobertura do FCVS, na hipótese de duplo financiamento, viola o disposto nos art. 6º, § 1º, da *Lei de Introdução ao Código Civil*; art. 9º, § 1º, da *Lei n. 4.380/1964* e art. 3º, da *Lei n. 8.100/1990*, com a novel redação conferida pela *Lei n. 10.150/2000*, bem como diverge de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 34.742-SP, Relator Ministro Garcia Vieira, DJ de 08.11.1993.

Os Recorridos, em contra-razões às fls. 174-179, pugnam pelo desprovimento do Recurso Especial, requerendo, outrossim, a condenação da CEF por litigância de má-fé, em razão do evidente caráter procrastinatório do recurso *sub examine*.

O Recurso Especial (fls. 308-319) foi admitido no Tribunal *a quo* como “recurso representativo da controvérsia”, nos moldes previstos pelo art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela *Lei n. 11.672*, de 08.05.2008” (fls. 181-182).

In casu, constatada a impossibilidade de conhecimento do REsp n. 1.063.974-RS, anteriormente afetado à 1ª Seção como recurso repetitivo, procedi à substituição pelo presente recurso e determinei o traslado das manifestações apresentadas pela *Federação Brasileira de Bancos - Febraban* (fls. 284-297); *Caixa Econômica Federal - CEF* (fls. 331-347); *Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - Abecip* (fls. 365-470) e *União* (fls. 478-497), constantes dos autos do REsp n. 1.063.974-RS, em atenção aos princípios da celeridade, economia processual e razoável duração do processo.

A *Federação Brasileira de Bancos - Febraban*, em manifestação apresentada às fls. 189-194, pugna pelo desprovimento do Recurso Especial, uma vez que a pretensão veiculada pela parte, ora Recorrente, não encontra respaldo na hodierna jurisprudência dessa Corte.

A *Caixa Econômica Federal - CEF*, em manifestação apresentada às fls. 195-203, pugna pelo provimento do Recurso Especial, aduzindo que “o duplo financiamento sempre foi vedado pela Legislação especial do SFH desde o seu nascedouro, o que evidencia a total ilegalidade das condutas daqueles mutuários que, a despeito da expressa vedação legal, não só adquiriram mais de um imóvel com recurso do SRF como pretendem a quitação do saldo residual do segundo financiamento (...)” fl. 203.

A *Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - Abecip*, em manifestação apresentada às fls. 204-255, subscrevendo de forma integral, todos os argumentos apresentados pela *Febraban*, na manifestação que fez juntar aos presentes autos, requer a sua integração na lide, como terceira interessada.

A *União*, em manifestação apresentada às fls. 256-275, pugna pelo desprovimento do Recurso Especial, mantendo incólume o acórdão recorrido.

O *Ministério Público Federal*, em manifestação apresentada às fls. 280-290, opina pelo desprovimento do Recurso Especial, em parecer assim ementado:

Recurso especial. Ação ordinária incidente processual de apreciação e julgamento de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (recursos repetitivos). Questão proposta para discussão: possibilidade de quitação do saldo devedor pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS. No caso de haver duplo financiamento anterior à Lei n. 8.100/1990. Conhecimento da pretensão recursal. Delimitação, de modo estrito, do escopo da cognição quanto à matéria a ser debatida e julgada no recurso especial interposto para fins de estabilização de expectativas nos termos do art. 543-C do CPC.

I – Descrição da pretensão recursal: Trata-se de recurso especial interposto pelas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal (CF) contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal de Regional Federal da 5ª Região em que a Caixa Econômica Federal (recorrente) sustenta violação aos seguintes dispositivos: 6º do Código de Processo Civil, 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, § 1º do artigo 9º da Lei n. 4.380/1964 e artigo 3º da Lei n. 8.100/1990.

II – Preliminar de conhecimento do recurso: Propõe-se o conhecimento da pretensão recursal pela alínea **a**, do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, todavia, não se conhece do apelo pela alínea **c** do mesmo dispositivo, uma vez que a divergência entre os julgados tidos por dissidentes não foi demonstrada.

III – Delimitação da matéria a ser julgada no recurso especial interposto: Considerando a relevância da matéria e a delimitação dos aspectos a serem discutidos no presente recurso especial, mostra-se adequada a submissão do julgamento deste recurso especial ao procedimento instituído pela Lei n. 11.672/2008, que introduziu o incidente de processos repetitivos de que trata o art. 543-C do CPC.

IV – Análise de mérito – improcedência da pretensão recursal da recorrente: A jurisprudência desta corte superior é pacífica no sentido de que somente com o advento da Lei n. 8.100/1990 é que se impôs o limite de cobertura de apenas um imóvel. No entanto, as restrições impostas pela Lei n. 8.100/1990, alterada pela Lei n. 10.150/2000, resguardaram os contratos realizados anteriormente a 5 de dezembro de 1990.

V – Conclusão da manifestação do Ministério Público Federal: Parecer pelo conhecimento parcial da pretensão recursal e, no mérito, o Ministério Público Federal opina pelo improvimento do recurso especial, aplicando ao caso os efeitos do art. 543, "C", § 7º do CPC.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): *Ab initio*, o recurso especial não reúne condições de admissibilidade no que pertine à alegada ofensa ao disposto no *art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil*. Isto porque, o Tribunal *a quo* não examinou o referido dispositivo legal, consoante se verifica do voto condutor do acórdão de apelação às *ffs. 143-151*.

Ademais, não foram opostos embargos de declaração, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com o intuito de provocar o exame acerca do dispositivo legal impugnado. Dessa forma, fica caracterizada a ausência do

necessário prequestionamento viabilizador do acesso à via excepcional (Súmulas n. 282 e 356 do STF).

Impende salientar que a exigência do prequestionamento não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. Neste dispositivo não há previsão de apreciação originária por este E. Tribunal Superior de questões como a que ora se apresenta. A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação.

Contudo, o Recurso Especial reúne condições de admissibilidade, quanto à aventada violação ao art. 9º, § 1º, da Lei n. 4.380/1964; e art. 3º, da Lei n. 8.100/1990, com a novel redação conferida pela Lei n. 10.150/2000, uma vez que a matéria federal resultou efetivamente prequestionada, bem como demonstrada a divergência, nos moldes exigidos pelo RISTJ.

Consoante se colhe dos autos, trata-se de Ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal - CEF, objetivando a liquidação antecipada de contrato de financiamento, firmado sob a égide do Sistema Financeiro de Habitação, nos termos da Lei n. 10.150/2000, na qual os autores aduzem a aquisição de imóvel residencial em 27.02.1987 (fls. 13-20) junto à Caixa Econômica Federal, com cláusula de cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais, motivo pelo qual, após adimplidas todas as prestações mensais ajustadas para o resgate da dívida, fariam jus à habilitação do saldo devedor residual junto ao mencionado fundo.

Consoante assentado pelo Tribunal *a quo*, à luz de irrestrita cognição fático probatória, ***“in casu, os recorridos adquiriram o primeiro financiamento em 23.10.1979, relativo a imóvel situado na cidade de Natal e, em 27.02.1987, foi firmado um segundo ajuste, com a cláusula de cobertura pelo FCVS, para aquisição de outro imóvel, nesse mesmo município (cf. fl. 20).*** A instituição financeira, não obstante a vedação ao duplo financiamento constante da Lei n. 4.380/1964, nada fez para impedir o aperfeiçoamento do acerto, permitindo que os apelados pagassem as suas prestações, acreditando que se encontravam amparados pelo sistema do FCVS.”

Feitas as considerações preliminares, subjaz o mérito do Recurso Especial.

Ab initio, a competência da Primeira Seção, para a apreciação do presente recurso, exsurge do fato de o contrato conter cláusula de cobertura pelo FCVS – Fundo de Compensação de Variação Salarial.

O cerne da irresignação recursal cinge-se à possibilidade, ou não, de quitação do saldo devedor do financiamento do segundo imóvel adquirido pelos mutuários, nos âmbito do Sistema Financeiro de Habitação – SFH, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais – FCVS.

Em princípio, é importante destacar, *a União não é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações que têm como objeto o reajuste das prestações da casa própria, sendo uníssona a jurisprudência no sentido de se consagrar a tese de que a Caixa Econômica Federal, como sucessora do BNH, deve responder por tais demandas. A ausência da União como litisconsorte não fere, portanto, o conteúdo normativo do artigo 7º, III, do Decreto-Lei n. 2.291, de 21 de novembro de 1986.*

Nesse sentido, é vasta e remansosa a jurisprudência desta Corte:

Processual Civil. Contrato de mútuo para aquisição de casa própria pelo SFH. Caixa Econômica Federal. Sucessora do extinto BNH e entidade gestora do FCVS. Litisconsorte passiva necessária. Precedentes do STJ.

1. A Justiça Federal é competente para processar e julgar os feitos relativos ao SFH em que a CEF tem interesse por haver comprometimento do FCVS. Precedentes: (CC n. 25.945-SP, Rel. Ministro *Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção*, julgado em 24.08.2000, DJ 27.11.2000; CC n. 40.755-PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 23.06.2004, DJ 23.08.2004).

2. A Caixa Econômica Federal, após a extinção do BNH, ostenta legitimidade para ocupar o pólo passivo nas demandas referentes aos contratos de financiamento pelo SFH porquanto sucessora dos direitos e obrigações do extinto BNH e entidade gestora do FCVS – Fundo de Comprometimento de Variações Salariais. Precedentes: REsp n. 747.905-RS, decisão monocrática deste Relator, DJ de 30 de agosto de 2006; REsp n. 707.293-CE, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 06 de março de 2006; REsp n. 271.053-PB, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 03 de outubro de 2005).

3. Conflito de competência conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara Cível da Seção Judiciária do Estado de São Paulo-SP. (CC n. 78.182-SP, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Seção**, julgado em 12.11.2008, DJ de 15.12.2008)

Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva da CEF. Leis n. 4.380/1964 e 8.100/1990. Duplo financiamento. Cobertura pelo FCVS. Quitação de saldo devedor. Possibilidade. Respeito ao princípio da irretroatividade das leis. Precedentes desta Corte.

1. Nas causas relativas a contratos do Sistema Financeiro de Habitação - SFH com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, a Caixa Econômica Federal - CEF passou a gerir o Fundo com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH.

2. A disposição contida no art. 9º da Lei n. 4.380/1964 não afasta a possibilidade de quitação de um segundo imóvel financiado pelo mutuário, situado na mesma localidade, utilizando-se os recursos do FCVS, mas apenas impõe o vencimento antecipado de um dos financiamentos.

3. Além disso, esta Corte Superior, em casos análogos, tem-se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência do art. 3º da Lei n. 8.100/1990, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

4. A possibilidade de quitação, pelo FCVS, de saldos devedores remanescentes de financiamentos adquiridos anteriormente a 5 de dezembro de 1990 tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei n. 10.150/2000, que a declarou expressamente.

5. Precedentes desta Corte.

6. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.044.500-BA, Rel. Ministra **Eliana Calmon, Segunda Turma**, julgado em 24.06.2008, DJ de 22.08.2008)

Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva. Duplo financiamento. Cobertura do saldo residual pelo FCVS. Inexistência de vedação legal à época da celebração dos contratos de mútuo hipotecário.

1. A Caixa Econômica Federal é parte legítima para integrar o pólo passivo das ações movidas por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, porque a ela (CEF) foram transferidos todos os direitos e obrigações do extinto Banco Nacional da Habitação - BNH. Entendimento consubstanciado na Súmula n. 327 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Somente após as alterações introduzidas pela Lei n. 10.150/2000, estabeleceu-se que, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, o descumprimento do preceito legal que veda a duplicidade financiamento dá ensejo à perda da cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS de um dos financiamentos.

3. Não se pode estender ao mutuário, que obteve duplo financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação em data anterior à edição da Lei n. 10.150/2000, penalidade pelo descumprimento das obrigações assumidas que não aquelas avençadas no contrato firmado e na legislação então em vigor. Diante disso, tem-se por inaplicável a norma superveniente, restritiva da concessão do benefício à quitação de um único contrato de financiamento pelo FCVS. Precedentes: REsp n. 614.053-RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 05.08.2004; AGREsp n. 611.325-AM, 2ª T., Min. Franciulli Netto, DJ de 06.03.2006.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro **Teori Albino Zavascki**, **Primeira Turma**, julgado em 04.09.2007, DJ 1º.10.2007 p. 237)

SFH. Contrato de financiamento com cláusula do FCVS. Imóvel comercial financiado como imóvel residencial. Equívoco da CEF. Inexistência de erro escusável. Ilegitimidade passiva da União.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, não é necessária a presença da *União* nas causas sobre os contratos do Sistema Financeiro de Habitação - SFH com cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS, porque, com a extinção do Banco Nacional da Habitação - BNH, a competência para gerir o Fundo passou à Caixa Econômica Federal - CEF.

2. Equívoco da CEF que, por meio de seus agentes, pactuou financiamento de imóvel comercial como sendo de imóvel residencial, dando ao contrato a cobertura do FCVS.

3. Concretização da quitação pelo mutuário, com o pagamento do total das prestações avençadas, devendo a CEF assumir os prejuízos da errônea operação efetuada por seus prepostos.

4. Inexistência de erro escusável, diante do reconhecido preparo técnico dos agentes da CEF que atuam na área de financiamento.

5. Precedente da Segunda Turma no REsp n. 653.170-GO.

6. Recurso especial improvido. (REsp n. 684.970-GO, Rel. Ministra **Eliana Calmon**, **Segunda Turma**, julgado em 13.12.2005, DJ 20.02.2006, p. 292)

Quanto à possibilidade, ou não, de quitação do saldo devedor do financiamento do segundo imóvel, adquirido pelos mutuários nos âmbito do Sistema Financeiro de Habitação - SFH, pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, tem que por força do § 3º, do art. 3º, da Lei n. 8.100/1990, com nova redação dada pela Lei n. 10.150/2000, o FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS.

In casu, o contrato em exame foi celebrado em 27.02.1987 (fls. 13-20), portanto, antes da edição da legislação in foco, ou seja, sob a égide da Lei n. 4.380/1964, a qual não previa a penalização do mutuário, com a perda do direito à cobertura do FCVS, na hipótese de obter um segundo financiamento no âmbito do SFH, em iguais condições.

De fato, a matéria *sub examine* resolve-se à luz dos princípios da eficácia da lei no tempo, onde sobressai a regra *tempus regit actum*.

As regras de direito intertemporal recomendam que as obrigações sejam regidas pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham base contratual ou extracontratual.

Nesse sentido, leciona Carlos Maximiliano *in* “Direito” (1946, Ed. Freitas Bastos, São Paulo, p. 182-183):

As obrigações, em geral, e, com abundância maior de razão, os contratos, regem-se, em todos os sentidos, pela lei sob cujo império foram constituídos; só excepcionalmente se lhes aplicam os postulados novos. Norma posterior não pode anular ou modificar alguma cláusula expressa de ato bilateral acorde com os preceitos vigentes ao tempo em que ele surgiu.

A boa doutrina tradicional radica-se no Direito Romano, que nos depara o seguinte apoftegma: “*In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*” – “Nas estipulações tem-se em vista o tempo em que as contraímos”.

As regras positivas contemporâneas do estabelecimento da relação obrigacional determinam-lhe a existência e a essência; os respectivos elementos constitutivos; a possibilidade, admissibilidade e natureza do conteúdo; portanto o objeto e o alcance da mesma.

Caio Mário da Silva Pereira (*in* Instituições de Direito Civil, V. I, p. 106), da mesma forma, ressalta a aplicação da lei vigente à época da celebração do contrato, consoante se colhe do seguinte excerto:

Os direitos de obrigação regem-se pela lei no tempo em que se constituíram, no que diz respeito à formação do vínculo, seja contratual, seja extracontratual. Assim, a lei que regula a formação dos contratos não pode alcançar os que se celebraram na forma da lei anterior. Se uma lei define a responsabilidade civil, torna obrigado aquele que comete o fato gerador, nos termos da lei que vigorava ao tempo em que ocorreu; mas, ao revés, se uma lei nova cria a responsabilidade em determinadas condições anteriormente inexistentes, não pode tornar obrigado quem praticou ato não passível de tal consequência segundo a lei do tempo. Os efeitos jurídicos dos contratos regem-se pela lei do tempo em que se celebraram.

Ressoa inequívoco que, na data do contrato, vigia a Lei n. 4.380/1964, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão-somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel, seria antecipado o vencimento do valor financiado:

Lei n. 4.380/1964

Art. 9º. Todas as aplicações do sistema, terão por objeto, fundamentalmente a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma.

§ 1º. As pessoas que já forem proprietários, promitentes compradoras ou cessionárias de imóvel residencial na mesma localidade não poderão adquirir imóveis objeto de aplicação pelo sistema financeiro da habitação.

Na data do contrato, ainda não estava em vigor a norma impeditiva da liquidação do saldo devedor do financiamento da casa própria pelo FCVS, porquanto preceito instituído pelas Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990:

Lei n. 8.004/1990

Art. 5º. O mutuário do SFH que tenha firmado contrato até 28 de fevereiro de 1986, poderá, a qualquer tempo, liquidar antecipadamente a sua dívida, mediante o pagamento de valor correspondente à metade do saldo devedor contábil da operação, atualizado *pro rata* da data do último reajuste até a data de liquidação.

§ 1º. A critério do mutuário, a liquidação antecipada pode ser efetivada, alternativamente, mediante o pagamento do montante equivalente ao valor total das mensalidades vincendas.

Art. 6º. O disposto nos artigos 2º, 3º e 5º somente se aplica aos contratos que tenham cláusula de cobertura de eventuais saldos devedores residuais pelo Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS

Lei n. 8.100/1990

Art. 3º. O Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, inclusive os já firmados no âmbito do SFH.

§ 1º. No caso de mutuários que tenham contribuído para o FCVS em mais de um financiamento, desde que não sejam referentes a imóveis na mesma localidade, fica assegurada a cobertura do fundo, a qualquer tempo, somente para quitações efetuadas na forma estabelecida no caput do art. 5º da Lei n. 8.004, de 14 de março de 1990.

Não obstante, a alteração trazida pela Lei n. 10.150/2000 à Lei n. 8.100/1990 tornou evidente a possibilidade de quitação do saldo residual do segundo financiamento pelo FCVS, em se tratando de contratos firmados até 05.12.1990, *verbis*:

Lei n. 8.100/1990

Art. 3º. O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS.

Aliás, neste sentido é o entendimento esposado nos precedentes da 1ª e 2ª Turmas, desta Corte Superior:

Processual Civil e Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. “Contrato de gaveta”. Lei n. 10.150/2000. Legitimidade ativa do cessionário. Duplo financiamento. Cobertura pelo FCVS. Quitação de saldo devedor. Possibilidade. Respeito ao princípio da irretroatividade das leis. Honorários advocatícios. Causa sem condenação. Fixação nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Observância dos limites percentuais estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC. Desnecessidade. Precedentes desta Corte.

1. A Lei n. 8.004/1990, no seu art. 1º, previu expressamente que a transferência dos contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação somente poderia ocorrer com a anuência do agente financeiro.

2. Entretanto, com o advento da Lei n. 10.150/2000, o legislador permitiu que os “contratos de gaveta” firmados até 25.10.1996 sem a intervenção do mutuante fossem regularizados (art. 20), reconhecendo ainda o direito à sub-rogação dos direitos e obrigações do contrato primitivo. Por isso, o cessionário, nessas condições, tem legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

3. A disposição contida no art. 9º da Lei n. 4.380/1964 não afasta a possibilidade de quitação de um segundo imóvel financiado pelo mutuário, situado na mesma localidade, utilizando-se os recursos do FCVS, mas apenas impõe o vencimento antecipado de um dos financiamentos.

4. Além disso, esta Corte Superior, em casos análogos, tem-se posicionado pela possibilidade da manutenção da cobertura do FCVS, mesmo para aqueles mutuários que adquiriram mais de um imóvel numa mesma localidade, quando a celebração do contrato se deu anteriormente à vigência do art. 3º da Lei n. 8.100/1990, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis.

5. A possibilidade de quitação, pelo FCVS, de saldos devedores remanescentes de financiamentos adquiridos anteriormente a 5 de dezembro de 1990 tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei n. 10.150/2000, que a declarou expressamente.

6. Nas causas em que não há condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do art. 20, § 4º do CPC, segundo a apreciação equitativa

do juiz, que não está obrigado a observar os limites percentuais de 10% e 20% postos no § 3º do art. 20 do CPC.

7. Recursos especiais não providos. (*REsp n. 824.919-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.08.2008, DJ de 23.09.2008*)

Administrativo. Sistema Financeiro de Habitação. Legitimidade passiva. Duplo financiamento. Cobertura do saldo residual pelo FCVS. Inexistência de vedação legal à época da celebração dos contratos de mútuo hipotecário.

1. A Caixa Econômica Federal é parte legítima para integrar o pólo passivo das ações movidas por mutuários do Sistema Financeiro de Habitação, porque a ela (CEF) foram transferidos todos os direitos e obrigações do extinto Banco Nacional da Habitação - BNH. Entendimento consubstanciado na Súmula n. 327 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Somente após as alterações introduzidas pela Lei n. 10.150/2000, estabeleceu-se que, no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, o descumprimento do preceito legal que veda a duplicidade financiamento dá ensejo à perda da cobertura do saldo devedor residual pelo FCVS de um dos financiamentos.

3. Não se pode estender ao mutuário, que obteve duplo financiamento pelo Sistema Financeiro de Habitação em data anterior à edição da Lei n. 10.150/2000, penalidade pelo descumprimento das obrigações assumidas que não aquelas avançadas no contrato firmado e na legislação então em vigor. Diante disso, tem-se por inaplicável a norma superveniente, restritiva da concessão do benefício à quitação de um único contrato de financiamento pelo FCVS. Precedentes: *REsp n. 614.053-RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 05.08.2004; AGREsp n. 611.325-AM, 2ª T., Min. Franciulli Netto, DJ de 06.03.2006.*

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (*REsp n. 902.117-AL, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 04.09.2007, DJ 1º.10.2007 p. 237*)

Processual Civil e Administrativo. Ação rescisória. Violação de literal disposição de lei. SFH. Contrato de financiamento. Aquisição de mais de um imóvel. Mesma localidade. Cobertura do FCVS ao segundo imóvel. Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990.

1. Se no julgamento o magistrado não observa regra expressa de direito que deveria regular a situação concreta que lhe foi submetida, é cabível a ação rescisória por violação de literal disposição de lei. Hipótese concreta em que não incide o enunciado da Súmula n. 343-STF.

2. As restrições veiculadas pelas Leis n. 8.004 e 8.100, ambas de 1990, à quitação pelo FCVS de imóveis financiados na mesma localidade não se aplicam aos contratos celebrados anteriormente à vigência desses diplomas legais. Precedentes.

3. A Lei n. 4.380/1964, vigente no momento da celebração dos contratos, conquanto vedasse o financiamento de mais de um imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação, não impunha como penalidade pelo descumprimento a perda da cobertura pelo FCVS.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 884.124-RS, Rel. Ministro **Castro Meira**, **Segunda Turma**, julgado em 10.04.2007, DJ 20.04.2007 p. 341)

Agravo regimental. Admissibilidade. Contrato de mútuo para aquisição de casa própria. Sistema Financeiro da Habitação. Utilização do FCVS para quitação de mais de um saldo devedor. Irretroatividade das Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990. Honorários advocatícios. Critério fixado pela Corte *a quo* fundado na análise fático-probatória. Óbice da Súmula n. 7-STJ.

1. As obrigações regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham elas base contratual ou extracontratual, consoante as regras de direito intertemporal. Na sistemática dos contratos, os vínculos e seus efeitos jurídicos são regulados pela lei vigente ao tempo em que se celebraram.

2. A cobertura pelo FCVS - Fundo de Compensação de Variação Salarial é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida, desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar da própria dívida.

3. Deveras, se na data do contrato de mútuo ainda não estava em vigor norma impeditiva de liquidação de mais de um saldo devedor de financiamento da casa própria pelo FCVS, porquanto preceito instituído pelas Leis n. 8.004/1990 e 8.100/1990, violou o Princípio da Irretroatividade das Leis a sua incidência e a conseqüente vedação.

4. *In casu*, à época vigia a Lei n. 4.380/1964, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas tão-somente impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel, seria antecipado o vencimento do valor financiado.

5. Ademais, a alteração trazida pela Lei n. 10.150/2000 à Lei n. 8.100/1990 tornou evidente a possibilidade de quitação do saldo residual do segundo financiamento pelo FCVS aos contratos firmados até 05.12.1990. Precedentes: REsp n. 747.905-RS, decisão monocrática deste Relator, DJ de 30 de agosto de 2006; REsp n. 611.687-MG, Relator Ministro *Castro Meira*, Segunda Turma, DJ de 20 de fevereiro de 2006; REsp n. 611.240-SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10 de maio de 2004.

6. Os ônus sucumbenciais foram fixados com base no proveito econômico auferido pelas partes com o julgamento final do processo.

7. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice contido na Súmula n. 7-STJ.

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 804.091-RS, Rel. Ministro **Luiz Fux, Primeira Turma**, julgado em 19.04.2007, DJ 24.05.2007 p. 318)

Destarte, no âmbito contratual, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram, sendo certo que no caso sub judice o contrato foi celebrado em 27.02.1987 (fls. 13-20) e o requerimento de liquidação com 100% de desconto foi endereçado à CEF em 30.10.2000 (fl. 17).

A cobertura pelo FCVS - Fundo de Compensação de Variação Salarial é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato, consistente em resíduo do valor contratual causado pelo fenômeno inflacionário.

Outrossim, mercê de o FCVS onerar o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida, desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

Consectariamente, raciocínio inverso ao ora externado consubstanciaria enriquecimento em favor das instituições bancárias, além de violar o Princípio da Irretroatividade das Leis.

Em assim sendo, a solução da controvérsia travada nos presentes autos independe da existência ou não do duplo financiamento.

Ademais, o FCVS indicado como órgão responsável pela quitação pretendida, posto não ostentar *legitimatio ad processum*, arrasta a competência *ad causam* da pessoa jurídica gestora, responsável pela liberação que instrumentaliza a quitação.

É que o art. 3º da Lei n. 8.100/1990 é explícito ao enunciar:

Art. 3º O Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitará somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato, exceto aqueles relativos aos contratos firmados até 5 de dezembro de 1990, ao amparo da legislação do SFH, independentemente da data de ocorrência do evento caracterizador da obrigação do FCVS. (Redação dada pela Lei n. 10.150, de 21.12.2001)

A Súmula n. 327-STJ, por seu turno, torna inequívoca a *legitimatio ad causam* da Caixa Econômica Federal (CEF).

Ademais, a União, ao sustentar a sua condição de assistente, posto contribuir para o custeio do FCVS, revela da inadequação da figura de terceira porquanto vela por “interesse econômico” e não jurídico.

Ex positis, nego provimento ao Recurso Especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, para cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução n. 8/2008).

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.163.643-SP (2009/0207385-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Carlos Massani Takaki

Advogado: Heraldo Pereira de Lima

Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo. Processo Civil. Concessão irregular de vantagens a servidores públicos. Ação de responsabilidade civil, com pedido de anulação dos atos concessivos e de ressarcimento dos danos.

1. Não se pode confundir a típica ação de improbidade administrativa, de que trata o artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, com a ação de responsabilidade civil para anular atos administrativos e obter o ressarcimento do dano correspondente. Aquela tem caráter repressivo, já que se destina, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos de improbidade administrativa (art. 12). Esta, por sua vez, tem por objeto

conseqüências de natureza civil comum, suscetíveis de obtenção por outros meios processuais.

2. O especialíssimo procedimento estabelecido na Lei n. 8.429/1992, que prevê um juízo de delibação para recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 8º e 9º), precedido de notificação do demandado (art. 17, § 7º), somente é aplicável para ações de improbidade administrativa típicas.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 30.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fl. 494), interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

Improbidade Administrativa. Defesa prévia, com base no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992. Dispensa de sua apresentação quando há indícios suficientes à instauração do processo. Ação fundada em inquérito civil que apurou os atos ímprobos.

Nulidade de Citação. Inocorrência. Réu procurado, tendo sido, inclusive, expedida carta rogatória. Posterior citação por edital e nomeação de curador especial.

Concessão de Benefícios. Prefeito Municipal que concedeu, em sua gestão, benefícios pecuniários mensais a servidores municipais, sem amparo legal. Inexistência de cerceamento de defesa. Caracterização de ato ímprobo. Sentença mantida.

Recurso do Réu improvido (fl. 448).

No recurso especial (fls. 470-476), o recorrente aponta negativa de vigência ao art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, porque o acórdão entendeu dispensável a providência determinada nesse dispositivo, que prevê a notificação prévia, “oportunizando ao agente público, acusado da prática de ato ímprobo, oferecimento de manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 dias” (fl. 465), o que acarreta a nulidade do processo, a partir da apontada irregularidade.

Em contra-razões (fls. 478-482), o recorrido sustenta, em suma, que não pode ser declarada a nulidade pretendida, em virtude da ausência da formalidade prevista no § 7º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, porque não houve prova de prejuízo para a defesa.

Recurso admitido na origem sob regime do art. 543-C do CPC (fl. 485).

Ouvido o Ministério Público, seu parecer foi pelo desprovimento do recurso especial (fls. 500-503).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A presente ação foi proposta como “ação de responsabilidade civil” (fls 02), com pedidos no sentido (1) de “declarar nulas as concessões de adicionais de insalubridade, gratificações, gratificações especiais, ajuda de custo e pagamento de horas extras a comissionados a diversos (sic) funcionários da municipalidade de Paranapuã” e (2) a indenização ao erário público pela devolução atualizada pelo requerido Carlos Massami Takaki das quantias percebidas pelos funcionários públicos municipais a título de benefícios ...”(fls. 09). O ato citatório foi efetivado, como requerido na inicial, segundo o regime do Código de Processo Civil (item 4 da inicial - fls. 11). Sob esse mesmo regime a demanda foi processada e julgada

procedente, nos termos do pedido (fls. 303-315). A questão da impropriedade do rito, pela inobservância do § 7º do art. 17 da Lei n. 8.242/1992, que prevê a notificação inicial do demandado, somente foi suscitada em apelação, tendo sido rejeitada pelo Tribunal recorrido sob o fundamento de que “...não se cogita de nulidade procedimental em não se realizar a aludida notificação, uma vez ter sido a presente ação fundada em inquérito civil instaurado pelo *Parquet*. Esse procedimento recolheu material probatório suficiente à instauração da demanda, tornando desnecessária uma defesa prévia” (fls. 417).

2. O acórdão deve ser confirmado, mas não pelo fundamento que adotou, manifestamente frágil. Com efeito, a instauração de inquérito civil, no âmbito do qual se produz a prova necessária para a ação de improbidade, é o procedimento padrão e normal em casos da espécie, conforme fazem certo os artigos 14, § 3º e 15 da Lei n. 8.429/1992. Nem por isso, todavia, proposta a ação, fica o juiz dispensado de promover o juízo de delibação para recebimento da inicial, precedido da notificação prévia do demandado para se manifestar a respeito, conforme exige o art. 17, §§ 7º, 8º e 9º. Aliás, mesmo que se considerasse dispensável a notificação, ainda assim seria indispensável, porque é ato processual típico da natureza desse rito especial, o juízo de delibação propriamente dito. Daí a fragilidade do fundamento adotado pelo acórdão recorrido. Entretanto, no caso concreto, a dispensa da notificação, bem como da própria decisão deliberatória sobre o recebimento da inicial, não são atos processuais obrigatórios, já que não se está em face de típica ação de improbidade administrativa. É o que se passa a demonstrar.

3. Realmente, não se pode confundir a ação de improbidade administrativa com a simples ação de ressarcimento de danos ao erário. A primeira, disciplinada no artigo 17 da Lei n. 8.429/1992, tem seu assento no art. 37, § 4º da Constituição, sendo manifesto seu caráter repressivo, já que se destina, precipuamente, a aplicar sanções de natureza pessoal, semelhantes às penais, aos responsáveis por atos de improbidade administrativa, conforme prevê o art. 12 da referida Lei. Já a ação em que se busca a anulação de atos danosos ao erário, com pedido de reparação, que pode ser promovida pelo Ministério Público com base no art. 129, III da Constituição, tem por objeto apenas sanções civis comuns, desconstitutivas e reparatórias. Essa distinção foi enfatizada no julgamento do REsp n. 827.445, perante a 1ª Turma (DJ de 08.03.2010), quando, em voto-vista, registrei que, diferentemente do que ocorre com simples demandas anulatórias de ato jurídico ou de reparação de danos, a ação de improbidade administrativa tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do

seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, trata-se de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada na Lei n. 4.717/1965), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei n. 7.347/1985), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

4. Na ação de improbidade, repita-se, o objeto principal é aplicar sanções punitivas de caráter pessoal, a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A perda de bens, a suspensão de direitos e a multa são penas que têm, do ponto de vista substancial, absoluta identidade com as decorrentes de ilícitos penais, conforme se pode ver do art. 5º, XLVI da Constituição. A suspensão dos direitos políticos é, por força da Constituição, consequência natural da “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (art. 15, III). Também é efeito secundário da condenação criminal a perda “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (CP, art. 91, II, **b**). A perda de “cargo, função pública ou mandato eletivo” é, igualmente, efeito secundário da condenação criminal, nos casos previstos no art. 92, I, do Código Penal: “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública” e “quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos”.

5. Bem se percebe, pois, que, embora as sanções por improbidade, como decorre do art. 37, § 4º da Constituição, tenham natureza político-civil e não propriamente penal, há inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. Com efeito, não há qualquer diferença entre a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos ou a imposição de multa pecuniária, quando decorrente de ilícito penal e de ilícito administrativo. Nos dois casos, as consequências

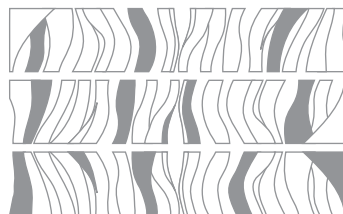
práticas em relação ao condenado serão absolutamente idênticas. A rigor, a única diferença se situa em plano puramente jurídico, relacionado com efeitos da condenação em face de futuras infrações: a condenação criminal, ao contrário da não-criminal, produz as conseqüências próprias do antecedente e da perda da primariedade, que podem redundar em futuro agravamento de penas ou, indiretamente, em aplicação de pena privativa de liberdade (CP, arts. 59; 61, I, 63; 77, I; 83, I; 110; 155, § 2º e 171, § 1º). Quanto ao mais, entretanto, não há diferença entre uma e outra. Somente a pena privativa de liberdade é genuinamente criminal, por ser cabível unicamente em casos de infração penal.

6. Ora, foi justamente essa substancial semelhança entre as sanções penais e as da improbidade administrativa que determinou, no âmbito civil, a formatação de um procedimento típico e inovador: a introdução, nas ações de improbidade, da fase procedimental relacionada com a admissibilidade da demanda, prevista nos §§ 6º a 11 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. A preocupação do legislador, quanto ao ponto, foi adequar o processo civil à finalidade, que não lhe é peculiar, de ser instrumento para imposição de penalidades ontologicamente semelhantes às das infrações penais. À identidade material das penas veio juntar-se a identidade formal dos mecanismos de sua aplicação. Foi no Código de Processo Penal, com efeito, que o legislador civil se inspirou para formatar o novo instrumento: o procedimento da ação de improbidade é em tudo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, previsto nos arts. 513 a 518 do CPP. Lá, como aqui, se exige que a petição inicial (queixa ou denúncia) venha instruída com “documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade” (“que façam presumir a existência do delito”) ou com razões fundamentadas da “impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas” (art. 17, § 6º, da Lei n. 8.429/1992; art. 513 do CPP). Lá como aqui, estando a inicial (queixa ou denúncia) “na devida forma”, o juiz ordenará a notificação do requerido (acusado) para oferecer manifestação escrita, no prazo de quinze dias, que poderá vir acompanhada de “documentos e justificações” (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992; arts. 514 e 515, parágrafo único, do CPP). Recebida a manifestação, o juiz, “em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita” (art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992), da mesma forma como, na ação penal, “o juiz rejeitará a queixa ou denúncia, em despacho fundamentado, se convencido, pela resposta do acusado ou do seu defensor, da inexistência do crime ou da improcedência da ação” (CPP, art. 516). Nos dois

casos, recebida a petição inicial (denúncia ou queixa) o réu (acusado) será citado para promover a sua defesa, assumindo o processo, daí em diante, o rito comum, civil ou penal (art. 17, § 9º, da Lei n. 8.429/1992; arts. 517 e 518 do CPP).

7. É evidente, portanto, que não se pode considerar como típica ação de improbidade a aqui em exame, que não contém pedido algum de aplicação ao infrator de sanções político-civis, de caráter punitivo, mas apenas pedido de anulação de atos danosos ao erário e de ressarcimento de danos. Pretensões dessa espécie são dedutíveis em juízo por ação popular, por ação civil pública regida pela Lei n. 7.347/1985, ou mesmo pelo procedimento comum ordinário, como ocorreu no caso concreto. Ressarcir danos, convém asseverar, não constitui propriamente uma punição ao infrator, mas, sim, uma medida de satisfação ao lesado, e a ação de improbidade destina-se prioritariamente a aplicar penalidades e não a recompor patrimônios. Assim, o pedido de ressarcimento de danos, na ação de improbidade típica, não passa de um pedido acessório, necessariamente cumulado com pedido de aplicação de pelo menos uma das sanções punitivas cominadas ao ilícito. O reconhecimento da obrigação de ressarcir danos, sob esse aspecto, é espécie de efeito secundário necessário da punição pelo ato de improbidade, a exemplo do que ocorre na sentença condenatória penal (CP, art. 91, II). O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, relativamente a pretensões de natureza desconstitutiva, de nulidade ou anulabilidade, que sequer constam entre as cominações do art. 37, § 4º da CF ou no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. Por isso se afirma que, em casos como o dos autos, não há razão para impor, sob pena de nulidade, o procedimento previsto art. 17 da Lei n. 8.429/1992, seja no seu § 7º, seja nos demais parágrafos.

8. Por esses fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso. Tratando-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, determina-se a expedição de ofício comunicando o inteiro teor do acórdão, devidamente publicado: (a) aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 6º da Resolução STJ n. 8/2008), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC; (b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II, da Resolução STJ n. 8/2008; (c) à Comissão de jurisprudência, com sugestão para edição de súmula nos seguintes termos: “O procedimento estabelecido no art. 17 da Lei n. 8.429/1992 somente é obrigatório para ações de improbidade administrativa que visem a aplicar aos responsáveis sanções político-civis de caráter pessoal”. É o voto.



Jurisprudência da **Primeira Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 859.691-RS (2006/0124948-3)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal no Rio Grande do Sul - Sintrajufe-RS

Advogado: Amarildo Maciel Martins e outro(s)

Recorrido: União

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Contribuição previdenciária. Servidor público. Função comissionada. Não incidência a partir da vigência da Lei n. 9.527/1997. Sindicato. Legitimidade ativa para a execução de sentença em ação coletiva.

1. A jurisprudência firmada no STJ é no sentido de que, no regime da Lei n. 9.527/1997, não incide contribuição previdenciária sobre o valor da retribuição devida a servidor público pelo exercício de função comissionada.

2. A Corte Especial deste Tribunal sedimentou entendimento de que o Sindicato tem legitimidade ativa para promover a execução da sentença proferida em ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, o que, todavia, não o dispensa de indicar os nomes dos titulares e os correspondentes valores dos créditos a serem executados.

3. 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 Benedito Gonçalves (Presidente), Hamilton Carvalhido e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (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 demanda objetivando o reconhecimento da inexigibilidade de contribuição previdenciária sobre a remuneração de função comissionada e a restituição dos valores recolhidos a tal título no período anterior a maio de 1999, decidiu, no que importa ao presente recurso, que (a) tratando-se de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, o sindicato tem legitimidade ativa para substituir seus filiados apenas na fase cognitiva da demanda, não tendo, contudo, legitimidade para a execução do julgado; (b) a não-incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação recebida em razão de função comissionada tem início apenas após o início da vigência da Lei n. 9.783/1999 (1º de maio de 1999). Os embargos de declaração opostos (fls. 394-404) foram acolhidos apenas para fins de questionamento dos dispositivos legais ali indicados (fls. 414-414-v).

No recurso especial (fls. 422-447), a recorrente aponta violação aos seguintes dispositivos legais: (a) arts. 458, II e 535, I e II, do CPC, pois o Tribunal recorrido deixou, em decisão não fundamentada, de se manifestar acerca de diversos dispositivos legais suscitados; (b) arts. 566, 583 e 584 do CPC; art. 240, a, da Lei n. 8.112/1990; art. 3º da Lei n. 8.073/1990 e art. 8º, III, da CF/1988, aduzindo que negou-se ao detentor do título executivo judicial o exercício do direito de execução e que o sindicato, na qualidade de substituto dos servidores, tem legitimidade ativa para promover a execução, consoante se infere dos dispositivos legais mencionados; (c) arts. 40, § 12, 201, § 11 e 195, § 5º, da CF/1988 e arts. 14 e 15 da Lei n. 9.527/1997, ponderando que a Lei n. 9.527/1997 confirmou a extinção da possibilidade legal de incorporação da retribuição recebida a título de função comissionada à remuneração do servidor, sendo incabível desde então, portanto, a cobrança da contribuição previdenciária.

Houve contra-razões (fls. 481-494).

Parecer da Procuradoria-Geral da República a fls. 519-524.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não houve violação aos artigos, 458, II, e 535, I e II, do CPC. O Tribunal de origem emitiu juízo acerca

das questões que eram necessárias para o deslinde da controvérsia, decidindo que o sindicato tem legitimidade ativa para substituir seus filiados apenas na fase cognitiva da demanda, e não na fase executória. Entendeu ainda que a não-incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação recebida em razão de função comissionada tem início apenas após o início da vigência da Lei n. 9.783/1999 (1º de maio de 1999). Ao assim decidir, não incorreu em omissão que pudesse acarretar nulidade.

2. O recurso não pode ser conhecido em relação à alegada violação aos arts. 8º, III; 40, § 12; 201, § 11 e 195, § 5º, da CF/1988, matéria insuscetível de exame em recurso especial.

3. Quanto ao mais, o recurso deve ser conhecido e provido. Relativamente à contribuição previdenciária, há precedentes de ambas as Turmas da 1ª Seção a respeito, conforme ficou demonstrado no REsp n. 1.003.754-RS, DJe de 17.08.2009, 1ª Turma, de que fui relator, assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Negativa de prestação jurisdicional não configurada. Servidor público. Contribuição previdenciária. Base de cálculo. Lei n. 9.783/1999. Função comissionada. Não incidência. Lei n. 9.527/1997. Recurso especial parcialmente provido.

No voto condutor do acórdão, manifestei-me nos seguintes termos:

3. Quanto às parcelas pagas a servidor público no exercício de função comissionada na vigência da Lei n. 9.527/1997, a 2ª Turma desta Corte, em casos análogos, assentou entendimento no sentido da não-incidência da contribuição previdenciária, como se pode ver dos seguintes precedentes:

Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Contribuição ao Plano de Seguridade Social do Servidor Público (PSSS). Função comissionada. Art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997. Inaplicabilidade. Taxa Selic.

1. Não incide a contribuição previdenciária sobre as parcelas pagas a servidores públicos em atividade no exercício de cargos ou funções gratificadas, após a edição da Lei n. 9.527/1997, que vedou a incorporação da retribuição aos futuros proventos e pensões.

2. O artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, relativo à limitação de juros de mora em 6% ao ano, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não se aplica ao caso, porquanto não se trata de benefícios previdenciários, mas de repetição de indébito relativo a exações de natureza tributária

- recolhimento indevido de contribuição ao Plano de Seguridade Social do Servidor Público por servidores efetivos que desempenham função comissionada.

3. (...)

4. Recurso especial não-provido. (REsp n. 957.105-AL, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe 29.10.2008)

Tributário. Recurso especial. Terço constitucional de férias. Contribuição previdenciária. Não incidência.

1. O sistema previdenciário vigente, a partir da Emenda Constitucional n. 20/1998, encontra-se fundado em base rigorosamente contributiva e atuarial, o que implica equivalência entre o ganho na ativa e os proventos recebidos durante a inatividade.

2. É defeso ao servidor inativo perceber proventos superiores à respectiva remuneração no cargo efetivo em que se deu a aposentação. Pela mesma razão, não deve incidir contribuição previdenciária sobre funções comissionadas, já que os valores assim recebidos, a partir da Lei n. 9.527/1997, não se incorporam aos proventos de aposentadoria. Precedentes.

3. Igualmente, não incide contribuição previdenciária sobre valores, ainda que permanentes, que não se incorporam aos proventos de aposentadoria, como o terço constitucional de férias. Precedentes.

4. Recurso especial provido. (REsp n. 786.988-DF, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 06.04.2006)

Processual Civil e Tributário. Contribuição ao Plano de Seguridade Social do Servidor Público (PSSS). Função comissionada. Art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997. Inaplicabilidade. Taxa Selic.

1. Não incide a contribuição previdenciária sobre as parcelas pagas a servidores públicos em atividade no exercício de cargos ou funções gratificadas, após a edição da Lei n. 9.527/1997 que vedou a incorporação da retribuição aos futuros proventos e pensões.

2. O artigo 1º-F, da Lei n. 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, relativo à limitação de juros de mora em 6% ao ano, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não se aplica ao caso, porquanto não se trata de benefícios previdenciários, mas de repetição de indébito relativo a exações de natureza tributária - recolhimento indevido de contribuição ao Plano de Seguridade Social do Servidor Público, por servidores efetivos que desempenham função comissionada.

3. Não transitada em julgado a sentença antes do advento da Lei n. 9.250/1995 (1º.01.1996), incidem na repetição de indébito, somente os juros equivalentes à taxa Selic, em que vedada sua cumulação com qualquer outro índice de atualização monetária.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 875.769-PE, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ 11.10.2006)

No ponto, merece reforma o acórdão recorrido.

Não foi esse o entendimento do acórdão recorrido, que merece, portanto, reforma.

4. Quanto à legitimidade ativa, para a execução, a Corte Especial deste Tribunal, no julgamento do EREsp n. 760.840-RS, Min. Nancy Andrichi, DJe de 14.12.2009, firmou o entendimento sintetizado na seguinte ementa:

Processual Civil. Embargos de divergência em recurso especial. Dissonância entre entendimentos recentemente manifestados no âmbito da Corte Especial. Legitimidade do sindicato para atuar em juízo na defesa de direitos individuais homogêneos. Reconhecimento, pelo STF, da atuação do sindicato como substituto processual dos trabalhadores, tanto durante o processo de conhecimento, como na fase de liquidação ou cumprimento de sentença. Acolhimento de tal entendimento também no âmbito do STJ.

- A jurisprudência da Corte Especial do STJ tem se apresentado inconstante quanto à qualificação jurídica da atuação do sindicato na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva. Há precedentes, tanto no sentido de considerar que nessas hipóteses o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores (EResp n. 1.082.891-RN; AgRg no EREsp n. 1.077.723-RS), como no sentido de qualificar tal atuação como mera representação (EResp n. 847.319-RS; EREsp n. 901.627-RS).

- O STF firmou seu entendimento no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores (RE n. 193.503-SP; RE n. 193.579-SP; RE n. 208.983-SC; RE n. 210.029-RS; RE n. 211.874-RS; RE n. 213.111-SP - Informativo de Jurisprudência-STF n. 431). Em que pesem os robustos argumentos de ordem técnico processual manifestado pelos Ministros que proferiram voto-vencido naquela oportunidade, prevaleceu a idéia de máxima ampliação da garantia constitucional à defesa coletiva dos direitos e interesses dos trabalhadores em juízo.

- Pacificada a questão no Supremo Tribunal Federal, é importante que, por um critério de coerência, respeitando-se o ideal de uniformização da jurisprudência nacional, que o STJ pacifique também sua jurisprudência, no mesmo sentido.

Embargos de divergência conhecidos e providos.

No voto condutor do acórdão, ficou assentado que:

Conforme asseverado pelo embargante, legislação específica autoriza as entidades sindicais a atuarem na condição de substitutos processuais da categoria, sem qualquer restrição (art. 3º, Lei n. 8.073/1990). Da leitura conjunta com o que dispõem os arts. 97 e 98 do CDC, verifica-se que a execução coletiva pode ser promovida pelos legitimados a ajuizar a ação de conhecimento. E, se ao sindicato é autorizado o ajuizamento de ação coletiva, razão não há para obstar que ele também atue no cumprimento da sentença proferida.

No que toca às garantias constitucionais, não é dado ao intérprete restringir o que o legislador não restringiu.

Assim, diante do contexto legal e constitucional da atualidade, que prima pela celeridade e efetividade processuais, a fim de alcançar uma prestação jurisdicional rápida e efetiva, não há lugar para restringir, nestes termos, a garantia constitucional de atuação dos sindicatos na defesa dos interesses e direitos individuais e coletivos da categoria. Essa interpretação, contudo, não afasta a necessidade de que a execução coletiva indique, individualmente, o credor substituído e o valor devido.

Forte em tais razões, *dou provimento* aos embargos de divergência para que prevaleça a orientação seguida por esta Corte por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.082.891-RN, no sentido de que os sindicatos podem atuar assim na ação coletiva de conhecimento como no cumprimento da sentença proferida, na condição de substitutos processuais.

Em voto-vista em que acompanhei o entendimento da Min. Relatora, consignei que:

3. Sobre a natureza e os limites da legitimação ativa dos Sindicatos, a jurisprudência do STF é no seguinte sentido:

O art. 8º, III, da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos (RE n. 210.029, Pleno, maioria, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17.08.2007).

Assim, considerando que a fonte normativa da legitimação decorre do art. 8º, III da Constituição, penso que se deva, como fez a Ministra relatora, prestigiar a orientação da Corte Suprema, eis que é dela a palavra final sobre a interpretação e o alcance das normas constitucionais. Assim já decidiu esta Corte Especial do STJ nos EREsp n. 1.082.891, Min. Fernando Gonçalves, DJe de 21.05.2009.

4. Todavia, é importante ressaltar o seguinte: a circunstância de estar o Sindicato legitimado a atuar em regime de substituição processual não significa que a execução possa ser promovida por valor global, de forma impessoal e indivisa, sem identificação subjetiva e material dos titulares individuais e dos correspondentes créditos a serem executados. Em outras palavras: a autorização para promover a execução por regime de substituição processual não dispensa a prévia formação do título executivo, com as características próprias, notadamente no que se refere à identificação dos credores e o valor dos respectivos créditos.

Realmente, ainda que se admita que as entidades sindicais possam atuar, na fase executiva, em regime de substituição processual, não há como evitar que, nessa fase, a execução se dê em benefício particular do empregado ou do servidor beneficiado. É ele, e não o sindicato, o titular do direito material, o que acarreta a indispensabilidade de cognição a respeito da sua respectiva situação jurídica particular. É indispensável, até para a salvaguarda do direito à devida quitação em favor de quem paga, que seja identificado o credor a quem o pagamento é feito, bem como a natureza e a quantidade da prestação quitada. Tal exigência se mostra ainda mais inafastável em face da possibilidade, admitida expressamente em nosso sistema normativo, de coexistência de ações coletivas e de ações individuais (e, portanto, também das respectivas execuções), com o mesmo objeto. Não se pode retirar do executado o direito de alegar litispendência ou coisa julgada e de opor outras exceções ou objeções (*v.g.*, pagamento, prescrição, compensação) que possa ter em face de quem a execução beneficia. Portanto, contrária a natureza das coisas imaginar uma execução por um valor global, sem identificação dos credores ou sem discriminação das prestações individualmente devidas.

Em julgamento perante a 1ª Turma, no qual foi enfrentado esse tema (REsp n. 766.134-DF, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 27.08.2008), tive oportunidade de proferir voto-vista nos seguintes termos:

No caso, a questão que se põe vai mais além da que diz respeito à legitimidade ativa para executar. Independentemente de estar ou não a exequente legitimada, ou de poder ou não atuar em regime de substituição processual, isso não dispensa o exame de uma questão mais profunda e mais importante, que constitui o verdadeiro cerne do debate: a que diz respeito à necessidade de individualizar subjetivamente e quantificar materialmente as obrigações e as correspondentes prestações que estão sendo executadas.

Ora, não há dúvida de que a sentença exequenda não contém tal individualização: ela não especifica o conteúdo das relações obrigacionais subjacentes à causa. Em outras palavras: embora dela conste o valor global do feixe de obrigações objeto da demanda, ela não fez juízo específico e, portanto, não tratou da situação individual de cada um dos mais de quatro mil substituídos processuais, que são os verdadeiros titulares do direito material. Não há dúvida, portanto, que a sentença assim proferida é sentença genérica, que fez juízo apenas sobre o que os direitos subjetivos individuais submetidos a julgamento têm em comum. Aliás, caso a demanda tivesse por objeto também a situação individual de cada um dos substituídos no processo, é certo que isso impediria que esses substituídos promovessem ações individuais para haver os seus créditos. Haveria aí, inquestionavelmente, situação de litispêndia. E, como é público e notório, há centenas e centenas de ações individuais promovidas por hospitais, em todo o País, com esse mesmo e específico objeto, sendo que em muitas delas a prestação já foi atendida, seja em virtude de sentença, seja por medidas antecipatórias de tutela.

Considerando, portanto, que a sentença proferida na demanda aqui em exame não fez juízo a respeito da situação particular dos substituídos processuais, titulares do direito material nela reconhecido, é indispensável que tal juízo seja promovido na fase subsequente. Nisso residem, justamente, as características típicas das ações coletivas, movidas em regime de substituição processual, para tutelar direitos individuais homogêneos: a da repartição da atividade cognitiva, em que, numa primeira fase, há juízo sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos subjetivos (dela resultando, conseqüentemente, uma sentença genérica), e, numa fase posterior, promove-se a identificação, subjetiva e material, dos direitos reconhecidos. Pedimos licença para reproduzir o que a respeito escrevemos em sede doutrinária:

A tutela de direitos individuais homogêneos tem como instrumento básico a ação civil coletiva, procedimento especial com quatro características fundamentais. Primeira, a repartição da atividade cognitiva em duas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada ao juízo de cognição sobre as questões fáticas e jurídicas relacionadas com o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados; e outra, a da ação de cumprimento, desdobrada em uma ou mais ações, promovida em caso de procedência do pedido na ação coletiva, destinada a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade) e a efetivar os correspondentes atos executórios. A segunda característica da ação coletiva é a legitimação ativa por substituição processual: a demanda, na sua primeira fase, é promovida por órgão ou entidade autorizado por lei para, em nome próprio, defender em juízo direitos individuais homogêneos. Apenas na segunda fase (ação de cumprimento) é que a legitimação se dá

pelo regime comum da representação. A terceira característica diz respeito à natureza da sentença, que é sempre genérica: limitando-se a demanda ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais, a correspondente sentença de mérito fica também restrita aos mesmos limites. Ela fará juízo apenas sobre o *an debeat* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (= a natureza da prestação devida). Os demais elementos indispensáveis para conferir força executiva ao julgado – ou seja, o *cui debeat* (= quem é o titular do direito) e o *quantum debeat* (= qual é a prestação a que especificamente faz jus) – são objeto de outra sentença, proferida na ação de cumprimento (segunda fase). A quarta característica da ação coletiva é a da sua autonomia em relação à ação individual, representada pela faculdade atribuída ao titular do direito subjetivo de aderir ou não ao processo coletivo. Compreende-se nessa faculdade: (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva, (b) a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual simultânea à ação coletiva, e (c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva (Processo Coletivo, 2ª ed., 2007, SP: RT, p. 286).

Esse é o regime disciplinado nos artigos 95 a 98 da Lei n. 8.078/1990, aplicável não apenas às ações coletivas fundadas em relações de consumo, mas também, por analogia, às demais ações coletivas movidas em regime de substituição processual envolvendo direitos individuais homogêneos (Processo Coletivo, cit., p. 195).

Independentemente da discussão a respeito da natureza da legitimação ativa para essa segunda fase, é certo que ela não pode ser dispensada, sob pena até mesmo de comprometer um requisito essencial de toda e qualquer execução: o da existência de um título executivo líquido, certo e exigível (CPC, art. 586). E a identificação do titular do direito material, bem como a exata quantificação da prestação a ele devida, constituem, indubitavelmente, elementos indispensáveis do título executivo.

Aliás, há outras implicações nessa questão. Não se pode negar ao devedor executado o direito de saber a quem está pagando e quanto está pagando, e de obter de quem recebeu a correspondente quitação dos valores pagos. É imposição indispensável até mesmo para fins contábeis e fiscais. Se esse procedimento de identificação não for feito nesse momento, perante o Poder Judiciário, é de se perguntar quando, onde e por quem ele seria feito. Em se tratando de recursos públicos, a identificação do credor, com a individualização do seu crédito e do pagamento a ele feito, atende a um cuidado especial de preservar a legitimidade dos gastos. Nas circunstâncias do caso, esse cuidado é ainda mais importante, em face da situação, pública e notória, de que muitas das entidades hospitalares que aqui figuram como substituídos processuais já receberam o valor do seu crédito

ou matêm execuções individuais com essa finalidade. Atender à pretensão da Federação exequente na amplitude pretendida significará, portanto, não a mera possibilidade, mas a efetiva certeza de um pagamento em grande medida indevido.

Mutatis mutandis, esse entendimento é aplicável ao caso concreto.

Assim, o entendimento da Corte Especial é no sentido de que o Sindicato tem legitimidade ativa para promover a execução da sentença proferida em ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos, o que, todavia, não o dispensa de indicar os nomes dos titulares e os correspondentes valores dos créditos a serem executados. Também merece reforma o acórdão recorrido no ponto, para, nos termos da fundamentação acima, reconhecer a legitimidade ativa.

5. Do exposto, dou provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação, invertendo os encargos da sucumbência fixados pelo acórdão recorrido. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.128.981-SP (2009/0141025-4)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Haw Empreendimentos Ltda

Advogado: Vitor Di Francisco Filho e outro(s)

Recorrido: Município de Araraquara

Procurador: José Eduardo Melhen e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Violação de dispositivos constitucionais. Análise. Impossibilidade. IPTU. Loteamento. Incidência sobre área de imóvel urbano denominada área de preservação permanente. Legalidade. Restrição à utilização de parte do imóvel que não desnatura a ocorrência do fato gerador do tributo. Propriedade. Limitação de natureza relativa. Ausência de lei isentiva.

1. Hipótese em que se questiona a violação do art. 32, I e II, do CTN, e dos arts. 5º, I, II, XXII, 156, § 1º, II, da Constituição Federal, ao argumento de que não deve incidir IPTU sobre área de preservação permanente interna a empreendimento imobiliário urbano.

2. Não se conhece do recurso especial por violação a dispositivos constitucionais, sob pena de se usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

3. A restrição à utilização da propriedade referente a área de preservação permanente em parte de imóvel urbano (loteamento) não afasta a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, uma vez que o fato gerador da exação permanece íntegro, qual seja, a propriedade localizada na zona urbana do município. Cuida-se de um ônus a ser suportado, o que não gera o cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como ocorre, por exemplo, nas desapropriações. Aliás, no caso dos autos, a limitação não tem caráter absoluto, pois poderá haver exploração da área mediante prévia autorização da Secretaria do Meio Ambiente do município.

4. Na verdade, a limitação de fração da propriedade urbana por força do reconhecimento de área de preservação permanente, por si só, não conduz à violação do art. 32 do CTN, que trata do fato gerador do tributo. O não pagamento da exação sobre certa fração da propriedade urbana é questão a ser dirimida também à luz da isenção e da base de cálculo do tributo, a exemplo do que se tem feito no tema envolvendo o ITR sobre áreas de preservação permanente, pois, para esta situação, por exemplo, há lei federal permitindo a exclusão de áreas da sua base de cálculo (art. 10, § 1º, II, **a** e **b**, da Lei n. 9.393/1996).

5. Segundo o acórdão recorrido, não há lei prevendo o favor legal para a situação dos autos, fundamento bastante para manter o *decisum*, pois o art. 150, § 6º, da Constituição Federal, bem como o art. 176 do Código Tributário Nacional exigem lei específica para a concessão de isenção tributária. Confirmam-se: REsp n. 939.709-DF, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 27.02.2008; RMS n. 22.371-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 24.05.2007; REsp n. 582.055-RN, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18.04.2008; RMS n. 24.854-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 08.11.2007.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, 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, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luiz Fux e Denise Arruda.

Brasília (DF), 18 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 25.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por How Empreendimentos Ltda. com fundamento no art. 105, III, a da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Décima Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Ação ordinária. IPTU, exercício de 2007. Município de Araraquara. Imóvel localizado em área de proteção permanente. Inexistência de vedação e, sim de restrição do imóvel. Devida incidência do IPTU. Sentença mantida. Recurso improvido.

Sustenta-se a violação do art. 32, §§ 1º e 2º, do Código Tributário Nacional, bem como dos seguintes arts. da Constituição Federal: 5º, I, II, XXII, 156, § 1º, II.

Em síntese, argumenta-se que o município não poderia cobrar IPTU sobre área de preservação ambiental que se encontra no interior do empreendimento imobiliário.

Contrarrazões apresentadas às fls. 141-144.

Recurso admitido por força do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.120.427-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Não se conhece inicialmente do recurso especial no que diz respeito a violação dos dispositivos constitucionais, uma vez que essa função está reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

Por outro lado, no concernente à violação ao art. 32 do Código Tributário Nacional, o tema foi devidamente prequestionado e estão presentes os demais pressupostos para sua admissibilidade, motivo pelo qual a irresignação deve ser conhecida.

Dispõe o art. 32 do CTN:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

O recorrente é o proprietário da área urbana (loteamento) na qual foi instituída área de preservação permanente registrada na matrícula do imóvel. O referido gravame não desnatura o fato gerador do imposto, que, na hipótese, é a propriedade localizada na zona urbana do município.

A limitação na utilização do imóvel, na verdade, pode ser considerada como um ônus a ser suportado inicialmente pelo proprietário do loteamento e não gera o cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como bem decidiu o acórdão *a quo*. É situação diversa da enfrentada nas hipóteses de desapropriação por exemplo, em que o proprietário expropriado não recolhe o IPTU a partir da imissão provisória na posse feita pelo Poder Público (REsp n. 239.687-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 20.03.2000).

No caso dos autos, nem sequer essa limitação tem caráter absoluto. Nos termos da fundamentação do *decisum*: [...] a limitação administrativa atinge apenas a exploração da área de proteção permanente, que somente poderá ser feita mediante prévia autorização da Secretaria do Meio Ambiente.

Por outro lado, vê-se que o dispositivo legal indicado como violado trata do fato gerador do tributo municipal (propriedade) e, isoladamente, não contém comando capaz de infirmar o acórdão recorrido, pois o não pagamento da exação sobre determinada fração do terreno é questão que deve ser debatida também à luz da isenção e da base de cálculo, a exemplo do que se tem feito no tema envolvendo o ITR sobre áreas de preservação permanente, pois, para esta situação, há lei federal permitindo a exclusão dessas áreas da base de cálculo (art. 10, § 1º, II, **a** e **b**, da Lei n. 9.393/1996).

Nesse ponto, convém ressaltar estar consignado no acórdão recorrido não haver lei prevendo o favor legal para a situação dos autos, fundamento que, por si só, já é capaz de manter o *decisum*, pois o art. 150, § 6º, da Constituição Federal, bem como o art. 176 do Código Tributário Nacional exigem lei específica para a concessão de isenção tributária. Confirmam-se: REsp n. 939.709-DF, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 27.02.2008; RMS n. 22.371-DF, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 24.05.2007; REsp n. 582.055-RN, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 18.04.2008; RMS n. 24.854-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 08.11.2007.

Ante o exposto, *conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão, nego-lhe provimento.*

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.133.895-RN (2009/0129056-4)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Oncoclinica São Marcos S/C

Advogado: Carlos Joilson Vieira e outro(s)

Recorrido : Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processo Civil. Tributário. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. PIS. Cofins. Entidades hospitalares e clínicas médicas. Alíquota zero. Lei n. 10.147/2000. Receitas relativas aos medicamentos utilizados na prestação do serviço. Inaplicabilidade.

1. Não se ressente dos vícios a que alude o art. 535 do CPC a decisão que contenha argumentos suficientes para justificar a conclusão adotada.

2. A controvérsia consiste no reconhecimento do direito da clínica médica à exclusão, da base de cálculo do PIS e da Cofins incidentes sobre o faturamento decorrente da prestação de serviços, das receitas correspondentes ao valor dos medicamentos utilizados na prestação daqueles serviços, mediante a aplicação da alíquota zero prevista no art. 2º da Lei n. 10.147/2000 para as pessoas jurídicas que não ostentam a qualidade de importadores ou fabricantes dos produtos nela referidos.

3. A Lei n. 10.147/2000, no art. 2º, deixa claro que a redução das alíquotas a zero incide sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do respectivo inciso I, do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador. Concentrou, assim, a cobrança do PIS e da Cofins em uma única etapa -a da industrialização- eximindo do pagamento da contribuição os intermediários e os revendedores.

4. As entidades hospitalares e as clínicas médicas não têm como atividade básica a venda de medicamentos no atacado ou no varejo, sendo sua atividade precípua a prestação de serviços de natureza

médico-hospitalar a terceiros. Destarte, os medicamentos utilizados pela recorrente são insumos imprescindíveis para o desempenho de suas atividades e, por essa razão, integram o seu custo. Assim, as receitas auferidas em razão do pagamento do serviço pelos seus pacientes englobam o valor dos remédios empregados na prestação do serviço, razão pela qual é descabida a aplicação da alíquota zero.

5. 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 e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Licenciado o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília (DF), 09 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 17.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto pela Oncoclínica São Marcos S/C, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

Tributário. Clínica médica. Recolhimento do PIS e Cofins. Alíquota zero. Lei n. 10.147/2000. Impossibilidade. Medicamentos utilizados como insumos nos serviços prestados pela demandante.

I. Nos termos da Lei n. 10.147/2000, os medicamentos passaram a ser tributados antecipadamente pelos fabricantes e importadores, com redução, a zero, das alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do

respectivo inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador.

II. Levando-se em conta que a atividade essencial das entidades hospitalares e clínicas não é a venda, mas a prestação de serviços, os medicamentos utilizados pelos hospitais e clínicas médicas se caracterizam como insumos necessários para o desempenho de suas atividades, isto é, o seu custo integra o preço dos serviços que prestam.

III. Assim, não há que se falar em interpretação extensiva do benefício na situação apresentada pela recorrida, que, na realidade, de benefício não se trata, mas sim uma alteração na sistemática de tributação para a modalidade monofásica, em que os valores seriam recolhidos de forma única e antecipada pelo industrial ou importador.

IV. Apelação improvida.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. (fl. 507)

Sustenta a recorrente que houve violação dos arts. 535, do CPC; 1º e 2º da Lei n. 10.147/2000, bem como que não pode ser aplicado ao caso o Ato Declaratório Interpretativo n. 26/04. Aduz ainda desrespeito aos arts. 150, §§ 1º e 4º, 156, inciso VII; 165, I e 166 do CTN, bem como divergência jurisprudencial quanto à questão do cálculo do prazo prescricional (aplicabilidade da LC n. 118/2005 ou a contagem utilizando-se da denominada tese dos “cinco mais cinco”).

Defende seu direito ao recolhimento do PIS e da Cofins à alíquota zero sobre os medicamentos utilizados pelas Clínicas Médicas nos tratamentos de seus pacientes, por força do disposto no art. 1º, inciso I da Lei n. 10.147/2000.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): De acordo com a decisão de fls. 581-582, a discussão travada nos autos se refere à possibilidade de recolhimento do PIS e da Cofins à alíquota zero sobre os medicamentos utilizados pelas Clínicas Médicas nos tratamentos de seus pacientes, por força do disposto no artigo 1º, inciso I da Lei n. 10.147/2000. Discutem-se ainda os critérios a serem utilizados para a contagem do prazo prescricional com relação aos, para o caso de ser apurado algum indébito tributário (aplicabilidade da LC n. 118/2005 ou a contagem utilizando-se da denominada tese dos “cinco mais cinco”).

Inicialmente, deve ser rejeitada a alegada violação ao art. 535, I e II, do CPC, uma vez que os arestos recorridos estão devidamente fundamentados. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes

ICMS. Substituição tributária. Mandado de segurança. Inviabilidade de dilação probatória. Embargos de declaração opostos à Corte *a quo*. Art. 535, II, do CPC. Omissão. Inocorrência.

I - Não há violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil, em razão da rejeição dos embargos declaratórios, quando as questões relevantes ao deslinde da causa foram devidamente enfrentadas, restando expostas as razões de convencimento do órgão julgador. Hipótese na qual o aresto a quo externou a inadmissibilidade de dilação probatória em autos de mandado de segurança, deixando, então, de adentrar às questões de mérito suscitadas pelo apelante.

II - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.085.018-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 19.12.2008).

Confirmam-se, ainda, os seguintes julgados: AgRg no REsp n. 915.891-MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15.12.2008; REsp n. 698.208-RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 08.09.2008; REsp n. 819.597-RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 03.11.2008; AgRg no REsp n. 643.255-SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25.11.2008 e REsp n. 1.029.422-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 16.12.2008.

Quanto ao mérito, a Lei n. 10.417/2000 prescreveu que importadores e industriais dos produtos farmacêuticos mencionados nos seus artigos 1º e 2º recolhessem o PIS e a Cofins, com alíquota majorada de 0,65% para 2,10%, e de 3% para 10,30%, respectivamente, determinando, por outro lado, a exoneração, mediante alíquota zero, das contribuições devidas pelos comerciantes e varejistas dos referidos produtos.

A norma legal em questão modifica, portanto, a forma de recolhimento de tais contribuições, atribuindo aos importadores e industriais, na qualidade de substitutos tributários dos comerciantes e varejistas, o recolhimento do PIS e da Cofins que seriam devidos pelos segundos em razão das receitas auferidas com a venda das mercadorias adquiridas dos primeiros. A legislação tributária, na hipótese em análise, migrou de um sistema de tributação plurifásico para

um sistema de tributação monofásico, com alíquotas majoradas nas primeiras etapas da cadeia produtiva e alíquotas reduzidas a zero na etapa final de comercialização.

Os hospitais e as clínicas médicas não têm como atividade básica a venda de medicamentos no atacado ou no varejo. A sua finalidade social, a razão da sua existência é a prestação de serviços de natureza médico-hospitalar a terceiros. No desempenho do seu objetivo social, as clínicas, como é a situação da recorrente (CNPJ - fl. 18), desenvolve atividades de atendimento hospitalar, fornecendo aos seus clientes, em conjunto com os serviços que lhes prestam, medicamentos, remédios, indispensáveis para o êxito do serviço realizado. A utilização ou o consumo do remédio é condição para a prestação do serviço. Sem o emprego do medicamento não seria possível a prestação do serviço médico. A sua entrega ou aplicação no paciente é consequência obrigatória e inexorável da realização da obrigação de fazer, consistente na prestação do serviço médico-hospitalar.

Assim, o fornecimento do remédio não é um fim em si mesmo; tanto é que só é disponibilizado para aquele paciente que está recebendo a prestação do serviço médico. Nenhuma pessoa vai a uma clínica médica para comprar remédios, pois para tal finalidade há as farmácias, ou seja, as pessoas vão as clínicas e aos hospitais para obter serviços médico-hospitalares, sendo que o fornecimento oneroso dos medicamentos ocorre no bojo da prestação do serviço médico-hospitalar, da qual é indissociável.

Destarte, os medicamentos utilizados pela apelante são insumos imprescindíveis para o desempenho de suas atividades e, por essa razão, integram o seu custo. Assim, as receitas auferidas em razão do pagamento do serviço pelos seus pacientes englobam o valor dos remédios empregados na prestação do serviço. Em outras palavras, as suas receitas são originárias do serviço prestado, no qual está embutido o valor dos medicamentos.

Logo, a incidência da alíquota zero prevista no artigo 2º, da Lei n. 10.147/2000, não abrange as parcelas da receita de hospitais e de clínicas médicas decorrentes da prestação de serviços que sejam referentes aos medicamentos utilizados ou consumidos naquela prestação de serviços, mesmo que estejam destacadas na fatura.

Ademais, o Ato Declaratório Interpretativo n. 26, de 16 de dezembro de 2004, expedido pela Secretaria da Receita Federal prescreve no parágrafo único do artigo 1º que são vedadas aos hospitais, prontos socorros, clínicas médicas, odontológicas, de fisioterapia e de fonoaudiologia, e aos laboratórios

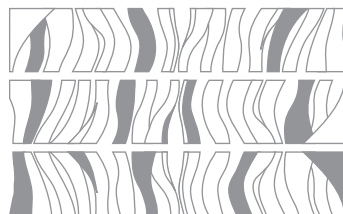
de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas a segregação, na receita bruta, do valor correspondente aos produtos relacionados no art. 1º da Lei n. 10.147, de 21 de dezembro de 2000, utilizados como insumos na prestação de seus serviços; bem como a aplicação de alíquotas zero das referidas contribuições sobre parcelas da receita bruta relativa àqueles produtos.

O ato normativo impugnado não ofende, portanto, o princípio da legalidade, porquanto seus termos situam-se dentro dos limites do artigo 2º da Lei n. 10.147/2000 em razão de os estabelecimentos realizarem, pelo seu objeto social, a prestação de serviços que consomem medicamentos como insumos.

Por fim, deixo de me manifestar sobre o prazo prescricional, uma vez que não há direito a repetição de indébito ou compensação de valores recolhidos indevidamente.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



Jurisprudência da Segunda Turma

RECURSO ESPECIAL N. 710.078-SP (2004/0175914-5)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Companhia Paulista de Obras e Serviços - CPOS

Advogados: João Carlos Vargas Wiggert e outro

Marcos Roberto Duarte Batista

Recorrido: Consórcio Sergen Construbase

Advogado: Luiz Felipe Miguel

Interessado: Estado de São Paulo

EMENTA

Administrativo. Contrato administrativo de obra pública. Nova casa de detenção do Carandiru. Força maior, caso fortuito, interesse público e suspensão de execução contratual motivada por grave perturbação interna. Contrato perfectibilizado à luz do DL n. 2.300/1986. Eventos rescisórios ocorridos já na vigência da Lei n. 8.666/1993. Princípios da irretroatividade das leis e da aplicação imediata dos diplomas legislativos. Incidência do art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993.

1. Trata-se de recurso especial interposto pela Companhia Paulista de Obras e Serviços - CPOS, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado: “Contrato administrativo. Caso fortuito ou de força maior. A culpa do devedor impede o reconhecimento do caso fortuito ou de força maior para rescisão de contrato administrativo. Recurso improvido.”

2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 1.058 do Código Civil de 1916 e 68, inc. XVIII, do Decreto-Lei n. 2.300/1986, ao argumento de que as rebeliões ocorridas no complexo prisional do Carandiru, na forma como se processaram, caracterizariam força maior ou caso fortuito. Além disso, reputa-se haver divergência jurisprudencial a ser sanada.

3. Na esteira do que foi asseverado no REsp n. 1.112.895-SP, os fatos estão bem delineados pela instância ordinária. Muitos

deles, inclusive, podem ser caracterizados como notórios, dispensando prova e análise de lei local (Súmula n. 280 do STF, por analogia), notadamente aqueles que dizem respeito à opção da Administração Pública de não prosseguir na construção de uma Nova Casa de Detenção do Carandiru em função das rebeliões sangrentas que tomaram lugar no complexo prisional, sobretudo em função de sua localização em perímetro urbano.

4. Daí porque avaliar se, no caso, ficou ou não caracterizada a força maior não esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que não há controvérsia acerca dos fatos, mas sim acerca de sua qualificação jurídica.

5. Não há como acolher a tese esposada pela origem, no sentido de que rebeliões em complexos penitenciários não são fatos imprevisíveis e, mais do que isto, que a atuação falha do Estado nos fatídicos episódios descaracterizaria o fortuito e a força maior.

6. A verdade é que, como sustentado pelo recorrente, embora as rebeliões sejam uma constante no sistema carcerário brasileiro, a extensão e os impactos daquelas ocorridas no complexo prisional Carandiru extrapolaram qualquer perspectiva de previsão governamental, o que acarreta, sem dúvida, a caracterização da força maior/caso fortuito.

7. A imprevisibilidade importante aos contratos administrativos diz não apenas com a ocorrência de certo fato, mas também com os *efeitos* de certo fato (casos em que a ocorrência era previsível, mas a amplitude das conseqüências não).

8. Incide, na espécie, portanto, o art. 78, inc. XVII, da Lei n. 8.666/1993.

9. Aliás, mesmo que não se enquadrasse a controvérsia na hipótese no inc. XVII do referido dispositivo, poder-se-ia muito bem falar em razões de interesse público (inc. XII), ou mesmo em suspensão de execução de contrato justificada por grave perturbação da ordem interna (inc. XV). Nenhuma dessas hipóteses autoriza a aplicação da Cláusula Contratual 5.4 (como, de resto, asseverou a origem).

10. Em razão de a rescisão do contrato ter ocorrido já na vigência da lei de regência nova (Lei n. 8.666/1993), com motivos

que remontam a fatos acontecidos depois de sua vigência (diversas rebeliões tornaram a acontecer depois do massacre de outubro/1992), e considerando os princípios da irretroatividade das leis e da aplicação imediata dos diplomas normativos (lembre-se que se trata de contrato administrativo, no qual o ajuste entre as partes não dispensa a observância de normas legais), há atração do que dispõe o art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, ou seja, como asseverado no REsp n. 1.112.895-SP, o consórcio recorrido fará jus, além dos prejuízos que comprovar (ou que eventualmente já tenham sido comprovados junto à Administração), à devolução de eventuais garantias, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

11. Embora o art. 121 da Lei n. 8.666/1993 disponha que “[o] disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência, ressalvado o disposto no art. 57, nos parágrafos 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78, bem assim o disposto no *caput* do art. 5º, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de noventa dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993”, trata-se de dispositivo que deve ser lido em sua correta extensão.

12. Óbvio que não se pode pretender, por exemplo, que os dispositivos que regulam as formalidades dos editais e dos contratos na Lei n. 8.666/1993 sirvam de parâmetro para anular um contrato celebrado antes da entrada em vigor do referido diploma, por incompatibilidade legal. V., p. ex., REsp n. 202.430-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJU 18.10.1999.

13. Mas é possível compreender que, tendo ocorrido os motivos que ensejaram a rescisão, bem como a própria rescisão, depois de 1993, aplica-se a Lei n. 8.666/1993. É que a rescisão legal dos contratos administrativos será sempre regida pela lei em vigor na data do acontecimento que a ensejou, e não na data em que o contrato foi firmado. Por se tratar de contratos *administrativos*, evidente que o regime jurídico de suas vicissitudes (aditivos e rescisões, *e.g.*) será o da lei em vigor, e não o da lei anterior.

14. É essa, pois, a extensão do art. 121 da Lei de Licitações e Contratos vigente: os requisitos de existência, válida e eficácia serão os da lei anterior. Mas o regime das vicissitudes contratuais, como ocorre com a sistemática da rescisão, este será o da lei nova, se os fatos remontarem à sua época.

15. Mesmo que assim não fosse, o art. 69, § 2º, do Decreto-Lei n. 2.300/1986, quando trata das parcelas devidas ao particular quando a rescisão ocorre por razões de interesse público, tem previsão *idêntica* ao art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993.

16. Como dito anteriormente, e considerando os fatos que subjazem à presente demanda, creio ser possível entender que a não-construção de uma nova casa de detenção, com rescisão do contrato por parte da Administração, deveu-se exclusivamente a fortes razões de interesse público, o que enseja a incidência do art. 69, § 2º, do Decreto-Lei n. 2.300/1986.

17. Adiante-se que o Decreto-Lei n. 2.300/1986, embora voltado inicialmente à Administração Pública federal, centralizada e autárquica (art. 1º), incide nos contratos firmados por sociedade de economia mista estadual (como na espécie), na medida do que dispõem seus arts. 85 e 86.

18. Recurso especial parcialmente provido, para fazer incidir, no caso concreto, apenas o art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993 ou o art. 69, § 2º, do Decreto-Lei n. 2.300/1986, conforme se entender aplicável à espécie a Lei n. 8.666/1993 ou o Decreto-Lei n. 2.300/1986.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 23 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 12.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto pela Companhia Paulista de Obras e Serviços - CPOS, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 277):

Contrato administrativo. Caso fortuito ou de força maior. A culpa do devedor impede o reconhecimento do caso fortuito ou de força maior para rescisão de contrato administrativo. Recurso improvido.

Nas razões recursais (fls. 295-316), sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 1.058 do Código Civil de 1916 e 68, inc. XVIII, do Decreto-Lei n. 2.300/1986, ao argumento de que as rebeliões ocorridas no complexo prisional do Carandiru, na forma como se processaram, caracterizariam força maior ou caso fortuito. Além disso, reputa-se haver divergência jurisprudencial a ser sanada.

Contra-razões às fls. 333-345.

O juízo de admissibilidade foi positivo na instância ordinária (fls. 347-350) e o recurso foi regularmente processado.

Pedido de intervenção anômala por parte do Estado de São Paulo deferido. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Penso que assiste parcial razão à recorrente.

Na esteira do que foi asseverado no REsp n. 1.112.895-SP, os fatos estão bem delineados pela instância ordinária. Muitos deles, inclusive, podem ser caracterizados como notórios, dispensando prova e análise de lei local (Súmula n. 280 do STF, por analogia), notadamente aqueles que dizem respeito à opção da Administração Pública de não prosseguir na construção de uma

Nova Casa de Detenção do Carandiru em função das rebeliões sangrentas que tomaram lugar no complexo prisional, sobretudo em função de sua localização em perímetro urbano.

Daí porque avaliar se, no caso, ficou ou não caracterizada a força maior não esbarra nas Súmulas n. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que não há controvérsia acerca dos fatos, mas sim acerca de sua qualificação jurídica.

Não há como acolher a tese esposada pela origem, no sentido de que rebeliões em complexos penitenciários não são fatos imprevisíveis e, mais do que isto, que a atuação falha do Estado nos fatídicos episódios descaracterizaria o fortuito e a força maior.

A verdade é que, como sustentado pelo recorrente, embora as rebeliões sejam uma constante no sistema carcerário brasileiro, a extensão e os impactos daquelas ocorridas no complexo prisional Carandiru extrapolaram qualquer perspectiva de previsão governamental, o que acarreta, sem dúvida, a caracterização da força maior/caso fortuito.

A imprevisibilidade importante aos contratos administrativos diz não apenas com a ocorrência de certo fato, mas também com os *efeitos* de certo fato (casos em que a ocorrência era previsível, mas a amplitude das conseqüências não).

Incide, na espécie, portanto, o art. 78, inc. XVII, da Lei n. 8.666/1993.

Aliás, mesmo que não se enquadrasse a controvérsia na hipótese no inc. XVII do referido dispositivo, poder-se-ia muito bem falar em razões de interesse público (inc. XII), ou mesmo em suspensão de execução de contrato justificada por grave perturbação da ordem interna (inc. XV). Nenhuma dessas hipóteses autoriza a aplicação da Cláusula Contratual 5.4 (como, de resto, asseverou a origem).

Em razão de a rescisão do contrato ter ocorrido já na vigência da lei de regência nova (Lei n. 8.666/1993), com motivos que remontam a fatos acontecidos depois de sua vigência (diversas rebeliões tornaram a acontecer depois do massacre de outubro/1992), e considerando os princípios da irretroatividade das leis e da aplicação imediata dos diplomas normativos (lembre-se que se trata de contrato administrativo, no qual o ajuste entre as partes não dispensa a observância de normas legais), há atração do que dispõe o art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, ou seja, como asseverado no REsp n. 1.112.895-SP, o consórcio recorrido fará jus, além dos prejuízos que comprovar

(ou que eventualmente já tenham sido comprovados junto à Administração), à devolução de eventuais garantias, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

Embora o art. 121 da Lei n. 8.666/1993 disponha que “[o] disposto nesta Lei não se aplica às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência, ressalvado o disposto no art. 57, nos parágrafos 1º, 2º e 8º do art. 65, no inciso XV do art. 78, bem assim o disposto no *caput* do art. 5º, com relação ao pagamento das obrigações na ordem cronológica, podendo esta ser observada, no prazo de noventa dias contados da vigência desta Lei, separadamente para as obrigações relativas aos contratos regidos por legislação anterior à Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993”, trata-se de dispositivo que deve ser lido em sua correta extensão.

Óbvio que não se pode pretender, por exemplo, que os dispositivos que regulam as formalidades dos editais e dos contratos na Lei n. 8.666/1993 sirvam de parâmetro para anular um contrato celebrado antes da entrada em vigor do referido diploma. V., p. ex., REsp n. 202.430-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJU 18.10.1999.

Mas é possível compreender que, tendo ocorrido os motivos que ensejaram a rescisão, bem como a própria rescisão, depois de 1993, aplica-se a Lei n. 8.666/1993.

É que a rescisão legal dos contratos administrativos será sempre regida pela lei em vigor na data do acontecimento que a ensejou, e não na data em que o contrato foi firmado. Por se tratar de contratos *administrativos*, evidente que o regime jurídico de suas vicissitudes (aditivos e rescisões, *e.g.*) será o da lei em vigor, e não o da lei anterior.

É essa, pois, a extensão do art. 121 da Lei de Licitações e Contratos vigente: os requisitos de existência, validade e eficácia serão os da lei anterior. Mas o regime das *vicissitudes contratuais*, como ocorre com a sistemática da rescisão, este será o da lei nova, se os fatos remontarem à sua época.

Mesmo que assim não fosse, o art. 69, § 2º, do Decreto-Lei n. 2.300/1986, quando trata das parcelas devidas ao particular quando a rescisão ocorre por razões de interesse público, tem previsão idêntica ao art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993.

Como dito anteriormente, e considerando os fatos que subjazem à presente demanda, creio ser possível entender que a não-construção de uma nova casa de detenção, com rescisão do contrato por parte da Administração, deveu-se

exclusivamente a fortes razões de interesse público, o que enseja a incidência do art. 69, § 2º, do Decreto-Lei n. 2.300/1986.

Adiante-se que o Decreto-Lei n. 2.300/1986, embora voltado inicialmente à Administração Pública federal, centralizada e autárquica (art. 1º), incide nos contratos firmados por sociedade de economia mista estadual (como na espécie), na medida do que dispõem seus arts. 85 e 86, a saber:

Art 85. Aplicam-se aos **Estados**, Municípios, Distrito Federal e Territórios as **normas gerais estabelecidas neste decreto-lei**.

Art 86. As **sociedades de economia mista**, empresas públicas, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, **até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados**, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, **ficarão sujeitas às disposições deste decreto-lei**. (negrito acrescentado)

Com essas considerações, voto por *dar parcial provimento* ao recurso especial, para fazer incidir, no caso concreto, apenas o art. 79, § 2º, da Lei n. 8.666/1993 ou o art. 69, § 2º, do Decreto-Lei n. 2.300/1986, conforme se entender aplicável à espécie a Lei n. 8.666/1993 ou o Decreto-Lei n. 2.300/1986. Ônus sucumbenciais a serem apreciados pela origem.

RECURSO ESPECIAL N. 773.171-RN (2005/0133318-7)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A Embratel

Advogado: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

EMENTA

Processual Civil e Consumidor. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Pressupostos legais. Necessidade de fundamentação. Cabimento em ação civil pública. Falta de prequestionamento.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra a Agência Brasileira de Telecomunicações S/A, com o fito de obter reparação de danos causados aos consumidores pela cobrança indevida de débitos relacionados a ligações de longa distância.

2. O Tribunal de origem desproveu o Agravo de Instrumento, mantendo a decisão que determinou a inversão do ônus probatório liminarmente e sem fundamentação.

3. O art. 6º, VIII, do CDC inclui no rol dos direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

4. A expressão “a critério do juiz” não põe a seu talante a determinação de inversão do ônus probatório; apenas evidencia que a medida será ou não determinada caso a caso, de acordo com a avaliação do julgador quanto à verossimilhança das alegações ou à hipossuficiência do consumidor.

5. A transferência do encargo probatório ao réu não constitui medida automática em todo e qualquer processo judicial, razão pela qual é imprescindível que o magistrado a fundamente, demonstrando seu convencimento acerca da existência de pressuposto legal. Precedentes do STJ.

6. A tese recursal de que a inversão do ônus da prova não pode ser deferida em favor do Ministério Público em Ação Civil Pública, por faltar a condição de hipossuficiência, não foi debatida na instância ordinária, tampouco foram opostos Embargos de Declaração para esse fim. Aplicação, por analogia, da Súmula n. 282-STF, ante a falta de questionamento.

7. *Ad argumentandum*, tal alegação não prospera. A uma, porque a hipossuficiência refere-se à relação material de consumo, e não à parte processual. A duas, porque, conforme esclarecido alhures, tal medida também pode se sustentar no outro pressuposto legal, qual seja, a verossimilhança das alegações.

8. Afasta-se a determinação liminar de que a ora recorrente arque com o ônus probatório, sem prejuízo de eventual e oportuna inversão.

9. Recurso Especial parcialmente conhecido 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 em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 15.12.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 2.268):

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Direito do Consumidor. Decisão que determinou liminarmente a inversão do ônus da prova. Preliminar de falta de fundamentação do *decisum*. Rejeição. Motivação deficiente não enseja a nulidade do mesmo. Mérito. Presença dos requisitos contidos no art. 6º, inciso VIII, do CDC. Decisão agravada que se mantém.

1. A fundamentação sucinta não se considera inexistente, logo, não acarreta a nulidade do pronunciamento judicial.

2. Face à demonstrada possibilidade jurídica quanto às afirmações do autor e diante da patente hipossuficiência dos usuários dos serviços de telefonia pela dificuldade em comprovar a origem das ligações supostamente irregulares, cabível é a inversão do ônus da prova até mesmo *in limine litis*, com vista à facilitação dos seus direitos, ante o disposto no art. 6º, VIII, do CDC.

3. Conhecimento e improvemento do recurso.

Em suas razões, a recorrente alega violação dos arts. 131, 165, 458, do CPC e do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Sustenta que a decisão liminar que determinou a inversão do ônus da prova deve ser reformada, por carecer da necessária fundamentação e da instauração do contraditório, bem como por não favorecer o Ministério Público (fls. 2.276-2.295).

Foi interposto Recurso Extraordinário.

Contra-razões às fls. 2.317-2.339.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do apelo, por entender que “somente prevalece a inversão do ônus da prova em favor do réu quando o magistrado justificar devidamente ocorrerem os pressupostos estabelecidos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor” (fl. 2.361).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra a Agência Brasileira de Telecomunicações S/A, com o fito de obter reparação de danos causados aos consumidores pela cobrança indevida de débitos relacionados a ligações de longa distância.

O Juízo de 1º grau deferiu liminarmente o pedido de inversão do ônus da prova, tendo a decisão o seguinte teor (fl. 1.935):

Vistos, etc.

I - Ante a relevância dos argumentos, defiro o pedido de inversão do ônus da prova.

II - Reservo-me o direito de examinar e decidir o requerimento de tutela antecipada *audita altera pars*.

III - Cite-se, como requerido.

Os Embargos de Declaração opostos pela Embratel foram desprovidos com base nos seguintes fundamentos (fl. 39):

Ora, a decisão atacada é simples, objetiva e certa. Colima um fim específico e determinado, qual seja, o *onus probandi* passa a ser do fornecedor-réu, que terá que provar que a alegação do consumidor não é verdadeira. Como pode o Juiz

delimitar, por antecipação, esse campo de atuação do réu? A este, tão-somente a este, caberá conhecer os seus limites e, sem cadeias, operar sua defesa. Na verdade, os lindes se encontram na petição inicial: a cada alegação do autor, caberá ao réu provar que não é verdadeira. Não vejo, pois, matéria para embargos de declaração.

O Tribunal de origem desproveu o Agravo de Instrumento, mantendo a decisão que determinou a inversão do ônus probatório, acenando, de forma genérica, com a observância dos pressupostos legais.

Assiste razão, em parte, à recorrente.

A questão gira em torno do art. 6º, VIII, do CDC, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A inversão do ônus da prova prevista no dispositivo em comento, portanto, é cabível quando o julgador considerar verossímeis as alegações em prol do consumidor ou reputá-lo hipossuficiente, não constituindo medida automática em todo e qualquer processo judicial.

Impende registrar que a expressão “a critério do juiz” não põe a seu talante a determinação de inversão do ônus probatório. Apenas evidencia que a medida será ou não determinada caso a caso, de acordo com a avaliação do julgador quanto aos seus pressupostos legais.

Em outras palavras: se o magistrado não verificar a presença de verossimilhança das alegações ou de situação de hipossuficiência no caso concreto, a inversão é descabida. Por outro lado, constatando um de tais pressupostos, a medida desponta como direito do consumidor.

Nesse ponto, cito Rizzato Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 131-132):

(...) em matéria de produção de prova o legislador, ao dispor que é direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, o fez para que, no processo civil, concretamente instaurado, o juiz observasse a regra.

(...)

O substantivo “critério” há de ser avaliado pelo valor semântico comum, que já permite a compreensão da sua amplitude.

Diga-se inicialmente que agir com critério não tem nada de subjetivo. “Critério” é aquilo que serve de base de comparação, julgamento ou apreciação; é o princípio que permite distinguir o erro da verdade ou, em última instância, aquilo que permite medir o discernimento ou a prudência de quem age sob esse parâmetro.

(...)

Assim, também, na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor.

Vale dizer, deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova.

Por conseguinte, estando a transferência do encargo probatório ao réu condicionada aos pressupostos legais previstos no art. 6º, VIII, do CDC, a sua determinação não prescinde de juízo motivado que evidencie o convencimento do magistrado no caso concreto. Cabe-lhe, pois, fundamentar a decisão, que seja para, de maneira abreviada e simplificada, indicar em qual dos dois pressupostos legais de incidência se baseou.

Nesse sentido, cito precedentes do STJ:

Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Pretensão de indenização contra a Fazenda Nacional. Erro médico. Reexame de provas. Procedimento estético. Responsabilidade do médico pelo resultado. Negligência do paciente.

(...)

4. Quanto à inversão do ônus da prova, esta Corte vem entendendo que “não é automática, tornando-se, entretanto, possível num contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (AgRg nos EDcl no Ag n. 854.005-MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 11.09.2008.) Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 994.978-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009)

SFH. Contrato de mútuo. Cláusula de cobertura pelo FCVS. Reajuste das prestações. Plano de Equivalência Salarial. Ilegitimidade da União. Aplicação do CDC. Inversão do ônus da prova. Adiantamento de honorários periciais.

(...)

2. As regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive a que autoriza a inversão dos ônus da prova, são aplicáveis aos contratos de mútuo para aquisição de imóvel pelo Sistema Financeiro de Habitação.

3. Entretanto, para que seja determinada a inversão do ônus da prova, é mister que o magistrado o faça justificadamente, demonstrando presentes os pressupostos do art. 6º, VIII, do CDC, o que incorreu na hipótese dos autos, uma vez que o Tribunal *a quo* limitou-se a afirmar que, tratando-se de relação de consumo, tem o fornecedor melhores condições de produzir a prova.

4. É assente na Corte que: “Conquanto se aplique aos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação as regras do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não pode ser determinada automaticamente, devendo atender às exigências do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990.” (REsp n. 492.318-PR). Isto porque, “não prevalece a transferência do encargo ao réu, quando o Magistrado deixar de justificar devidamente ocorrerem os pressupostos estabelecidos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para a inversão do ônus da prova” (REsp n. 437.425-RJ).

5. Precedentes da Corte: REsp n. 492.318-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 08.03.2004; REsp n. 437.425-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24.03.2003; REsp n. 591.110-BA, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior DJ 1º.07.2004.

6. Recurso especial parcialmente provido, para afastar a inversão do ônus da prova, que poderá vir a ser determinada, motivadamente e no momento oportuno, pelo Magistrado de primeiro grau, e eximir a CEF da antecipação dos honorários periciais.

(REsp n. 615.553-BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 07.12.2004, DJ 28.02.2005, p. 220)

Ademais, a inversão do ônus probatório não constitui regra procedimental, tal como pretendido pela instância ordinária ao determiná-la liminarmente, devendo orientar o julgador a par da instrução probatória e da reconhecida vulnerabilidade do consumidor.

A propósito do tema, José Geraldo Brito Filomeno, um dos pioneiros da matéria no Brasil, destaca (*Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 151), citando a excelente Cecília Matos:

É evidente, entretanto, que não será em qualquer caso que tal se dará, advertindo o mencionado dispositivo, como se verifica de seu teor, que isso dependerá, a critério do juiz, da verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias de experiência.

(...)

E, com efeito, consoante os ensinamentos da ilustre mestrande e promotora de Justiça Cecília Matos, em sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São paulo, sob o título "O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor" (*in* Revista Direito do Consumidor, RT, vol. 11, jul/set. 1994): "A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida. (...). Conceituado como risco que recai sobre a parte por não apresentar a prova que lhe favorece, as normas de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento para afastar a dúvida. Neste enfoque, a Lei n. 8.078/1990 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade da jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa. (...). A inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida. É dispensável caso forme sua convicção, nada impedindo que o juiz alerte, na decisão saneadora que, uma vez em dúvida, se utilizará das regras de experiência em favor do consumidor. Cada parte deverá nortear sua atividade probatória de acordo com o interesse em oferecer as provas que embasam seu direito. Se não agir assim, assumirá o risco de sofrer a desvantagem de sua própria inércia, com a incidência das regras de experiência a favor do consumidor.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

Recurso especial. Civil e Processual Civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula n. 7-STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6º, VIII, do CDC.

(...)

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 422.778-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma julgado em 19.06.2007, DJ 27.08.2007, p. 220)

Por fim, registro que a tese recursal, de que a inversão do ônus da prova não pode ser deferida em favor do Ministério Público em Ação Civil Pública, por faltar a condição de hipossuficiência, não foi debatida na instância ordinária, tampouco foram opostos Embargos de Declaração para esse fim. Aplica-se, por analogia, a Súmula n. 282-STF, ante a falta de prequestionamento.

Ad argumentandum, a alegação não prospera. A uma, porque a hipossuficiência refere-se ao sujeito da relação material de consumo, e não à parte processual. A duas, porque, conforme esclarecido alhures, tal medida também pode se sustentar no outro pressuposto legal, qual seja, a verossimilhança das alegações.

Enfim, deve ser afastada a determinação liminar de que a ora recorrente arque com o ônus probatório, sem prejuízo de eventual e oportuna inversão.

Diante do exposto, *conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe provimento.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 864.962-RS (2006/0156531-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Wilson Guerra Lazzarotto

Advogado: Davi Duarte e outro(s)

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Olga Aline Orlandini Cavalcante e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Execução. Impenhorabilidade de bens úteis e/ou necessários às atividades da empresa individual. Precedentes. Ausência de prequestionamento do art. 97 do CTN.

1- Não houve prequestionamento do art. 97 do CTN. Incide o óbice da Súmula n. 282-STF, por analogia.

2 - Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que os bens úteis e/ou necessários às atividades desenvolvidas por pequenas empresas, onde os sócios atuam pessoalmente, são impenhoráveis, na forma do disposto no art. 649, VI, do CPC. Na hipótese, cuida-se de empresa individual cujo único bem é um caminhão utilizado para fazer fretes, indicado à penhora pelo próprio devedor/proprietário.

3. Inobstante a indicação do bem pelo próprio devedor, não há que se falar em renúncia ao benefício de impenhorabilidade absoluta, constante do art. 649 do CPC. A *ratio essendi* do art. 649 do CPC decorre da necessidade de proteção a certos valores universais considerados de maior importância, quais sejam o Direito à vida, ao trabalho, à sobrevivência, à proteção à família. Trata-se de defesa de direito fundamental da pessoa humana, insculpida em norma infraconstitucional.

4. Há que ser reconhecida nulidade absoluta da penhora quando esta recai sobre bens absolutamente impenhoráveis. Cuida-se de matéria de ordem pública, cabendo ao magistrado, de ofício, resguardar o comando insculpido no art. 649 do CPC. Tratando-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, sua inobservância gera nulidade absoluta consoante a jurisprudência assente neste STJ.

5. Do exposto, conheço parcialmente do recurso e nessa parte dou-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Cuida-se de recurso especial manifestado por Wilson Guerra Lazzaroto, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que não conheceu da apelação do Estado, em face da sua intempestividade e, quanto ao recurso do ora recorrente, declarou que a certidão de dívida ativa goza de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza, podendo ser ilidida por prova inequívoca contrária, contudo as alegações não lograram desconstituir o crédito fiscal, vez que não demonstrada a ausência de sonegação.

Foram opostos embargos de declaração pelo Estado do Rio Grande do Sul, ao final acolhidos, diante da evidente tempestividade do recurso de apelação. Nesses aclaratórios ficou decidido que a indicação espontânea de bem à penhora pelo próprio executado afasta a alegação de impenhorabilidade persistindo a garantia da execução. Precedentes do STJ e TJRGS.

No recurso especial, sustenta o recorrente violação ao art. 649, VI do CPC, porquanto o bem penhorado (caminhão ano 1987) está ao abrigo da impenhorabilidade eis que é a única fonte de sustento, pois com ele realiza fretes. Alega, ainda, violação ao art. 97, IV do CTN, tendo em vista que o apenamento foi imposto através de regulamento e por meio de Lei Complementar. Aduz, ao final, que há vício formal no auto de infração, tanto em relação ao período de abrangência quanto aos valores nele contido.

Em contrarrazões pede o Estado a manutenção do acórdão, uma vez que deve ser aplicada a Súmula n. 284-STF ou se ultrapassado tal óbice, há que se incidir a Súmula n. 7-STJ.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Primeiramente, no tocante à violação ao art. 97, IV do CTN, verifico que o tribunal de origem não se manifestou acerca da tese defendida no especial, qual seja, o apenamento imposto através de regulamento de inferior hierarquia, em desobediência ao princípio da reserva legal.

Com efeito, para dirimir qualquer dúvida, transcrevo, na parte que interessa o fundamento do acórdão recorrido:

A alegada nulidade do auto de infração, face equívoco no lançamento, diante da contradição nos períodos mencionados e as notas discriminadas, bem como no tocante à alíquota aplicada pelo fisco, observado o teor do art. 97, IV, do CTN, efetivamente, conforme bem salientado na sentença, somente constatada através de perícia técnica, a fim de se verificar as datas corretas e a alíquota correta, que não foi postulada pelo embargante, tendo requerido tão-somente prova testemunhal para para efeito de comprovar a condição de mero freteiro e a alegada coação, fl. 161, ausente, assim a competente prova nos autos, ônus que incumbia ao embargante, nos termos do que dispõe o art. 333, II, do CPC, não havendo que se falar em violação ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Sendo assim indiscutível que houve omissão de registros de diversas notas de compras, não tendo comprovado o embargante a inexistência da sonegação, correta a sentença ao julgar improcedentes os embargos no ponto, não merecendo qualquer erro.

No que diz respeito à violação ao art. 649, VI, do CPC, assiste razão ao recorrente.

Antes da alteração perpetrada pela Lei n. 11.382/2006, o art. 649, VI, do CPC, dispunha serem absolutamente impenhoráveis “os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, *necessários ou úteis* ao exercício de qualquer profissão”.

A posição majoritária da Corte, nas Primeira e Segunda Seções, é no sentido de que o inciso VI do art. 649 do CPC indica como absolutamente impenhoráveis os instrumentos não só necessários, mas úteis ao exercício de qualquer profissão. Nesse sentido:

Processo Civil. Penhora. Veículo automotor que serve a representante comercial. 1. O elenco de bens que não podem sofrer a incidência da penhora, inserto no inciso VI do art. 649 do CPC, vem sendo ampliado pela jurisprudência. 2. O entendimento majoritário desta Corte, expresso em diversos e reiterados julgados, é no sentido de considerar impenhorável veículo automotor que serve de instrumento de trabalho a representante comercial. 3. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas improvido (REsp n. 72.759-PR, Relator(a) Ministra Eliana Calmon, DJ 23.05.2005).

Processual Civil e Tributário. Embargos à execução fiscal. Penhora. Entidade de assistência social. APAI. Constrição sobre bens essencialmente necessários e imprescindíveis à educação, criação e recuperação das crianças excepcionais por ela atendidas. Prejudicialidade à continuidade das atividades. Impenhorabilidade. Art. 646, VI, do CPC.

1. Embargos à execução fiscal promovidos pela APAI – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – em face de débitos para com o extinto IAPAS.

2. Mandado de penhora no qual consta que a constrição judicial recaiu sobre: 1. Veículo Kombi, ano 1978; 2. Geladeira Clímax; 3. Barra paralela para fisioterapia; 4. Espelhos de postura para fisioterapia; 5. Forno Bier para fisioterapia; 6. Mesa de tração sem forno para fisioterapia; 7. Aparelho de Bonnet para fisioterapia; 8. Bicicleta estacionária para fisioterapia.

3. A APAI é uma entidade assistencial, eminentemente social, sem renda e sem fins lucrativos, vivendo, exclusivamente, de donativos e da caridade pública. Não possui ela qualquer espécie de bens, quer móveis, quer imóveis, e os que possui são foram objeto da penhora em discussão.

4. Tais bens são essencialmente necessários e imprescindíveis à educação, criação e recuperação das crianças excepcionais atendidas pela recorrida.

5. Os bens que foram objeto da penhora são utensílios e/ou instrumentos necessários para o exercício do mister da entidade, e que foram recebidos por doações dos poderes públicos, de caridade pública, por colaboração espontânea e graciosa de voluntários.

6. A luta e sacrifício da APAI, em prol das crianças excepcionais (física e mentalmente), pobres e sem recursos a que assiste, é sobejamente conhecida e reconhecida nacionalmente, não podendo se efetivar a penhora sobre bens que são de fundamental importância na atividade primordial que desempenha.

7. Tem-se, portanto, como absolutamente impenhoráveis os bens discriminados no auto de penhora, nos termos do art. 646, VI, do CPC, por imprescindíveis à continuidade das atividades da recorrida.

8. Recurso não provido.

(REsp n. 450.356-SP, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, unânime, julgado em 26.11.2002, DJ de 19.12.2002)

Execução. Penhora de bem útil ao exercício da profissão do executado. Art. 649, VI, do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte, em diversas oportunidades, que a lei não exige “que o bem seja indispensável ao exercício da profissão do devedor. Basta que lhe seja útil” (REsp n. 39.853-GO, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 07.02.1994).

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 472.888-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, julgado em 17.06.2003, DJ de 1º.09.2003)

Processual Civil. Execução. Impenhorabilidade de bens úteis e/ou necessários às atividades da pequena empresa. Precedentes da Corte.

I - Pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de que os bens úteis e/ou necessários às atividades desenvolvidas pelas pequenas empresas, onde os sócios atuam pessoalmente, são impenhoráveis, na forma do disposto no art. 649, VI, do CPC.

II - Recurso não conhecido.

(REsp n. 156.181-RO, rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, unânime, julgado em 17.12.1998, DJ de 15.03.1999)

Processual Civil. Cerceamento de defesa. Inocorrência. CPC, art. 330. Trator. Ferramenta de trabalho. Necessidade. Utilidade. Impenhorabilidade. CPC, art. 649-VI e Lei n. 8.009/1990, art. 1º, parágrafo único. Recurso parcialmente provido.

I - O trator usado pelo produtor rural é ferramenta necessária para o seu *mister* profissional, sendo impenhorável nos termos do art. 649, VI, CPC.

II - A despeito de ser ferramenta necessária, é o mencionado bem útil ao desempenho da profissão de agricultor, subsumindo-se à norma processual que considera impenhorável não só em decorrência da necessidade mas também pela utilidade do bem.

III - Cuidando-se de matéria de direito, impõe-se o julgamento antecipado da lide em obediência aos princípios da economia e da celeridade processuais, não ocorrendo cerceamento de defesa.

(REsp n. 46.062-GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, unânime, julgado em 24.10.1995, DJ de 20.11.1995)

Oportuno frisar que, na hipótese em tela, não há dúvida acerca da imprescindibilidade da utilização do bem constricto, qual seja um caminhão ano 1987, para o exercício da profissão, uma vez que, conforme se abstrai do parecer do Ministério Público Federal (fl. 310), o recorrente retira seu sustento e de sua família realizando fretes.

Nada obstante, o Tribunal da origem, com fulcro em precedentes do STJ e TJRGS, negou ao indigitado bem o atributo da impenhorabilidade, forte no fundamento de que, tendo sido espontânea a indicação do bem à penhora pelo próprio executado, afasta-se alegação de impenhorabilidade persistindo a garantia da execução.

Contudo, observo que o precedente do STJ, REsp n. 440.974 e os acórdãos locais, utilizados como fundamento do acórdão recorrido, referem-se à renúncia à impenhorabilidade de bem de família (imóvel), o que se distânciava da hipótese em apreço. Até porque, trata-se de jurisprudência já superada, tendo em vista novel entendimento desta Corte Superior, acerca da impossibilidade de renúncia

ao benefício da impenhorabilidade em se tratando de bem de família, a qual agora cito:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Bem de família oferecido à penhora. Renúncia ao benefício assegurado pela Lei n. 8.009/1990. Impossibilidade.

1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei n. 8.009/1990, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ.

2. Dessarte, a indicação do bem à penhora não produz efeito capaz de elidir o benefício assegurado pela Lei n. 8.009/1990. Precedentes: REsp n. 684.587-TO, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005; REsp n. 242.175-PR, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 08 de maio de 2000; REsp n. 205.040-SP, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ de 15 de abril de 1999)

3. As exceções à impenhorabilidade devem decorrer de expressa previsão legal.

4. Agravo Regimental provido para dar provimento ao Recurso Especial. (AgRg no REsp n. 813.546-DF, Relator(a) Ministro Francisco Falcão (1116), Relator(a) p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Data da Publicação/Fonte DJ 04.06.2007).

Quanto ao REsp n. 470.935-RS (exarado pela Segunda Seção do STJ) e os demais arestos regionais, também utilizados como razão de decidir pelo acórdão recorrido, todos adotando a tese da renúncia à impenhorabilidade absoluta quando a indicação do bem à penhora for realizada pelo próprio devedor, penso ser necessário fazer algumas ponderações.

De início, registro que não há precedente desta eg. 2ª Turma e sequer da 1ª Seção sobre a tese acima citada.

A questão, primeiramente, veio a ser debatida nos idos de 1999, em julgado que decidiu pela nulidade absoluta da penhora de bem impenhorável (art. 649 do CPC), devendo inclusive ser apreciada de ofício, inexistindo preclusão:

Processual Civil. Penhora. Bem absolutamente impenhorável. CPC, art. 649-VI, CPC. Nulidade absoluta. Preclusão. Ausência. Renúncia do devedor. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido. I - Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício. II - O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constrito mesmo quando já designada a praça e não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade,

inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final. (REsp n. 192.133-MS, relatado pelo eminente Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ 21.06.1999).

Transcrevo trecho do voto condutor:

Assim, em se tratando de nulidade absoluta, prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício.

Irrelevante, destarte, que não tenha o devedor suscitado a impenhorabilidade em sede de embargos à execução.

A uma, porque, como acima mencionado, na nulidade absoluta não há preclusão, salvo em relação à coisa soberanamente julgada, o que não é o caso, já que não houve qualquer decisão anterior no processo a respeito do tema.

A duas, porque o fato de o devedor não ter suscitado a questão em sede de embargos, não significa tenha ele renunciado a seu direito.

Na oportunidade, o Exmo. Sr. Ministro Cesar Rocha ficou vencido por “entender que o devedor deve, desde logo no primeiro momento em que é intimado da penhora, alegar a impossibilidade de sua realização; a sua inércia não pode trazer prejuízos para o credor e, muito menos, fazer com que o aparelho judicial ponha-se desnecessariamente em movimento.”

Reconhecendo a nulidade absoluta da penhora de bens absolutamente impenhoráveis, confirmam-se, a propósito, outros precedentes, no pertinente:

Processual Civil. Penhora. Bem absolutamente impenhorável. CPC, Art. 649-VI, CPC. Nulidade absoluta. Preclusão. Ausência. Renúncia do devedor. Impossibilidade. Precedente da Turma. Recurso desacolhido.

I - Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício.

(...) (REsp n. 262.654-RS, relatado pelo eminente Ministro *Sálvio de Figueiredo Teixeira*, DJ 20.11.2000).

Processo Civil. Embargos à arrematação. (...) Impenhorabilidade absoluta. Bem de família. Lei n. 8.009/1990. Matéria de ordem pública. Exame de ofício. Possibilidade. (...). Recurso desacolhido.

I - Os embargos à arrematação não se prestam ao exame de irregularidades da penhora levada a efeito na execução, salvo se se tratar de impenhorabilidade absoluta, que pode ser alegada em qualquer momento nas instâncias ordinárias por ser matéria de ordem pública. (...) (REsp n. 327.593-MG, relatado pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 24.02.2003).

Impenhorabilidade. Bem indicado pelo devedor. Art. 649, IV, do Código de Processo Civil. 1. Sendo o bem impenhorável, no caso, nos termos do art. 649, IV, do Código de Processo Civil, não lhe altera a situação o fato de ter sido indicado pelo próprio devedor. 2. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp n. 472.979-RS, Relator(a) Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (1108), DJ 25.08.2003)

A posteriori, no julgamento do REsp n. 351.932-SP, Relator(a) Ministra Nancy Andrighi, Relator(a) p/ Acórdão Ministro Castro Filho, publicado em 09.12.2003, ocorreu mudança de entendimento da 2ª Seção, nos seguintes termos: “considerando que a impenhorabilidade não significa inalienabilidade, e isso não se discute, a indicação, pelo próprio devedor, de bens considerados impenhoráveis pelo art. 649 do Código de Processo Civil, em regra, induz renúncia ao benefício legal”. Assim ficou ementado o citado julgado:

Execução. Bem nomeado à penhora pelo próprio devedor. Renúncia. Impenhorabilidade. Art. 649 do CPC. I – Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis. Nas demais hipóteses do art. 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio. II – A exegese, todavia, não se aplica ao caso de penhora de bem de família (art. 70 do Código Civil anterior e 1.715 do atual, e Lei n. 8.009/1990), pois, na hipótese, a proteção legal não tem por alvo o devedor, mas a entidade familiar, que goza de amparo especial da Carta Magna. III – Tratando-se de questão controvertida, a interposição dos recursos cabíveis por parte dos executados, com o objetivo de fazer prevalecer a tese que melhor atende aos seus interesses, não constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Inaplicável, portanto, a multa imposta pelo acórdão recorrido com base no art. 600 do Código de Processo Civil. Recurso especial parcialmente provido, apenas para excluir a multa imposta aos recorrentes.

Hodiernamente, com fulcro no referido precedente (REsp n. 351.932-SP) e no REsp n. 470.935-RS proferido pela Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, dentre outros, “esta Corte Superior de Justiça firmou

posicionamento no sentido de que o devedor que nomeia bens à penhora ou deixa de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que tem para se manifestar nos autos, ainda que tais bens sejam absolutamente impenhoráveis, à exceção do bem de família, perde o direito à benesse prevista no art. 649 do Código de Processo Civil” (AgRg nos EDcl no REsp n. 787.707-RS, Relator(a) Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Publicação/Fonte DJ 04.12.2006).

O Tribunal *a quo*, seguindo essa última orientação, concluiu pela ocorrência da renúncia do direito à impenhorabilidade, esculpida no art. 649 VI do CPC (redação antiga), do bem indicado pelo próprio devedor à penhora.

Essa é a questão nodal dos presentes autos, a qual coloco à submissão desta Eg. Segunda turma tendo em vista a inexistência de modernos precedentes da 1ª Seção.

Em suma, são estes os julgados do STJ os quais defendem a tese da ocorrência da renúncia do direito à impenhorabilidade, esculpida no art. 649 VI do CPC (redação antiga), do bem indicado pelo próprio devedor à penhora: (AgRg nos EDcl no REsp n. 787.707, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 04.12.2006, Quarta Turma; REsp n. 470.935, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Relator(a) p/ Acórdão Ministro Castro Filho, DJ 1º.03.2004, 2ª Seção; REsp n. 351.932, Ministra Nancy Andrichi DJ 09.12.2003, Terceira Turma).

Em sentido contrário são os precedentes também da eg. Quarta Turma: (REsp n. 262.654, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.11.2000; REsp n. 192.133, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.06.1999, esse último assim ementado:

Processual Civil. Penhora. Bem absolutamente impenhorável. CPC, art. 649-VI, CPC. Nulidade absoluta. Preclusão. Ausência. Renúncia do devedor. Impossibilidade. Precedente da Turma. Recurso desacolhido.

I - Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício.

II - O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constrito em embargos à arrematação e mesmo que não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final.

Data vênia daqueles que adotam posição em contrário, penso que não há que se falar em renúncia ao expresso comando legal de impenhorabilidade absoluta prevista no art. 649 do CPC.

A *ratio essendi* do art. 649 do CPC decorre da necessidade de proteção a certos valores universais considerados de maior importância. O art. 649, V, do CPC visa resguardar o Direito à vida, ao trabalho, à sobrevivência e à proteção à família. Percebe-se, assim, que se trata de defesa de direito fundamental da pessoa humana, insculpida em norma infraconstitucional.

Ora, não vejo como é possível afastar a determinação do art. 648 do CPC, o qual exclui da execução os bens que a lei considera impenhoráveis. E mais, não acho possível descumprir o comando do art. 649 do mesmo do rito processual que delimita quais os bens considerados absolutamente impenhoráveis, sob pena de nulidade absoluta.

Oportuno trazer escólio de Arakem de Assis acerca do art. 649 do CPC em Comentários ao Código de Processo Civil, 2000, Vol 09, Do Processo de Execução (arts. 646 a 735):

O art. 649 contempla o *beneficium competentiae* (benefício de competência), ou seja, a impenhorabilidade do estritamente necessário à sobrevivência do executado e de sua família.

Esta restrição à regra da responsabilidade patrimonial (art. 591) se impôs à consciência humana no período romano das *extraordinariae cognitiones* quando, então o devedor sem culpa da insolvência tinha direito à execução patrimonial da *cessio bonorum* que, na prática, isentava-o da constrição pessoal e da infâmia, além de conceder o *beneficium competentiae*. Desenvolveu-se o instituto, no direito comum, até tomar dimensão atual, recepcionado pela maioria dos códigos. Segundo Pontes de Miranda, a impenhorabilidade *foi franja, bem estreita, é certa, que a luta de classes recortou, e, no fundo, é uma exigência da humanidade na execução.*

(...)

O art. 649 do CPC arrola vários bens estimados *absolutamente* impenhoráveis com o intuito de proteger o executado, sem prejuízo de discrepâncias na interpretação de cada inciso, objetivamente considerado.

A análise comparativa dos incisos do artigo auxilia o esclarecimento da finalidade e do conteúdo de cada limitação.

Inicialmente, convém recordar que a característica essencial da impenhorabilidade absoluta reside no seu caráter universal e irrestrito. Em outras palavras, dispositivo que criou a impenhorabilidade, definindo seu objeto, não tolera exceções.

Nesse sentido, faço meus os fundamentos do insigne Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no judicioso voto explanado no REsp n. 192.133-MS, DJ 21.06.1999. Transcrevo trecho do voto condutor:

Assim, em se tratando de nulidade absoluta, prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício.

Irrelevante, destarte, que não tenha o devedor suscitado a impenhorabilidade em sede de embargos à execução.

A uma, porque, como acima mencionado, na nulidade absoluta não há preclusão, salvo em relação à coisa soberanamente julgada, o que não é o caso, já que não houve qualquer decisão anterior no processo a respeito do tema.

A duas, porque o fato de o devedor não ter suscitado a questão em sede de embargos, não significa tenha ele renunciado a seu direito.

Registro, ainda, que a própria Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais) veda a possibilidade de constrição de bens considerados absolutamente impenhoráveis. Essa lei assim dispõe: “Art. 10 - Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o art. 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.”

Destarte, na hipótese em apreço, há flagrante violação ao art. 649, V, do CPC, tendo em vista que foi penhorado bem considerado absolutamente impenhorável pela lei.

Enfatizo que, à época dessa constrição, era possível que o magistrado se acautelasse no sentido de não aceitar o bem oferecido à penhora, qual seja, um caminhão ano 1987, haja vista que o devedor se tratava de caminhoneiro humilde o qual e se utilizava daquele veículo para trabalhar com fretes. Até porque se trata de norma cogente que contém princípio de ordem pública, sendo causa de nulidade absoluta consoante a jurisprudência assente neste STJ.

Outrossim, transcrevo trechos do parecer do Ministério Público Federal, os quais adoto como razão de decidir, diante das particularidades levantadas:

...está suficientemente demonstrado nos autos que o referido veículo é seu único instrumento de trabalho, único meio de manter o próprio sustento, e que a indicação do referido bem à penhora foi feita em virtude de total desconhecimento de seus direitos, porque, diante do que lhe disse o Oficial de Justiça, e conforme orientação da Procuradoria do Estado, concluiu que teria que

indicar o caminhão à penhora, ainda que fosse este o instrumento necessário ao exercício de seu ofício, sem o qual não poderia manter a própria subsistência.

O caso dos autos revela flagrante fraude realizada pelas empresas às quais o Recorrente prestava serviço, o frigorífico FRINAL e a distribuidora FRAMPAL, que o compeliram, sendo ele simples freteiro, a constituir empresa individual e passaram a emitir faturas em seu nome, ao invés de fazê-lo contra os clientes, os consumidores finais das mercadorias por ele transportadas, irregularidades evidenciada pela mudança de postura da distribuidora, que, depois da autuação da Recorrente, e sob orientação dos agentes fiscais, passou a emitir fatura diretamente aos consumidores finais e não mais contra o Recorrente (fls. 310-311).

Por fim, cito alguns precedentes desta Corte que vedam a possibilidade da penhora de bem útil ou necessário ao exercício da profissão, como é o caso dos autos:

Processo Civil. Execução fiscal. Bens necessários ao desenvolvimento da atividade de empresa individual.

1. Na dicção do art. 649, VI, do CPC, para ser considerado impenhorável um bem, não se faz necessária a sua indispensabilidade no exercício da profissão. A simples utilidade é suficiente para mantê-lo fora da constrição judicial. 2. Jurisprudência do STJ que se posiciona em favor da penhorabilidade dos bens de pessoa jurídica, admitindo, em hipóteses excepcionais, a aplicação do art. 649, VI, do CPC quando se tratar de empresa de pequeno porte, microempresa ou firma individual. 3. Recurso especial improvido. (REsp n. 507.458-RS, Relator(a) Ministra Eliana Calmon (1114), Órgão Julgador T2 - Segunda Turma, Data do Julgamento 17.02.2005, Data da Publicação/Fonte DJ 11.04.2005, p. 232)

Execução. Impenhorabilidade. Motorista. Ônibus escolar. Microempresa.

É absolutamente impenhorável o ônibus escolar que serve para o exercício da profissão de motorista (art. 649, V, do CPC), não obstante registrado em nome de firma individual, da qual o devedor é titular.

A microempresa é forma de atuação do profissional no mercado de trabalho e deve ser ignorada quando tal desconsideração é necessária para fazer prevalecer a norma instituída em benefício do profissional (REsp n. 84.756-RS, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 27.05.1996, p. 17.877).

Processual Civil. Penhora. Kombi. Veículo necessário ou útil ao exercício do comércio por microempresário, titular de firma individual.

I - É absolutamente impenhorável veículo necessário ou útil ao exercício de atividade de microempresário, titular de firma individual, que, em última análise, coincide ou muito se aproxima da sua profissão. Aplicação do art. 649, VI, do CPC.

II - Recurso especial não conhecido. (REsp n. 58.869-SP, Relator(a) Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (280), Órgão Julgador T2 - Segunda Turma, Data do Julgamento 14.06.1995, Data da Publicação/Fonte DJ 23.10.1995)

Processual Civil. Cerceamento de defesa. Inocorrência. CPC, art. 330. Trator. Ferramenta de trabalho. Necessidade. Utilidade. Impenhorabilidade. CPC, art. 649-VI e Lei n. 8.009/1990, art. 1º, parágrafo único. Recurso parcialmente provido. I - o trator usado pelo produtor rural é ferramenta necessária para o seu mister profissional, sendo impenhorável nos termos do art. 649, VI, CPC. II - a despeito de ser ferramenta necessária, e o mencionado bem útil ao desempenho da profissão de agricultor, subsumindo-se a norma processual que considera impenhorável não só em decorrência da necessidade mas também pela utilidade do bem. III - cuidando-se de matéria de direito, impõe-se o julgamento antecipado da lide em obediência aos princípios da economia e da celeridade processuais, não ocorrendo cerceamento de defesa. (REsp n. 46.062-GO, Relator(a) Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088), Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, Data do Julgamento 24.10.1995, Data da Publicação/Fonte DJ 20.11.1995, p. 39.598, LEXSTJ vol. 80 p. 179)

Do exposto, conheço parcialmente do recurso e nessa parte dou-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.009.926-SC (2007/0280367-2)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Antônio Edson Duarte e outro
Advogado: Adriana Bernardi

EMENTA

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Nepotismo. Violação a princípios da Administração Pública. Ofensa ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Desnecessidade de dano material ao erário.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em razão da nomeação da mulher do Presidente da Câmara de Vereadores, para ocupar cargo de assessora parlamentar desse da mesma Câmara Municipal.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei n. 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário.

3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com “dedicação e eficiência”.

4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

5. O fato de a Resolução n. 7/2005-CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

7. 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 Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 10.02.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de recurso especial interposto, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do assim ementado (fl. 260):

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Nomeação para cargo comissionado. Assessor parlamentar municipal. Esposa do Presidente da Câmara de Vereadores. Ato de nepotismo. Princípio da moralidade administrativa. Ausência de lei vedando a contratação de parentes. Descaracterização de ato que importe em improbidade administrativa. Recurso conhecido e provido.

Enquadrar o nepotismo como uma infração à Lei de Improbidade Administrativa, é um trabalho bastante tortuoso, uma vez que a própria lei não traça diretrizes para que se possa delimitar seu alcance em referência aos atos praticados pelos administradores para enquadrar, em específico, a imoralidade administrativa.

Ocorrendo a prática do nepotismo, deve-se levar em consideração as causas, o preenchimento dos requisitos do cargo, a remuneração compatível recebida por quem foi nomeado e o cumprimento do dever por possuir o nomeado aptidão para a profissão que desempenha. “A partir da aferição desses elementos, será possível identificar a possível inadequação do ato aos princípios da legalidade e da moralidade, bem como a presença do desvio de finalidade, o que será indício veemente da consubstanciação de ato de improbidade” (Emerson Garcia).

O recorrente aponta contrariedade ao art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, sob o argumento de que “a nomeação da esposa do requerido para o exercício do cargo de Assessora Parlamentar quando este próprio era o Presidente da Câmara Municipal (...) efetivamente enseja a configuração de afronta aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, demandando a responsabilização dos agentes responsáveis” (fl. 287).

Sem contrarrazões, os autos subiram por força do juízo positivo de admissibilidade (fl. 340).

Nesta instância, o Ministério Público Federal pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 353-361).

É, em síntese, o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Tem-se, originariamente, ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Antônio Edson Duarte e Silvana Bernardi Duarte, aduzindo que o primeiro réu, na condição de Presidente da Câmara de Vereadores, por meio da Portaria n. 10/2002, nomeou o segundo réu, sua esposa, para ocupar o cargo de assessor parlamentar da Câmara Municipal.

A sentença de 1º grau julgou a ação procedente, “para reconhecer a prática pelos réus (...) de ato de improbidade administrativa e condená-los (*sic*) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por três anos, pagamento de multa civil no montante de 05 (cinco) vezes o valor da remuneração percebida por cada, e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, o que faço com fulcro no art. 11, *caput*, e 12, III, da Lei n. 8.429/1992” (fl. 209).

Sobreveio apelação pelos particulares, tendo o Tribunal *a quo* lhe dado provimento, a fim de julgar improcedente a demanda.

Pleiteia o Ministério Público o restabelecimento da sentença do juízo monocrático, reconhecendo a prática de ato de improbidade.

Preliminarmente, verifico que houve pronunciamento pela instância ordinária sobre a matéria suscitada no bojo do recurso especial, configurando o questionamento da matéria impugnada.

No mérito, discute-se se a contratação de parente – no caso específico, esposa do agente público –, configuraria ato de improbidade administrativa, por ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos nos termos do art. 11 da Lei n. 8.249/1992, o que, *a priori*, independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário.

Nesse sentido, colaciono os seguintes arestos:

Administrativo. Improbidade administrativa. Contrato de empréstimo bancário. Antecipação de receita. Necessidade de licitação. Empréstimo anterior a Lei de Responsabilidade Fiscal. Exigência de autorização legislativa específica. Descumprimento.

1. “Embora seja dispensável, na hipótese, o procedimento licitatório para a realização de operação bancária, já que realizada antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, subiste o acórdão ao reconhecer a irregularidade das operações de empréstimo sem autorização do Legislativo Municipal” (REsp n. 410.414-SP, 2ª Turma, Relator Min. Castro Meira, DJ de 19.08.2004).

2. “Assim, para as operações de crédito por antecipação de receita não basta a autorização genérica contida na lei orçamentária, sendo indispensável autorização específica em cada operação. *A inobservância de tal formalidade, ainda que não implique em enriquecimento ilícito do recorrente ou prejuízo para o erário municipal, caracteriza ato de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, à mingua de observância dos preceitos genéricos que informam a administração pública, inclusive a rigorosa observância do princípio da legalidade*” (REsp n. 410.414-SP, 2ª Turma, Relator Min. Castro Meira, DJ de 19.08.2004).

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp n. 799.094-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.09.2008, DJe 22.09.2008)

Administrativo e Processual Civil. Art. 535 do CPC. Contratação de servidor sem concurso público. Prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Improbidade administrativa. Lesão a princípios administrativos. Ausência de dano ao erário.

(...)

3. *Em princípio, a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III, do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.*

4. A conduta do recorrido, ao contratar e manter servidores sem concurso público na Administração, amolda-se ao caput do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, bem como não tenha havido má-fé na conduta do administrador.

5. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 (lesão aos princípios administrativos).

6. Acórdão reformado, fixando-se a multa civil em três vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.

7. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(REsp n. 988.374-MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.05.2008)

Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Interesse de agir. Especificação do prejuízo. Art. 10 da Lei n. 8.429/1992.

1. *O ato ímprobo presume-se lesivo nas hipóteses da Lei n. 8.429/1992, por isso que cabe ao demandado, no curso da ação, a “prova em contrário”.*

2. Consectariamente, é prematuro o indeferimento da inicial por falta de “especificação” do prejuízo, que, consoante a lei, ocorre *in re ipsa*, por força da presunção *juris tantum* eclipsada no art. 10 da Lei n. 8.429/1992.

3. Manifesta-se presente o interesse de agir quando a ação proposta é meio idôneo à obtenção da pretensão do autor, bem como necessária à consecução dos escopos da demanda.

4. *In casu*, a Ação Civil Pública, ajuizada com fulcro na Lei n. 8.429/1992, denota meio idôneo à proteção do interesse público, revelando-se, *a fortiori*, necessária à consecução de tal finalidade e o interesse de agir, consoante cediço, deve ser analisado *in abstracto*, à luz da petição inicial, e da máxima *vera sint exposita*.

5. A cognição acerca da existência ou não da ilegalidade no procedimento administrativo atinente, *in casu*, ao repasse de verbas realizado pelo ex-Secretário Municipal de Saúde da Cidade de São Paulo à Cooperpas, assim como a eventual inobservância das normas previstas no Decreto Municipal n. 37.726/1995, alterado pelo Decreto n. 36.616/1996, notadamente no que pertine à Cláusula 7º do Convênio celebrado entre a municipalidade e a cooperativa *in foco*, decorrente da transferência mensal de recursos independentemente da aceitação de contas da penúltima parcela liberada, são questões que evidentemente extrapolam os limites do interesse meramente processual passando a constituir o próprio *meritum causae*. Precedentes do STJ: REsp n. 620.512-GO, DJ 1º.03.2007; REsp n. 595.731-SP, DJ de 19.12.2005; REsp n. 402.598-SP, DJ de 24.03.2003 e REsp n. 433.251-SP, DJ de 30.09.2002.

6. Recurso especial provido.

(REsp n. 433.888-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 1º.04.2008, DJe 12.05.2008)

Ação civil. Improbidade administrativa. Vencedora de licitação. Favorecimento. Unidade médico-odontológica. Contratação. Súmula n. 7-STJ afastada na hipótese. Ausência de dano ao erário. Ato ímprobo. Classificação do artigo 11, da Lei n. 8.429/1992. Precedentes.

I - Trata-se de ação civil, por improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra ex-prefeito, por meio da qual se buscava a apuração de danos decorrentes de procedimento licitatório.

II - Afasta-se a incidência da Súmula n. 7-STJ ao caso, pois a discussão está centrada somente em matéria de direito, qual seja, a interpretação da Lei n. 8.429/1992 no tocante à configuração do dano ao erário para fins de caracterização do ato como ímprobo.

III - *A Lei de Improbidade Administrativa traz três conceituações do que seja ato de improbidade administrativa: artigos 9º, 10 e 11. Nos termos do disposto neste último, constata-se que o ato do agente que atente contra os princípios administrativos se traduz como improbidade administrativa, não se exigindo que, no caso, tenha havido dano ou prejuízo ao erário - hipótese dos autos.* Precedentes: REsp n. 604.151-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 08.06.2006, REsp n. 711.732-SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 10.04.2006, REsp n. 650.674-MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 1º.08.2006, REsp n. 541.962-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 14.03.2007.

IV - Por sua vez, o artigo 12 elenca, de forma especificada, sobre as sanções que podem ser aplicadas em cada caso de ato de improbidade, guardadas as devidas proporções do dano (material ou imaterial).

V - Reformando a decisão monocrática que, de forma contundente, constatou que o ato atacado violou princípios administrativos, o acórdão recorrido culminou por afrontar o artigo 11, da Lei n. 8.429/1992, ao deliberar que, sem dano ao erário, não há que se falar em improbidade administrativa e, conseqüentemente, no cabimento da ação civil respectiva.

VI- Recurso provido, com o restabelecimento da decisão monocrática.

(REsp n. 1.011.710-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 30.04.2008)

Administrativo e Processo Civil. Improbidade administrativa. Ação civil pública. Arts 9º, 10, 11 e 12 da Lei n. 8.429/1992. Necessidade da Corte de origem manifestar-se sobre os temas enfocados, uma vez que reconheceu a ocorrência de atos de improbidade. Omissão relevante. Violação do art. 535, II, do CPC.

1. *O Tribunal a quo não atentou para o fato de que os atos de improbidade, a teor do art. 11 da Lei n. 8.429/1992 (“Lei de Improbidade”), também se configuram mesmo quando inexistente lesão ao erário ou enriquecimento ilícito dos réus.*

2. *Quanto à alegada violação dos arts. 9º, 10 e 12 da Lei de Improbidade, o acórdão recorrido, mesmo reconhecendo a ocorrência de improbidade administrativa, deixou de aplicar os dispositivos sob o ilegal fundamento de que as conseqüências dos atos cometidos não seriam “tão graves.”*

3. *“A existência de omissão relevante à solução da controvérsia, não sanada pelo acórdão recorrido, caracteriza a violação do art. 535 do CPC.”* (REsp n. 839.468-BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 13.11.2006).

4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, a fim de que os autos retornem ao Tribunal a quo para o julgamento completo dos embargos de declaração.

(REsp n. 757.205-GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 09.03.2007, p. 299)

Administrativo. Recurso especial. Ação civil pública contra chefe do Poder Executivo Municipal. Improbidade administrativa. Utilização de frases de campanha eleitoral no exercício do mandato. Adequação da via eleita. Legitimidade do Ministério Público. Violação do art. 267, IV, do CPC, repelida. Ofensa aos princípios administrativos. Interpretação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Lesão ao erário público. Prescindibilidade. Infringência do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não configurada. Sanções adequadamente aplicadas. Preservação do posicionamento do julgado de Segundo Grau.

(...)

2. A ação civil pública protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O seu objetivo não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa a par de ver observados os princípios gerais da administração. Essa ação constitui, portanto, meio adequado para resguardar o patrimônio público, buscando o ressarcimento do dano provocado ao erário, tendo o Ministério Público legitimidade para propô-la. Precedentes. Ofensa ao art. 267, IV, do CPC, que se repele.

3. A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. A inobservância dos princípios acarreta responsabilidade, pois o art. 11 da Lei n. 8.429/1992 censura “condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material” (Wallace Paiva Martins Júnior, “Probidade Administrativa”, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2002).

4. O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos, sendo eficiente para com a própria administração. O cumprimento dos princípios administrativos, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada cidadão. Não satisfaz mais às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

5. A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa ao patamar constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da

Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos dos agentes públicos violadores desse preceito maior.

6. A tutela específica do art. 11 da Lei n. 8.429/1992 é dirigida às bases axiológicas e éticas da Administração, realçando o aspecto da proteção de valores imateriais integrantes de seu acervo com a censura do dano moral. Para a caracterização dessa espécie de improbidade dispensa-se o prejuízo material na medida em que censurado é o prejuízo moral. A corroborar esse entendimento, o teor do inciso III do art. 12 da lei em comento, que dispõe sobre as penas aplicáveis, sendo muito claro ao consignar, “na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver...” (sem grifo no original). O objetivo maior é a proteção dos valores éticos e morais da estrutura administrativa brasileira, independentemente da ocorrência de efetiva lesão ao erário no seu aspecto material.

7. A infringência do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não se perfaz. As sanções aplicadas não foram desproporcionais, estando adequadas a um critério de razoabilidade e condizentes com os patamares estipulados para o tipo de ato acobimado de ímprobo.

8. Recurso especial conhecido, porém, desprovido.

(REsp n. 695.718-SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 234)

Feitas essas considerações, cabe-nos verificar se a hipótese em apreço caracteriza-se como nepotismo, passível de enquadramento em ofensa a princípio da administração pública.

Sobre o tema, oportuno colacionar trechos do acórdão recorrido (fls. 275-276):

(...) impende reconhecer que a nomeação de Silvana Bernardi Duarte para assumir cargo de Assessor Parlamentar com chefia imediata de seu marido, Antônio Edson Duarte que na época era Presidente da Câmara de Vereadores de Correia Pinto, já que a função desempenhada era de assessoramento dos Vereadores que compunham aquela Casa, importa em ato de nepotismo.

Efetivamente, a Lei n. 8.429/1992 prevê atos de improbidade administrativa em três modalidades, a saber, que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Por outro lado, preciso se faz passar à análise do ato de nepotismo como infração ao artigo 11, da Lei n. 8.429/1992, uma vez que no Município de Correia Pinto inexistia, na época dos fatos, legislação vedando esta prática e que a pessoa nomeada, conforme documentos amealhados aos autos, cumpriu o seu papel de Assessora Parlamentar, demonstrando ter aptidão e preenchendo os requisitos do cargo em comissão a si confiado.

E como anteriormente explicitado, *a moral parte de costumes de um determinado grupo e a partir da evolução de conceitos éticos morais e da legislação, deu-se importância aos atos de nepotismo que atualmente são reprováveis.*

No entanto, enquadrar o nepotismo como uma infração à Lei de Improbidade Administrativa, é um trabalho bastante tortuoso, uma vez que a própria lei não traça diretrizes para que se possa delimitar seu alcance em referência aos atos praticados pelos administradores para enquadrar, em específico, a imoralidade administrativa.

Ademais, não se vislumbra que com a nomeação de Silvana Duarte Bernardi, tenham sido inobservados requisitos como sua aptidão, que sua remuneração tenha sido superior ao que previamente estabelecido por ser a nomeada casada com o então Presidente da Câmara de Vereadores e não há notícia nos autos de que a nomeada não tenha cumprido as atribuições de seu cargo com dedicação e eficiência, ao contrário, vários Vereadores do Município de Correia Pinto confirmam o seu trabalho naquela municipalidade, do que se conclui que recebeu verba remuneratória condizente com o seu trabalho.

(...)

Assim, considerando todo o acima explanado, *conclui-se que houve nepotismo sim, porquanto inexistiu o ferimento ao princípio da moralidade administrativa que dê ensejo à condenação dos apelantes, merecendo provimento o seu recurso para julgar improcedente o pedido formulado na inicial. (grifei).*

Constato, que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, afirmando, inclusive, que “atualmente são reprováveis”, conclui, paradoxalmente, pela inexistência de improbidade administrativa.

Com a devida vênia dos julgadores da Corte *a quo*, não se sustenta o lastro fático-jurídico desenvolvido no acórdão recorrido, que tenta explicar a lisura e a legitimidade da contratação do parente para cargo comissionado de assessoria direta do próprio agente público responsável pela contratação, com a afirmação de que os serviços foram prestados com “dedicação e eficiência”.

Destaco que o Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12-DF, ajuizada em defesa da Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

A título exemplificativo, colaciono dispositivo da referida resolução, que dispõe sobre várias formas de consumação do nepotismo:

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

Naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, seguindo o voto do relator, Ministro Carlos Britto, afirmou: “o rompimento das relações de trabalhos dos nomeados para cargos de confiança no Poder Judiciário, dentro das regras estabelecidas na resolução do CNJ atenderá às imposições da moralidade e da impessoalidade administrativas”.

Cito a ementa do mencionado julgado:

Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução n. 7, de 18.10.2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar.

Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação

dada pela EC n. 45/2004). Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06.12.2005, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 9/2005, alterando substancialmente a de n. 7/2005. A Resolução n. 7/2005 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução n. 7/2005 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda n. 45/2004. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior,

neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “chefia” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução n. 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução n. 7/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.

(ADC n. 12 MC, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 16.02.2006, DJ 1º.09.2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)

O fato de a Resolução n. 7/2005-CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

Concluo, assim, que a prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença de 1ª grau, que condenou os réus na prática de improbidade administrativa.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.038.260-ES (2008/0052647-3)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Vagner Franco da Silveira

Advogado: Osmar Velloso Tognolo e outro(s)

Recorrido: Conselho Regional de Medicina do Est do Espírito Santo

Advogado: Raphael Rabelo Cunha Melo e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. Conselho de medicina. Registro de especialidade médica. “Medicina Estética”. Poder regulamentar e fiscalizatório.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O Conselho de Medicina funciona como órgão delegado do Poder Público para tratar das questões envolvendo a saúde pública e as atividades dos profissionais médicos. Precedente do STF.

3. A simples existência de um curso de pós-graduação, ainda que reconhecido pelo MEC, não é capaz de qualificar-se, no universo científico, como nova especialidade médica.

4. As especialidades sujeitam-se aos processos dinâmicos da medicina, não podendo, por isso mesmo, ter caráter permanente ou imutável, dependendo das circunstâncias e necessidades, sofrendo mudanças de nomes, fusões ou extinções.

5. Hipótese em que o Conselho Federal de Medicina não reconheceu a “Medicina Estética” como especialidade médica negando, em consequência, o título de especialista ao profissional que concluiu curso de pós-graduação *lato sensu*.

6. Não pode o Poder Judiciário invadir a competência dos Conselhos de Medicina, para obrigá-los a conferir o título de especialista, em ramo científico ainda não reconhecido como especialidade médica.

7. Recurso especial não 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, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). Osmar Tognolo, pela parte Recorrente: Vagner Franco da Silveira
Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 10.02.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Na origem, cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo médico Vagner Franco da Silveira, com pedido de liminar, contra ato do Presidente da Comissão de Títulos de Especialista do CRM-ES e do Presidente do Conselho Regional de Medicina - ES, consubstanciado na negativa de registro da sua qualificação de especialista em “Medicina Estética” junto àquele Conselho, após ter concluído curso de pós-graduação, *lato sensu*, em “Medicina Estética”, reconhecido pelo MEC, através da Capes, junto à Escola de Medicina Fundação Técnico-Educacional Souza Marques, no Rio de Janeiro.

O pedido foi negado administrativamente, com fundamento na Resolução n. 1.634/2002 do Conselho Federal de Medicina, por não haver previsão da especialidade “Medicina Estética”.

A segurança foi concedida pelo juiz de 1º grau, mas reformada pelo Tribunal que a reviu em grau de remessa oficial e de recurso voluntário do Conselho Regional de Medicina, ficando assim ementado o aresto (fl. 510):

Processual Civil e Administrativo. Litisconsórcio passivo. Inexistência. Curso de pós-graduação *lato sensu*. Especialidade em medicina estética. Impossibilidade. Programa de Residência Médica credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica. Obrigatoriedade. Leis n. 3.268/1957 e 6.932/1981. Segurança denegada. Recurso e remessa providos.

- Não há falar em intimação do Conselho Federal de Medicina para integrar a lide por inexistir litisconsórcio necessário. A autoridade coatora, no Mandado de Segurança é aquela que tem poder para deferir ou indeferir pedido formulado pelo impetrante, *in casu*, o Conselho Regional de Medicina, uma vez que a pretensão autoral é dirigida à obtenção de seu registro como especialista em Medicina Estética.

- Tem-se que a Lei n. 3.268/1957, ao regular a atuação dos Conselhos Regionais de Medicina, estipula, como pressuposto para o médico exercer qualquer

especialização, o prévio registro do seu título ou diploma no MEC e a sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, não sendo bastante e suficiente, para tal mister, a conclusão em curso de pós-graduação, *lato sensu*, que é a hipótese dos autos.

- Por sua vez, a Lei n. 6.932/1981, que dispõe sobre a atividade do médico residente, prevê a obrigatoriedade da residência médica para que o profissional possa obter o título de especialista, devendo tais instituições médicas ser credenciadas pela Comissão Nacional de Residência Médica, conforme as normas insertas no art. 1º e § 1º da mencionada lei.

- Inexiste, nos autos, prova de que a Escola de Medicina Souza Marques tenha programa de Residência Médica credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica em conformidade com o estipulado no § 1º, do art. 1º, da Lei n. 6.932/1981. Assim, não tem o curso de pós-graduação, *lato sensu*, realizado pelo impetrante, o condão de habilitá-lo a se inscrever como especialista em Medicina Estética perante o Conselho Regional de Medicina.

- Recurso e remessa providos. Segurança denegada.

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados (fls. 556-557):

Processual Civil. Embargos de declaração. Registro no Conselho Regional de Medicina. Especialidade em medicina estética. Programa de Residência Médica credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica. Inexistência de prova pré-constituída. Inexistência de vícios (CPC, art. 535). Manutenção da denegação de segurança. Recurso não provido.

- Inexiste contradição quanto à aplicabilidade do art. 17 da Lei n. 3.268/1957, uma vez que o acórdão não determinou que o impetrante estaria impedido de exercer a Medicina, tendo apenas deixado explicitado que os médicos só poderiam exercer legalmente a Medicina, em qualquer de seus ramos ou especialidades, após o prévio registro de seus títulos ou diploma no MEC e sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, “não sendo bastante, para tal mister, a conclusão em curso de pós-graduação” (fl. 478).

- Igualmente, não há contradição entre o relatório e fundamentação do voto, vez que aquele consiste, tão-somente, em relatar o acontecido nos autos e os arrazoados das partes e como bem preleciona a doutrina: “O traço característico da contradição é representado, pois, pela incoerência, pela desarmonia do pensamento; as idéias contrapõem-se, sem que se possa conciliá-las. (...) É elementar que a contraditoriedade, capaz de ensejar os embargos declaratórios, tem de estar na sentença, ou no acórdão; (MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO *in* “Sistema do Recursos Trabalhistas”, ed. LTr São Paulo, 1997, p. 350) E, em nenhum momento, o acórdão afirmou a existência unicamente da residência médica como modalidade de ensino de pós-graduação, ao fazer menção à Lei n. 6.932/1981.

- Por outro lado, não há falar em omissão de análise de documento relevante, consubstanciado em registro no CRM de aluna que concluiu o mesmo curso de pós-graduação que o impetrante, vez que o paradigma não se refere à especialidade de Medicina Estética, fato afirmado pelo próprio recorrente, nas razões dos embargos, ao consignar que as especialidades são diferentes.

- Relativamente à omissão quanto à aplicabilidade da Lei n. 9.394/1996, igualmente não prospera o recurso, vez que a matéria, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, não é objeto do *mandamus*, que consiste no direito ao registro do título como especialista em Medicina Estética perante o Conselho Regional de Medicina, não sendo, também, necessária a análise de ser o curso reconhecido pelo MEC e ministrado por entidade por ele autorizada.

- Quanto à alegação do embargante de que “o único fundamento para negar a inscrição do título de especialista obtido pelo impetrante foi de que este não se encaixaria em um rol descrito em uma resolução do Conselho Federal de Medicina (fls. 215-216), o que é, diga-se com respeito, um absurdo, como bem destacado pelo V. acórdão (...). Era, por todos os motivos, fundamental que o v. acórdão analisasse esses pontos, no que ficou omissivo, justificando a oposição destes embargos”, igualmente não merece prosperar o argumento, vez que a denegação da ordem se deu sob o fundamento de inexistência de prova pré-constituída de que a Escola de Medicina Souza Marques tenha programa de Residência Médica credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica em conformidade com a Lei n. 6.932/1981.

- Embargos de declaração não providos.

Sustenta o recorrente, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, violação dos seguintes dispositivos legais:

1) art. 535, II, do CPC, por entender que não houve manifestação do acórdão recorrido sobre os arts. 9º, IX, e 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996);

2) art. 17 da Lei n. 3.268/1957, sob o fundamento de que esse dispositivo não limita o registro dos títulos que possuam residência médica: “Apenas exige o registro para que o profissional possa exercer sua profissão e mesmo apresentar-se como especialista em determinada área da medicina. Concluir, daí, como fez o acórdão, que apenas os títulos decorrentes de cumprimento de residência médica seriam idôneos para efetivação do registro é impor condição inexistente na lei, é criar restrição onde a lei não o fez.” (fl. 567).

3) art. 1º da Lei n. 6.932/1981, porquanto entendeu a Corte *a quo* que a residência médica seria a única forma de se obter especialização na área de medicina, e tal dispositivo legal não trata de especialização, mas somente de

residência médica, “que regulamenta e qualifica como modalidade de curso de pós-graduação”.

Afirma que o procedimento adotado pelo CRM-ES não está amparado em lei e ressalta que o CRM-RJ registrou o certificado fornecido a outro profissional pela mesma fundação, sem residência médica, como especialista em Medicina do Trabalho. Dessa forma, indaga: por que seria essencial a residência para a “Medicina Estética”?

Ressalta, ainda, a existência de várias outras especialidades médicas reconhecidas pelo Conselho Federal que independem da residência médica, como “Alergia e Imunologia Pediátrica” e “Diagnóstico por Imagem”, conforme comprovado nos autos à fl. 265; e

4) art. 48 da Lei n. 9.394/1996, esse dispositivo garante validade em todo o território nacional aos diplomas de especialização obtidos em cursos autorizados pelo Ministério da Educação.

Conclui, assim, que se o curso de especialização, de nível de pós-graduação, é reconhecido pelo MEC, os Conselhos Regionais têm obrigação de efetuar o registro, de forma a garantir ao profissional o direito de “se anunciar como especialista na área respectiva.”.

Em reforço a sua tese, cita o REsp n. 525.170-SC, da relatoria do Ministro Luiz Fux.

Pede seja anulado o acórdão que decidiu os embargos declaratórios, mantendo-se a sentença.

Após as contra-razões, admitido o especial, subiram os autos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Preliminarmente, analiso a alegada afronta ao art. 535 do CPC.

Para o recorrente o Tribunal *a quo* não se manifestou sobre art. 48 da Lei n. 9.394/1996, que confere validade nacional “aos diplomas de cursos superiores reconhecidos pelo MEC. Essa obrigatoriedade, por óbvio, alcança também os Conselhos de fiscalização profissional, entre os quais os de Medicina” (fl. 565).

Entretanto, considero ter o Tribunal Regional solucionado a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, como se pode constatar pelo trecho do voto proferido quando do julgamento dos embargos de declaração (fl. 555):

Relativamente, à omissão quanto à aplicabilidade da Lei n. 9.394/1996, igualmente não prospera o recurso, vez que a matéria, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, não é objeto do *mandamus*, que consiste no direito ao registro do título como especialista em Medicina Estética perante o Conselho Regional de Medicina, não sendo, também, necessária a análise de ser o curso reconhecido pelo MEC e administrado por entidade por ele autorizada.

Finalmente, a alegação do embargante de que “o único fundamento para negar a inscrição do título de especialista obtido pelo impetrante foi de que este não se encaixaria em um rol descrito em uma resolução do Conselho Federal de Medicina (fls. 215-216), o que é, diga-se com respeito, um absurdo, como bem destacado pelo V. acórdão (...) Era, por todos os motivos, fundamental que o v. acórdão analisasse esses pontos, no que ficou omissis, justificando a oposição destes embargos”, igualmente não merece prosperar o argumento, vez que denegação da ordem se deu sob o fundamento de inexistência de prova pré-constituída de que a Escola de Medicina Souza Marques tenha programada de Residência Médica credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica em conformidade com a Lei n. 6.932/1981.

Assim, o fato de o julgador ter utilizado fundamento diverso do apresentado pela parte, não implica em omissão do julgado.

Ultrapassado esse ponto, prequestionada implicitamente a matéria, passo à análise dos demais dispositivos tidos por violados.

Afirma o recorrente ser o curso de especialização reconhecido pelo MEC, e como tal, tem o Conselho Regional obrigação de promover o registro dos diplomas expedidos após a conclusão do curso, de forma a garantir ao profissional o direito de anunciar-se como especialista na área respectiva.

O Tribunal de origem, para negar a segurança pleiteada, concluiu ser indispensável a existência de programa de residência médica, relativo ao curso de Medicina Estética, consoante se verifica do seguinte trecho do aresto recorrido (fl. 509):

Por sua vez, a Lei n. 6.932/1981, que dispõe sobre a atividade do médico residente, prevê a obrigatoriedade da residência médica para que o profissional possa obter o título de especialista, devendo tais instituições médicas ser credenciadas pela Comissão Nacional de Residência Médica, conforme as normas insertas no art. 1º e § 1º da mencionada lei, *verbis*:

Art. 1º. A Residência médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional.

§ 1º. As instituições de saúde de que trata este artigo somente poderão oferecer programas de Residência Médica depois de credenciadas pela Comissão Nacional de Residência Médica.

Por tais razões, inexistindo prova de que a Escola de Medicina Souza Marques tenha programa de Residência Médica credenciado pela Comissão Nacional de Residência Médica em conformidade com o estipulado no § 1º, do art. 1º, da Lei n. 6.932/1981, não tem o curso de pós-graduação, lato sensu, realizado pelo impetrante, o condão de habilitá-lo a se inscrever como especialista em Medicina Estética perante o Conselho Regional de Medicina. (grifei).

A partir de uma leitura atenta ao art. 1º da Lei n. 6.932/1981, chego à conclusão diversa do posicionamento adotado pela Corte Regional. Vejamos.

O art. 1º, acima transcrito, dispõe: “a residência médica constitui modalidade de ensino de pós-graduação, destinada a médicos, *sob a forma de cursos de especialização*” (grifei). Como se vê, não exige a lei, necessariamente, residência médica para os cursos de especialização.

Assim, com base na interpretação literal da norma, não é possível, em face da ausência de residência médica, impedir o registro do diploma de curso de pós-graduação em “Medicina Estética”, como curso de especialização, no Conselho Regional de Medicina.

Todavia, ainda que se afaste esse fundamento, faz-se pertinente tecer algumas observações sobre a competência dos órgãos de classe da área médica, para também concluir pela denegação da ordem pleiteada.

A Lei n. 3.268/1957, ao tratar das atribuições do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina, dispõe que eles têm por finalidade supervisionar e julgar a ética profissional e disciplinar a classe médica:

Lei n. 3.268/1957

Art. 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-Lei n. 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.

Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, *juízes e disciplinadores da classe médica*, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente. (grifei).

E o art. 17, apontado pelo recorrente como violado, também dispendo sobre as atividades desenvolvidas pelos profissionais médicos, preceitua:

Lei n. 3.268/1957

Art. 17. Os médicos só poderão exercer legalmente a medicina, *em qualquer de seus ramos ou especialidades*, após o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas no Ministério da Educação e Cultura e de sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade. (grifei).

Temos, portanto, a exigência para o exercício da medicina, “em qualquer de seus ramos ou especialidades”, do prévio registro nos Conselhos Regionais de Medicina.

Na hipótese em apreço, a controvérsia surgiu pelo fato de o Conselho Federal de Medicina não reconhecer a “Medicina Estética” como especialidade médica capaz de conferir o título de especialista ao profissional que concluiu curso de pós-graduação, *lato sensu*.

A *quaestio juris* é a seguinte: o título de pós-graduação *lato sensu*, ainda que reconhecido pelo MEC, equipara-se aos títulos de especialização reconhecidos pelo CFM?

Para respondermos a questão, necessário analisar a competência conferida aos órgãos da classe médica.

A Constituição da República, em seu artigo 197, preceitua:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (grifei)

É inquestionável que o Conselho de Medicina funciona como órgão delegado do Poder Público para tratar das questões envolvendo a saúde pública e as atividades dos profissionais médicos. Esse é o entendimento do Supremo

Tribunal Federal, ao conferir a natureza jurídica autárquica aos órgãos de fiscalização de profissões regulamentadas, consoante precedente seguinte:

Direito Constitucional e Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da Lei federal n. 9.649, de 27.05.1998, que tratam dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei n. 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do *caput* e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (ADI n. 1.717, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.2002, DJ 28.03.2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149).

Temos, portanto, na voz do STF, que o art. 2º da Lei n. 3.268/1957 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, outorgando aos Conselhos de Medicina “julgar e disciplinar a classe médica”.

Segundo o órgão dessa classe, a “Medicina Estética” não está incluída no rol de especialidades médicas, conforme dispõe a Resolução n. 1.666 de 2003, do CFM.

Pergunta-se então: como surge uma especialidade médica? Sobre o tema, a palavra doutrinária de André Luiz Nigre e Álvaro Henrique Teixeira de Almeida:

(...) o processo normal de constituição de uma especialidade médica se dá em duas fases: (1) produz-se a autonomia de uma área da ciência e técnica médicas, que passa a ser monopólio de um grupo específico de profissionais; e (2) este grupo institucionaliza seu mecanismo de socialização de novos membros através de instituições docentes e titulações especializadas. (*in* **Direito e Medicina: um estudo interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42).

Como se vê, a simples existência de um curso de pós-graduação não é capaz de fazer surgir, no universo científico, um novo ramo de especialidade médica, conforme regulamentado pelo órgão competente.

Nesse diapasão, é importante destacar o disposto em outros atos normativos da classe médica, como por exemplo o art. 3º da Resolução n. 1.634 de 2002, do CFM que afirma:

Art. 3º Fica vedado ao médico a divulgação de especialidade ou área de atuação que não for reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina ou pela Comissão Mista de Especialidades.

Assim, interpretando as disposições das leis infraconstitucionais em harmonia com o preceito constitucional, concluo que o órgão da classe médica tem competência para criar e reconhecer especialidades médicas, após regular processamento na esfera administrativa.

Entretanto, destaco que, conforme consta da disposição preambular do mencionado ato normativo do Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1.634/2002): “as especialidades sujeitam-se aos processos dinâmicos, não podendo ser permanentes ou imutáveis. A depender das circunstâncias e das necessidades podem sofrer mudanças de nomes, fusões ou extinções”.

Nada impede que, no futuro, os órgãos regulamentares e fiscalizadores da classe médica venham a atribuir outra qualificação aos cursos de “Medicina Estética”.

Por enquanto, entendo não ser possível ao Poder Judiciário invadir a competência – tanto constitucional como legal – dos Conselhos de Medicina, para obrigá-los a conferir o título de especialista, em ramo científico ainda não reconhecido como especialidade médica.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.117.633-RO (2009/0026654-2)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Google Brasil Internet Ltda

Advogados: Igor Ramos Silva
Diego Vega Possebon da Silva
Paulo Brancher e outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia

EMENTA

Processual Civil. *Orkut*. Ação civil pública. Bloqueio de comunidades. Omissão. Não-ocorrência. *Internet* e dignidade da pessoa humana. *Astreintes*. Art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC. Inexistência de ofensa.

1. Hipótese em que se discutem danos causados por ofensas veiculadas no *Orkut*, ambiente virtual em que os usuários criam páginas de relacionamento na *internet* (= comunidades) e apõem (= postam) opiniões, notícias, fotos etc. O Ministério Público Estadual propôs Ação Civil Pública em defesa de menores – uma delas vítima de crime sexual – que estariam sendo ofendidas em algumas dessas comunidades.

2. Concedida a tutela antecipada pelo Juiz, a empresa cumpriu as determinações judiciais (exclusão de páginas, identificação de responsáveis), exceto a ordem para impedir que surjam comunidades com teor semelhante.

3. O Tribunal de Justiça de Rondônia reiterou a antecipação de tutela e, considerando que novas páginas e comunidades estavam sendo geradas, com mensagens ofensivas às mesmas crianças e adolescentes, determinou que o *Google* Brasil as impedisse, sob pena de multa diária de R\$ 5 mil, limitada a R\$ 500 mil.

4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC. No mérito, o *Google* impugna a fixação das *astreintes*, suscitando ofensa ao art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC ao argumento de sua ineficácia, pois seria inviável, técnica e humanamente, impedir de maneira prévia a criação de novas comunidades de mesma natureza. No mais, alega que vem cumprindo as determinações de excluir as páginas indicadas pelo MPE e identificar os responsáveis.

5. A *internet* é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer.

6. No mundo real, como no virtual, o valor da *dignidade da pessoa humana* é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.

7. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na *internet* é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos *direitos da personalidade* de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.

8. Essa co-responsabilidade – parte do compromisso social da empresa moderna com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo – é aceita pelo *Google*, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. Tais medidas, por óbvio, são insuficientes, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas.

9. O Tribunal de Justiça de Rondônia não decidiu conclusivamente a respeito da possibilidade técnica desse controle eficaz de novas páginas e comunidades. Apenas entendeu que, em princípio, não houve comprovação da inviabilidade de a empresa impedi-las, razão pela qual fixou as *astreintes*. E, como indicado pelo Tribunal, o ônus da prova cabe à empresa, seja como depositária de conhecimento especializado sobre a tecnologia que emprega, seja como detentora e beneficiária de segredos industriais aos quais não têm acesso vítimas e Ministério Público.

10. Nesse sentido, o Tribunal deixou claro que a empresa terá oportunidade de produzir as provas que entender convenientes

perante o juiz de primeira instância, inclusive no que se refere à impossibilidade de impedir a criação de novas comunidades similares às já bloqueadas.

11. Recurso Especial não 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, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Fernanda de Gouvea Leão, pela parte Recorrente: Google Brasil Internet Ltda

Brasília (DF), 09 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 26.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 143):

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Liminar. Descumprimento. Reavivamento. Princípios constitucionais. Observância. Manutenção.

A recorrente aponta dissídio jurisprudencial e ofensa:

a) ao art. 535 do CPC, pois “o v. acórdão não analisou relevantes questões apresentadas pela Recorrente em relação à impossibilidade de monitoramento da *internet*” (fl. 181) e à aplicação do art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC;

b) ao art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC, porquanto a majoração das *astreintes* “não cumpre a sua função coercitiva e a sua manutenção e futura execução e cobrança da Recorrente implicará em enriquecimento indevido do Recorrido” (fl. 184).

O Recurso foi admitido na origem (fl. 247).

O MPF opinou pelo não conhecimento do Recurso (fl. 258).

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): A discussão nos autos relaciona-se ao grande e atual debate acerca da responsabilidade por ofensas e danos causados por meio das chamadas comunidades na *internet*.

A recorrente mantém o “*Orkut*”, ambiente virtual em que os usuários criam páginas de relacionamento na *internet* e apõem (“postam”) opiniões, notícias, fotos etc.

O Ministério Público Estadual propôs Ação civil pública em defesa de menores que estariam sendo ofendidas em algumas dessas comunidades. Transcrevo trecho de sua petição de Agravo de Instrumento interposto na origem, que esclarece a questão (fls. 3-4):

O Ministério Público propôs ação civil pública para cumprimento de obrigação de fazer contra *Google Brasil Internet Ltda.* objetivando a condenação da ré na obrigação de fazer consistente na retirada das comunidades “Pimenta Fofocas” e “Pimenta Fofocas o Retorno” do sítio de relacionamento *Orkut* e da *internet*; a impedir a criação de novas páginas e/ou comunidades com teor semelhante, qual seja, a disseminação indiscriminada de “fofocas” sobre terceiros, especialmente crianças e adolescentes da Comarca de Pimenta Bueno; a identificar os moderadores ou proprietários de tais comunidades; a identificar todos os “associados” de tais comunidades bem como identificar as pessoas que postaram as mensagens ofensivas à honra das adolescentes E.S.B. e T.B.V. (qualificação completa, número IP - *internet protocol* - dos computadores utilizados), com base nas cópias das páginas constantes do IPL n. 356/07; e condenação em dano moral coletivo (petição inicial, doc. “A”).

Mais adiante, o MPE descreve as ofensas (fls. 5-8 - abreviei termo de baixo calão):

No referido tópico, faz-se alusão que entre as mais “biscates” de Pimenta Bueno encontra-se a adolescente “Eveline”.

Tal adolescente é a mesma vítima do IPL 356/07 e mencionada na petição inicial. Trata-se, inclusive, de adolescente vítima de crime sexual.

(...)

Para tanto, basta se ler apenas três tópicos da referida comunidade (doc. "J"), entre várias dezenas, intitulados "Gazolina", Gasolinas e Biscates do Cordeiro" (este um colégio de ensino médio estadual de Pimenta Bueno) e "quem é a mais [p.] de PB", sendo que todos estes tópicos, pegos como amostragem, fazem referências a crianças e adolescentes e, tudo indica, também foram postados por adolescentes.

Foi concedida tutela antecipada e, ao que consta, a empresa cumpriu as determinações, exceto a ordem para impedir a criação de novas comunidades com teor semelhante.

Segundo o TJ-RO, produziram-se novas páginas com mensagens ofensivas às mesmas menores, sem que o *Google* tivesse impedido (fl. 145).

Por conta desse descumprimento, o MPE pediu novo provimento antecipatório, com aplicação de *astreintes*, o que foi indeferido pelo juiz de origem.

O TJ-RO julgou procedente o Agravo de Instrumento interposto contra a decisão do magistrado de primeira instância, determinando a retirada das novas comunidades do ambiente virtual e providências para que a recorrente impeça o surgimento de páginas semelhantes, fixando multa diária de R\$ 5 mil, limitada a R\$ 500 mil (fl. 146).

A rigor, o *Google* contesta apenas a possibilidade de sofrer sanção (aplicação das *astreintes*) por conta de eventual criação de comunidades semelhantes, pois não teria meios técnicos e humanos para fiscalizar previamente o ambiente virtual. No mais, alega que vem cumprindo as determinações de excluir as páginas indicadas pelo MPE e de identificar os responsáveis.

O Tribunal de origem apreciou todos os seus argumentos. Entendeu que a empresa não comprovou a inviabilidade técnica e a deficiência de pessoal para impedir a geração novas comunidades semelhantes. Transcrevo trechos do voto-condutor (fl. 147):

Os documentos juntados com a inicial apontam claramente pelo mau uso das comunidades virtuais mantidas pelo agravado, ensejando a necessidade de intervenção judicial para a preservação da integridade moral dos atingidos pelos comentários difamatórios ali inseridos, reavivando-se a liminar concedida nos autos da ação civil pública de origem.

É público que a possibilidade de algumas pessoas se manifestarem de forma anônima viabiliza o desvirtuamento das finalidades com as quais foram criadas estas ou aquelas ferramentas. O caso dos autos não me parece diferente. Existe

a disseminação de fofocas e difamações em relação a diversas menores das Comarcas de Pimenta Bueno, São Felipe do Oeste e Primavera de Rondônia e, buscando evitar o agravamento da situação, houve intervenção judicial liminar para que tais abusos cessassem.

As alegações de inviabilidade técnica pela ausência da tecnologia necessária ao atendimento pretendido, bem como a deficiência de pessoal para a realização das fiscalizações determinadas são apenas argumentações desprovidas da necessária comprovação para se aferir sua verossimilhança.

O provedor de serviços responsável pela manutenção do *orkut* já se utiliza da fiscalização de conteúdo em outros países, como é o caso da China, não sendo possível vislumbrar, de início, em que a situação ora analisada difere da que vem sendo empregada naquele país.

Veja-se que não se pretende negar vigência à previsão constitucional de livre expressão, mas tão somente garantir que outros preceitos constitucionais igualmente importantes, como o é a dignidade da pessoa humana, presente inclusive na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e a proteção dos menores pelo Estado sejam observadas.

Assim, considerando o conteúdo apresentado pelos documentos constantes da inicial, em que comentários inseridos nas comunidades “Pimenta Fofocas” e “Pimenta Fofocas o Retorno” tratam menores e adolescentes como “biscates”, “prostitutas” entre outros adjetivos depreciativos, tem-se configurada a necessidade prévia e imediata de intervenção estatal para a proteção dos interesses em questão.

Pode-se concordar ou discordar desse posicionamento, mas não há dúvida de que o Tribunal de Justiça decidiu a demanda e fundamentou adequadamente seu entendimento, o que afasta a alegada ofensa ao art. 535 do CPC.

Nada há de aberrante, teratológico, absurdo ou desarrazoado na fundamentação do acórdão recorrido, da lavra do eminente Relator, Doutor Francisco Prestello de Vasconcellos. Muito ao contrário, encontra-se em integral sintonia com as bases estruturais do Direito brasileiro e com as exigências ético-jurídicas da pós-modernidade, em muitos aspectos moldada pelas oportunidades e desafios da *internet*.

A *internet* é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da *dignidade da pessoa humana* é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe

confere o Direito brasileiro. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na *internet* é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos *direitos da personalidade* de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comecinhos da vida em comunidade, seja ela real ou virtual.

Essa co-responsabilidade - parte do compromisso social da empresa com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo - é aceita pelo *Google*, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. Tais medidas, por óbvio, não bastam, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento e multiplicação de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas.

No mérito, a recorrente ataca a fixação das *astreintes*, suscitando ofensa ao art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC, ao argumento de que são ineficazes, pois é inviável, técnica e humanamente, impedir previamente a concepção de comunidades similares.

Ocorre que o Tribunal de origem não decidiu conclusivamente a respeito. Apenas entendeu que, em princípio, não houve comprovação dessa impossibilidade. A análise desse aspecto da demanda exigirá parecer técnico especializado, o que certamente ocorrerá nas instâncias ordinárias, no momento processual adequado. Não cabe ao STJ, e nem dele se espera nesta fase do processo, qualquer juízo a respeito desses pontos controvertidos.

Realce-se que o Tribunal de Justiça de Rondônia é absolutamente claro ao consignar que a empresa terá oportunidade de produzir as provas que entender convenientes perante o juiz de primeira instância (fls. 148-149), inclusive no que se refere à impossibilidade de impedir novas comunidades similares àquelas já bloqueadas. Transcrevo trecho do voto-condutor (fls. 148-149, grifei):

As inviabilidades técnicas alegadas pelo agravado não restaram demonstradas, podendo, a seu critério, serem apresentadas ao juízo monocrático para nova análise sobre a revogação, ou não, da liminar concedida.

Evidente, portanto, que o TJ-RO não decidiu conclusivamente a respeito da possibilidade técnica de controle eficaz de *novas* páginas e comunidades.

Apenas entendeu que, em princípio, não houve comprovação da inviabilidade de a empresa impedi-las, razão pela qual fixou as *astreintes*. E, conforme indicado pelo Tribunal, o ônus da prova cabe à empresa, seja como depositária de conhecimento especializado sobre a tecnologia que emprega, seja como detentora e beneficiária de segredos industriais aos quais não têm acesso vítimas e Ministério Público.

Como já dito, somente após a adequada dilação probatória é que as instâncias de origem poderão decidir fundamentadamente a respeito das alegações da empresa.

Caso o *Google* venha a demonstrar impossibilidade técnica e humana para cumprir a ordem judicial, as *astreintes* eventualmente aplicadas serão afastadas, por óbvio.

Por essas razões, não vejo ofensa ao art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.119.517-MG (2009/0014022-6)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Telemar Norte Leste S/A

Advogado: Sacha Calmon Navarro Coelho e outro(s)

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procurador: Gleide Lara Meirelles Santana e outro(s)

EMENTA

Tributário. ICMS. Telefonia. Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados. Utilização em “orelhões” públicos. Elemento espacial da obrigação tributária. Art. 11, III, **b** da LC n. 87/1996. Fornecimento a revendedor terceirizado localizado em outro Estado da Federação

e não a usuário final. Imposto devido ao Estado onde se localiza o estabelecimento da concessionária.

1. A questão trazida no recurso especial resume-se em definir a que Estado pertence o ICMS-comunicação incidente sobre o fornecimento de fichas ou cartões telefônicos quando o estabelecimento revendedor está situado em Estado diverso daquele onde se localiza a sede da concessionária fornecedora dos cartões.

2. O acórdão recorrido adotou o critério da localização do estabelecimento que vende o cartão a usuário final, pois, segundo entende, é nesse Estado que será efetivamente prestado o serviço. Já a recorrente defende o critério da localização do estabelecimento da concessionária que fornece o cartão telefônico, ainda que para revendedor terceirizado situado em outro Estado.

3. Cabe à lei complementar, nos termos do art. 155, parágrafo segundo, inciso XII, da CF/1988, dentre outras funções, fixar o critério espacial da obrigação tributária decorrente da incidência do ICMS, o que permitirá definir a que unidade federada deverá ser recolhido o imposto (sujeição ativa) e qual estabelecimento da empresa será responsável pelo seu pagamento (sujeição passiva).

4. O art. 11, III, **b** da LC n. 87/1996 previu, para os serviços de comunicação prestados mediante o fornecimento de fichas, cartões ou assemelhados, que o ICMS será devido ao ente federativo onde se encontra o estabelecimento da empresa que forneça tais instrumentos.

5. A escolha desse elemento espacial – sede do estabelecimento da concessionária – tem por fundamento as próprias características da operação. Os cartões ou fichas telefônicas são títulos de legitimação, que conferem ao portador o direito à fruição do serviço telefônico dentro da franquia de minutos contratada, sendo possível utilizá-los em qualquer localidade do país, integral ou fracionadamente, desde que, é claro, esteja o local coberto pela concessionária de telefonia responsável pelo fornecimento.

6. O cartão telefônico poderá ser adquirido em um Estado e utilizado integralmente em outro. É possível, também, que um mesmo cartão seja utilizado em mais de um Estado. Nesses termos, quando do fornecimento dos cartões, fichas ou assemelhados, não é possível saber qual será o efetivo local da prestação do serviço de telecomunicação,

razão porque o legislador complementar, ciente dessas dificuldades, fixou como elemento espacial da operação a *sede do estabelecimento da concessionária* que fornece os cartões, fichas ou assemelhados, afastando o critério do *local da efetiva prestação*.

7. Como as fichas e cartões são utilizados em terminais públicos, sendo regra a pulverização de usuários e locais de uso, a LC preferiu escolher um evento preciso ligado exclusivamente ao prestador, e não uma infinidade de pontos esparsos pelo território nacional.

8. Outro elemento desprezado pelo legislador complementar foi o do *domicílio do usuário*, até porque esse critério apresenta-se de pouca ou nenhuma valia, pois o tomador do serviço poderá – e é o que geralmente ocorre – utilizar o serviço distante de seu domicílio.

9. O fato de os cartões telefônicos serem revendidos por terceiros a usuário final não altera o critério espacial escolhido pela LC n. 87/1996, qual seja, o da sede do estabelecimento da concessionária. A razão é muito simples: o contribuinte do ICMS pelo fornecimento de fichas e cartões telefônicos é a própria concessionária, que não tem qualquer controle sobre a venda posteriormente realizada por revendedores, até porque nada impede que essas empresas, ao invés de negociar diretamente com os usuários, revendam a terceiras empresas situadas em outra unidade da Federação.

10. Não há, portanto, qualquer critério seguro que permita à concessionária fixar com precisão o local onde será revendido o cartão telefônico a usuário final. Como o fato gerador ocorre no momento do fornecimento da ficha, cartão ou assemelhado, nos termos do art. 12, § 1º, da LC n. 87/1996, e como nesse momento ainda não houve a revenda, estaria a concessionária impossibilitada de fazer o recolhimento do ICMS incidente sobre a operação, justamente por não ser possível definir o local da revenda e, conseqüentemente, o Estado titular da imposição tributária.

11. O Convênio ICMS n. 126/1998 explicitou a regra do art. 11, III, **b**, da LC n. 87/1996 para deixar claro que o imposto incide por ocasião do fornecimento da ficha, cartão ou assemelhado, ainda que a venda seja para terceiro intermediário e não para o usuário final.

12. Já o Convênio ICMS n. 55/2005 adotou regra expressa determinado que o pagamento do imposto deve ser feito ao Estado

onde se localiza a concessionária de telefonia que fornece o cartão telefônico, ainda que o fornecimento seja para terceiros intermediários situados em unidade federativa diversa.

13. Mesmo que a concessionária não entregue o cartão telefônico diretamente ao usuário, mas a revendedor terceirizado localizado em unidade federada diversa, o que é muito comum para facilitar e otimizar a distribuição, ainda assim, deverá o imposto ser recolhido ao Estado onde tem sede a empresa de telefonia.

14. A única exceção a essa regra ocorreria na hipótese em que a empresa de telefonia distribui as fichas e cartões, não por revendedores terceirizados, mas por meio de filiais localizadas em outros Estados. Somente nesse caso, a concessionária, para efeito de definição do ente tributante a quem se deve recolher o imposto, será a filial, e não a matriz.

15. Como a hipótese é de venda por distribuidores independentes situados em outros Estados, não se aplica a exceção, mas a regra geral, devendo o imposto ser recolhido integralmente no Estado onde situada a concessionária que emite e fornece as fichas e cartões telefônicos.

16. 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, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi, pela parte Recorrente: Telemar Norte Leste S/A e Dra. Fabíola Pinheiro Peres, pela parte Recorrida: Estado de Minas Gerais

Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 24.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **b** do inciso III do art. 105 da CF/1988 e interposto contra acórdão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negou provimento ao apelo da *Telemar Norte Leste S/A*, ora recorrente, por entender que o ICMS - modalidade comunicação, quando prestado por meio de fichas, cartões ou assemelhados, é devido ao Estado onde se encontra sediado o respectivo usuário.

Eis a ementa confeccionada na origem:

Ementa: Mandado de segurança. Concessionária de telecomunicações. ICMS. Fato gerador. Cartões, fichas e assemelhados. Fornecimento. Usuário final localizado neste Estado. Incidência. Ilegalidade. Não-observância. Denegação. É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação que foram prestados mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando o usuário final do serviço esteja localizado no Estado, de acordo com o disposto no art. 155, § 2º, XII, **d**, da Constituição da República, no art. 12, VII, § 1º, da Lei Complementar n. 87/1996 e no art. 1º da Instrução Normativa Estadual SUTRI n. 4, de 06.10.2006. Nega-se provimento à apelação. (e-STJ, fl. 284)

Para melhor compreensão dos fundamentos do voto condutor, transcreve-se na sequência o fragmento relativo ao mérito:

Examino a questão jurídica da matéria.

Nos termos do disposto no art. 146, III, **a**, da Constituição da República, cabe à Lei Complementar:

Art. 146 -

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

a) - definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Já o art. 155 da Constituição estabelece, em seu § 2º, XII, **d**, que, em se tratando de operações relativas às prestações de serviços de comunicação, cuja instituição é de competência dos Estados e do Distrito Federal, cabe à Lei Complementar

“fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços.”

Extrai-se das citadas normas constitucionais que a Constituição Federal delegou à Lei Complementar, quanto ao ICMS, definir seus contribuintes, dispor sobre substituição tributária e fixar, para efeito de cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços.

Em cumprimento à determinação constitucional, sobreveio a Lei Complementar n. 87/1996, que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Sobre a matéria em discussão, menciono o art. 12:

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão, ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário. (g.n.)

De acordo com a interpretação do citado dispositivo, o fato gerador, nas prestações onerosas de serviços de comunicação, quando realizada mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, ocorre no momento do fornecimento desses instrumentos ao usuário.

Recentemente, o Estado de Minas Gerais editou a Instrução Normativa SUTRI n. 4, de 06 de outubro de 2006, que dispõe sobre a interpretação de dispositivos legais relativos à sujeição ativa referente ao ICMS incidente na prestação de serviço de comunicação por concessionária ou permissionária, prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, no seguinte sentido, *verbis*:

Art. 1º - É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, em que o usuário final do serviço esteja localizado no Estado.

Art. 2º - Considera-se fornecido pelo estabelecimento mineiro o cartão, a ficha ou assemelhados, provenientes de estabelecimento da concessionária ou permissionária situado em outra unidade da Federação, para fornecimento a usuário final neste Estado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, na hipótese de fornecimento ao distribuidor intermediário.

Art. 3º - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data da sua publicação. (fls. 80-81-TJ).

Portanto, não verifico presença de ilegalidade, tendo em vista que a Instrução Normativa SUTRI n. 4, de 2006, em cumprimento à Lei Complementar n. 87/1996 e à Constituição Federal, apenas remeteu ao Estado de Minas Gerais o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando o usuário final do serviço esteja localizado neste Estado.

Acolho o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e nego provimento à apelação. (e-STJ, fls. 285-288)

Os embargos de declaração opostos em seguida foram rejeitados, nos termos da ementa assim elaborada:

Embargos de declaração. Acórdão. Omissão. Não-ocorrência. Mandado de segurança. Concessionária de telecomunicações. ICMS. Fato gerador. Cartões, fichas e assemelhados. Fornecimento. Usuário final localizado neste Estado. Incidência. Examinados os pontos jurídicos pertinentes à definição do local de incidência do ICMS, na prestação onerosa de serviço de comunicação, mediante ficha, cartão ou assemelhados, reiteram-se os fundamentos do acórdão. A menção expressa a todos os dispositivos legais indicados pelas partes não é providência necessária à fundamentação do julgado. Rejeitam-se os embargos. (e-STJ, fl. 300)

Os segundos aclaratórios, embora também rejeitados, examinaram expressamente as alegações da então apelante, tendo sido afastada a ilegalidade da Instrução Normativa SUTRI n. 04/2006 do Estado de Minas Gerais, supostamente ofensiva à determinação contida no art. 11, III, **b**, da Lei Complementar n. 87/1996.

Colhe-se do aresto o seguinte:

Não existe omissão a ser declarada.

Os fundamentos do julgado estão claros no sentido de que é devido ao embargado o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação que foram prestados mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando o usuário do serviço

esteja localizado neste Estado, de acordo com a orientação do art. 12, VII, § 1º, da Lei Complementar n. 87/1996:

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão, ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário. (g.n.)

A Instrução Normativa SUTRI n. 4, de 2006, dando cumprimento à referida Lei Complementar n. 87/1996, assegurou ao Estado de Minas Gerais o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando o usuário final do serviço esteja localizado neste Estado.

A Procuradoria-Geral de Justiça mencionou que “a cláusula primeira do Convênio ICMS n. 55/2005, ao estabelecer o momento de ocorrência do fato gerador como o fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, decorre da aplicação do § 1º, do art. 12, da Lei Complementar n. 87/1996 e autoriza a tributação dos serviços nos moldes da Instrução Normativa n. 4/2006.”

O art. 11, III, **b**, da Lei Complementar n. 87/1996, não tem a eficácia de afastar a conclusão inicial da Turma Julgadora, considerando que se trata de norma que apenas define o estabelecimento da concessionária ou permissionária que fornece ficha, cartões ou assemelhados como o responsável pelo cumprimento da obrigação tributária, diferentemente do disposto no art. 12, VII, § 1º que estabelece o momento devido para a incidência do imposto.

A resposta dada pela Anatel à consulta formulada pelo Confaz e juntada aos autos pela própria embargante ajuda bastante na solução da pendência.

Aquele pronunciamento oficial, com valor de ato administrativo interpretativo, distingue bem a emissão da comercialização dos cartões indutivos.

No subitem 5.9, está claro que a emissão abrange não só “a fabricação dos cartões indutivos como também a administração de sua distribuição”.

Esclarece:

Nessa fase, constitui obrigação da prestadora envidar todos os seus esforços para montar uma estrutura otimizada, que garanta:

- a fabricação de cartões com qualidade, dentro dos parâmetros técnicos definidos, devidamente certificados e homologados pela Anatel (art. 4º do Regulamento do cartão indutivo);

- a distribuição por setor, de forma que a cada Estado seja remetida, para comercialização, a quantidade compatível com o consumo médio de créditos daquele setor (art. 5º do referido Regulamento).

Acrescenta:

5.10. Esta etapa do processo não precisa ser cumprida por setor, sendo permitida tanto a terceirização quanto a centralização. O fundamento legal que permite a terceirização encontra-se no art. 94, inciso I e § 1º, os quais permitem que a Concessionária, no cumprimento dos seus deveres, contrate com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares aos serviços, permanecendo sempre responsável perante o usuário e a Anatel;

Quando trata da comercialização, diz a Anatel:

5.15. O art. 5º do Regulamento de utilização do cartão indutivo dispõe que: "A Prestadora do STFC somente poderá comercializar cartões indutivos dentro da sua área de atuação e em quantidade compatível com o consumo médio dos créditos de sua planta de Telefone de Uso Público - TUP em serviço".

5.16. Por "área de atuação" entende-se "a área geográfica de atuação definida no contrato de concessão, permissão ou termo de autorização para cada modalidade do STFC prestado". (art. 12, inciso VI do Regulamento de Indicadores de Qualidade - RIQ, aprovado pela Resolução n. 417, de 17.10.2005).

5.17. Assim, a comercialização dos cartões é restrita à área de atuação da Prestadora, o que significa dizer que esta etapa do processo, por determinação regulamentar, encontra-se restrita a cada setor do PGO.

5.18. Se uma Concessionária atua em diversos setores, a central de distribuição de cartões, após calcular a quantidade a ser comercializada em cada setor, e em cada posto de venda existente, de acordo com o art. 5º do Regulamento, deve efetuar a distribuição dos cartões para os diversos setores. Nestes, haverá a comercialização aos usuários finais, pelos respectivos postos de venda.

5.19. Dessa forma, não nos parece que o termo "comercialização", mencionado no art. 5º, queira abranger a distribuição de cartões, até

sua chegada aos postos de venda, pois esta atividade é parte da etapa de emissão, definida no art. 2º, inciso II da norma. O termo deve ser interpretado restritivamente, devendo ser entendido como “venda para uso”, e não mera distribuição.

No término da resposta à consulta, a Anatel mencionou que o fato descrito, de venda a distribuidor, integra a etapa da emissão, não obstante a antecipação do fato gerador da operação, que ocorre no campo tributário.

Deixa bastante elucidado que a opção da prestadora pela administração da distribuição dos cartões no mercado não é proibida, na fase da emissão dos cartões, pois se trata de questão de logística da empresa, que visa aumentar qualidade, bem como minimizar custos de produção.

A opção pelo sistema de distribuição, se serve para otimizar qualidade e minimizar custo, implica também sofisticação de controle. A emissora dos cartões terá de responder pelos atos de sua distribuidora, na condição de preponente e cuidar de fazer o recolhimento do ICMS, no prazo legal, a contar do fato gerador que é o fornecimento dos créditos ao usuário.

Discutível parece-me somente a parte da Cláusula Primeira do Convênio n. 55/2005, quando considera a entrega ao terceiro intermediário como fornecimento ao usuário e fato gerador do ICMS. Não há previsão legal para que o convênio modifique a lei complementar. Se, pela lei complementar, o fato gerador é o fornecimento ao usuário, não pode o convênio, ao pretexto de interpretação, equiparar o fornecimento ao terceiro intermediário ao fornecimento ao usuário e, com isto, estabelecer antecipação de tributo e modificação do Estado destinatário da arrecadação.

Como se encontra no texto de Mário Celso Santiago Menezes, extraído da *internet* (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1416>), “O ICMS sobre prestação de serviços de comunicação. Sua incidência sobre a tarifa de habilitação telefônica”, “o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita (sobre a relação de interlocução remetente-destinatário). O imposto estadual incide sim, como é de ver do próprio *nomen iuris*, sobre a *prestação (onerosa) de todo e qualquer serviço de comunicação de qualquer natureza* (aí incluída a telecomunicação).”

Acrescenta: “Só haverá incidência do ICMS quando se completa o negócio jurídico oneroso entre prestador e tomador (usuário) do serviço, isto é, quando o contratante, tomador do serviço, é cobrado por ter disponíveis os meios aptos e necessários à comunicação individualmente”.

Parece-me forçada e imprópria e ficta a consideração contida no art. 2º da Instrução Normativa SUTRI n. 4, de 6 de outubro de 2006, no sentido de que se considera fornecido pelo estabelecimento mineiro o cartão, a ficha ou assemelhados, provenientes de estabelecimento da concessionária ou permissionária situado em outra unidade da Federação, para fornecimento a usuário final neste Estado.

O art. 11, III, **b**, da Lei Complementar n. 87, de 1996, tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação, definiu o local da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, como o do estabelecimento da concessionária ou permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados com que o serviço é pago.

Estas definições não acarretaram a transferência do crédito tributário para o ente federativo do lugar do referido fornecimento. As definições foram apenas para o estabelecimento responsável e a cobrança.

Ocorrendo a prestação do serviço de comunicação, em termos efetivos, não fictos, em outro Estado, é neste que se perfaz o fato gerador e a imposição, a cargo do estabelecimento responsável.

O Convênio n. 126/1998, em sua Cláusula Sétima, era mais claro a este respeito:

Relativamente à ficha, cartão ou assemelhados, será observado o seguinte:

I - por ocasião da entrega, real ou simbólica, a terceiro para fornecimento ao usuário, mesmo que a disponibilização seja por meio eletrônico, a empresa de telecomunicação emitirá a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST) com destaque do valor do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente nessa data;

Referido Convênio previa, expressamente, no inciso II, a operação interestadual, porém não continha a equiparação da entrega ao intermediário ou dealer ou a consignação ao negócio jurídico real da comercialização.

Com estes esclarecimentos e por não haver omissão, contradição ou dúvida, rejeito os embargos declaratórios. (e-STJ, fls. 329-335)

A Corte estadual sintetizou o julgamento nesta ementa:

Embargos de declaração. Concessionária de telecomunicações. ICMS. Fato gerador. Cartões, fichas e assemelhados. Fornecimento. Usuário localizado neste Estado. Incidência. O fornecimento de cartões e assemelhados, no serviço de telecomunicação, compõe-se de duas fases: a emissão - que compreende a distribuição e a comercialização. O ICMS tem por fato gerador a disponibilidade do cartão, ficha ou assemelhado para ser utilizado na telecomunicação. Rejeitam-se os embargos declaratórios. (e-STJ, fl. 328)

Quanto à alínea **a**, *Telemar Norte Leste S/A* aponta violação ao disposto nos arts. 11, III, **b** e 12, VII e § 1º, da LC n. 87/1996. Sustenta que o ICMS incidente sobre o serviço de comunicação realizado por meio de fichas, cartões ou assemelhados é devido ao Estado onde se localiza o estabelecimento da

concessionária ou permissionária de telefonia que fornece esses instrumentos a usuário final ou a distribuidor intermediário, diferentemente do que concluiu o acórdão recorrido, que fixou a sujeição ativa no Estado onde sediado o usuário final, local onde será efetivamente prestado o serviço.

Pela alínea **b**, assevera que a Instrução Normativa SUTRI n. 4/2006, do Estado de Minas Gerais, que considera ato de governo local para fins de interposição do apelo, viola frontalmente o disposto nos arts. 11, III, **b** e 12, VII e § 1º, da LC n. 87/1996, pelos mesmos motivos já declinados.

A Fazenda Estadual ofertou contrarrazões (e-STJ, fls. 387-393), afirmando a correção do aresto recorrido.

O Ministério Público Federal, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Flávio Giron, opina pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 437-445).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): *Telemar Norte Leste S/A* aponta violação ao disposto nos arts. 11, III, **b** e 12, VII e § 1º, da LC n. 87/1996. Sustenta que o ICMS incidente sobre o serviço de comunicação realizado por meio de fichas, cartões ou assemelhados é devido ao Estado onde se localiza o estabelecimento da concessionária ou permissionária de telefonia que fornece esses instrumentos a usuário final ou a distribuidor intermediário, diferentemente do que concluiu o acórdão recorrido, que fixou a sujeição ativa no Estado onde é fornecido o cartão a usuário final, que supostamente é o local onde será prestado o serviço de telefonia.

Os dispositivos que a recorrente indica como malferidos foram expressamente examinados nos arestos recorridos, como se observa da seguinte passagem do voto condutor:

Os fundamentos do julgado estão claros no sentido de que é devido ao embargado o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação que foram prestados mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando o usuário do serviço esteja localizado neste Estado, de acordo com a orientação do art. 12, VII, § 1º, da Lei Complementar n. 87/1996:

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

(...)

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão, ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário. (g.n.)

A Instrução Normativa SUTRI n. 4, de 2006, dando cumprimento à referida Lei Complementar n. 87/1996, assegurou ao Estado de Minas Gerais o ICMS relativo à prestação de serviço de comunicação, prestado mediante ficha, cartão ou assemelhados, quando o usuário final do serviço esteja localizado neste Estado.

A Procuradoria-Geral de Justiça mencionou que “a cláusula primeira do Convênio ICMS n. 55/2005, ao estabelecer o momento de ocorrência do fato gerador como o fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, decorre da aplicação do § 1º, do art. 12, da Lei Complementar n. 87/1996 e autoriza a tributação dos serviços nos moldes da Instrução Normativa n. 4/2006.”

O art. 11, III, **b**, da Lei Complementar n. 87/1996, não tem a eficácia de afastar a conclusão inicial da Turma Julgadora, considerando que se trata de norma que apenas define o estabelecimento da concessionária ou permissionária que fornece ficha, cartões ou assemelhados como o responsável pelo cumprimento da obrigação tributária, diferentemente do disposto no art. 12, VII, § 1º que estabelece o momento devido para a incidência do imposto. (e-STJ, fls. 329-330)

Dessarte, conheço do recurso especial e passo ao exame de mérito.

A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, com esteio na Instrução Normativa SUTRI n. 4/2006, vem autuando a recorrente por não recolher o ICMS sobre o fornecimento de cartões telefônicos a estabelecimentos revendedores terceirizados situados no território do Estado.

Por força dessa prática reiterada, *Telemar Norte Leste S/A* impetrou mandado de segurança preventivo para que o Superintendente da Fazenda Estadual deixe de exigir o “ICMS quanto aos serviços telefônicos que presta mediante remuneração por cartões indutivos comprados de filiais desta em outros Estados por empresas revendedoras e aqui comercializados para

consumidores finais pelas mesmas ou por outras empresas distribuidoras” (e-STJ, fl. 16).

Argumenta a impetrante que a já citada IN fere a disposição contida no art. 11, III, **b**, da LC n. 87/1996, porque o imposto deve ser pago ao Estado onde está situado o estabelecimento da concessionária, e não àquele onde se acha localizado o revendedor terceirizado – que vende o cartão a consumidor final – ou onde efetivamente é utilizado o serviço.

A questão trazida no recurso especial resume-se, portanto, em definir a que Estado pertence o ICMS-comunicação incidente sobre o fornecimento de fichas ou cartões telefônicos quando o estabelecimento revendedor está situado em Estado diverso daquele onde se localiza a sede da concessionária.

O acórdão recorrido adotou o critério da localização do estabelecimento que vende o cartão a usuário final, pois, segundo entende, é nesse Estado que será efetivamente prestado o serviço. Já a recorrente defende o critério da localização do estabelecimento da concessionária que fornece o cartão telefônico, ainda que para revendedor terceirizado situado em outro Estado.

Diante desse quadro, apresentam-se três alternativas:

(a) o ICMS deve ser destinado ao Estado onde se localiza a concessionária que fornece os cartões, ainda que para revendedor terceirizado sediado em outro Estado (tese da recorrente);

(b) o imposto é devido ao Estado onde se realiza a venda a usuário final (tese do acórdão que julgou a apelação);

(c) o sujeito ativo da imposição tributária é o Estado onde efetivamente é prestado o serviço, vale dizer, onde é utilizado o cartão telefônico (tese do aresto que examinou os segundos embargos de declaração).

Examinemos cada uma dessas alternativas a partir da exegese das disposições constitucionais e legais que regem o ICMS-comunicação.

(A) O Regramento Constitucional

A Constituição da República não instituiu tributos, mas apenas delimitou a competência tributária das unidades federadas e da União a quem foi conferido o poder de tributar. Há municípios, por exemplo, que não exercem a competência tributária, provavelmente em razão do diminuto contingente populacional, que tornaria a despesa decorrente da máquina arrecadatória superior à receita

resultante da própria arrecadação. São entidades que sobrevivem, exclusivamente, das transferências governamentais e do fundo de participação dos municípios.

Nesses termos, nada obstante a previsão constitucional, o ICMS somente poderá ser cobrado pelos Estados e pelo Distrito Federal se instituído mediante lei específica de cada entidade. Essa lei, todavia, deve observar os limites traçados em lei complementar, de âmbito nacional, que tem por função estabelecer a “espinha dorsal” desse imposto, imprimindo-lhe certa uniformidade para evitar, ou pelo menos reduzir, os efeitos do que se convencionou chamar de “guerra fiscal”.

Na esteira do que dispõe o artigo 146, III, a, da CF/1988, é a lei complementar o veículo normativo apto a definir os tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na CF/1988, os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

No que se refere especificamente ao ICMS, a CF/1988, no art. 155, parágrafo segundo, inciso XII, atribuiu também à lei complementar, dentre outras funções:

- (a) definir seus contribuintes;
- (b) dispor sobre substituição tributária;
- (c) disciplinar o regime de compensação do imposto; e
- (d) fixar, para efeito de cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviço.

Cabe à lei complementar, portanto, dentre outros aspectos, fixar o critério espacial da obrigação tributária decorrente da incidência do ICMS, o que permitirá definir a que unidade federada deverá ser recolhido o imposto (sujeição ativa) e qual estabelecimento da empresa será responsável pelo seu pagamento (sujeição passiva).

(B) A Regra Legal

Seguindo a regra do art. 155, parágrafo segundo, inciso XII, d, a Lei Complementar n. 87/1996 definiu, em seu art. 11, inciso III, o critério espacial da obrigação tributária do ICMS-comunicação, nos seguintes termos:

Art. 11- O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

III - tratando-se de prestação onerosa de serviços de telecomunicações:

a) o da prestação do serviço de radiodifusão sonora e de som e imagem, assim entendido o da geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação e recepção;

b) o do estabelecimento da concessionária ou da permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados com que o serviço é pago;

c) o do estabelecimento destinatário do serviço, na hipótese e para os efeitos do inciso XIII do art. 12;

d) o do estabelecimento ou domicílio do tomador do serviço, quando prestado por meio de satélite;

e) onde o serviço seja cobrado nos demais casos. (original sem grifos)

Vê-se que a LC n. 87/1996 criou um sistema detalhado para o fim de delimitar o aspecto espacial do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicação, fixando regras distintas para cada modalidade de serviço. Na comunicação por meio de satélites, o imposto será devido ao ente federativo onde se encontra o tomador do serviço, independentemente da sede do estabelecimento prestador. Regra inversa é aplicada à hipótese de radiodifusão, quando o imposto caberá ao Estado onde efetivamente ocorre a geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação e recepção, independentemente do local em que esteja sediado o tomador.

No caso dos serviços de comunicação prestados mediante o fornecimento de fichas, cartões ou assemelhados, o imposto será devido ao ente federativo onde se encontra o estabelecimento da empresa que forneça tais instrumentos. Isso significa dizer, em uma interpretação literal da regra, que não importa em qual localidade seja efetivamente utilizado o serviço, tampouco o local onde se encontra domiciliado o respectivo usuário.

(C) Elemento Espacial: Critério do Local do Estabelecimento da Concessionária

A escolha desse elemento espacial – sede do estabelecimento da concessionária – tem por fundamento as próprias características da operação. Os cartões ou fichas telefônicas são títulos de legitimação, que conferem ao portador o direito à fruição do serviço telefônico dentro da franquia de minutos contratada, sendo possível utilizá-los em qualquer localidade do país, integral ou fracionadamente, desde que, é claro, esteja o local coberto pela concessionária de telefonia responsável pelo fornecimento.

O cartão telefônico poderá ser adquirido em um Estado e utilizado integralmente em outro. É possível, também, que um mesmo cartão seja utilizado em mais de um Estado. Nesses termos, quando do fornecimento dos cartões, fichas ou assemelhados, não é possível saber qual será o efetivo local da prestação do serviço de telecomunicação, razão porque o legislador complementar, ciente dessa dificuldade, fixou como elemento espacial da operação a *sede do estabelecimento da concessionária* que os fornece, afastando o critério do *local da efetiva prestação*.

Como as fichas e cartões são utilizados em terminais públicos, sendo regra a pulverização de usuários e locais de uso, a LC preferiu escolher um evento preciso ligado exclusivamente ao prestador, e não uma infinidade de pontos esparsos pelo território nacional de difícil ou impossível identificação.

Outro elemento desprezado pelo legislador complementar foi o do *domicílio do usuário*, até porque esse critério apresenta-se de pouca ou nenhuma valia, pois o tomador do serviço poderá – e é o que geralmente ocorre – utilizar o serviço distante de seu domicílio.

Portanto, local da utilização do cartão e locais vinculados ao usuário não foram, seguramente, critérios adotados pela LC n. 87/1996 para o fim de fixar o local da prestação do serviço nessa hipótese.

Como já dito, a CF/1988 atribuiu à lei complementar a tarefa de definir o local da prestação dos serviços para fins de recolhimento do ICMS e de fixar regras para dirimir conflitos de competência entre os entes tributantes.

O legislador infraconstitucional, fazendo uso estrito dessa prerrogativa, fixou a sede do estabelecimento da empresa concessionária que fornece fichas, cartões ou assemelhados como o elemento espacial necessário e suficiente para se definir o Estado a quem se deve pagar o imposto e o estabelecimento da empresa responsável pelo recolhimento.

Os critérios de conexão utilizados pela lei complementar para dirimir conflitos de competência devem observar o princípio da referibilidade, ou seja, precisam guardar pertinência absoluta com a regra-matriz de incidência delineada pela CF/1988. Assim, desde que relacionados àquelas materialidades constitucionalmente previstas, é plenamente possível a utilização dos mais diversos aspectos, sem qualquer ofensa aos princípios constitucionais.

Nesses termos posta a questão, o elemento espacial do ICMS-comunicação não é conciliável apenas com o critério de conexão material – relativo ao local

de prestação do serviço, que é a regra geral – , mas admite exceções, podendo ser adotada a sede ou domicílio do tomador, tal qual ocorre com o serviço de comunicação prestado por satélites (art. 11, III, **d**, da LC n. 87/1996), ou mesmo a sede do estabelecimento do prestador, como no caso do fornecimento do serviço por meio de fichas e cartões (art. 11, III, **b** da LC n. 87/1996).

Nada há, portanto, de inconstitucional ou ilegal na regra do art. 11, III, **b**, da Lei Complementar n. 87/1996, quando elegeu a sede da concessionária de telefonia que fornece fichas, cartões ou assemelhados com que é pago o serviço a ser prestado.

Fixada a premissa, remanesce apenas uma dúvida: se o fato de os cartões telefônicos serem revendidos por terceiros a usuário final altera o critério espacial escolhido pela LC n. 87/1996, qual seja, o da sede do estabelecimento da concessionária? Em outras palavras, se o cartão telefônico for vendido pela concessionária a um revendedor situado em outro Estado, altera-se o aspecto espacial do art. 11, III, **b**, da LC n. 87/1996?

A resposta é indubitavelmente negativa. Como já afirmado, o critério a ser seguido é exclusivamente o da sede da concessionária, não devendo ser considerado qualquer outro, ainda que o cartão seja revendido a consumidor final em unidade federativa diversa daquela onde esteja situada a concessionária.

A razão é muito simples: o contribuinte do ICMS pelo fornecimento de fichas e cartões telefônicos é a própria concessionária, que não tem qualquer controle sobre a venda posteriormente realizada por revendedores, até porque nada impede que essas empresas, ao invés de negociar diretamente com os usuários, revendam a terceiras empresas situadas em outra unidade da Federação.

Assim, não é difícil imaginar um cartão telefônico fornecido por uma concessionária de telefonia situada em São Paulo a um revendedor localizado em Minas Gerais, que posteriormente o revende a outro estabelecimento no Rio de Janeiro.

Não há, portanto, qualquer critério seguro que permita à concessionária fixar com precisão o local onde será revendido o cartão telefônico a usuário final. Como o fato gerador ocorre no momento do fornecimento da ficha, cartão ou assemelhado, nos termos do art. 12, § 1º, da LC n. 87/1996, e como nesse momento ainda não houve a revenda, estaria a concessionária impossibilitada de fazer o recolhimento do ICMS incidente sobre a operação, justamente por não ser possível definir o local da revenda e, conseqüentemente, o Estado titular da imposição tributária.

(D) Exceção

Como visto, a regra é a de que o imposto deve ser pago ao Estado onde se localiza a concessionária que emite e fornece os cartões. Questiona-se: há exceção quando a empresa de telefonia distribui as fichas e cartões, não por revendedores terceirizados, mas por meio de filiais localizadas em outros Estados?

Para o art. 12, I, da LC n. 87/1996, ocorre o fato gerador do ICMS no exato momento da saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Já o art. 11, § 3º, II, da LC n. 87/1996, seguindo a mesma linha, estabelece o princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Eis a redação dos dois dispositivos:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Nada obstante, a jurisprudência desta Corte firmou a orientação de que não incide o ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, nos termos da Súmula n. 166-STJ: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Questão polêmica é saber se o imposto incide, ou não, nas transferências *interestaduais* entre estabelecimentos do mesmo titular. Nesses casos, além de implicações relativas à cumulatividade do imposto e ao regime de apuração, há conseqüências ainda mais relevantes no tocante à determinação da titularidade ativa para a cobrança do tributo, pois, desconsiderar a autonomia dos estabelecimentos, em situações com tais, implicaria possível desrespeito à

distribuição constitucional da competência tributária entre os entes federados, bem como à repartição, entre estes, do produto da tributação.

A respeito, afirma Souto Maior Borges:

A única exceção à regra, plenamente justificável, está no art. 53, § 2º, n. II, referente à tributação de “transferências para estabelecimentos do próprio remetente”, situado “em outro Estado”. Não há circulação, por ausência de mudança de dono ou possuidor, e não obstante deve ser pago o tributo, para não se prejudicar o Estado de onde sai a mercadoria. Ao tempo do velho Imposto de Venda e Consignações já se tributava essa espécie de transferência, exatamente para proteger os Estados produtores. (*O Fato Gerador do ICM e os Estabelecimentos Autônomos in Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 103, p. 43)

Não diverge desse entendimento Roque Antônio Carrazza, que escreve:

Há, porém, uma exceção a esta regra: quando a mercadoria é transferida para estabelecimento do próprio remetente, mas situado no território de outra pessoa política (Estado ou Distrito Federal), nada impede, juridicamente, que a filial venha a ser considerada “estabelecimento autônomo”, para fins de tributação por via do ICMS. Assim é para que não se prejudique o Estado (ou o Distrito Federal) de onde sai a mercadoria.

Em outras palavras, cabe ICMS quando a transferência de mercadorias dá-se entre estabelecimentos da mesma empresa, *mas localizados em territórios de pessoas políticas diferentes*, desde que se destinem à venda e, portanto, não sejam bens do ativo imobilizado. A razão disso é simples: a remessa traz reflexos tributários às pessoas políticas envolvidas no processo de transferência (a do estabelecimento de origem e a do destino).

Ora, aplicando-se a regra geral (de que inexistente circulação na transferência de mercadorias de um estabelecimento para outro, de um mesmo proprietário) a pessoa política de origem nada pode arrecadar, a título de ICMS; só a localizada no estabelecimento de destino.

Logo - e também porque o *princípio federativo* e o *princípio da autonomia distrital* inadmitem que Estados e Distrito Federal se locupletem às custas de outrem - concordamos que tais estabelecimentos sejam considerados autônomos, pelo menos para fins de tributação por meio do ICMS. (*ICMS*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 50-51)

Nada obstante o entendimento em contrário de boa parte da doutrina, a jurisprudência desta Corte, em pouquíssimos julgados e sempre observada a limitação infraconstitucional da matéria, assentou que o ICMS também não incide nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, como se observa, exemplificativamente, dos seguintes julgados:

Tributário. Recurso especial. ICMS. Transferência de bens do ativo fixo entre estabelecimentos do mesmo titular (filial e matriz). Não-constituição do fato gerador. Restituição do indébito tributário. Art. 166 do CTN. Prova da não repercussão do encargo financeiro. Inexistência. Compensação na escrita fiscal regulada por legislação local. Atendimento dos requisitos. Inexistência de óbice da Fazenda Estadual ao creditamento efetuado pelo contribuinte. Acórdão calcado em interpretação de direito local. Súmula n. 280-STF. Aplicação.

1. A configuração da hipótese de incidência do ICMS sobre realização de operações relativas à circulação de mercadorias, reclama a ocorrência de ato de mercancia, vale dizer, a venda da mercadoria (Precedentes: AgRg no REsp n. 601.140-MG, Primeira Turma, DJ de 10.04.2006; AgRg no Ag n. 642.229-MG, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 26.09.2005; e REsp n. 659.569-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 09.05.2005).

2. Deveras, consoante abalizada doutrina, “tal circulação só pode ser jurídica (e, não, meramente física)”, a qual pressupõe “a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria” (Roque Antônio Carrazza, *in* ICMS, 9ª Ed., Malheiros Editores, 2003, São Paulo, p. 36). Desta sorte, inexistindo mudança da titularidade da mercadoria, a tributação pelo ICMS incorre.

3. A jurisprudência cristalizada no âmbito do STJ é no sentido de que “não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte” (Súmula n. 166), restando assente, em diversos julgados, a irrelevância dos estabelecimentos situarem-se em Estados distintos (Precedentes do STJ: AgRg no REsp n. 601.140-MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 10.04.2006; REsp n. 659.569-RS, Segunda Turma, publicado no DJ de 09.05.2005; AgRg no Ag n. 287.132-MG, Primeira Turma, publicado no DJ de 18.12.2000; e REsp n. 121.738-RJ, Primeira Turma, publicado no DJ de 1º.09.1997).

4. *In casu*, os autos retratam hipótese de transferência interestadual de bens do ativo fixo e de materiais de uso e consumo da filial da empresa, situada no Estado do Rio de Janeiro, para sua sede localizada na Zona Franca de Manaus (saída da filial e entrada na matriz), fato que refoge à regra-matriz de incidência do ICMS, razão pela qual não merece prosperar a pretensão recursal fazendária, no particular.

5. Outrossim, a *quaestio iuris* atinente à alegada ausência de prova da não repercussão do encargo financeiro restou solucionada pela instância ordinária à luz da interpretação de legislação local, qual seja, a Resolução SEEF n. 2.455/1994 e o Decreto Estadual n. 2.473/1979, revelando-se incabível a via recursal extraordinária para rediscussão da matéria, ante a incidência da Súmula n. 280-STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

6. Recurso especial desprovido. (REsp n. 772.891-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 26.04.2007)

Esta Corte, em reiterados julgamentos, tem afirmado a orientação no sentido de que, à vista da ausência de caráter mercantil, não constitui fato gerador do ICMS o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo proprietário, a despeito de esses estabelecimentos se situarem em Estados diversos.

Os julgados deste Tribunal que deram origem à Súmula n. 166-STJ revelam claramente ser pacífico o entendimento de que, para se configurar o fato gerador do ICMS, é necessário que haja o ato de mercancia, ou seja, venda da mercadoria. (AgRg no REsp n. 601.140-MG, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 10.04.2006)

Assim, como não incide o ICMS na transferência interestadual entre estabelecimentos do mesmo titular, os cartões telefônicos remetidos pela matriz às filiais localizadas em outros Estados não serão tributados, devendo o imposto incidir apenas posteriormente na comercialização realizada entre a filial e os distribuidores terceirizados ou os usuários finais.

Nesses termos, o imposto deve ser recolhido não ao Estado onde está situada a matriz, mas àquele onde sediada a filial. Essa é a única exceção à regra geral.

O caso, entretanto, cuida apenas da remessa para distribuidores terceirizados, e não filiais, localizados em outros Estados da Federação, não se aplicando a exceção.

(E) Doutrina

A doutrina não é farta sobre o assunto. Todavia, há manifestações favoráveis à tese da recorrente – de que o imposto deve ser pago ao Estado onde se localiza a concessionária que fornece as fichas, cartões ou assemelhados –, como se observa dos fragmentos transcritos na sequência.

Roque Antônio Carrazza sustenta o seguinte:

IV - Posto isso, indagamos: neste caso, a qual unidade federada pertence o ICMS-Comunicação: àquela onde o cartão é vendido ou àquela onde o serviço telefônico é prestado?

Nos termos do art. 111, III, **b**, da Lei Complementar n. 87/1996, àquela onde estiver localizado o “estabelecimento da concessionária ou permissionária que forneça ficha, cartão ou assemelhados com que o serviço é pago”.

Observe-se que, neste particular, a lei Complementar n. 97/1996 contraria diretriz que ela própria fixa em seu art. 11, III, **a** – qual seja, a de que o ICMS-

Comunicação é devido à unidade federada onde o serviço telefônico acaba sendo efetivamente prestado.

(...)

V- Em remate, aceita a incidência do ICMS-Comunicação sobre a venda de cartões indutivos e para celulares, ele é devido ao Estado-membro onde estiver localizado o estabelecimento da concessionária ou permissionária que os forneça, pouco importando se houve revenda em outra unidade federada. (*ICMS*, 13ª edição, Malheiros Editores, 2008, p. 225 e 227)

Lição parecida é a de André Mendes Moreira, *verbis*:

No caso dos cartões indutivos, o art. 11, III, **b**, da LC n. 87/1996, assim como o art. 27, III, **b** do Convênio ICM n. 66/1988, dispõe que local da prestação do serviço é o do estabelecimento da operadora que fornecer o cartão. Assim, se um usuário adquire um cartão indutivo no Rio de Janeiro e utiliza-o em um telefone público de Belo Horizonte, o ICMS deverá ser pago pelo estabelecimento fluminense (por ter sido o fornecedor do instrumento para a prestação do serviço de comunicação). (*A Tributação dos Serviços de Comunicação, Dialética*, 2006, p. 109).

Em parecer juntado aos autos pela impetrante, Marco Aurélio Grecco assim pontua:

A Lei Complementar n. 87/1996 - que dá o desenho básico do imposto, a ser atendido nacionalmente - procura ser minuciosa na disciplina dos vários aspectos que definem a incidência do ICMS e dedica o seu artigo 11 à disciplina do 'local' das prestações para fins de cobrança do imposto.

(...)

Portanto, relativamente aos cartões indutivos há norma complementar categórica determinando que o local para fins de cobrança do ICMS é o do estabelecimento da concessionária ou permissionária que forneça o cartão e não o local aonde vier a ser utilizado, mesmo porque, uma vez fornecido a pessoa não identificada esta poderá livremente utilizá-lo em qualquer ponto do território nacional.

(...)

Vale dizer, para fins do art. 11, III, **b** "fornecer" é tanto o efeito consistente em o usuário final receber em suas mãos a ficha, cartão ou assemelhado, como o ato da concessionária ou permissionária que os entrega a um terceiro para o fim de entregar ao usuário final mediante o recebimento do valor pertinente.

(...)

Ademais, no instante em que ocorre a entrega ao intermediário, tais objetos saem da plena disponibilidade da Operadora, posto que lançados num processo em direção ao usuário e só por alguma eventualidade não chegarão a seu momento final. Deflagrado o processo de fornecimento, o estabelecimento da Operadora que realizar tal ato deverá ser considerado como o relevante para fins de definição do estado competente para exigir o ICMS respectivo.

A doutrina, portanto, não se opõe, mas antes corrobora, a atese articulada pela recorrente no mandado de segurança.

(F) Jurisprudência

Não há na jurisprudência desta Corte precedente sobre o assunto, o que aumenta a importância deste julgamento e, por consequência, a responsabilidade desta Turma na apreciação do tema.

(G) Os Convênios Interestaduais relativos ao ICMS

O Convênio ICMS n.126/1998 explicitou a regra do art. 11, III, **b**, da LC n. 87/1996 para deixar claro que o imposto incide por ocasião do fornecimento da ficha, cartão ou assemelhado, ainda que a venda seja realizada para terceiro intermediário, e não para o usuário final.

Confira-se:

Convênio ICMS n. 126/1998

Cláusula sétima. Relativamente á ficha, cartão ou assemelhados, será observado o seguinte:

I - por ocasião da entrega, real ou simbólica, a terceiro para fornecimento ao usuário, mesmo que a disponibilização seja por meio eletrônico, a empresa de telecomunicação emitirá a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações (NFST), com destaque do valor do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente nessa data.

Já o Convênio ICMS n. 55/2005, seguindo orientação da já citada norma complementar e para evitar qualquer conflito interpretativo, adotou regra expressa, determinado que o pagamento deve ser feito ao Estado onde se localiza a concessionária de telefonia que fornece o cartão telefônico, ainda que para terceiros intermediários situados em unidade federativa diversa.

Observe-se:

Convênio ICMS n. 55/2005

Cláusula primeira. Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicações – Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I- para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento.

(H) Conclusão

Até por questão prática – porque os demais critérios para definição do elemento espacial da obrigação tributária do ICMS, como o local da venda a usuário, o domicílio do tomador ou o local da efetiva prestação do serviço, não permitem ao contribuinte precisar o sujeito ativo da imposição tributária –, não há como se afastar a tese defendida pela recorrente, de que o Estado tributante será definido pelo local onde estiver sediada a concessionária fornecedora das fichas, cartões ou assemelhados.

Mesmo que a concessionária não entregue o cartão telefônico diretamente ao usuário, mas a revendedor terceirizado localizado em unidade federativa diversa, o que é muito comum para facilitar e otimizar a distribuição, ainda assim, deverá o imposto ser recolhido ao Estado onde tem sede a empresa de telefonia.

A única exceção a essa regra ocorre na hipótese em que a empresa de telefonia distribui as fichas e cartões, não por revendedores terceirizados, mas por meio de filiais localizadas em outros Estados. Nesse caso, e somente nesse caso, a concessionária, para efeito de definição do ente tributante a quem se deve recolher o imposto, será a filial, e não a matriz.

Como a hipótese é de venda por distribuidores independentes situados em outros Estados, não se aplica a exceção, mas a regra geral, devendo o imposto ser recolhido integralmente no Estado onde situada a concessionária que emite e fornece as fichas e cartões telefônicos.

Ante o exposto, *dou provimento ao recurso especial.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.170.037-RJ (2009/0231481-4)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Alex Cordeiro Bertolucci e outro(s)

Recorrido: Mucambo S/A

Advogado: Raimundo Pascoal de Miranda Paiva Júnior e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação monitória. Fazenda Pública. Cabimento. Súmula n. 339-STJ. Inadimplemento do mandado monitório. Isenção de honorários e custas. Impossibilidade.

1. A controvérsia consiste em saber se, ao reconhecer a dívida cobrada pelo autor da ação monitória e deixar de apresentar embargos ao mandado inicial, a Fazenda Pública ré goza da isenção de custas e honorários advocatícios estabelecida no art. 1.102-C, § 1º, do CPC ou se esse benefício encontra-se condicionado também ao imediato adimplemento do crédito da parte adversa – como decidiu a Corte de origem –.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por orientar-se no sentido de que inexistente qualquer empecilho à propositura de ação monitória em desfavor da Fazenda Pública. Incidência da Súmula n. 339-STJ.

3. O administrador público, ante o princípio da moralidade, não só pode como deve cumprir voluntariamente a ordem de pagamento, caso reconheça a obrigação e o montante devido. Assim, se à administração é lícito adimplir espontaneamente a dívida, também pode resgatá-la em razão de um mandamento injuntivo ou sujeitar-se à execução

fundada no título obtido pela via monitória, o que demonstra que a indisponibilidade do interesse público é apenas relativa.

4. Nem todo crédito oponível à Fazenda Pública necessita de execução forçada para seu regular cumprimento. As obrigações documentalmente assumidas pelo Poder Público, presumidamente, já contam com a indispensável dotação orçamentária, sob pena de caracterizar-se crime de responsabilidade do gestor público.

5. O procedimento injuntivo traz vantagem ao devedor que paga voluntariamente, cumprindo o mandado monitório, porque dispensa o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios como preceituado no § 1º do art. 1.102-C do CPC. Dessa forma, caso o administrador público opte por cumprir o mandado monitório, essa decisão acaba favorecendo a Fazenda Pública por força da isenção que lhe beneficia.

6. No caso concreto, a Fazenda Estadual apenas reconheceu a existência do crédito da parte adversa e deixou de oferecer embargos, acarretando a formação do título executivo sem a isenção de honorários e custas, o que somente seria cabível caso ocorresse o imediato adimplemento da dívida em questão.

7. Não se pode admitir que a sabida inadimplência contumaz do Estado não somente force terceiros a ingressarem no Poder Judiciário para receberem o que lhes é devido, como também exclua o pagamento de honorários advocatícios sem que haja o pronto cumprimento da obrigação, circunstância que, sublinhe-se, representa exatamente o intento do legislador ao elaborar a norma contida no art. 1.102-C, § 1º, do CPC, beneficiando ambas as partes.

8. Recurso especial não 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, negar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 24.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto pela alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nestes termos ementado:

Agravo interno. Ação monitória. Pagamento de custas e honorários pelo Estado. Somente o pagamento imediato exclui o ônus (art. 1.102-C, § 1º). Impossibilidade de aplicação analógica do art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997, acrescido pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24.08.2001, em detrimento do credor. Recurso a que se nega provimento (e-STJ fl. 149).

O recorrente alega que o aresto combatido contrariou o art. 1.102-C, § 1º, do Código de Processo Civil-CPC, cujo enunciado isentaria o réu do pagamento de custas e honorários advocatícios na hipótese em que ficar demonstrado o cumprimento do mandado monitório – no caso vertente, consubstanciado no não oferecimento de embargos e no reconhecimento da dívida –, não se podendo exigir de imediato o adimplemento do crédito em razão do regime de precatórios a que se sujeita a Fazenda Pública.

Contrarrazões ofertadas às fls. 172-179.

Simultaneamente interposto recurso extraordinário, ambos os apelos foram admitidos na origem, subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Atendidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial, passando a examinar o mérito da controvérsia, cujo cerne reside na inteligência do art. 1.102-C, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil-CPC:

Art. 1.102-C. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei (Redação dada pela Lei n. 11.232, de 2005).

§ 1º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

A discussão consiste em saber se, ao reconhecer a dívida cobrada pelo autor da ação monitória e deixar de apresentar embargos ao mandado inicial, a Fazenda Pública ré goza da isenção de custas e honorários advocatícios estabelecida no § 1º ou se esse benefício encontra-se condicionado também ao imediato adimplemento do crédito da parte adversa – como decidiu a Corte de origem –.

A meu ver, a orientação adotada pelo acórdão guerreado confere a melhor interpretação à norma em apreço.

De antemão, faz-se indispensável registrar que, após uma oscilação inicial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por orientar-se no sentido de que *inexiste qualquer empecilho à propositura de ação monitória em desfavor da Fazenda Pública*, posicionamento que se encontra bem refletido no precedente abaixo coligido:

Ação monitória contra a Fazenda Pública. Possibilidade.

1. O procedimento monitório não colide com o rito executivo específico da execução contra Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitório, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e IV (execução *stritu sensu*), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não-incidência dos efeitos da revelia.

2. O propósito da ação monitória é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo. A execução deste título contra Fazenda Pública deve seguir normalmente os trâmites do art. 730, que explicita o cânone do art. 100, da Carta Constitucional vigente.

3. Os procedimentos executivo e monitório têm natureza diversa. O monitório é processo de conhecimento. A decisão “liminar” que nele se emite e determina a expedição do mandado de pagamento não assegura ao autor a prática de atos de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo, uma vez que a defesa (embargos) tempestiva do réu instaura a fase cognitiva e impede a formação do título.

4. Deveras, a Fazenda cumpre as suas obrigações, independente de precatório quando o faz voluntariamente, consigna, etc, sem prejuízo de que os óbices à monitória são equiparáveis à execução admissível pela Súmula n. 279 do STJ.

5. Considere-se, por fim, que a rejeição da monitória contra a Fazenda Pública implica em postergar o direito do credor de crédito fazendário em face da entidade pública, impondo-se a via crucis do processo de conhecimento, gerando odiosa situação anti-isonômica em relação aos demais titulares de créditos semelhantes.

6. Recurso especial desprovido (REsp n. 434.571-SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, DJU 20.03.2006).

Em um momento mais recente, a Primeira Seção inclusive editou a Súmula n. 339-STJ, cujo enunciado dispõe de modo categórico que “é cabível ação monitória contra a Fazenda Pública”.

Para atingir esse posicionamento, essa Corte amparou-se na constatação de que a necessidade de expedição de precatório não representa óbice à adoção do procedimento injuntivo contra a Fazenda Pública, haja vista que o título exequendo obtido nesta ação de rito especial é antecedente ao processo executivo.

Em outras palavras, como a execução do título judicial é posterior à ação monitória, nada impede que esta se realize nos termos do art. 730 do CPC, preservando as garantias consagradas no art. 100 da Constituição da República.

Sob outro ângulo, tem-se que o administrador público, ante o princípio da moralidade, não só pode como deve cumprir voluntariamente a ordem de pagamento, caso reconheça a obrigação e o montante devido. Assim, se à administração é lícito adimplir espontaneamente a dívida, também pode resgatá-la em razão de um mandamento injuntivo ou sujeitar-se à execução fundada no título obtido pela via monitória, o que demonstra que a indisponibilidade do interesse público é apenas relativa.

Esse ponto está bem demonstrado nesta passagem de voto proferido pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

(...) é relativa a indisponibilidade do direito da Fazenda Pública, não ficando ela impedida de cumprir voluntariamente o mandado de pagamento, ou de se sujeitar à execução fundada no título executivo obtido pela via monitória (Recurso Especial n. 196.580-MG).

Nem todo crédito oponível à Fazenda Pública necessita de execução forçada para seu regular cumprimento. As obrigações documentalmente assumidas pelo Poder Público, presumidamente, já contam com a indispensável dotação orçamentária, sob pena de caracterizar-se crime de responsabilidade do gestor público.

O fato de a Fazenda Pública incidir em mora quanto a suas obrigações não torna necessário o ajuizamento de ação ordinária para que o credor adquira título executivo judicial e promova a cobrança com base no art. 730 do CPC. É usual a hipótese em que o descumprimento da obrigação não importa em inadimplemento, mas apenas em atraso, podendo ser atendido o chamamento judicial e resgatada a dívida representada no documento que instrui a ação.

Além disso, o procedimento injuntivo traz vantagem ao devedor que paga voluntariamente, cumprindo o mandado monitório, porque dispensa o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios como preceituado no § 1º do art. 1.102-c do Estatuto Processual.

Dessa forma, caso o administrador público opte por cumprir o mandado monitório, essa decisão acaba favorecendo a Fazenda Pública por força da isenção que lhe beneficia.

Nesse ponto, escreve Cândido Rangel Dinamarco:

Em sua obra pioneira, José Rogério Cruz e Tucci nega a admissibilidade do processo monitório tendo por ré a Fazenda Pública, invocando a regra pela qual os pagamentos devidos por ela serão feitos na ordem de entrada dos precatórios (Const., art. 100; CPC, art. 730): ela não teria como atender ao mandado de pagamento, pagando no prazo e independentemente de precatório. Mas o pagamento nessa fase não é pagamento por força de condenação: é satisfação voluntária, tanto quanto o que se faz em atendimento a uma cobrança, acrescendo-se ainda que, pagando, o demandado fica isento de arcar com os honorários do advogado do credor (art. 1.102-c, § 1º). Se não pagar nem opuser embargos, ou se forem rejeitados os que opuser, então expedir-se-á precatório e cair-se-á no império daquelas normas de execução contra a Fazenda Pública (**A Reforma do Código de Processo Civil**. Malheiros, 3ª ed., p. 234).

Em suma, a Fazenda Estadual reconheceu a existência do crédito da parte adversa e deixou de oferecer embargos, o que acarreta a formação do título

executivo sem a isenção de honorários e custas, o que somente seria admissível caso ocorresse o oportuno adimplemento da dívida em questão.

Como já destacado, a sujeição dos pagamentos devidos, em função de sentença judiciária ao regime de precatórios, não impede que a Fazenda Pública devedora resgate de imediato a dívida e, nesse passo, afaste a exigência de verba honorária e custas.

O que não se revela admissível é que sabida inadimplência contumaz do Estado não somente force terceiros a ingressarem no Poder Judiciário para receberem o que lhes é devido, como também exclua o pagamento de honorários advocatícios sem que haja o pronto cumprimento da obrigação, circunstância que, sublinhe-se, representa exatamente o intento do legislador ao elaborar a norma contida no art. 1.102-C, § 1º, do CPC, beneficiando ambas as partes.

Ademais, não é dado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo e estender a isenção estipulada no art. 1º-D da Lei n. 9.494/1997 – execuções não embargadas – a hipótese totalmente distinta, na qual ocorre o descumprimento do mandado monitorio, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.172.603-RS (2009/0241425-2)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Procurador: Liliane Jacques Fernandes e outro(s)

Recorrido: Unimed Santa Maria Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda

Advogado: Marco Túlio de Rose e outro(s)

EMENTA

Direito Econômico. Livre concorrência. Inexistência de violação do art. 535 do CPC. Unimed. Cooperativa de saúde. Submissão

irrestrita às normas jurídicas que regulam a atividade econômica. Cláusula de exclusividade para médicos cooperados. Impossibilidade tanto sob o aspecto individual quanto sob o aspecto difuso. Inaplicabilidade ao profissional liberal do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/1971, que exige exclusividade. Causa de pedir remota vinculada a limitações à concorrência. Violação, pelo tribunal de origem, do art. 20, incisos I, II e IV; do art. 21, incisos IV e V, ambos da Lei n. 8.884/1994, e do art. 18, inciso III, da Lei n. 9.656/1998. Infrações ao princípio da livre concorrência pelo agente econômico configuradas.

1. Inexistente violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

2. A Constituição Federal de 1988, ao tratar do regime diferenciado das cooperativas não as excepcionou da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170.

3. A causa de pedir remota nas lides relativas à cláusula de exclusividade travadas entre o cooperado e a cooperativa é diversa da causa de pedir remota nas lides relativas a direito de concorrência. No primeiro caso, percebe-se a proteção de suposto direito ou interesse individual; no segundo, a guarda de direito ou interesse difuso. Portanto, inaplicáveis os precedentes desta Corte pautados em suposto direito ou interesse individual.

4. Ao médico cooperado que exerce seu labor como profissional liberal, não se aplica a exigência de exclusividade do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/1971, salvo quando se tratar de agente de comércio ou empresário.

5. A cláusula de exclusividade em tela é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/1998, mas, ainda que fosse permitida individualmente a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas do art. 20, I, II e IV, e do art. 21, IV e V, ambos

da Lei n. 8.884/1994. Portanto, violados pelo acórdão de origem todos aqueles preceitos.

6. Ainda que a cláusula de exclusividade não fosse vedada, a solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual, somente por seus efeitos individuais serem válidos, viola a evolução conquistada com a criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário.

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 Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Ian Grosner (Procurador Federal), pela parte Recorrente: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Brasília (DF), 04 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 12.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo *Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade*, com base nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal/1988, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

Administrativo. Médicos cooperados. Unimed. Cláusula de exclusividade. Validade.

É válida a cláusula do estatuto social que impõe aos médicos cooperados o dever de exclusividade, já que de acordo com a natureza do cooperativismo, na medida em que o cooperado é sócio e não vai concorrer com ele mesmo. Entendimento do STJ. (fls. 735e-740e)

Os embargos de declaração opostos pelo *Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade* restaram assim ementados:

Embargos de declaração. Inocorrência de omissão, contradição ou obscuridade.

1. Não há omissão, contradição ou obscuridade se o julgado decidiu clara e expressamente sobre a questão suscitada no recurso.

2. A tarefa do Juiz é dizer, de forma fundamentada, qual a legislação que incide no caso concreto. Declinada a legislação que se entendeu aplicável, é essa que terá sido contrariada, caso aplicada em situação fática que não se lhe subsome. (fls. 760e-764e)

Trata-se, na origem, de Ação Anulatória de Procedimento Administrativo ajuizada pela recorrida contra o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade - julgada improcedente -, para manter a condenação administrativa por infração ao art. 20, I, II e IV, ao art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/1994, e ao art. 18, III, da Lei n. 9.656/1998.

Interposta a apelação pela *Unimed Santa Maria Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda.*, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso, sob a fundamentação de que é lícita a cláusula de exclusividade estabelecida pela cooperativa, a fim de que os seus cooperados não prestassem serviços médicos a outras operadoras de plano ou assistência à saúde.

O recorrente alega, nas suas razões de recurso especial, que houve violação do art. 20, I, II e IV, ao art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/1994, e ao art. 18, III, da Lei n. 9.656/1998. Alega também violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

Argumenta que a cláusula de exclusividade impede a entrada e a permanência de concorrentes no mercado geográfico, visto que os outros agentes econômicos não conseguem manter um número aceitável de médicos conveniados. (fls. 766e-798e)

A recorrida afirma, nas suas contrarrazões, que: (I) inexistente violação do art. 535 do Código de Processo Civil; (II) a cláusula de exclusividade é válida, segundo a jurisprudência do STJ; e, (III) nas Terceira e Quarta Turmas desta Corte, a cláusula de exclusividade foi julgada válida sob o aspecto concorrencial. (fls. 858e-873e)

O presente recurso especial foi admitido na origem. (fls. 890e-891e)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator):

Inexistência de violação do art. 535 do CPC.

Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

Na verdade, a questão não foi decidida como objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Em suma, nos termos de jurisprudência pacífica do STJ, “o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados.” (REsp n. 684.311-RS, Rel. Min. Castro

Meira, Segunda Turma, julgado em 04.04.2006, DJ 18.04.2006, p. 191), como ocorreu na hipótese ora em apreço.

Nesse sentido, ainda, os precedentes:

Tributário. Cofins. Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. Isenção. Mudança de entendimento jurisprudencial não fundamenta embargos de declaração. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição.

1. A oposição de embargos declaratórios se faz apropriada quando o pronunciamento judicial padecer de ambigüidade, de obscuridade, de contradição ou de omissão, os quais inexistem neste caso. Em contrapartida, sabe-se que o tribunal não está compelido a manifestar-se sobre todas as questões suscitadas pela parte, principalmente se o acórdão contém adequado fundamento para justificar a conclusão perfilhada.

2. Nítido é o caráter modificativo que a embargante, inconformada, busca com a oposição dos embargos declaratórios, uma vez que pretende ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

3. A mudança de entendimento jurisprudencial sobre a matéria não autoriza o manejo dos embargos de declaração com pretensão de efeitos infringentes. Esta inferência decorre do disposto no artigo 535, do Estatuto Processual Civil.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no REsp n. 456.674-RS, relatado por este Magistrado, Segunda Turma, julgado em 26.09.2006, DJ 10.10.2006, p. 291)

Processual Civil e Tributário. Imposto de renda sobre verbas indenizatórias. Repetição de indébito. Forma de devolução. Retificação da declaração anual. Desvirtuamento do pedido: impossibilidade.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC se as teses suscitadas pela parte são implicitamente rejeitadas no aresto impugnado, restando, portanto, prequestionadas.

2. Aplica-se o teor da Súmula n. 211-STJ às teses não prequestionadas.

3. Se na inicial é formulado pedido de repetição de indébito do imposto de renda, descabe ao Tribunal modificá-lo, determinando a retificação da declaração anual e a compensação com o imposto de renda porventura devido.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

(REsp n. 853.102-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 03.10.2006, p. 201)

Da Causa de Pedir Remota

O STJ tem acórdãos considerando válida e considerando invalida cláusula de exclusividade firmada entre a Unimed e seus médicos cooperados.

A propósito:

Processual Civil. Recurso especial. Administrativo. Cooperativa de médicos. Pacto cooperativo. Cláusula de exclusividade. Fidelidade do médico à cooperativa do plano de saúde.

1. Os contratos de exclusividade das cooperativas médicas não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência.

2. As relações entre a Cooperativa e os médicos cooperados devem obedecer a cláusula final inserta no art. 18, III, da Lei n. 9.656/1998, estando as disposições internas daquele ente em desarmonia com a legislação de regência.

3. O referido dispositivo enuncia: Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

4. Deveras, a Constituição Federal, de índole pós-positivista, tem como fundamentos a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com *ratio essendi* dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade.

5. Destarte, o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os direitos à saúde (CF, art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa.

6. Destarte, a tutela dos interesses privados não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais indisponíveis.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 768.118-SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 30.04.2008.)

Agravo regimental. Recurso especial. Unimed. Médico cooperado. Cláusula de exclusividade. Validade.

1 - Consoante entendimento desta Corte, é válida a cláusula do estatuto social que impõe aos médicos cooperados o dever de exclusividade, vedando a

vinculação a outra congênera, sob pena de exclusão do seu quadro associativo. Precedentes.

2 - Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 179.711-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 411.)

Entretanto, alguns esclarecimentos acerca da causa de pedir remota, no acórdão da 4ª Turma acima transcrito, e a causa de pedir remota no presente recurso especial devem ser feitos.

Pontes de Miranda, no seu livro **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, afirma que:

A causa pretendi supõe o fato ou a série de fatos dentro de categoria ou figura jurídica com que se compõe o direito subjetivo ou se compõem os direitos subjetivos do autor e o seu direito público subjetivo a demandar.

O mestre, *opus cit.*, afirma, com a habitual pertinência, que a lei adotou a teoria da substanciação do pedido, exigindo mais do que a simples alegação de existir uma relação jurídica, pois a parte tem também que expor os fatos.

A causa de pedir remota é, exatamente, o fato gerador da relação jurídica, podendo ter natureza voluntária ou involuntária.

O ser humano, mesmo antes de nascer, adere a um ordenamento jurídico que surgiu independentemente da sua vontade, originário do pacto social adotado pelo seu estado soberano que lhe abarca.

Ao longo da sua vida, o estado poderá impor-lhe situações jurídicas independentemente da sua anuência e poderá facultar-lhe a criação de outras.

A celebração de um contrato ilustra a geração de um *status* jurídico ou situação jurídica de maneira voluntária. Já o dever de se portar de acordo com o que é permitido pelas normas concorrenciais gera uma relação jurídica para o cidadão que não considera a sua vontade individual.

O fato gerador da relação jurídica contratual entre o médico cooperado e a Unimed é completamente diferente do fato gerador da relação jurídica estatutária concorrencial travada entre a Unimed e a sociedade.

A diversidade é tão patente que a contratual está inserida no regime jurídico de direito privado e a concorrencial no regime jurídico de direito público.

O interesse de resistir à cláusula contratual de exclusividade tem natureza individual, portanto divisível, não decorre, na forma do inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC, de origem comum, como atestado em decorrência da assunção da competência para julgar o feito pela 4ª Turma desta Corte.

Já o direito à livre concorrência, assegurado pelo inciso IV do art. 170 da Constituição Federal/1988, possui natureza difusa, pois, na forma do inciso I do parágrafo único do art. 81 do CDC, é transindividual - de natureza indivisível - tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Observe-se que a 4ª Turma, ainda que tenha analisado a questão concorrencial em *obiter dictum*, não tem competência para decidir como objeto principal a matéria concorrencial, conforme inciso XI do § 1º do art. 9º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

A tábua dos direitos coletivos *lato sensu* pode ilustrar situações peculiares em relação a uma mesma cláusula contratual, visto que o comando pode ser individualmente válido, mas coletivamente (coletivo e difuso) inválido.

Precisas são as palavras de Carlos Alberto Dabus Maluf, *in* Inexistência na Teoria das Nulidades, tese apresentada com aprovação para concurso de Professor Titular de Direito Civil da USP, 2001, p. 6:

A invalidade é, assim, a sanção que o direito estabelece para a prática do ato jurídico a que falte qualquer dos seus requisitos.

Ora, ainda que a cláusula contratual de exclusividade não encontrasse óbice no inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/1998, questionar-se-ia a sua validade quando a multiplicidade dos seus efeitos pudesse violar direitos coletivos *lato sensu*.

Hipoteticamente, exigir contratualmente - o estatuto social não deixa de ter natureza jurídica de contrato - exclusividade de profissionais da construção civil sem que isto tornasse inviável a atuação de outros agentes econômicos não violaria o ordenamento pátrio.

O mesmo poderá ser dito quando tal cláusula impedir a atuação de outros agentes econômicos?

A solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual somente por seus efeitos individuais serem válidos viola a evolução conquistada com criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da

Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário.

Assim, resta claro que o precedente acima citado da 4ª Turma desta Corte não se aplica ao presente caso.

Da Aplicabilidade do Direito Concorrencial às Cooperativas

O Poder Constituinte estabeleceu tratamento diferenciado para as cooperativas, vedando a interferência estatal no seu funcionamento, dispensando-a de autorização para a sua formação (art. 5º, XVIII), possibilitando a criação de regime tributário diferenciado para os seus atos (art. 146, III, c), favorecendo a sua forma na atividade de garimpo (art. 174, § 3º e 4º) e dando-lhe papel relevante na política agrícola (art. 187, VI).

Entretanto, não há, no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, qualquer norma que a exceção da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170.

Se houvesse alguma exceção para as cooperativas, deveria ela estar no Texto Constitucional, pois o Poder Constituinte foi claro quando desejou excepcionar - eis o texto:

Art. 77. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

O monopólio imposto ou garantido pela lei tem como finalidade o atendimento ao interesse público primário, como bem ilustrado por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, no livro *Analyse Économique du Droit*, 2ª ed., Paris: Dalloz, 2008, eis as suas palavras:

Dans la conception de la concurrence exposée ici, les seuls monopoles durables sont ceux dont l'existence est garantie par la loi.

A opção do Poder Constituinte por monopólios da União representa os anseios da nação, visto que uma Constituição promulgada é fruto da convergência dos desejos sociais, portanto legítima a opção por monopólios da União, e ilegítima qualquer forma de monopólio por cooperativas.

Logo, as cooperativas estão sujeitas a todas as normas jurídicas do sistema concorrencial.

Da Inaplicabilidade do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/1971 aos Cooperados em questão

A norma jurídica em questão veda a tergiversação, ou seja, a confusão de interesses que possa prejudicar a atividade cooperada, eis o seu texto:

Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.

(...)

§ 4º Não poderão ingressar no quadro das cooperativas os agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade.

Entretanto, a proibição de tergiversação abrange apenas, e tão somente, os agentes de comércio e os empresários - não toca os profissionais liberais.

Assim, a cláusula de exclusividade para os médicos que atuam como profissionais liberais não pode ser embasada em tal norma e, além disso, o objetivo daquela cláusula de proteger a atividade cooperada não se sobrepõe ao princípio constitucional de livre concorrência.

Da Conduta contrária às Normas Jurídicas relativas à Livre Concorrência

A cláusula de exclusividade aqui debatida é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/1998, mas, ainda que fosse permitida individualmente, a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas concorrenciais.

A livre concorrência é definida por Luciano Sotero Santiago, no seu livro *Direito da Concorrência: Doutrina e Jurisprudência*, Salvador: Juspodium, 2008, da seguinte forma:

A livre concorrência se caracteriza pela livre ação dos agentes econômicos, de forma que estes tenham liberdade para empregar os meios que julgarem próprios e adequados para conquistarem a preferência do consumidor. A livre concorrência se caracteriza, também, na *liberdade em que os agentes econômicos, atuais ou potenciais, têm para entrar*, permanecer e sair do mercado. A livre concorrência se caracteriza, ainda, pela liberdade de escolha para o consumidor. (grifo meu)

A dominação de mercado pode ser feita de diversas formas, dentre elas a manipulação de preços, a manipulação dos insumos e a manipulação da mão-de-obra.

A primeira forma é mais visível à sociedade, pois toca diretamente as pessoas que vão adquirir os produtos ou serviços ofertados. As outras duas não são tão facilmente percebidas, pois tocam o aspecto interno da atividade empresarial.

A exigência de exclusividade no fornecimento de insumo ou de mão-de-obra inviabiliza a instalação de concorrentes na mesma área de atuação da empresa que utiliza tal prática, denotando uma dominação artificial de mercado que impede o ingresso de outros agentes econômicos na área de atuação da dominante.

Poder-se-ia presumir a boa-fé daqueles que dominam o mercado por meio de um processo natural de liderança, mas, em relação àqueles que o fazem artificialmente, deve ser presumida a má-fé, sendo certo que a exigência de exclusividade é, no presente caso, um mecanismo artificial de dominação de mercado.

Trata-se, aqui, de *relevância geográfica do mercado*, uma vez que o impacto da lesão à livre concorrência abrange um ou alguns municípios com baixo índice populacional, e que trata-se de *prática restritiva vertical*, pois, apesar da equivalência econômica nacional entre a Unimed e as outras empresas de planos de saúde, no município ou nos municípios em questão, a citada cooperativa tem posição exclusiva ou dominante e, com base nesta qualidade fática, impõe *acordos de exclusividade*.

Eis o inteiro teor da cláusula de exclusividade do art. 18, e, do Estatuto da Unimed de Santa Maria:

Art. 18. O associado se obriga:

(...)

e) (*sic*) não participar de entidades que desenvolvam atividade concorrente à operacionalidade social da Cooperativa, mesmo na simples condição de credenciado, relacionado, ou de qualquer outra forma, que torne o nome disponível para atendimentos;

O impacto concorrencial dessa cláusula foi descrito com clareza no voto do Relator-Conselheiro do Cade no processo administrativo respectivo (fl. 591 e dos presentes autos):

Para reforçar a restrição à concorrência da cláusula de exclusividade da Unimed Santa Maria, depreende-se da análise dos autos que na região geográfica de atuação (Santa Maria, Agudo, Alegrete, Caçapava do Sul, Cacequi, Dom Pedrito, Dona Francisca, Faxinal do Soturno, Formigueiro, Jaguari, Júlio de Castilhos, Mata Nova, Palma, Restinga Seca, Rosário do Sul, Santana do livramento, Santiago, São Francisco de Assis, São Gabriel, São Pedro do Sul, São Sepé, São Vicente do Sul e Tupaciretã) da Representada, essa exerce posição dominante, uma vez que congrega 74% dos médicos da região. Isto é, do total dos médicos legalmente habilitados da região 74% se encontram sujeitos à obrigação de exclusividade, ou mais especificamente: 90% dos oftalmologistas, 58% dos oncologistas, 67 dos ortopedistas, 100% dos cirurgiões plásticos e dos fisiatras; 78% dos anestesiológicos; e 60% dos ginecologistas são cooperados da Unimed de Santa Maria.

A sentença de primeiro grau ilustra (fl. 593e) que:

No ofício remetido pela operadora Vida Assistência Saúde Ltda. restou consignado que “não foi possível formar um corpo clínico próprio ante à dura ascendência da Unimed sobre a classe médica. (...) A falta de liberdade decorrente da atuação da Unimed põe-nos em dificuldade para desenvolver eficientemente

nossa atividade no ramo, em que pese o custo de nossos planos seja menor que o da Unimed, e por isso acessíveis a pessoas de menor custo.” (fl. 251).

Deve ser observado que o § 3º do art. 20 da Lei n. 8.884/1994 presume posição dominante quando a empresa - ou grupo de empresas - controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia, não havendo dúvida sobre a dominação pela Unimed nos presentes autos.

De fato, as concorrentes poderiam cobrir as receitas dos médicos obtidas através da Unimed, mas estar-se-ia fixando outra barreira de ingresso no mercado, conforme explicitado por Richard A. Posner, no seu livro *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., New York: Aspen Law & Business, 1998, eis os seus dizeres:

Sometimes monopoly will persist without any legal barriers to entry. Maybe the monopolist's costs are so much lower than those of any new entrant that the monopoly price is lower than the price that a new entrant would have to charge in order to cover his costs. Or maybe the monopoly price, although higher than the entrant's costs would be, holds no allure because the prospective entrant knows that if he enters the market the monopolist can easily charge a remunerative price that is below the entrant's costs, the monopolist being the more efficient producer. Monopoly may also be a durable condition of the market because there is room for only one seller (see §12.1 infra). But even if the costs of the new entrant are the same as those of the monopolist, it does not follow that the threat of entry will always deter charging a monopoly price. Since cost is negatively related to time (it would cost more to build a steel plant in three months than in three year), immediate entry into a monopolized market at costs comparable to the monopolist's will often be impossible. So there will be an interval in which monopoly profits can be obtained, even though there are no barriers to entry in the sense of a cost disadvantage for a new entrant.

A imposição do ônus de pagar mais do que é pago aos médicos pela Unimed significaria aumentar o preço final do agente econômico concorrente, portanto fixaria outra barreira de ingresso.

Feitas estas considerações, percebe-se que o acórdão atacado violou o art. 20, I, II e IV, o art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/1994, e o art. 18, III, da Lei n. 9.656/1998.

A norma jurídica específica dos planos e seguros privados de assistência à saúde (Lei n. 9.656/1998), que trata dos efeitos individuais e dos efeitos concorrenciais dos credenciamentos, dos contratos e dos referenciamentos, afirma que:

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:

(...)

III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional. (Redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001).

Assim, mesmo antes da análise das normas jurídicas concorrenciais gerais há vedação à imposição de exclusividade ou de restrição à atividade profissional, portanto esta primeira violação de lei já garante o provimento deste recurso especial.

Não há dúvida que a sua utilização fática como meio de impedir a livre concorrência viola também os seguintes preceitos da Lei n. 8.884/1994:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

(...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

Entendimento corroborado por acórdão desta Corte já citado que volto a transcrever:

Processual Civil. Recurso especial. Administrativo. Cooperativa de médicos. Pacto cooperativo. Cláusula de exclusividade. Fidelidade do médico à cooperativa do plano de saúde.

1. Os contratos de exclusividade das cooperativas médicas não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência.

2. As relações entre a Cooperativa e os médicos cooperados devem obedecer a cláusula final inserta no art. 18, III, da Lei n. 9.656/1998, estando as disposições internas daquele ente em desarmonia com a legislação de regência.

3. O referido dispositivo enuncia: Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

4. Deveras, a Constituição Federal, de índole pós-positivista, tem como fundamentos a livre concorrência, a defesa do consumidor, a busca pelo pleno emprego (art. 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem assim, a dignidade da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incisos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e com *ratio essendi* dos direitos dos trabalhadores a liberdade de associação (art. 8º, da CF). Regras maiores que prevalecem a interdição à exclusividade.

5. Destarte, o direito pleiteado pela recorrente compromete, por via oblíqua, os direitos à saúde (CF, art. 196), na medida em que a exclusividade cerceia o acesso àqueles médicos profissionais vinculados à cooperativa.

6. Destarte, a tutela dos interesses privados não podem se sobrepor ao interesse público, notadamente quando envolver interesses constitucionais indisponíveis.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp n. 768.118-SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 30.04.2008.)

Apesar da divergência jurisprudencial entre as Primeira e Quarta Turmas, deve prevalecer o entendimento esposado pelo Min. Luiz Fux em face da causa de pedir remota posta neste recurso especial.

Prejudicado o julgamento deste recurso especial, com base na alínea **c** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal/1988.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso especial.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.178.854-PR (2010/0022735-1)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Estado do Paraná

Procurador: Carolina Moura Lebbos e outro(s)

Recorrido: T. M. G. de M. (menor)

Representado por: G. C. M.

Advogado: Carlos Frederico Viana Reis e outro(s)

EMENTA

Direitos da criança e do adolescente. Ensinos fundamental e médio. Inexistência de obrigatoriedade ao menor exigir direito subjetivo de acesso ao ensino público e gratuito próximo à escola. Possibilidade de matrícula em escola pública em localidade diversa da sua residência para assegurar o bom desenvolvimento físico e psicológico do menor e sua manutenção na escola. Inexistência de confronto entre interesse privado e interesse público.

1. O Estado do Paraná não pode alegar violação do direito de acesso ao ensino público e gratuito próximo à residência do estudante, estabelecido no inciso V do art. 53 da Lei n. 8.069/1990 (ECA), pois violação do direito não poder ser veiculada pela pessoa que tem o dever de implementá-lo; somente poderá ser alegada, caso queira, por seu titular ou pelo Ministério Público.

2. O direito de acesso a ensino próximo à residência do estudante cede quando confrontado com o direito ao bom desenvolvimento físico e psicológico do menor e a sua manutenção na escola, conforme disposto no *caput* e no inciso I do art. 53 do ECA.

3. Não se há falar em prevalência, neste caso, do interesse privado sobre o interesse público, uma vez que os direitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente são exemplos clássicos da doutrina para combater a distinção entre direito público e direito privado. De certo, existem interesses privados que são transfixados pelo interesse público, o que justifica, inclusive, a atuação do Ministério Público como parte ou como fiscal da lei.

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 Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 18.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de recurso especial interposto pelo Estado do Paraná, com base na alínea **a** do inciso III do art. 105 da Constituição Federal/1988, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

Mandado de segurança. Rematrícula em estabelecimento público de ensino. Critério de georeferenciamento. Inaplicabilidade. Direito de permanência do aluno na escola em que está ambientado. Inteligência dos artigos 53, inciso I do Estatuto da Criança e do Adolescente e 206, inciso I, da Magna Carta.

1. O aluno tem direito de permanecer na instituição de ensino freqüentada, não podendo ser compelido a mudar de escola em razão do local em que reside, porque além de acostumado com o ambiente, professores e programa escolar, é lá que mantém laços de amizade e afetividade.

2. Segurança concedida. (fls. 94e-103e)

O recorrente alega, nas suas razões de recurso especial, que houve negativa de vigência aos incisos I e V do art. 53 da Lei n. 8.069/1990 (ECA).

Aduz que, apesar de o Estado do Paraná ter criado um sistema para garantir o direito da criança e do adolescente ao acesso à escola pública, gratuita e próxima da sua residência, o Tribunal *a quo* entendeu que a permanência do aluno na escola de origem, mesmo que fora do plano de georreferenciamento residência/escola, atende ao disposto no *caput* e no inciso I do art. 53 da Lei n. 8.069/1990 (ECA).

Afirma que o Tribunal de origem observou interesse pessoal do aluno em foco, em detrimento de critérios objetivos previamente estabelecidos. (fls. 121e-130e)

O prazo para apresentação de contrarrazões transcorreu em branco.

Recurso extraordinário interposto também foi admitido pelo Tribunal *a quo*. (fls. 137e-140e)

O presente recurso especial foi admitido na origem. (fls. 137e-140e)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Observado o prequestionamento implícito do artigo de lei tido por violado, passo a julgar o mérito.

Do dever do Estado e do direito da criança e do adolescente à escola pública e gratuita próxima da residência

O recorrente confunde a dinâmica dos direitos e deveres na relação jurídica travada entre si e o recorrido.

Agnelo Amorim Filho afirma, no seu primoroso artigo Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., ano 49, n. 300, p. 7-37, outubro de 1960, que:

Segundo CHIOVENDA (Instituições, 1/35 e segs.), os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: A primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de CHIOVENDA, a denominação de "direitos a uma prestação", e como exemplos poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade. A segunda grande categoria é a dos denominados "direitos potestativos", e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas. (grifo meu)

A relação jurídica em debate é estatutária, visto que regida por diversos estatutos federais e estaduais que tratam de educação fundamental e média - inclusive o ECA - tem como atores o Estado do Paraná *versus* o recorrido e tem como objeto o acesso e a prestação de ensino.

Os estatutos regentes estabelecem direitos e deveres para ambos os sujeitos da relação aqui tratada, sendo que o recorrido tem direito à prestação do ensino público e gratuito próximo de sua residência, e o Estado tem o dever reflexo de prestar, sob pena de macular o ordenamento jurídico, tal serviço.

Não é o estado que possui o direito ou é credor do ensino público e gratuito próximo da residência do aluno, isto é dever seu.

O direito subjetivo de acesso ao ensino público e gratuito próximo à residência do estudante pode ser violado e a sua pretensão de restabelecimento é uma faculdade do titular, ou seja, mesmo diante da violação, o titular poderá permanecer inerte, pois ninguém pode ser compelido a litigar.

É lógico que, se o titular deixar de exercer sua faculdade, ficando inerte, o Ministério Público poderá agir em defesa do interesse da criança ou do adolescente.

Exemplificando: se o exercício de tal direito fosse obrigatório, não poderia a criança ou adolescente frequentar escolas privadas.

Assim, se o recorrido não busca o direito em tela, não será aquele que tem o dever de prestá-lo que obrigará o seu exercício, portanto não houve qualquer violação ou negativa de vigência do inciso V do art. 53 da Lei n. 8.069/1990.

Do dever do Estado e do direito da criança e do adolescente ao pleno desenvolvimento e à permanência na escola

Apesar de não ter exercido o direito de acesso ao ensino próximo à sua residência, o recorrente buscou judicialmente o direito ao pleno desenvolvimento físico e psicológico e o de permanecer na escola, conforme o estabelecido no *caput* e no inciso I do art. 53 da Lei n. 8.069/1990, que foi integralmente aplicado e observado pelo Tribunal de origem.

Pertinentes os seguintes trechos do acórdão atacado:

Veja, não se está aqui ignorando o conteúdo do inciso V, do art. 53 do ECA. É que a solução do caso concreto exige que a interpretação daquele dispositivo se faça dentro de um grupo de regras pertencentes ao sistema normativo pátrio, e não isoladamente - como pretende o Impetrado (fls. 54-58).

O direito de permanência, trazido à discussão através do presente Mandado de Segurança, implica não só [*sic*] na continuidade do pupilo em dado sistema educacional como também na sua estabilidade na escola em que frequenta em razão de lá já estar ambientado com o método de ensino, professores e colegas de estudo.

No caso em análise, incontroverso é o fato de a impetrante já ser aluna da instituição quando da interposição do *mandamus*, demonstrando, com isso, estar habituada com a escola.

Do mesmo modo, extrai-se do caderno processual (fls. 03-04) que a permanência da Impetrante no Colégio Estadual Professor Newton Guimarães não contraria o georeferenciamento, porque o fato de a Instituição de Ensino estar instalada em bairro vizinho ao da residência da Estudante, facilita o seu acesso à educação.

Ressalte-se que não se há falar em prevalência, neste caso, do interesse privado sobre o interesse público, pois os direitos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente são exemplos clássicos da doutrina para combater a distinção entre direito público e direito privado.

Há interesses privados que são transfixados pelo interesse público, o que justifica, inclusive, a atuação do Ministério Público como parte ou como fiscal da lei.

Observe-se, por fim, que não se trata de reputar o ato administrativo que criou o sistema de georeferenciamento inexistente, inválido ou ineficaz.

A inexistência, segundo lição abalizada de Carlos Alberto Dabus Maluf, *in* Inexistência na Teoria das Nulidades, tese apresentada com aprovação para concurso de Professor Titular de Direito Civil da USP, 2001, p. 10, apresenta-se praticamente numa categoria autônoma como expressão da ineficácia mais radical que pode afetar a um negócio jurídico.

A invalidade é a desconformidade com o procedimento anteriormente estabelecido ou a inobservância de regra de competência.

A ineficácia é a inidoneidade técnica, social ou jurídica de produzir os efeitos pretendidos pelo editor do ato.

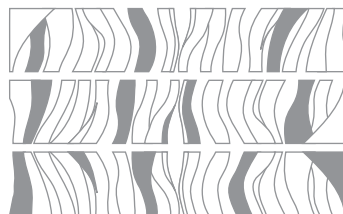
Ora, os critérios de georreferenciamento devem, salvo outro vício aqui não debatido, ser reputados existentes, válidos e eficazes quando não confrontados com o direito ao pleno desenvolvimento físico e psicológico e com o direito à permanência na escola.

Neste caso específico, por haver confronto, tais critérios devem ser afastados.

Assim, não houve qualquer violação pelo acórdão de origem do *caput* inciso I do art. 53 da Lei n. 8.069/1990.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É como penso. É como voto.



Jurisprudência da **Terceira Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 780.758-SP (2005/0144328-1)

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)

Recorrente: Banco Itaú S/A

Advogados: Maurílio Moreira Sampaio

Lecy Fátima Sutto Nader

André Vidigal de Oliveira

Laerte Aparecido Mendes Martins

Elia Youssef Nader e outro(s)

Recorrido: Comercial de Produtos e Equipamentos Agropecuários
Agropecol Ltda

Recorrido: José Bittar - Espólio

Representado por: Reinaldo Lucon

Advogado: Júlio Vicente de Vasconcellos Carvalho e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Execução. Remição de dívida. Anistia. Artigo 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Títulos extrajudiciais distintos. Exame dos requisitos para concessão do benefício. Sentença una reproduzida em vários processos a partir de uma única instrução. Prevenção do órgão julgador para o julgamento das diversas apelações. Reconhecimento. Coisa julgada. Efeitos. Afastamento.

I - O reconhecimento do direito líquido e certo à prevenção em relação ao órgão fracionário do Tribunal (turma ou câmara), com o objetivo de se evitar decisões conflitantes, não determina o mérito do julgamento dos recursos de apelação interpostos, acaso sejam observadas peculiaridades que justifiquem a aplicação de soluções distintas para cada uma das execuções, pois não é lícito prejudicar uma causa em vista do julgamento de outra, ainda que idênticas as partes e o pedido e, apenas na aparência, a causa de pedir.

II - Os limites da coisa julgada estão circunscritos ao processo em que proferida a sentença.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Dr(a). Rogerio Soares de Souza, pela parte Recorrente: Banco Itaú S/A Brasília (DF), 18 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

DJe 26.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de recurso especial interposto pelo *Banco Itaú S/A* contra acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o ora recorrente propôs execução de título extrajudicial em desfavor de *Comercial de Produtos e Equipamentos Agropecuários Agropecol Ltda*, que formulou requerimento de remição da dívida, com base no art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo pedido foi deferido em primeiro grau de jurisdição.

Contra a sentença que reconheceu a remição da dívida, o Banco exequente interpôs apelação, a qual foi distribuída à Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

A recorrida, ao fundamento de conexão, solicitou a redistribuição do processo à Décima Câmara, pedido que foi indeferido, ensejando a impetração de mandado de segurança perante o tribunal de origem.

Denegada a ordem, foi interposto recurso ordinário para esta Corte, o qual restou provido por esta Terceira Turma, sob a relatoria do Ministro Waldemar Zveiter (RMS n. 8.711-SP), para anular o julgamento da apelação e determinar o encaminhamento dos autos à Décima Câmara Cível, dada a existência de prevenção, em acórdão assim ementado:

Processual Civil. Mandado de segurança. Conexão e prevenção. Apelações (Recursos resultantes de processos, veiculando causa de pedir e pedido idênticos, como assim as partes). Direito líquido e certo.

I - Havendo conexão entre processos, com sentença igualitária, apenas materialmente subdividida, o julgamento das apelações distribuídas deve ser regido pelas regras da prevenção, sob pena de ferir-se direito líquido e certo do impetrante a obter decisões igualitárias e equilibradas. É que o reconhecimento da conexão em Primeira Instância, reunindo vários processos, projeta-se no conhecimento em Segunda Instância através das várias apelações distribuídas, fixando-se a prevenção pela Câmara ou Turma que primeiro conhecer de uma das apelações.

II - Recurso conhecido e provido. (RMS n. 8.711-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 03.08.1999, DJ 18.10.1999, p. 226).

No julgamento da apelação, já pela Décima Câmara, foi proferido acórdão assim ementado:

Correção Monetária. Anistia constitucional. Mandado de Segurança n. 7.763-SP do C. Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a conexão e prevenção no julgamento, em Segunda Instância, das Apelações n. 515.392-2, 515.538-8, 514.867-4, 514.942-2, 515.316-6, 515.359-1, 515.754-6, 515.856,5, com prevenção da 10ª Câmara. Julgamento da Apelação n. 515.856-5 da 10ª Câmara, negando provimento ao recurso, confirmando sentença de Primeiro Grau que concedeu a anistia do Artigo 47 do ADCT. Ocorrência de coisa julgada que se reconhece. Recurso prejudicado.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados em julgado assim ementado:

Embargos de Declaração. Anistia constitucional do artigo 47 do ADCT reconhecida na Apelação n. 515.865-5. Julgamento desta apelação que deverá ser igual aquela, sob pena de decisões conflitantes e contraditórias, em virtude da conexão reconhecida com relação a oito (8) processos n. 1.296/88, 1.297/88, 1.298/88, 1.300/88, 1.301/88, 1.302/88 e 1.415/88, é a mesma que continua existindo para o julgamento em grau de recurso das seguintes apelações (oito) n. 515.392-2, 515.538-8, 514.867-4, 514.942-2, 515.359-1, 515.754-6, 515.856-5, inclusive esta de n. 515.316-6, devem ter acórdãos igualitários e no mesmo sentido. Inexistência das alegadas omissões, obscuridades ou contradições. Embargos de declaração rejeitados.

Daí a interposição do presente recurso especial, calcado nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, onde é alegada violação aos artigos 301, §§ 1º e 2º, e 462 do Código de Processo Civil.

Sustenta o recorrente que a questão proposta nos autos, referente ao direito à anistia constitucional, não se encontra sob o manto da coisa julgada, uma vez que cada uma das oito execuções teria por base título extrajudicial distinto, sendo que a decisão proferida no exame de uma delas não se estenderia às demais, observadas as peculiaridades de cada contratação.

Contra-arrazoado e inadmitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte por força de decisão proferida em agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Conforme se constata, a partir da consulta à base de dados desta Corte, a questão submetida a julgamento, envolvendo as mesmas partes e tendo por objeto a mesma matéria litigiosa, já foi analisada por esta Terceira Turma, na oportunidade dos julgamentos dos Recursos Especiais de n. 780.758 e 782.789, ambos relatados pelo meu ilustre antecessor, o Ministro Castro Filho, cuja recapitulação se revela necessária, conforme se segue:

Num breve escorço articulado, a situação dos autos pode ser assim retratada:

- a) a instituição financeira ajuizou 8 (oito) execuções distintas, tendo por base diferentes contratos, contra o mesmo devedor;
- b) o executado formulou pedido de remição da dívida, com base no art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
- c) a instrução do pedido de remissão, realizada para verificar o preenchimento dos requisitos constitucionais, ocorreu em apenas um dos processos;
- d) ao final, na mesma data, foram prolatadas sentenças de igual teor remetindo a dívida e extinguindo a respectiva execução;
- e) o julgado de 1º grau considerou que o limite de 5.000 OTN's seria observado em cada contrato, especificamente, afastando a tese de que somente seria possível a remição caso a soma dos pactos celebrados com a mesma instituição financeira não ultrapassasse o mencionado teto, hipótese que afastaria o benefício, no caso concreto;
- f) as oito apelações interpostas foram distribuídas a diferentes câmaras do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo;
- g) a primeira a ser julgada foi a de número 515.856, negando provimento ao recurso. Ao que se informa, houve o trânsito em julgado;

h) após a decisão desta Corte sobre a prevenção, foi apreciada a Apelação n. 515.754 (fls. 547-549), concluindo o tribunal por entendê-la prejudicada tendo em vista o julgamento inatado proferido na apelação retro mencionada, que teria feito coisa julgada;

i) no mesmo sentido, decidiu o colegiado de origem, ao apreciar a Apelação n. 515.316, que deu origem ao presente recurso especial (fls. 562-563 e 595-597).

A conclusão, todavia, a meu sentir, está a merecer algum reparo.

O artigo 301, § 2º, do Código de Processo Civil estabelece que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” No caso, o pedido de remição fora formulado incidentalmente numa das execuções. E, embora uno, sua abrangência se estendia a todas as ações, desde que cada uma delas se amoldasse às exigências constitucionais. Em sendo assim, é como se houvesse vários pedidos de remição formulados em cada uma das diversas execuções. Logo, em cada caso, o que se pedia era a extinção do crédito representado pelo título cambial embaixador, especificamente, da respectiva execução.

Ora, a causa de pedir tem por base fundamentos de fato e de direito, que podem, mesmo em situações que tais, não ser idênticos em todas as demandas.

É de se ter presente que os efeitos da sentença, em regra, ficam circunscritos ao processo em que foi proferida. No caso em apreciação, a sentença prolatada, acolhendo o incidente, julgou “extinta a presente execução”. Logo, a coisa julgada não irradia efeitos além daí.

Em tese, portanto, nada impediria, como de fato ocorreu, que o tribunal de origem acatasse o pedido de remição em algumas hipóteses, caso em que ficaria extinto o crédito referente àquele processo e, em outras, afastasse a pretensão. Por conseguinte, decidida uma, não há falar em prejulgamento das demais.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para que, afastada a existência de coisa julgada, prossiga-se no julgamento da apelação, como entender de direito.

É de se observar, no particular, que a decisão proferida no RMS n. 8.711-SP, relatado pelo eminente Ministro Waldemar Zveiter, reconheceu, tão-somente, o direito líquido e certo à prevenção em relação ao órgão fracionário do Tribunal (turma ou câmara), com o objetivo de se evitar decisões conflitantes, o que, entretanto, não determina o mérito do julgamento dos recursos de apelação interpostos, acaso sejam observadas peculiaridades que justifiquem a aplicação de soluções distintas para cada uma das execuções.

Com efeito, o reconhecimento do direito líquido e certo quanto a prevenção do órgão fracionário, em segundo grau de jurisdição, visando à obtenção de *decisões igualitárias e equilibradas*, não coincide com a determinação da projeção dos efeitos da coisa julgada em relação aos diversos julgamentos das apelações interpostas de sentenças com o mesmo teor, uma vez que, partindo as execuções de contratações diferentes (títulos executivos autônomos), podem, cada uma delas, preencher, ou não, os critérios requeridos para o benefício da anistia, reconhecidos, indevidamente, de forma indistinta em primeiro grau de jurisdição.

Com essas considerações, me alinho ao posicionamento da Turma, esposado nos acórdãos relativos aos Recursos Especiais de n. 780.758 e 782.789, e dou provimento ao presente recurso especial para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, afastando-se os efeitos da coisa julgada, prossiga no julgamento da apelação, na esteira do devido processo legal.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 815.884-RJ (2006/0024359-1)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Walter da Silva e cônjuge

Advogado: Adolpho dos Santos Marques de Abreu e outro

Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogada: Flavia Martins Affonso e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação ordinária visando ao cancelamento de adjudicação havida em execução extrajudicial fundada no Decreto-Lei n. 70/1966. Valor da causa. Não configuração. Ausência de peça essencial à compreensão da demanda. Consideração em prejuízo do recorrente.

I - Discute-se, no caso, se o valor da causa atribuído à ação proposta com o objetivo de cancelar a adjudicação havida em execução extrajudicial fundada no Decreto-Lei n. 70/1966, deve ser definido com base no artigo 259, V, do Código de Processo Civil.

II - A pretendida aplicação analógica desse dispositivo, no caso concreto está a depender da causa de pedir suscitada na petição inicial, documento que, todavia, não consta dos autos.

III - Verifica-se, no caso, ausência de peça imprescindível à compreensão da demanda, sendo certo que o recurso especial em apreciação é oriundo de um agravo de instrumento cuja formação tocou à parte ora recorrente. Cumpre concluir, dessa forma, que a falta de elementos aptos a subsidiar o exame da pretensão recursal deve ser tomada em prejuízo do recorrente.

Recurso Especial a que se nega provimento.

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, negar provimento Recurso Especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 10.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Walter da Silva e cônjuge* interpõem recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal

da 2ª Região, Relator o Desembargador Federal *Reis Friede*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 143):

Agravo de instrumento. Processual Civil. Impugnação ao valor da causa. Rejeição. SFH. Anulação de execução extrajudicial. Valor da causa correspondente ao saldo devedor.

I - No que pertine às ações em que se pleiteia o cancelamento do procedimento de execução extrajudicial, este Egrégio Tribunal tem se manifestado no sentido de ser atribuído à causa o valor referente ao saldo devedor do imóvel.

II - Havendo dúvidas a respeito do valor correspondente ao saldo devedor, deve-se considerar como tal aquele pelo qual o imóvel foi adjudicado.

III - Agravo improvido.

2.- Os embargos de declaração opostos (fls. 145-160) foram rejeitados (fls. 185-189).

3.- Os recorrentes sustentam que o Tribunal de origem não teria fundamentado suas decisões nem enfrentado todos os temas que lhe foram submetidos. Nesses termos teria violado os artigos 165, 458 e 535 o Código de Processo Civil.

4.- Afirmam que houve fraude na publicação do edital relativo ao leilão de imóvel objeto de execução extrajudicial fundada no Decreto-Lei n. 70/1966, argumentando que nele constou o valor de avaliação do imóvel e não o valor do saldo devedor. Além disso, “o valor da avaliação que deveria constar do edital de leilão, teria que ser devidamente atualizado, pela mesma base de cálculo que a ré atualizou o valor do saldo devedor” (fls. 197). O Tribunal de origem assim não o reconhecendo, teria violado o artigo 818 do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 1.484 do Código Civil em vigor.

5.- Acrescentam que o valor da causa, sob pena de ofensa ao artigo 259, V, do Código de Processo Civil, deveria ser o valor da avaliação do imóvel fixado em contrato, ou seja, o valor pago, corrigido pelos mesmos índices aplicados ao saldo devedor. Nesses termos, o saldo devedor não poderia ser tomado como valor da causa.

6.- Apontam dissídio jurisprudencial, colacionando precedentes inclusive deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 7.- A jurisprudência desta Corte já assentou que, na execução extrajudicial de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, é imprescindível a avaliação do bem antes da respectiva alienação. Nesse sentido: REsp n. 804.674-SP, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, DJe 17.11.2008; REsp n. 134.949-SP, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Segunda Turma*, DJ 21.02.2005; REsp n. 480.475-RS, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, *Quarta Turma*, DJ 05.06.2006; REsp n. 193.636-MG, Rel. Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, *Quarta Turma*, DJ 03.05.1999; REsp n. 345.884-SP, Rel. Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*, *Terceira Turma*, DJ 05.08.2002.

Não se discute no caso, porém, a nulidade da execução por ausência de avaliação prévia.

8.- Consta dos autos que a Caixa Econômica Federal promoveu, com fundamento no Decreto-Lei n. 70/1966, a execução extrajudicial do imóvel financiado, tendo adjudicado o bem pelo valor do saldo devedor.

9.- Os mutuários propuseram ação ordinária distribuída sob o n. 2000.51.01016226-2, pleiteando o cancelamento da carta de adjudicação (fls. 121).

10.- A Caixa Econômica Federal apresentou incidente de impugnação ao valor da causa (fls. 33-34), alegando que o valor indicado pelos mutuários (R\$ 46.021,90) seria excessivo e que deveria ser substituído pelo valor da última avaliação do imóvel (R\$ 5.000,00).

11.- O Juízo de primeiro grau resolveu o incidente em decisão interlocutória assim exarada (fls. 23):

Em sede de discussão de contrato de financiamento habitacional, em que se objetiva anular procedimento de execução, têm os Tribunais decidido que o valor da causa deve corresponder ao valor da adjudicação, qual seja, R\$ 60.888,88 [o que corresponde, na hipótese vertente, ao valor atualizado da adjudicação].

12.- Contra essa decisão os mutuários interpuseram agravo de instrumento (fls. 02-12), alegando que valor da causa, na ação para cancelamento de adjudicação deveria ser aquele atribuído ao contrato, devidamente atualizado, nos termos do que disposto pelos artigos 818 do Código Civil de 1916 e 259, V, do Código de Processo Civil. Sustentaram que, se assim não fosse, estar-se-ia

permitindo a ocorrência de pacto comissório vedado pelo artigo 765 do Código Civil de 1916. Ressaltaram que o contrato de financiamento, em sua cláusula 19 deu valor certo ao imóvel e que esse valor, atualizado, deveria servir, nos termos do artigo 818 do Código Civil, para a adjudicação do bem.

13.- O Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento, entendendo que “No que pertine às ações em que se pleiteia o cancelamento do procedimento de execução extrajudicial, este Egrégio Tribunal tem se manifestado no sentido de ser atribuído à causa o valor referente ao saldo devedor do imóvel” e que “Havendo dúvidas a respeito do valor correspondente ao saldo devedor, deve-se considerar como tal aquele pelo qual o imóvel foi adjudicado”. (fls. 143).

É nesse Agravo de Instrumento que sobreveio o presente Recurso Especial.

14.- Não se viabiliza o especial pela indicada ausência de prestação jurisdicional, porquanto a matéria em exame foi devidamente enfrentada, emitindo-se pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão dos recorrentes. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

15.- Quanto ao artigo 818 do Código Civil de 1916, indicado como violado nas razões do especial, assim dispõe o texto da lei:

É lícito aos interessados fazer constar das escrituras o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, dispensada a avaliação. As remissões não serão permitidas antes de realizada a primeira praça nem depois da assinatura do auto de arrematação.

A alegação de ofensa ao artigo 818 do Código Civil de 1916, nos termos do qual o valor previamente indicado pelas partes no contrato deveria servir de base para a adjudicação, é questionamento que diz respeito ao mérito da Ação n. 2000.51.01016226-2, proposta com o objetivo de cancelar a adjudicação.

Esse dispositivo revela-se, com efeito, irrelevante para a determinação do valor a ser atribuído à ação respectiva e, por conseguinte, insuficiente para desconstituir o Acórdão recorrido.

Incide, quanto ao tema, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

16.- No que concerne ao valor da causa, assim estabelece o artigo 259, V, do Código de Processo Civil, também tido por violado:

O valor da causa constará sempre da petição inicial e será:

V - quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, o valor do contrato;

A Jurisprudência da Corte tem assinalado que, nas ações revisionais de contrato deve-se atribuir à causa o valor do próprio contrato consoante determinado pela norma em destaque: REsp n. 1.069.823-MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe 04.06.2009; REsp n. 762.064-SP, Rel. Ministra *Denise Arruda*, Primeira Turma, DJ 16.11.2006; REsp n. 771.690-MT, Rel. Ministro *Jorge Scartezini*, Quarta Turma, DJ 20.03.2006.

Essa orientação, porém, não é absoluta, pois quando a pretensão revisional atingir apenas parte do negócio jurídico, o valor da causa deve refletir a repercussão econômica do pedido. A propósito:

Processo Civil. Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Ação revisional das prestações. Valor da causa. Artigo 259, V, do CPC inaplicabilidade. Precedentes.

- Se na ação revisional o que se pretende é a redução do valor das prestações do contrato, o valor da causa não poderá ser o valor do próprio contrato, de acordo com as parcelas originais, mas sim um valor compatível com a redução pretendida, que está diretamente relacionada ao conteúdo econômico da demanda.

- Nas ações em que se pretende a redução do valor das prestações do financiamento da casa própria, o valor da causa há de corresponder à diferença entre o valor da prestação cobrada pelo agente financeiro e o pleiteado pelo mutuário, multiplicado por 12 (doze) vezes.

(REsp n. 674.198-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 02.05.2006);

Processo Civil. Ação revisional. Desconstituição total do contrato. Impugnação ao valor da causa.

- Na ação revisional de contrato, o valor da causa deve ser equivalente ao proveito econômico pretendido na demanda.

(REsp n. 293.258-SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 25.10.2004);

Processo Civil. Sistema Financeiro de Habitação. Ação que busca a revisão das prestações e saldo devedor do contrato de financiamento. Valor da causa. Art. 260 do CPC. Inaplicabilidade.

1. Se a ação busca a revisão das prestações e do saldo devedor, o valor da causa deve corresponder ao benefício econômico que se busca alcançar.

(REsp n. 491.365-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 04.10.2004);

Valor da causa. Ação de revisão de contrato bancário.

O valor da ação de revisão de contrato que conteria cláusulas abusivas deve corresponder à diferença que o autor pretende abater do total exigido pelo credor.

(REsp n. 450.631-RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 10.02.2003);

Ação revisional de apenas parte do contrato. Impugnação ao valor da causa. Incidência do artigo 258 do CPC. Precedentes.

Na fixação do valor da causa, em ação onde se discute a revisão de cláusulas contratuais, prevalece o princípio da equivalência ao valor do bem efetivamente perseguido e não o do contrato inteiro.

(REsp n. 162.516-RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 20.05.2002).

17.- No presente caso, o cerne da questão está em saber o valor que deve ser atribuído à ação proposta com o objetivo de cancelar a adjudicação havida na execução extrajudicial.

É certo que a pretensão de cancelamento da adjudicação não se confunde com a de revisar o contrato. Sucede que a pretensão de cancelamento pode estar vinculada à diversas causas de pedir, como por exemplo a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/1966, o descumprimento do rito procedimental necessário, ou até mesmo, eventualmente, a alegação de abusividade das cláusulas do contrato e a conseqüente descaracterização da mora.

Se essa ação suscitar discussão a respeito da validade de todo o contrato é possível, em princípio, por analogia, aplicar-se a regra do artigo 259, V, do Código de Processo Civil.

Se, ao contrário, a causa de pedir estiver vinculada à inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/1966 ou ao descumprimento de formalidade procedimental, o litígio não teria por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico. Não seria possível aplicar, assim, nem mesmo analogicamente o artigo 259, V, do Código de Processo Civil. Por conseqüência, o valor da causa não estaria vinculado ao do contrato. Nesse sentido:

Recurso especial. Processo Civil. Valor da causa. Declaração de eficácia de compromisso de compra e venda.

- Quando não se discutir a validade do negócio jurídico, mas sua eficácia, o valor da causa não corresponderá ao valor do contrato.

(REsp n. 612.343-SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJ 20.03.2006).

18.- Mostra-se, pois, imprescindível para o exame da alegada ofensa ao artigo 259, V, do Código de Processo Civil precisar qual a causa de pedir da ação de cancelamento da adjudicação.

19.- Na hipótese dos autos, a sentença e o Acórdão recorrido não esclarecem qual seria essa causa de pedir, mas, segundo se pode inferir das próprias razões do especial, ela estaria associada a algum vício do edital publicado para a alienação do imóvel.

20.- Com efeito, apenas a análise da petição inicial da ação proposta pelos mutuários poderia revelar, com segurança a informação destacada. Esse documento, todavia, não consta dos autos.

21.- Na linha de reiterados precedentes desta Corte, o agravo de instrumento deve ser interposto com todas as peças previstas no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil, assim como aquelas essenciais à compreensão da controvérsia (Súmulas n. 288 e 639 do Supremo Tribunal Federal). Caso deficiente a formação, não se admite o posterior complemento, por força da preclusão consumativa.

22.- No caso em testilha não se tem em mãos os autos de um agravo de instrumento, mas de um recurso especial, no qual constam as peças originais do processo. O presente recurso especial, no entanto, é oriundo de um agravo de instrumento, cuja formação tocou à parte ora recorrente. Dessa forma, embora não seja tecnicamente possível negar provimento ao recurso especial pela falta de peça essencial, cumpre concluir que a falta de elementos aptos a subsidiar o exame da pretensão recursal deve ser tomada em prejuízo dos recorrentes.

23.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.026.981-RJ (2008/0025171-7)

Relatora: Ministra Nancy Andrichi

Recorrente: Severino Galdino Belo

Advogado: Roberto Augusto Lopes Goncale e outro(s)

Recorrido: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Previ

Advogado: Lise Schomaker Maurell e outro(s)

EMENTA

Direito Civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da

pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Severino Galdino Belo*, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJ-RJ.

Ação (inicial às fls. 2-13): sob o rito ordinário, ajuizada pelo recorrente em face da *Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ*, em que pleiteia o pagamento de pensão *post mortem*, decorrente do falecimento de seu companheiro, beneficiário de plano de previdência privada complementar mantida pela ré.

O autor sustenta que conviveu em alegada “união estável” com *Luiz Carlos Ferreira dos Santos*, de 1990 até a data de seu óbito, ocorrido em 07.04.2005. Relata que o companheiro era filiado ao plano de assistência e benefícios de previdência privada complementar da ré, do qual figura como dependente do beneficiário. Aduz que formulou, junto a ré, pedido de pensionamento em razão da morte do companheiro e que referido pedido lhe foi negado, sob o argumento de “falta de amparo legal”. Informa que foi nomeado herdeiro testamentário do falecido companheiro, com o qual mantinha conta corrente conjunta e que a união entre ambos apresentava caráter público, notadamente entre familiares e amigos. Assevera que a conduta da ré é discriminatória, ferindo os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Contestação (fls. 75-87): alude que “não há previsão no Regulamento da ré, para beneficiar, por pensão por morte, companheiro do mesmo sexo, por falta de amparo legal” (fl. 82), de forma que “só haverá direito ao recebimento de pensão, a partir do momento em que a lei reconheça a união estável entre pessoas do mesmo sexo, do contrário, não há qualquer direito ao autor” (fl. 83). Assevera, além do mais, que o autor não foi inscrito como beneficiário, pelo associado, para o recebimento de pensão *post mortem*, figurando ele como beneficiário apenas do plano de pecúlio, o qual lhe foi devidamente pago.

Sentença (fls. 190-194): o pedido formulado pelo recorrente foi julgado procedente, a fim de condenar a recorrida ao pagamento de todos os valores relativos ao pensionamento *post mortem*, desde a data do falecimento de seu companheiro, ao entendimento de que, caracterizada a relação homoafetiva, tal como alegada na inicial, e regularmente cumpridas as obrigações relativas ao negócio jurídico firmado entre o falecido e a entidade de previdência privada, faz jus, o recorrente, ao benefício postulado.

Embargos de declaração: opostos pela recorrida (fls. 196-197), foram rejeitados (fl. 199).

Acórdão (fls. 236-248): deu provimento à apelação interposta pela *Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil Previ*, a fim de reformar a sentença, para julgar improcedente o pedido, com base nos seguintes fundamentos:

1º - "Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, à ela não se aplica as disposições da Lei n. 8.971/1994, sob alegação de existência de união estável. Sobretudo porque, a Carta Magna, em seu artigo 226, estabelece que 'a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado'; consignando no parágrafo 3º que 'para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'. Esse preceito constitucional, pois, tem por escopo a união entre pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo."

2º - "Por outro lado, ausente a comprovação da inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento *post mortem*), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-se de rigor a improcedência do pedido".

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente (fls. 250-253), foram rejeitados (fls. 256-257).

Recurso especial (fls. 280-326): interposto sob alegação de ofensa aos arts. 535 do CPC; 4º e 5º, da LICC; além de dissídio jurisprudencial.

Recurso extraordinário: às fls. 260-278.

Contrarrazões: às fls. 329-338.

Juízo Prévio de Admissibilidade (fls. 348-350): o TJ-RJ admitiu o recurso especial, determinando a remessa dos autos ao STJ.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andriahi (Relatora): Cinge-se a lide a apurar a possibilidade de procedência de pedido de pensão *post mortem* deduzido em face de entidade fechada de previdência privada complementar, com base

em existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, pelo período aproximado de 15 (quinze) anos.

Em suas razões recursais (fls. 280-326), o recorrente colacionou diversos julgados proferidos por vários tribunais pátrios, dentre eles os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 4ª Regiões, que adotaram solução distinta daquela acolhida pelo acórdão recorrido. A similitude entre as hipóteses está comprovada, pois os acórdãos alçados a paradigma tratam da possibilidade de extensão dos efeitos da união estável às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, para fins de concessão de benefício previdenciário.

Assim, patente a existência de divergência jurisprudencial, deve o recurso especial ser conhecido pela alínea c do permissivo constitucional. Passa-se, portanto, à análise de mérito e aplicação do direito à espécie, conforme autoriza o art. 257 do RISTJ.

I. Dos princípios fundamentais e do emprego da analogia como método integrativo para que se produzam os idênticos efeitos do reconhecimento de união estável a relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo.

Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

Sob essa ótica, a proteção do Estado ao ser humano deve ser conferida com os olhos fixos na vedação a condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, forte nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade.

A inegável superação de antigos paradigmas do Direito de Família tem se operado pela gradativa evanescência da função “procriacional” a definir a entidade familiar, bem como, pela dissipação do conteúdo de cunho marcadamente patrimonialista, para dar lugar à comunhão de vida e de interesses pautada na afetividade, tendo como suporte a busca da realização pessoal de seus integrantes.

É certo que o Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a

discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

Assim, relações fundadas no afeto e na mútua assistência, consolidadas entre pessoas do mesmo sexo, têm sido, gradativamente, inseridas no âmbito do Direito de Família, especialmente pela doutrina e pela jurisprudência, o que deve conduzir a uma inevitável normatização do tema.

Contudo, enquanto a norma não se amolda à realidade, considerando os dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional a respeito do tema (PL n. 1.151/95 e PL n. 2.285/07), é dever do Juiz emprestar efeitos jurídicos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário, a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual.

Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece, em seu art. 1º, que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Diversos países possuem legislação que reconhece os direitos oriundos de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Entre eles, destacam-se, na Europa, a Dinamarca, a Holanda, a Noruega, a Suécia, a Finlândia, a Islândia, a França, a Espanha, a Bélgica, a Alemanha, a Croácia, a Grã-Bretanha, a Suíça e Portugal. Na América, parceiros de idêntico sexo têm seus direitos tutelados no Canadá, nos estados americanos de *Vermont*, *Connecticut* e *Massachusetts*, na cidade do México, na província argentina de *Buenos Aires* e no Uruguai.

Como ilustração do pensamento evolutivo em andamento, o Presidente do Governo Espanhol, em discurso proferido em 30.06.2005, por ocasião da aprovação da reforma do Código Civil na Espanha, que autoriza o casamento homossexual naquele país, assinalou o seguinte:

Não estamos legislando, meus senhores, para gentes remotas e estranhas. Estamos ampliando as oportunidades de felicidade dos nossos vizinhos, dos nossos colegas de trabalho, dos nossos amigos e dos nossos familiares, e desse

modo estamos construindo um país mais decente, porque uma sociedade decente é a que não humilha os seus membros. (Disponível em: <http://opusgay.ci/1315/article-68444.html>. Acesso em 29.01.2010).

O contexto sociocultural mundial, portanto, vem acenando no sentido de uma maior acolhida ao pleito das minorias, outrora desassistidas. Seguindo esse compasso, ainda que circunscrito ao universo feminino, considerado o caráter de exclusiva proteção à mulher, cabe assinalar a nova definição legal de entidade familiar conferida pela Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), ao contemplar casais formados por pessoas do mesmo sexo, em seu art. 5º, o qual segue reproduzido, na parte que interessa:

Art. 5 Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

(...)

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

O STF teceu linhas fundamentais a respeito do tema, por ocasião do julgamento da ADI n. 3.300/MC-DF, DJ de 09.02.2006, em que o i. Min. *Celso de Mello*, a despeito de não decidir o mérito da questão, por razões de ordem estritamente formal, acenou no sentido da “relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas”. Segue trecho da decisão:

(...) o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto da proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.

Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (...).

Esta Corte, de sua parte, tem evoluído em sintonia com a dinâmica social, no sentido de estabelecer que, na ausência de disposição legal a respeito do tema, e, empregando-se a analogia como método integrativo da lei, a relação entre pessoas do mesmo sexo é capaz de gerar direitos e deveres, bem assim, de produzir efeitos no universo jurídico, em identidade àqueles oriundos de união estável.

Sob essa perspectiva, os precedentes do STJ:

Processo Civil e Civil. (...) união homoafetiva. Inscrição de parceiro em plano de assistência médica. Possibilidade. (...)

(...)

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

(...)

(REsp n. 238.715-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 07.03.2006, DJ de 02.10.2006).

Processo Civil. Ação declaratória de união homoafetiva. (...) possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1º da Lei n. 9.278/1996 e 1.723 e 1.724 do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo.

(...)

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem as condições impostas pela

lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 820.475-RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Ac. Min. Luis Felipe Salomão, 4º Turma, julgado em 02.09.2008, DJ de 06.10.2008).

Assim, enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

Demonstrada, portanto, a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

Como se pode notar, a quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre

manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

E nessa evolução de mentalidade, deve o juiz permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

A defesa dos direitos em sua plenitude deve, portanto, assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

Dessa forma, o emprego da analogia para suprir a lacuna normativa, com vistas a inserir as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhado da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

Sob essa premissa, *Wagner Balera* (in *Direitos humanos sociais de seguridade e o companheiro homossexual*, texto publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional – A contemporaneidade dos direitos fundamentais, n. 4, jul./dez. – 2004, São Paulo: ESDC, 2004. p. 135) afirma que deve ser adotada, ao interpretar os direitos humanos, a máxima de que “no caso de dúvida deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”, em consonância com a lição de Canotilho.

Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

No processo em apreciação, da situação fática descrita no acórdão impugnado, insuscetível, pois, de reexame, rersai, incontroversa, a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, havida entre o recorrente e o falecido participante da entidade de previdência privada complementar, o que permite que se avance no julgamento da questão submetida ao crivo deste Órgão Colegiado, aplicando-se, analogicamente, os preceitos normativos concernentes à união estável, para alcançar a hipótese, porquanto não expressamente contemplada na lei vigente.

II. Da previdência privada e a concessão de pensão *post mortem* decorrente de união entre pessoas do mesmo sexo.

Ao julgar questões de direito previdenciário, especificamente a concessão do benefício de pensão por morte a dependentes de segurado, este Tribunal tem sido veemente em contemplar a união entre pessoas do mesmo sexo com o consequente reconhecimento ao direito.

Ilustrativo do tema, o REsp n. 395.904-RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa (*in memorian*), DJ de 06.02.2006, de cuja ementa pinço o seguinte trecho:

Recurso especial. Direito Previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício.

(...)

3 - A pensão por morte é: "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes." (ROCHA, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p. 251).

4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo "Da Família". Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de

diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, § 3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, aligizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6 - Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: "Art. 201 - Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º".

7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07.06.2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento.

9 - Recurso Especial não provido.

A integração por meio do uso da analogia, a permitir que os efeitos do instituto da união estável abarquem a relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidas as características que se amoldam à referida entidade familiar, permite que as normas reguladoras do Regime Geral de Previdência Social sejam, em igual medida, utilizadas para a concessão do benefício da pensão por morte a reconhecido companheiro de participante de entidade de previdência privada complementar.

Desse modo, comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante.

Ainda que não haja debate a tal respeito, consigne-se que, se por força do art. 16 da Lei n. 8.213/1991, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. Defendem a ideia Gláucio Maciel Gonçalves (in *Direito previdenciário na união homossexual*, Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, n. 10, Ano 18, out./2006, p. 71) e Érica Paula Barcha Correia (in *A relação homoafetiva e o Direito Previdenciário*, Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária, Ano XIX, n. 227, maio/2008, p. 17).

Avançando no tema, deve-se ter em mente a lição de Wagner Balera (ob. cit., p. 153 e 161), de que a “proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social brasileiro” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”. Dessa forma, em hipótese alguma a previdência privada complementar poderá excluir a previsão de beneficiário, contida no Regime Geral de Previdência Social, do companheiro de pessoa de mesmo sexo.

Ora, o direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor.

Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência.

Tolher o companheiro sobrevivente do recebimento do benefício pretendido ensejaria, em última análise, o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada, nada havendo a justificar eventual alegação de desequilíbrio nos cálculos atuariais.

Por fim, quanto à ausência de inscrição do recorrente como dependente do participante da entidade de previdência privada complementar, especificamente para o recebimento da pensão *post mortem*, registre-se que a jurisprudência do STJ atesta no sentido de que, incontroversa a união estável, o companheiro

participante de plano de previdência privada faz jus à aludida pensão, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares” (REsp n. 844.522-MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, julgado em 05.12.2006, DJ de 16.04.2007).

A exigência de designação expressa pelo participante, visa tão-somente facilitar a comprovação, junto à entidade de previdência complementar, da vontade do falecido em indicar o companheiro como beneficiário da pensão por morte; sua ausência, porém, não importa a não concessão do benefício, se comprovada a união nos mesmos moldes que a estável, por outros meios idôneos de prova, como ocorre na hipótese.

Em raciocínio complementar, como poderia estar inscrito na qualidade de dependente o companheiro do mesmo sexo se o próprio estatuto da entidade de previdência privada não contempla tal situação, isto é, não reconhece como companheiro aquele que mantém união afetiva com pessoa de idêntico sexo?

Por tudo isso, mediante a ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

A recorrida, portanto, deve ser condenada a pagar ao recorrente, companheiro sobrevivente de participante da entidade de previdência privada, a pensão *post mortem* tal como pleiteada, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

Forte em tais razões, *conheço* do recurso especial e a ele *dou provimento*, para, restabelecendo a sentença, condenar a recorrida ao pagamento da pensão *post mortem* ao recorrente, em decorrência do falecimento de companheiro participante da entidade de previdência privada complementar.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, Srs. Ministros, quero dizer que realmente o papel do Superior Tribunal de Justiça é muito importante nessas questões, mas confesso minha dificuldade em opor obstáculos a se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Cito apenas um caso aqui, que foi público, e o Brasil inteiro o acompanhou, na Bahia, do famoso artista plástico Carlos Bastos. Foram quarenta anos de convivência com o companheiro. Se eu disser que essa união não foi estável, estarei querendo negar uma realidade. Quarenta anos de uma união feliz, pois convivi com os dois e sei que eram felicíssimos, de forma que não vejo por que – penso até, Sr. Presidente, perdoe-me, que a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, do qual fui Advogado durante dez anos com muita honra, está litigando de má-fé aqui, porque não deveria ter aceito como beneficiário o companheiro.

E me lembra o Dr. Arquibaldo Baleeiro, que foi meu chefe no Banco do Brasil, como Advogado, que, consultado, a respeito de um depósito, disse ao funcionário: “Olha, para entrar pode; para sair, vamos examinar.” Era esse o pensamento do Banco do Brasil, quer dizer, para inscrever como companheiro e pagar a previdência pode, mas para pagar o benefício depois da morte vamos examinar? Não aceito, Sr. Presidente.

A litigância é de má-fé, não deveria ter aceito o companheiro como beneficiário.

De forma que eu, *data venia* dos eminentes Ministros – e até me perdoem por essa ênfase que estou dando aqui –, acompanho inteiramente o voto da eminente Ministra, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.051.376-DF (2008/0089516-0)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Recorrente: Otavio Franco de Queiroz e outros

Advogado: Paulo Roberto Roque Antonio Khouri e outro(s)

Recorrido: Avaldir da Silva Oliveira e outros

Advogados: Carlos Augusto Sobral Rolemberg

Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite

Elisa Caris de Sousa e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de alteração contratual. Acórdão recorrido. Reforma da sentença por maioria de votos. Extinção do feito sem resolução de mérito. Não cabimento de embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Interesse processual. Existência. Distinção entre interesse substancial e processual. Incursão da Corte de origem no mérito da demanda. Ofensa ao art. 267, VI, do CPC. Preliminar de ausência de condições da ação que há de ser afastada. Retorno dos autos à origem.

1. À luz do art. 530 do CPC, não é suscetível à interposição de embargos infringentes o acórdão que, por maioria de votos, extingue o processo sem resolução de mérito (Precedentes: AgRg no REsp n. 890.246-MA, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 11.09.2008; e REsp n. 923.805-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 30.06.2008).

2. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A ofensa ao art. 535 do CPC somente 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 ocorreu na hipótese dos autos.

4. O interesse de agir ou interesse processual, como condição da ação, não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir é instrumental e secundário, surge da necessidade da parte de obter através da tutela judicial a proteção a seu interesse substancial.

5. Segundo a doutrina especializada: “haverá o interesse processual sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único

caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende. Depois, quando reconhecida existência do interesse de agir, o juiz conceder-lhe-á ou não o bem da vida, conforme o caso (e essa será a decisão de mérito)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *In* “Instituições de Direito Processual Civil”, vol II, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 309-310).

6. *In casu*, é inequívoco o interesse de agir dos autores da demanda anulatória, herdeiros do falecido sócio da *H&B Incorporadora de Imóveis Ltda*, vez que fundada sua pretensão no reconhecimento da nulidade da alteração contratual da empresa, levada a registro pelo sócio remanescente, que o fez com esteio em documentos que se verificaram fraudulentos.

7. A aferição da ocorrência ou não da apontada falsificação documental, bem como do alcance dos efeitos oriundos da nulidade eventualmente constatada, é matéria que escapa à preliminar verificação pelo julgador do preenchimento das condições da ação, sendo indevida a extinção do feito sem resolução do mérito, quando a razão para tal resulta do exame do conteúdo meritório da própria demanda.

8. A verificação acerca da correspondência da situação jurídica descrita pelo autor à verdade, bem como a aferição do potencial protetivo da ordem jurídica para a posição afirmada pelo mesmo, consiste no próprio mérito da demanda, ou seja, no interesse substancial que, por óbvio, não pode ser confundido com o interesse processual.

9. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para prosseguimento do julgamento das demais matérias veiculadas em sede de apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Nancy Andrichi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Paulo Roberto Roque Antonio Khouri, pela parte recorrente: Otavio Franco de Queiroz

Dr(a). Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite, pela parte recorrida: Avaldir da Silva Oliveira

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 10.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Otavio Franco de Queiroz e outros*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 3º, 128, 267, VI, e 535, do Código de Processo Civil, bem como os arts. 104, II e III, 166, II e IV, 168, *caput* e parágrafo único, 169, 182, 367, 843 e 1.793, do Código Civil.

Noticiam os autos que os ora recorrentes, em 04 de agosto de 2004, ajuizaram ação declaratória de nulidade de alteração contratual cumulada com apuração de haveres em desfavor de *Avaldir da Silva Oliveira, Maria Verônica Franco de Oliveira e CTIS Empreendimentos Ltda (H&B Incorporadora de Imóveis Ltda)*, objetivando, em síntese, a desconstituição da alteração contratual desta empresa, que fora promovida com esteio em documentos que afirmaram fraudulentos e, por conseguinte, ver condenados os réus a realizarem a apuração de haveres que seriam devidos ao sócio falecido, *Elias Alves Rocha de Queiroz*, a serem aferidos em liquidação de sentença.

Aduziram os autores, em sua exordial, que: (i) *Elias Alves Rocha de Queiroz*, pai e cônjuge, respectivamente, dos mesmos (*Otavio Franco de Queiroz, Bruno Franco de Queiroz e Elcioni Augusta Franco*) faleceu em 31 de outubro de 1996, vítima do acidente aéreo que envolveu o voo 402 da TAM; (ii) em 12.09.1996 teria sido levada a registro a alteração contratual por meio da qual *Elias*, então sócio da empresa *H&B Incorporadora de Imóveis Ltda*, se retiraria da sociedade, cedendo e transferindo ao primeiro réu (*Avaldir*) 4.000 quotas, no valor de

R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), e à segunda ré (*Maria Verônica*) 1.000 quotas, no valor de R\$ 1.000 (mil reais); (iii) em meados de 2003, foi firmado e homologado judicialmente acordo no qual estabelecido que o nome da empresa (CTIS) passaria a ser de propriedade de *Avaldir*, e que autores, herdeiros e esposa de *Elias*, reconheciam como válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos de transferência das quotas do capital social de todas as empresas; e (iv) eivada de nulidade absoluta a alteração contratual promovida, porquanto fundada em documento adulterado, consoante constatado em perícia técnica.

Pugnaram, assim, pela declaração de nulidade da alteração contratual referida, para que fossem condenados os réus a realizar a apuração de haveres devidos ao sócio falecido (*Elias*), a serem aferidos em liquidação de sentença.

Contestaram os demandados, aduzindo, preliminarmente, a existência de coisa julgada no processo n. 2003.1.1056666-2, que tramitou perante a Primeira Vara Cível do DF, onde firmaram as partes acordo homologado judicialmente, ficando estabelecido o pagamento aos herdeiros e à viúva do valor de R\$ 1.412.000,00 (um milhão e quatrocentos e doze mil reais) em troca do reconhecimento e ratificação expressa por parte dos mesmos de todas as alterações de contratos da CTIS e alienação de quotas sociais. No mérito, sustentaram a validade, idoneidade e legitimidade da alteração contratual atacada, afirmando, em suma, que as conclusões lançadas pelo perito mencionado na exordial eram dúbias e não teriam decorrido da confrontação com os documentos originais.

O juízo de primeiro grau, em sentença única, que dirimia também lide análoga envolvendo a alteração contratual da empresa *CTIS - Informática e Sistemas Ltda* (2004.01.1.072307-7-DF - REsp n. 1.051.400-DF), na qual figuravam como sócios *Elias* e *Avaldir*, julgou procedentes os pedidos inaugurais, nos seguintes termos:

Tendo sido comprovada a falsidade das alterações contratuais da CTIS Informática e Sistemas Ltda, de 25.10.1995 e da Alteração e Consolidação Contratual da H&B Incorporadora de Imóveis Ltda, de 20.08.1996, por falsificação da assinatura lançada em uma das alterações e pela existência de montagem de partes do texto na outra, evidencia-se caracterizada a ausência de declaração de vontade do sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz*, o que retira dos referidos documentos o pressuposto de existência do negócio e, conseqüentemente, a cláusula de trespasse de quotas e retirada daquelas sociedades empresárias, vez que o sócio *Elias* não anuiu com as obrigações ali inseridas.

Em razão dos efeitos *ex tunc* das nulidades verificadas nas referidas alterações contratuais, retroagirão os efeitos da sentença para alcançarem todos os

atos praticados por aquelas sociedades empresárias, inclusive com efeitos patrimoniais, eventualmente verificados em relação aos autores, observados os aspectos de sucessão *causa mortis* do sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz*.

Neste ponto, no que diz respeito a apuração de haveres tal medida reclama liquidação de sentença, por artigos, pelo procedimento ordinário comum (art. 475-E do CPC).

Por fim indefiro o pedido de liminar feito pelos autores, às fls. 1.590-1.594, de bloqueio de 50% das cotas societárias da CTIS, pois somente com a devida apuração de haveres é que será possível estabelecer os percentuais e valores porventura devidos aos autores. Acrescente-se que nenhuma prova foi trazida para demonstrar o *periculum in mora*, além do que, em estando reconhecida a invalidade das alterações, por vício de origem, os atos praticados são considerados nulos e não suscetíveis de confirmação ou convalidação pelo decurso do tempo. Assim, não há se falar em irreversibilidade de tomada de decisões societárias.

Isto posto, resolvendo o mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, *julgo procedentes* os pedidos contidos nos processos n. 72307-7 e 72313-2, para declarar a nulidade da alteração contratual de *CTIS Informática e Sistemas Ltda*, datada de 25.10.1995, bem como da alteração e consolidação contratual da *H&B Incorporadora de Imóveis Ltda*, datada de 20.08.1996, condenando os réus a pagarem aos herdeiros e à meeira do sócio falecido *Elias Alves Rocha de Queiroz*, os valores porventura encontrados em decorrência da apuração de haveres a serem levantados em procedimento de liquidação de sentença por artigos, com observância do rito processual comum (art. 272 do CPC).

Indefiro a providência limiar requerida incidentalmente às fls. 1.590-1.594, dos autos 72.307-7.

Remeto à liquidação de sentença por artigos a apuração de haveres em nome do sócio falecido *Elias Alves Rocha de Queiroz* e determino que tal incidente prossiga em autos apartados, mediante distribuição por dependência, entretanto, sem ordem de apensamento dos presentes.

Condeno os réus solidariamente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes ficados em R\$ 20.000 (vinte mil reais) para ambos os feitos, na forma do contido no § 4º do artigo 20 do CPC. (fls. 705-707)

Em face do julgado, interpuseram autores e réus recursos de apelação.

Os autores, pugnano pela apuração de haveres em data posterior ao falecimento do sócio, *Elias*, alegando que referida data não poderia ser o momento de realização da apuração, vez que, com a fraude, o sócio remanescente passou a fruir da totalidade das cotas societárias. Sustentaram, assim, que, em razão do efeito *ex tunc* determinado na sentença, deveriam ser fulminados os atos fraudulentos e todos os atos deles derivados. Mencionaram que a fraude

perpetrada frustrou a transmissão da condição de sócios aos herdeiros, o que estaria previsto no contrato social. Por fim, pugnaram pela majoração da verba honorária fixada, com a aplicação do art. 20, § 3º, do CPC (fls. 757-770).

Os réus, por seu turno, reiteraram agravo retido interposto contra decisão que negou disponibilidade de documentos ao perito assistente, bem como indeferiu pedido de dilação de prazo para manifestação sobre o laudo pericial apresentado pela perita nomeada pelo juízo. Arguíram cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, sem o deferimento de provas requeridas, como oitiva de testemunhas e da perita, mencionando, ainda, a existência de coisa julgada decorrente do processo n. 2003.01.1.056666-2.

Por fim, sustentaram os réus, que os herdeiros, no Termo de Reconhecimento e Compromisso, assumiram a obrigação de transferir para o sócio *Avaldir* as quotas sociais pertencentes o falecido, de tal sorte que seriam, agora, carecedores de interesse processual ante a ausência de utilidade das demandas em apreço.

A 6ª Turma Cível do Eg. TJDF, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao agravo retido e, por maioria, deu provimento ao apelo dos réus e julgou prejudicado o dos autores, para extinguir o feito, sem resolução de mérito, por entender faltar aos autores da demanda interesse de agir. O aresto, na ocasião exarado, restou assim ementado:

Sociedade. Alteração do contrato. Fraude. Cessão de direitos. Inexistência de interesse de agir.

Carecem de interesse de agir, em ação para anular alteração de contrato social, realizada com fraude, herdeiros que, posteriormente, celebraram negócio jurídico cedendo todos seus direitos na sociedade. Apelação dos réus provida. Apelação dos autores prejudicada. (fl. 899)

Vislumbrando omissões e contradições no julgado, opuseram os autores da demanda embargos de declaração (fls. 940-951), que foram rejeitados à unanimidade pela Corte de Origem (fls. 954-958).

Ainda irrisignados com o teor do v. Acórdão prolatado, interpuseram os autores o recurso especial que ora se apresenta, aduzindo, preliminarmente, ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. Apontaram, ainda, ofensa aos arts 3º, 128, 267, VI, e 535, do Código de Processo Civil, bem como os arts. 104, II e III, 166, II e IV, 168, *caput* e parágrafo único, 169, 182, 367, 843 e 1.793, do Código Civil, sob alegações, em síntese, de que: (i) possuem interesse processual

(arts. 3º e 267, VI, do CPC); (ii) as alterações contratuais admitidas pelo acórdão hostilizada eram nulas, vez que resultantes de fraude reconhecida, pelo que não poderiam ser objeto de convalidação (arts. 168, 169 e 367 do Código Civil); (iii) a Corte *a quo* teria inovado na lide ao assentar que a transação homologada judicialmente tinha por objeto a transferência de direitos hereditários, quando, em verdade, teria como objeto exclusivo o direito à marca “CTIS” (art. 128 do CPC); (iv) inexistiam, ao tempo da referida transação, direitos hereditários negociáveis (arts. 182 e 843 do Código Civil); (v) violada a formalidade legal para transferência de direitos hereditários (arts. 104, inciso III, 166, inciso IV, e 1.793, do Código Civil).

Os recorridos apresentaram suas contrarrazões ao apelo nobre (fls. 1.008-1.053), requerendo a inadmissão ou desprovemento do mesmo, ao argumento de que: (i) não teriam sido esgotadas as vias recursais, porquanto não manejados os cabíveis embargos infringentes contra o v. Acórdão hostilizado; (ii) inafastáveis, *in casu*, os óbices insertos nos Enunciados Sumulares n. 5 e 7 do STJ; (iii) ausente o prequestionamento dos dispositivos legais apontados pelos recorrentes como afrontados; e (iv) não configuradas as suscitadas ofensas à legislação federal.

Na origem, em exame de prelibação, recebeu o recurso crivo positivo de admissibilidade (1.086-1.090), ascendendo, assim, a esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): *Prima facie*, insta afastar a alegação dos recorridos de que descabida a interposição do especial por ausência de esgotamento das vias ordinárias, decorrente da não interposição, na origem, de embargos infringentes, em face do v. Acórdão ora impugnado.

Isto porque, consoante sabido, à luz do art. 530 do CPC, não é suscetível à interposição de embargos infringentes o acórdão que, por maioria de votos, extingue o processo sem resolução de mérito. Neste particular, oportuna é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, *verbis*:

Doutrina autorizada sustenta que o critério relativo ao objeto do julgamento não deveria aplicar-se à sentença, e sim ao acórdão da apelação: deste, e não daquela, é que se exigiria ser de mérito. Recordar-se, ao propósito, a possibilidade, que a Lei n. 10.352 abriu ao tribunal, de decidir o mérito ainda quando meramente

terminativa a sentença apelada (art. 515, § 3º). Evidente, porém, que para assim dispor teria de afastar-se a regra que exclui o cabimento dos embargos nos casos de dupla conformidade: faltaria a decisão de primeiro grau com que confrontar o acórdão. *O que se pode admitir - e parece consentâneo com o espírito da reforma - é que o acórdão deva também versar sobre o meritum causae; ficaria excluído o cabimento dos embargos quando o julgamento da apelação importasse extinção do processo sem exame do mérito (por exemplo, reformasse a sentença para declarar o autor carecedor de ação) (in "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, 12ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 526).*

Não é outro o entendimento desta Corte Superior acerca do tema, senão vejamos:

Agravo regimental. Art. 530 do CPC. Embargos infringentes. Acolhimento de preliminar, cassação da sentença e extinção do processo sem julgamento do mérito. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento.

I. Na nova redação do art. 530 do CPC (dada pela Lei n. 10.352/2001), não cabem embargos infringentes contra Acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de coisa julgada, cassa a sentença e extingue o processo, sem exame do mérito.

II. A convicção a que chegou o Acórdão recorrido decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do referido suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz da Súmula n. 7-STJ.

III. Os agravantes não trouxeram qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

Agravo improvido. (AgRg no REsp n. 890.246-MA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.08.2008, DJe 11.09.2008)

Processual Civil e Tributário. Ação de cobrança. Contribuição Sindical Rural. Extinção sem julgamento do mérito em grau de apelação. Embargos infringentes incabíveis. Recurso especial conhecido. Aplicação do direito à espécie. Publicação de editais. Notificação do lançamento. Necessidade. CLT, art. 605. Aplicabilidade.

1. São incabíveis embargos infringentes contra acórdão que, embora tenha reformado sentença de mérito, extinguiu o processo por considerar ausentes as condições da ação. Precedentes.

(...) 6. Recurso especial não provido. (REsp n. 923.805-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.06.2008, DJe 30.06.2008)

Oportuno reiterar que o v. Acórdão objeto de impugnação do presente apelo nobre, concluiu pela extinção do feito sem resolução de mérito, consoante expressamente firmado na parte conclusiva do voto condutor do julgado, *verbis*:

(...) Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual (CPC, art. 267, VI).

E a falta de interesse de agir pode ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de requerimento da parte. E, tratando-se de uma das condições da ação, não faz preclusão para o Tribunal, que dela pode conhecer até mesmo de ofício.

Dou provimento ao recurso dos réus e julgo extinto o processo sem resolução do mérito. Custas e honorários de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelos autores. Prejudicado o recurso dos autores.

Isto posto, tenho que se impõe o conhecimento do presente recurso especial, porquanto prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelos recorrentes como malferidos e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal.

De início, todavia, impende salientar que se verifica não ter havido a alegada negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, visto que tal somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi. Não é o caso dos autos. A Corte de origem enfrentou a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, consoante se pode facilmente inferir do inteiro teor do aresto objeto de impugnação do especial denegado.

A propósito, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em maltrato à norma inserta no art. 535 do CPC.

Nesse sentido:

Civil e Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Cancelamento do registro. Inviabilidade. Súmula n. 323-STJ. Omissão, contradição ou obscuridade do acórdão recorrido. Inocorrência. Falta de prequestionamento dos demais dispositivos elencados no recurso.

I - Não se pode confundir negativa de prestação jurisdicional com tutela jurisdicional desfavorável ao interesse da parte. O Tribunal de origem decidiu

corretamente o feito, baseando-se, inclusive, na jurisprudência assente desta Corte sobre a matéria. Assim, não há que se falar em violação dos artigos 458, II e III, 515, §§ 1º e 2º, 535, I e II, do Código de Processo Civil. Os demais dispositivos não foram prequestionados.

II - O registro do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito não se vincula à prescrição atinente à espécie de ação cabível. Assim, se a via executiva não puder ser exercida, mas remanescer o direito à cobrança da dívida por outro meio processual, desde que durante o prazo de 5 (cinco) anos, não há óbice à manutenção do nome do consumidor nos órgãos de controle cadastral, em vista do lapso quinquenal (Súmula n. 323-STJ).

Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.099.452-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.02.2009, DJe 05.03.2009).

No que se refere às demais alegações suscitadas pelos ora recorrentes - que, como bem asseverado em juízo prévio de admissibilidade, “encerram discussão de cunho estritamente jurídico, dispensando o exame de fatos e provas constantes dos autos” (fl. 1.089) -, revela-se oportuno, para um exame mais acurado da controvérsia, breve relato dos fatos, mas isto consoante o delineado pelas instâncias de cognição plena, para que não se possa alegar, posteriormente, ter esta Corte Superior descuidado da verificação da existência dos óbices insertos nos Enunciados Sumulares n. 5 e 7 deste Superior Tribunal de Justiça, que proíbem a interposição do apelo nobre que objetive o revolvimento puro e simples da matéria fático-probatória ou o reexame de cláusula contratual.

Assim, cumpre destacar que se extraem dos autos as seguintes premissas: (i) *Elias Alves Rocha de Queiroz*, pai e cônjuge dos autores da demanda (*Otávio Franco de Queiroz*, *Bruno Franco de Queiroz* e *Elcioni Augusta Franco*) faleceu em 31 de outubro de 1996, vítima do acidente aéreo que envolveu o voo 402 da TAM; (ii) em 12.09.1996 teria sido levada a registro a alteração contratual por meio da qual *Elias*, então sócio da empresa *H&B Incorporadora de Imóveis Ltda*, se retiraria da sociedade, cedendo e transferindo ao primeiro réu (*Avaldir*) 4.000 quotas, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), e à segunda ré (*Maria Verônica*) 1.000 quotas, no valor de R\$ 1.000 (mil reais); (iii) em 10 de junho de 2003, os autores firmaram com *Avaldir* transação, homologada judicialmente, que tinha “como objeto específico o pagamento aos três primeiros transatores, pelo direito que estes entendem ter sobre o nome CTIS, haja visto comentário/declaração proferido em vida pelo Sr. *Elias Alves Rocha de Queiroz* em reunião familiar”, pelo que se comprometeu *Avaldir* ao pagamento parcelado da quantia de R\$ 1.412.000,00 (um milhão, quatrocentos e doze mil reais) em favor dos

autores; (iv) no item “09” do referido termo de transação ficou estabelecido que os autores “têm conhecimento e reconhecem como válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida, bem como os valores, anteriormente recebidos, dando total quitação, não tendo mais nada a reclamar, em juízo ou fora dele, a qualquer título”; (v) após receberem a última parcela do valor de R\$ 1.412.000,00 pactuado, os autores, herdeiros de *Elias*, ajuizaram a ação anulatória que deu origem física aos presentes autos, ao fundamento de que fraudulenta a alteração contratual que fora levada a registro em 1996, vez que aferida por perícia técnica a existência de severos indícios de falsificação do referido documento.

Delimitado o quadro fático que circunscreve a presente lide, resta evidenciado que, apesar de apontarem os recorrentes ofensa a diversos dispositivos legais, a verdade é que a controvérsia posta se restringe a saber se carecedores de ação os autores da presente demanda anulatória, por lhes faltar, como decidido pela Corte *a quo*, interesse processual, em razão de terem firmado, em 2003, o termo de transação, homologado judicialmente, segundo o qual declararam ter conhecimento e reconhecerem como “válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida, bem como os valores, anteriormente recebidos, dando total quitação, não tendo mais nada a reclamar, em juízo ou fora dele, a qualquer título.”

Neste particular, tenho que merece reparos o v. Acórdão ora hostilizado. Isto porque, a meu sentir, a hipótese não é de ausência de uma das condições da ação, sendo a discussão acerca do real alcance e dos efeitos da posterior transação firmada pelos herdeiros do falecido *Elias Alves Rocha de Queiroz*, questão meritória, o que, por si só, afastaria a conclusão da Corte de origem pela extinção do feito sem resolução de mérito.

O interesse de agir ou interesse processual, como condição da ação, não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir é instrumental e secundário, surge da necessidade da parte de obter através da tutela judicial a proteção a seu interesse substancial.

O interesse processual, diga-se, também não se localiza apenas na utilidade do processo, resultando, em verdade, da conjugação dessa “utilidade” com a “necessidade” do processo como meio hábil à aplicação do direito objetivo ao

caso concreto. Neste sentido, oportuna a lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem “o interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial” (*in* “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, 37ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 52)

Acerca do tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Como conceito geral, interesse é utilidade. Consiste em uma relação de complementariedade entre um bem e uma pessoa, a saber, entre um bem portador da capacidade de satisfazer uma necessidade e uma pessoa portadora de uma necessidade que pode ser satisfeita por esse bem (Carnelluti). Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum - ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional. O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão.

(...)

Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere. O demandante terá ou não direito a obter esse bem - e isso é uma questão de direito material, a ser resolvida em conformidade com as normas deste e sem influência sobre o interesse de agir. É inadequado falar em interesse econômico ou moral como condição da ação, como fazia o art. 2º do Código de 1939, porque essa adjectivação é própria do interesse ao bem e não à tutela jurisdicional. *Haverá o interesse processual sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende. Depois, quando reconhecida existência do interesse de agir, o juiz conceder-lhe-á ou não o bem da vida, conforme o caso (e essa será a decisão de mérito)* (*in* “Instituições de Direito Processual Civil”, vol II, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 309-310).

Não menos elucidativa é a lição de Moacyr Amaral Santos, *litteris*:

O direito de agir, direito de ação, já o dissemos, é distinto do direito material a que visa tutelar. A ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão e, pois, quanto a um bem jurídico pretendido pelo autor. Há, assim, na ação, como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor. Chamamo-lo de interesse primário.

Mas há um interesse outro, que move a ação. É o interesse em obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse. Por outras palavras, há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso mesmo o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais.

Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão.

Basta considerar que o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Estado. Sem que ocorra a lide, o que importa numa pretensão resistida, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional. O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial) (*in* “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, vol. I, 26ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 178-179).

In casu, é inequívoco o interesse de agir dos autores, herdeiros do falecido sócio da *CTIS - Informática e Sistemas Ltda*, em demanda anulatória, vez que fundada sua pretensão no reconhecimento da nulidade da alteração contratual da empresa, levada a registro pelo sócio remanescente, que o fez com esteio em documentos que se verificaram fraudulentos.

A aferição da ocorrência ou não da apontada falsificação documental, bem como do alcance dos efeitos oriundos da nulidade eventualmente constatada, é matéria que escapa à preliminar verificação pelo julgador do preenchimento das condições da ação, sendo indevida a extinção do feito sem resolução do mérito, quando a razão para tal resulta do exame do conteúdo meritório da própria demanda.

O mesmo se diga da prejudicialidade eventualmente decorrente do fato de terem os autores, em meados de 2003, movidos pela crença na boa-fé do sócio remanescente, ora recorrido, transacionado direitos outros (relativos à propriedade da marca da empresa), fazendo constar do referido termo de transação a afirmativa de terem conhecimento e reconhecerem como “válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida, bem como os valores, anteriormente recebidos, dando total quitação, não tendo mais nada a reclamar, em juízo ou fora dele, a qualquer título.”

Ora, é evidente que saber se a nulidade do ato de alteração contratual invalidaria também, por via reflexa, a posterior transação judicialmente homologada, consiste no interesse primário dos autores da demanda, não se confundindo com o interesse processual, único apto a, ante sua ausência, ensejar a extinção do feito sem resolução de mérito nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ressalte-se, ainda, restar o voto condutor do julgado, ora hostilizado, *venia permissa*, assentado em premissa equivocada, qual seja, a de que da conjugação dos itens 8 e 9 do termo de transação firmado pelas partes em demanda judicial diversa, revelaria terem os herdeiros de *Elias* celebrado negócio jurídico cedendo todos seus direitos na sociedade.

Em verdade, consoante se pode facilmente extrair da simples leitura do que fora pactuado, aquela transação tinha “como objeto específico o pagamento aos três primeiros transatores, pelo direito que estes entendem ter sobre o nome CTIS” e, ao invés de cederem seus direitos hereditários, limitaram-se os ora recorrentes a externar terem conhecimento e reconhecerem como “válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida”. Certeza esta que, *a posteriori*, veio a ruir, ante a constatação, por perícia técnica, da falsidade dos documentos que deram margem àquela transferência, fazendo surgir, assim, o interesse processual para a presente anulatória, vez que necessária e útil a tutela judicial almejada para extirpar do mundo jurídico a suposta fraude perpetrada pelo demandado, coibindo, assim, eventual hipótese de enriquecimento ilícito do mesmo em detrimento dos demandados.

Nesta linha, oportuna a menção ao teor do douto voto vencido da e. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, que entendeu pelo afastamento da preliminar de ausência de interesse processual suscitada, *verbis*:

Sustentam os réus que os herdeiros, no Termo de Reconhecimento e Compromisso, assumiram a obrigação de transferir para o sócio Avaldir da Silva Oliveira as quotas sociais pertencentes ao falecido, de tal sorte que os autores carecem de interesse processual ante a ausência de utilidade das demandas em apreço (fls. 780-817 dos autos n. 2004.01.1.072313-2 e fls. 1.753-1.790 dos autos n. 2004.01.1.072307-7).

Todavia, no referido termo, não consta a obrigação dos autores de transferir as quotas, mas sim a finalidade de reconhecer a transferência aparentemente feita ao sócio Sr. Avaldir da Silva Oliveira.

Confiram-se trechos do termo em apreço (fls. 18-19 dos autos n. 2004.01.1.072313-2 e dos autos n. 2004.01.1.072307-7):

(...) resolveram formalizar este termo de reconhecimento em função do falecimento do Sr. Elias Alves Rocha de Queiroz (...).

Que o espólio tinha e tem conhecimento que (...) o Sr. Elias Alves Rocha de Queiroz efetuou a venda e transferência de sua participação na empresa para o Sr. Avaldir da Silva Oliveira (...).

Após a assinatura de tal documento, os autores desconfiaram de que as transferências tinham ocorrido mediante falsificação da assinatura do *de cujus*, razão pela qual realizaram perícia grafoscópica para esclarecimento da dúvida.

Tendo a conclusão do laudo sido pela falsificação das assinaturas, os autores ingressaram com as presentes demandas a fim de serem declarada a nulidade das alterações contratuais nas quais houve as transferências das quotas para o sócio remanescente, bem como reconhecido o direito à apuração dos haveres. Presente, pois, o interesse processual dos autores.

Outrossim, é pacífico, na jurisprudência o “princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário (...)” (STJ – REsp n. 650.677-MT - 1ª Turma - Rel. Min. Luiz Fux - DJ de 10.04.2006).

Ora, não seria razoável inferir que os autores prefeririam enfrentar o Poder Judiciário para ver reconhecido eventual direito à apuração de haveres, em vez de pleiteá-lo junto aos réus, se estes lhe ofertassem de comum acordo.

Acerca do tema, leciona Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, v. I, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 56) que o interesse de agir reside “(...) não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade (...). O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial”.

Assim já se manifestou esta e. Corte:

Processo Civil. Ação cominatória. Fornecimento de medicamentos pelo Estado. Interesse de agir caracterizado. (...).

I - O interesse de agir constitui condição da ação qualificada pela necessidade e adequação do provimento jurisdicional para o atendimento da pretensão do autor, não exigindo, para a sua configuração, manifestação inequívoca da resistência do réu no plano fático.

(...) Dessa feita, rejeito a preliminar de ausência de interesse processual arguida pelos réus. (fls. 925-927).

Para concluir, faz-se oportuna menção às palavras de Vicente Greco Filho, claras no sentido de que o interesse processual é “a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão”. Afirmo, ainda, o i. processualista, *verbis*:

(...) Para verificar-se se o autor tem legitimidade processual para a ação deve-se responder afirmativamente a seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

Não se indaga, pois, ainda, se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral. Basta que seja necessário, isto é, que o Autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Faltará o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário.

(...)

Como explica Liebman, o interesse processual é secundário e instrumental em relação ao interesse substancial, que é primário, porque aquele se exercita para a tutela deste último. Por exemplo, o interesse primário ou material de quem se afirma credor é de obter o pagamento, surgindo o interesse de agir (processual) se o devedor não paga no vencimento. O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, pois, a lesão desse interesse e a idoneidade do provimento pleiteado para protegê-lo e satisfazê-lo.

O interesse processual, portanto, é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção de lesão arguida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada providência jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação. Se alguém, por exemplo, foi esbulhado em sua posse, fará pedido inadequado, faltando-lhe interesse, se pleitear a declaração de que é proprietário. Nesse exemplo, o pedido só pode ser de devolução da posse, indevidamente esbulhada. *Evidentemente, a existência de interesse não quer dizer, ainda, que o autor tem razão e que a demanda será julgada procedente. Este resultado dependerá de outra ordem de indagações, ou seja, de se saber se a situação jurídica descrita corresponde à verdade, e se a ordem jurídica protege a posição afirmada pelo autor. Esta verificação consiste no mérito da demanda.* (in “Direito Processual Civil Brasileiro”, vol. 1, 21.ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 87-89).

Inequívoca, assim, a suscitada ofensa ao art. 267, VI, do CPC, pelo que merecedor de reparos o v. aresto impugnado.

Ante o exposto, diante do manifesto interesse processual dos autores, *dou provimento* ao presente recurso especial, determinando, assim, o retorno dos autos à origem, para prosseguimento do julgamento das demais matérias veiculadas em sede de apelação.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, Srs. Ministros, a princípio, quando recebi os Advogados, quando recebi os memoriais, tive a impressão de que a questão era extremamente complexa. E não é. A questão é processual. O que estamos discutindo aqui, no recurso especial, é se foi ou não violado o art. 267 do Código de Processo Civil. É isso. Tanto que não vou ferir o mérito.

O acórdão hostilizado extinguiu o processo sem julgamento de mérito. O problema, Sr. Presidente, Srs. Ministros, é que esse acórdão é um exemplo, é um paradigma de confusão entre o interesse material primário, ou substancial, e o interesse processual secundário, ou de agir.

Lerei somente a ementa do acórdão e Vossas Excelências verão que estou, modéstia à parte, correto no raciocínio. O acórdão conclui por extinguir o feito sem julgamento de mérito, mas a ementa diz o seguinte:

Carecem de interesse de agir, ou seja, de interesse processual, em ação para anular a alteração de contrato social, realizada com fraude, herdeiros que, posteriormente, celebraram negócio jurídico cedendo todos os seus direitos na sociedade.

Se isso não é mérito, não sei mais o que é mérito. Até concordo com Liebman, que jogou no lixo a teoria que o nosso Código adotou. Infelizmente, temos lei e temos que cumpri-la. Temos a carência de ação no Código de Processo e temos que examinar a lide à luz desses dispositivos processuais vigentes.

É certo que, em alguns casos, e não vou aqui retomar essa discussão, que já é velha, por vezes é difícil distinguir o que é mérito e o que é processo, o que é interesse processual e o que é interesse material, mas, neste caso, é visível que os autores recorrentes detêm, sem nenhuma dúvida, interesse processual.

E já havia, inclusive, depois de receber o teor do voto do Sr. Ministro Relator, adiantado a Sua Excelência que acompanharia integralmente o seu entendimento. Não posso entender, Sr. Presidente, Srs. Ministros, que, em uma questão dessa relevância, um Desembargador, com todo o respeito pela eminente prolatora, venha a se livrar do “abacaxi” pelo caminho estreito da falta de interesse de agir.

O que teria faltado a esse julgador, a essa julgadora, não consigo vislumbrar no momento, mas é tão importante desatar o mérito dessa questão que, se mantivermos essa decisão, *data venia*, de extinguir esse feito sem julgamento de mérito, estaremos cometendo, desculpem os Srs. Ministros, uma profunda injustiça.

Penso que a solução justa, aliás, justa não, a solução técnica correta é a alvitrada pelo Sr. Ministro Relator, de devolver-se o feito ao Juízo de origem, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para que enfrente o mérito e diga realmente se os autores têm ou não razão.

Acompanho o voto do eminente Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Eminentíssimo Presidente, eminentes Ministros, também esse debate que se travou aqui pelos doutos Advogados, até, num certo momento, fez-me lembrar dos debates que se travavam em Tribunal do Júri, tamanha a combatividade, a eloquência.

De certa maneira, eu já tinha, digamos, aflorado esse processo, porque um desses dois processos havia sido redistribuído a mim e, sem mesmo tê-lo analisado, quando constatei se tratar de um litígio entre família, envolvendo uma empresa de expressivo movimento econômico, de grande repercussão, dentro daquele espírito que sempre me norteou, procurei os eminentes Advogados, e ambas as partes acederam à minha convocação no sentido de uma composição amigável, porque eu dizia que era preferível resolver em termos amigáveis, porque se tratava, no fundo, de uma questão de família, uma sociedade com base familiar. Diante dessa constatação de que se trata de um conflito que tem origem em família – são duas famílias que estão em conflito – foi o intuito que tive e, antes mesmo de compulsar o processo, verificando que sua origem era num dissídio entre famílias, convoquei as partes, no que fui atendido pelos

eminentes Advogados, mas, a despeito de todas as tentativas, tal intento não se realizou.

E, por que deixei de assumir a relatoria de um processo que me havia sido redistribuído? Porque, anteriormente, o outro processo havia sido distribuído, naturalmente, ao Sr. Ministro Vasco Della Giustina, que sucedeu o Ministro natural, que é o Sr. Ministro Ari Pargendler, e, havendo uma consulta nesse sentido, constatei que, evidentemente, o processo tinha que ser julgado por um Ministro como Relator e, então, entreguei o processo ao Gabinete do Sr. Ministro Vasco Della Giustina, que trouxe esse brilhante voto.

Na verdade, eu havia recebido também a proposta do voto, li com muita atenção e fiquei até muito satisfeito de verificar que, a despeito de toda essa carga, dessa mole de processos que estamos enfrentando, lições preciosas e fundamentos de Processo Civil estão sendo olvidados. Não se pode esquecer que o interesse processual é o interesse secundário, o interesse primário é o substancial do direito material. E, se está na base disso aqui uma discussão com relação à fraude, falsificação, não se pode extinguir o processo sem exame de mérito.

Acompanho integralmente o muito bem elaborado voto do Sr. Ministro Relator e, já tivemos a oportunidade de ressaltar as qualidades intelectuais que trouxeram Sua Excelência como Ministro convocado, já sem condições de idade para integrar – e teria condições de integrar com muita honra – este Sodalício, traz o seu brilho, a sua inteligência, e rememora brilhantemente: “Estou aqui como se estivesse assistindo a uma aula”, não só de graduação, porque naquele tempo, como todo estudante de Direito, não se tinha a visão completa do que seria a diferença entre interesse processual, interesse de agir e interesse de direito material. Mas, depois, concluindo os estudos acadêmicos, obtendo a graduação também de doutor, agora esse voto é uma página brilhante em que toda a doutrina encontra ressonância. Sugeriria, até, com todo o respeito, que Vossa Excelência, Sr. Presidente, recomendasse esse voto para divulgação, porque isso precisa ser mostrado. Fundamento processual. O processo, muitas vezes, é criticado, porque muitas vezes complica, mas, nesse caso, não é para complicar; é exatamente para poder se chegar à investigação, à decisão de uma questão de direito substancial. Aferir se houve ou não é mérito, não preliminar.

Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.051.400-DF (2008/0089134-6)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS)

Recorrente: Otavio Franco de Queiroz e outros

Advogado: Paulo Roberto Roque Antonio Khouri e outro(s)

Recorrido: Avaldir da Silva Oliveira e outros

Advogados: Carlos Augusto Sobral Rolemberg

Paulo Costa Leite

Elisa Caris de Sousa e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de alteração contratual. Acórdão recorrido. Reforma da sentença por maioria de votos. Extinção do feito sem resolução de mérito. Não cabimento de embargos infringentes. Art. 530 do CPC. Interesse processual. Existência. Distinção entre interesse substancial e processual. Incursão da Corte de origem no mérito da demanda. Ofensa ao art. 267, VI, do CPC. Preliminar de ausência de condições da ação que há de ser afastada. Retorno dos autos à origem.

1. À luz do art. 530 do CPC, não é suscetível à interposição de embargos infringentes o acórdão que, por maioria de votos, extingue o processo sem resolução de mérito (Precedentes: AgRg no REsp n. 890.246-MA, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 11.09.2008; e REsp n. 923.805-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 30.06.2008).

2. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em ofensa ao art. 535 do CPC.

3. A ofensa ao art. 535 do CPC somente 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 ocorreu na hipótese dos autos.

4. O interesse de agir ou interesse processual, como condição da ação, não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir é instrumental e secundário, surge da necessidade da parte de obter através da tutela judicial a proteção a seu interesse substancial.

5. Segundo a doutrina especializada: “haverá o interesse processual sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende. Depois, quando reconhecida existência do interesse de agir, o juiz conceder-lhe-á ou não o bem da vida, conforme o caso (e essa será a decisão de mérito)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *In* “Instituições de Direito Processual Civil”, vol II, 6.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 309-310).

6. *In casu*, é inequívoco o interesse de agir dos autores da demanda anulatória, herdeiros do falecido sócio da *CTIS - Informática e Sistemas Ltda*, vez que fundada sua pretensão no reconhecimento da nulidade da alteração contratual da empresa, levada a registro pelo sócio remanescente, que o fez com esteio em documentos que se verificaram fraudulentos.

7. A aferição da ocorrência ou não da apontada falsificação documental, bem como do alcance dos efeitos oriundos da nulidade eventualmente constatada, é matéria que escapa à preliminar verificação pelo julgador do preenchimento das condições da ação, sendo indevida a extinção do feito sem resolução do mérito, quando a razão para tal resulta do exame do conteúdo meritório da própria demanda.

8. A verificação acerca da correspondência da situação jurídica descrita pelo autor à verdade, bem como a aferição do potencial protetivo da ordem jurídica para a posição afirmada pelo mesmo, consiste no próprio mérito da demanda, ou seja, no interesse substancial que, por óbvio, não pode ser confundido com o interesse processual.

9. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para prosseguimento do julgamento das demais matérias veiculadas em sede de apelação, bem como como a extração de cópias a serem remetidas ao TJDFT nos termos do art. 40 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Nancy Andrichi, Massami Uyeda e Sidnei Beneti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). Paulo Roberto Roque Antonio Khouri, pela parte recorrente: Otavio Franco de Queiroz

Dr(a). Paulo Costa Leite, pela parte recorrida: Avaldir da Silva Oliveira
Brasília (DF), 03 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS),
Relator

DJe 10.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS): Trata-se de recurso especial interposto por *Otavio Franco de Queiroz* e *outros*, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Maior, no intuito de ver reformado acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sob o fundamento de ter o mesmo malferido os arts. 3º, 128, 267, VI, e 535, do Código de Processo Civil, bem como os arts. 104, II e III, 166, II e IV, 168, *caput* e parágrafo único, 169, 182, 367, 843 e 1793, do Código Civil.

Noticiam os autos que os ora recorrentes, em 04 de agosto de 2004, ajuizaram ação declaratória de nulidade de alteração contratual cumulada com apuração de haveres em desfavor de *Avaldir da Silva Oliveira* e *CTIS - Informática e Sistemas Ltda*, objetivando, em síntese, a desconstituição da alteração contratual desta empresa, que fora promovida em 25.10.1995 com esteio em documentos que afirmaram fraudulentos e, por conseguinte, ver condenados os réus a realizarem a apuração de haveres que seriam devidos ao sócio falecido, *Elias Alves Rocha de Queiroz*, a serem aferidos em liquidação de sentença.

Aduziram os autores, em sua exordial, que: (i) *Elias Alves Rocha de Queiroz*, pai e cônjuge, respectivamente, dos mesmos (*Otávio Franco de Queiroz*, *Bruno Franco de Queiroz* e *Elcioni Augusta Franco*) faleceu em 31 de outubro de 1996, vítima do acidente aéreo que envolveu o voo 402 da TAM; (ii) em 12.09.1996 teria sido levada a registro a alteração contratual por meio da qual *Elias*, então sócio da empresa *CTIS - Informática e Sistemas Ltda*, se retiraria da sociedade, cedendo e transferindo sua participação societária ao primeiro réu (*Avaldir*) por R\$ 18.181,81 (dezoito mil, cento e oitenta e um reais e oitenta e um centavos); (iii) em meados de 2003, foi firmado e homologado judicialmente acordo no qual estabelecido que o nome da empresa passaria a ser de propriedade de *Avaldir*, e que autores, herdeiros e esposa de *Elias*, reconheciam como válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos de transferência das quotas do capital social de todas as empresas; e (iv) eivada de nulidade absoluta a alteração contratual promovida, porquanto fundada em documento adulterado, consoante constatado em perícia técnica.

Pugnaram, assim, pela declaração de nulidade da alteração contratual referida, para que fossem condenados os réus a realizar a apuração de haveres devidos ao sócio falecido (*Elias*), a serem aferidos em liquidação de sentença.

Contestaram os demandados, aduzindo, preliminarmente, a existência de coisa julgada no processo 2003.1.1056666-2, que tramitou perante a Primeira Vara Cível do DF, onde firmaram as partes acordo homologado judicialmente, ficando estabelecido o pagamento aos herdeiros e à viúva do valor de R\$ 1.412.000,00 (um milhão e quatrocentos e doze mil reais) em troca do reconhecimento e ratificação expressa por parte dos mesmos de todas as alterações de contratos da CTIS e alienação de quotas sociais. No mérito, sustentaram a validade, idoneidade e legitimidade da alteração contratual atacada, afirmando, em suma, que as conclusões lançadas pelo perito mencionado na exordial eram dúbias e não teriam decorrido da confrontação com os documentos originais.

O juízo de primeiro grau, em sentença única, que dirimia também lide análoga envolvendo a alteração contratual da empresa *H&B Incorporadora de Imóveis Ltda* (2004.01.1.072313-2-DF - REsp n. 1.051.376-DF), dos mesmos sócios, julgou procedentes os pedidos inaugurais, nos seguintes termos:

Tendo sido comprovada a falsidade das alterações contratuais da CTIS Informática e Sistemas Ltda, de 25.10.1995 e da Alteração e Consolidação Contratual da H&B Incorporadora de Imóveis Ltda, de 20.08.1996, por falsificação

da assinatura lançada em uma das alterações e pela existência de montagem de partes do texto na outra, evidencia-se caracterizada a ausência de declaração de vontade do sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz*, o que retira dos referidos documentos o pressuposto de existência do negócio e, conseqüentemente, a cláusula de trespasse de quotas e retirada daquelas sociedades empresárias, vez que o sócio *Elias* não anuiu com as obrigações ali inseridas.

Em razão dos efeitos *ex tunc* das nulidades verificadas nas referidas alterações contratuais, retroagirão os efeitos da sentença para alcançarem todos os atos praticados por aquelas sociedades empresárias, inclusive com efeitos patrimoniais, eventualmente verificados em relação aos autores, observados os aspectos de sucessão *causa mortis* do sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz*.

Neste ponto, no que diz respeito a apuração de haveres tal medida reclama liquidação de sentença, por artigos, pelo procedimento ordinário comum (art. 475-E do CPC).

Por fim indefiro o pedido de liminar feito pelos autores, às fls. 1.590-1.594, de bloqueio de 50% das cotas societárias da CTIS, pois somente com a devida apuração de haveres é que será possível estabelecer os percentuais e valores porventura devidos aos autores. Acrescente-se que nenhuma prova foi trazida para demonstrar o *periculum in mora*, além do que, em estando reconhecida a invalidade das alterações, por vício de origem, os atos praticados são considerados nulos e não suscetíveis de confirmação ou convalidação pelo decurso do tempo. Assim, não há se falar em irreversibilidade de tomada de decisões societárias.

Isto posto, resolvendo o mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, *julgo procedentes* os pedidos contidos nos processos n. 72307-7 e 72313-2, para declarar a nulidade da alteração contratual de *CTIS Informática e Sistemas Ltda*, datada de 25.10.1995, bem como da alteração e consolidação contratual da *H&B Incorporadora de Imóveis Ltda*, datada de 20.08.1996, condenando os réus a pagarem aos herdeiros e à meeira do sócio falecido *Elias Alves Rocha de Queiroz*, os valores porventura encontrados em decorrência da apuração de haveres a serem levantados em procedimento de liquidação de sentença por artigos, com observância do rito processual comum (art. 272 do CPC).

Indefiro a providência limiar requerida incidentalmente às fls. 1.590-1.594, dos autos 72.307-7.

Remeto à liquidação de sentença por artigos a apuração de haveres em nome do sócio falecido *Elias Alves Rocha de Queiroz* e determino que tal incidente prossiga em autos apartados, mediante distribuição por dependência, entretanto, sem ordem de apensamento dos presentes.

Condeno os réus solidariamente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes ficados em R\$ 20.000 (vinte mil reais) para ambos os feitos, na forma do contido no § 4.º do artigo 20 do CPC. (fls. 1.676-1.677).

Em face do julgado, interpuseram autores e réus recursos de apelação.

Os autores, pugnando pela apuração de haveres em data posterior ao falecimento do sócio, *Elias*, alegando que referida data não poderia ser o momento de realização da apuração, vez que, com a fraude, o sócio remanescente passou a fruir da totalidade das cotas societárias. Sustentaram, assim, que, em razão do efeito *ex tunc* determinado na sentença, deveriam ser fulminados os atos fraudulentos e todos os atos deles derivados. Mencionaram que a fraude perpetrada frustrou a transmissão da condição de sócios aos herdeiros, o que estaria previsto no contrato social. Por fim, pugnaram pela majoração da verba honorária fixada, com a aplicação do art. 20, § 3º, do CPC (fls. 1.730-1.743).

Os réus, por seu turno, reiteraram agravo retido interposto contra decisão que negou disponibilidade de documentos ao perito assistente, bem como indeferiu pedido de dilação de prazo para manifestação sobre o laudo pericial apresentado pela perita nomeada pelo juízo. Arguíram cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, sem o deferimento de provas requeridas, como oitiva de testemunhas e da perita, mencionando, ainda, a existência de coisa julgada decorrente do processo n. 2003.01.1.056666-2.

Por fim, sustentaram os réus, que os herdeiros, no Termo de Reconhecimento e Compromisso, assumiram a obrigação de transferir para o sócio *Avaldir* as quotas sociais pertencentes o falecido, de tal sorte que seriam, agora, carecedores de interesse processual ante a ausência de utilidade das demandas em apreço.

A 6ª Turma Cível do Eg. TJDFT, por unanimidade de votos dos seus integrantes, negou provimento ao agravo retido e, por maioria, deu provimento ao apelo dos réus e julgou prejudicado o dos autores, para extinguir o feito, sem resolução de mérito, por entender faltar aos autores da demanda interesse de agir. O aresto, na ocasião exarado, restou assim ementado:

Sociedade. Alteração do contrato. Fraude. Cessão de direitos. Inexistência de interesse de agir.

Carecem de interesse de agir, em ação para anular alteração de contrato social, realizada com fraude, herdeiros que, posteriormente, celebraram negócio jurídico cedendo todos seus direitos na sociedade. Apelação dos réus provida. Apelação dos autores prejudicada. (fl. 1.933)

Vislumbrando omissões e contradições no julgado, opuseram os autores da demanda embargos de declaração (fls. 1.974-1.985), que foram rejeitados à unanimidade pela Corte de Origem (fls. 1.988-1.992).

Ainda irresignados com o teor do v. Acórdão prolatado, interpuseram os autores o recurso especial que ora se apresenta, aduzindo, preliminarmente, ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil. Apontaram, ainda, ofensa aos arts 3º, 128, 267, VI, e 535, do Código de Processo Civil, bem como os arts. 104, II e III, 166, II e IV, 168, *caput* e parágrafo único, 169, 182, 367, 843 e 1.793, do Código Civil, sob alegações, em síntese, de que: (i) possuem interesse processual (arts. 3.º e 267, VI, do CPC); (ii) as alterações contratuais admitidas pelo acórdão hostilizada eram nulas, vez que resultantes de fraude reconhecida, pelo que não poderiam ser objeto de convalidação (arts. 168, 169 e 367 do Código Civil); (iii) a Corte *a quo* teria inovado na lide ao assentar que a transação homologada judicialmente tinha por objeto a transferência de direitos hereditários, quando, em verdade, teria como objeto exclusivo o direito à marca “CTIS” (art. 128 do CPC); (iv) inexistiam, ao tempo da referida transação, direitos hereditários negociáveis (arts. 182 e 843 do Código Civil); (v) violada a formalidade legal para transferência de direitos hereditários (arts. 104, inciso III, 166, inciso IV, e 1.793, do Código Civil).

Os recorridos apresentaram suas contrarrazões ao apelo nobre (fls. 2.041-2.085), requerendo a inadmissão ou desprovimento do mesmo, ao argumento de que: (i) não teriam sido esgotadas as vias recursais, porquanto não manejados os cabíveis embargos infringentes contra o v. Acórdão hostilizado; (ii) inafastáveis, *in casu*, os óbices insertos nos Enunciados Sumulares n. 5 e 7 do STJ; (iii) ausente o prequestionamento dos dispositivos legais apontados pelos recorrentes como afrontados; e (iv) não configuradas as suscitadas ofensas à legislação federal.

Na origem, em exame de prelibação, recebeu o recurso crivo positivo de admissibilidade (2.118-2.122), ascendendo, assim, a esta Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) (Relator): *Prima facie*, insta afastar a alegação dos recorridos de que descabida a interposição do especial por ausência de esgotamento das vias ordinárias, decorrente da não interposição, na origem, de embargos infringentes, em face do v. Acórdão ora impugnado.

Isto porque, consoante sabido, à luz do art. 530 do CPC, não é suscetível à interposição de embargos infringentes o acórdão que, por maioria de votos,

extingue o processo sem resolução de mérito. Neste particular, oportuna é a lição de José Carlos Barbosa Moreira, *verbis*:

Doutrina autorizada sustenta que o critério relativo ao objeto do julgamento não deveria aplicar-se à sentença, e sim ao acórdão da apelação: deste, e não daquela, é que se exigiria ser de mérito. Recorda-se, ao propósito, a possibilidade, que a Lei n. 10.352 abriu ao tribunal, de decidir o mérito ainda quando meramente terminativa a sentença apelada (art. 515, §3.º). Evidente, porém, que para assim dispor teria de afastar-se a regra que exclui o cabimento dos embargos nos casos de dupla conformidade: faltaria a decisão de primeiro grau com que confrontar o acórdão. *O que se pode admitir - e parece consentâneo com o espírito da reforma - é que o acórdão deva também versar sobre o meritum causae; ficaria excluído o cabimento dos embargos quando o julgamento da apelação importasse extinção do processo sem exame do mérito (por exemplo, reformasse a sentença para declarar o autor carecedor de ação) (in "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, 12ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 526)*

Não é outro o entendimento desta Corte Superior acerca do tema, senão vejamos:

Agravo regimental. Art. 530 do CPC. Embargos infringentes. Acolhimento de preliminar, cassação da sentença e extinção do processo sem julgamento do mérito. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Decisão agravada mantida. Improvimento.

I. Na nova redação do art. 530 do CPC (dada pela Lei n. 10.352/2001), não cabem embargos infringentes contra Acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de coisa julgada, cassa a sentença e extingue o processo, sem exame do mérito.

II. A convicção a que chegou o Acórdão recorrido decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do referido suporte, obstando a admissibilidade do especial à luz da Súmula n. 7-STJ.

III. Os agravantes não trouxeram qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

Agravo improvido. (AgRg no REsp n. 890.246-MA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.08.2008, DJe 11.09.2008)

Processual Civil e Tributário. Ação de cobrança. Contribuição Sindical Rural. Extinção sem julgamento do mérito em grau de apelação. Embargos infringentes incabíveis. Recurso especial conhecido. Aplicação do direito à espécie. Publicação de editais. Notificação do lançamento. Necessidade. CLT, art. 605. Aplicabilidade.

1. São incabíveis embargos infringentes contra acórdão que, embora tenha reformado sentença de mérito, extinguiu o processo por considerar ausentes as condições da ação. Precedentes.

(...) 6. Recurso especial não provido. (REsp n. 923.805-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 10.06.2008, DJe 30.06.2008)

Oportuno reiterar que o v. Acórdão objeto de impugnação do presente apelo nobre, concluiu pela extinção do feito sem resolução de mérito, consoante expressamente firmado na parte conclusiva do voto condutor do julgado, *verbis*:

(...) Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual (CPC, art. 267, VI).

E a falta de interesse de agir pode ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de requerimento da parte. E, tratando-se de uma das condições da ação, não faz preclusão para o Tribunal, que dela pode conhecer até mesmo de ofício.

Dou provimento ao recurso dos réus e julgo extinto o processo sem resolução do mérito. Custas e honorários de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelos autores. Prejudicado o recurso dos autores.

Isto posto, tenho que se impõe o conhecimento do presente recurso especial, porquanto prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pelos recorrentes como malferidos e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal.

De início, todavia, impende salientar que se verifica não ter havido a alegada negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, visto que tal somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi. Não é o caso dos autos. A Corte de origem enfrentou a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, consoante se pode facilmente inferir do inteiro teor do aresto objeto de impugnação do especial denegado.

A propósito, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em maltrato à norma inserta no art. 535 do CPC.

Nesse sentido:

Civil e Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Cancelamento do registro. Inviabilidade. Súmula n. 323-STJ. Omissão, contradição ou obscuridade do acórdão recorrido. Inocorrência. Falta de prequestionamento dos demais dispositivos elencados no recurso.

I - Não se pode confundir negativa de prestação jurisdicional com tutela jurisdicional desfavorável ao interesse da parte. O Tribunal de origem decidiu corretamente o feito, baseando-se, inclusive, na jurisprudência assente desta Corte sobre a matéria. Assim, não há que se falar em violação dos artigos 458, II e III, 515, §§ 1º e 2º, 535, I e II, do Código de Processo Civil. Os demais dispositivos não foram prequestionados.

II - O registro do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito não se vincula à prescrição atinente à espécie de ação cabível. Assim, se a via executiva não puder ser exercida, mas remanescer o direito à cobrança da dívida por outro meio processual, desde que durante o prazo de 5 (cinco) anos, não há óbice à manutenção do nome do consumidor nos órgãos de controle cadastral, em vista do lapso quinquenal (Súmula n. 323-STJ).

Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 1.099.452-RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.02.2009, DJe 05.03.2009).

No que se refere às demais alegações suscitadas pelos ora recorrentes - que, como bem asseverado em juízo prévio de admissibilidade, “encerram discussão de cunho estritamente jurídico, dispensando o exame de fatos e provas constantes dos autos” (fl. 2.121) -, revela-se oportuno, para um exame mais acurado da controvérsia, breve relato dos fatos, mas isto consoante o delineado pelas instâncias de cognição plena, para que não se possa alegar, posteriormente, ter esta Corte Superior descuidado da verificação da existência dos óbices insertos nos Enunciados Sumulares n. 5 e 7 deste Superior Tribunal de Justiça, que proscvem a interposição do apelo nobre que objetive o revolvimento puro e simples da matéria fático-probatória ou o reexame de cláusula contratual.

Assim, cumpre destacar que se extraem dos autos as seguintes premissas: (i) *Elias Alves Rocha de Queiroz*, pai e cônjuge dos autores da demanda (*Otavio Franco de Queiroz*, *Bruno Franco de Queiroz* e *Elcioni Augusta Franco*) faleceu em 31 de outubro de 1996, vítima do acidente aéreo que envolveu o voo 402 da TAM; (ii) em 12.09.1996 foi levada a registro a alteração contratual por meio da qual *Elias*, então sócio da empresa *CTIS - Informática e Sistemas Ltda*, se retiraria da sociedade, cedendo e transferindo sua participação societária

a *Avaldir da Silva Oliveira* por R\$ 18.181,81 (dezoito mil, cento e oitenta e um reais e oitenta e um centavos); (iii) em 10 de junho de 2003, os autores firmaram com *Avaldir* transação, homologada judicialmente, que tinha “como objeto específico o pagamento aos três primeiros transatores, pelo direito que estes entendem ter sobre o nome CTIS, haja visto comentário/declaração proferido em vida pelo Sr. Elias Alves Rocha de Queiroz em reunião familiar”, pelo que se comprometeu *Avaldir* ao pagamento parcelado da quantia de R\$ 1.412.000,00 (um milhão, quatrocentos e doze mil reais) em favor dos autores; (iv) no item “09” do referido termo de transação ficou estabelecido que os autores “têm conhecimento e reconhecem como válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida, bem como os valores, anteriormente recebidos, dando total quitação, não tendo mais nada a reclamar, em juízo ou fora dele, a qualquer título”; (v) após receberem a última parcela do valor de R\$ 1.412.000,00 pactuado, os autores, herdeiros de *Elias*, ajuizaram a ação anulatória que deu origem física aos presentes autos, ao fundamento de que fraudulenta a alteração contratual que fora levada a registro em 1996, vez que aferida por perícia técnica a existência de severos indícios de falsificação do referido documento.

Delimitado o quadro fático que circunscreve a presente lide, resta evidenciado que, apesar de apontarem os recorrentes ofensa a diversos dispositivos legais, a verdade é que a controvérsia posta se restringe a saber se carecedores de ação os autores da presente demanda anulatória, por lhes faltar, como decidido pela Corte *a quo*, interesse processual, em razão de terem firmado, em 2003, o termo de transação, homologado judicialmente, segundo o qual declararam ter conhecimento e reconhecerem como “válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida, bem como os valores, anteriormente recebidos, dando total quitação, não tendo mais nada a reclamar, em juízo ou fora dele, a qualquer título.”

Neste particular, tenho que merece reparos o v. Acórdão ora hostilizado. Isto porque, a meu sentir, a hipótese não é de ausência de uma das condições da ação, sendo a discussão acerca do real alcance e dos efeitos da posterior transação firmada pelos herdeiros do falecido *Elias Alves Rocha de Queiroz*, questão meritória, o que, por si só, afastaria a conclusão da Corte de origem pela extinção do feito sem resolução de mérito.

O interesse de agir ou interesse processual, como condição da ação, não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir é instrumental e secundário, surge da necessidade da parte de obter através da tutela judicial a proteção a seu interesse substancial.

O interesse processual, diga-se, também não se localiza apenas na utilidade do processo, resultando, em verdade, da conjugação dessa “utilidade” com a “necessidade” do processo como meio hábil à aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Neste sentido, oportuna a lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem “o interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial” (*in* “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, 37ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 52)

Acerca do tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Como conceito geral, interesse é utilidade. Consiste em uma relação de complementariedade entre um bem e uma pessoa, a saber, entre um bem portador da capacidade de satisfazer uma necessidade e uma pessoa portadora de uma necessidade que pode ser satisfeita por esse bem (Carnelluti). Há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum - ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional. O interesse de agir constitui o núcleo fundamental do direito de ação, por isso que só se legitima o acesso ao processo e só é lícito exigir do Estado o provimento pedido, na medida em que ele tenha essa utilidade e essa aptidão.

(...)

Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere. O demandante terá ou não direito a obter esse bem - e isso é uma questão de direito material, a ser resolvida em conformidade com as normas deste e sem influência sobre o interesse de agir. É inadequado falar em interesse econômico ou moral como condição da ação, como fazia o art. 2º do Código de 1939, porque essa adjetivação é própria do interesse ao bem e não à tutela jurisdicional. *Haverá o interesse processual sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende. Depois, quando reconhecida existência do interesse de agir, o juiz conceder-lhe-á ou não o bem da vida, conforme o caso (e essa será a decisão de mérito)* (*in* “Instituições de Direito Processual Civil”, vol II, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 309-310)

Não menos elucidativa é a lição de Moacyr Amaral Santos, *litteris*:

O direito de agir, direito de ação, já o dissemos, é distinto do direito material a que visa tutelar. A ação se propõe a obter uma providência jurisdicional quanto a uma pretensão e, pois, quanto a um bem jurídico pretendido pelo autor. Há, assim, na ação, como seu objeto, um interesse de direito substancial consistente no bem jurídico, material ou incorpóreo, pretendido pelo autor. Chamamo-lo de interesse primário.

Mas há um interesse outro, que move a ação. É o interesse em obter uma providência jurisdicional quanto àquele interesse. Por outras palavras, há o interesse de agir, de reclamar a atividade jurisdicional do Estado, para que este tutele o interesse primário, que de outra forma não seria protegido. Por isso mesmo o interesse de agir se confunde, de ordinário, com a necessidade de se obter o interesse primário ou direito material pelos órgãos jurisdicionais.

Diz-se, pois, que o interesse de agir é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão.

Basta considerar que o exercício do direito de ação, para ser legítimo, pressupõe um conflito de interesses, uma lide, cuja composição se solicita do Estado. Sem que ocorra a lide, o que importa numa pretensão resistida, não há lugar à invocação da atividade jurisdicional. O que move a ação é o interesse na composição da lide (interesse de agir), não o interesse em lide (interesse substancial) (*in* "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", vol. I, 26ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 178-179)

In casu, é inequívoco o interesse de agir dos autores, herdeiros do falecido sócio da *CTIS - Informática e Sistemas Ltda*, em demanda anulatória, vez que fundada sua pretensão no reconhecimento da nulidade da alteração contratual da empresa, levada a registro pelo sócio remanescente, que o fez com esteio em documentos que se verificaram fraudulentos.

A aferição da ocorrência ou não da apontada falsificação documental, bem como do alcance dos efeitos oriundos da nulidade eventualmente constatada, é matéria que escapa à preliminar verificação pelo julgador do preenchimento das condições da ação, sendo indevida a extinção do feito sem resolução do mérito, quando a razão para tal resulta do exame do conteúdo meritório da própria demanda.

O mesmo se diga da prejudicialidade eventualmente decorrente do fato de terem os autores, em meados de 2003, movidos pela crença na boa-fé do sócio remanescente, ora recorrido, transacionado direitos outros (relativos à propriedade

da marca da empresa), fazendo constar do referido termo de transação a afirmativa de terem conhecimento e reconhecerem como “válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida, bem como os valores, anteriormente recebidos, dando total quitação, não tendo mais nada a reclamar, em juízo ou fora dele, a qualquer título.”

Ora, é evidente que saber se a nulidade do ato de alteração contratual invalidaria também, por via reflexa, a posterior transação judicialmente homologada, consiste no interesse primário dos autores da demanda, não se confundindo com o interesse processual, único apto a, ante sua ausência, ensejar a extinção do feito sem resolução de mérito nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ressalte-se, ainda, restar o voto condutor do julgado, ora hostilizado, *venia permissa*, assentado em premissa equivocada, qual seja, a de que da conjugação dos itens 8 e 9 do termo de transação firmado pelas partes em demanda judicial diversa, revelaria terem os herdeiros de *Elias* celebrado negócio jurídico cedendo todos seus direitos na sociedade.

Em verdade, consoante se pode facilmente extrair da simples leitura do que fora pactuado, aquela transação tinha “como objeto específico o pagamento aos três primeiros transatores, pelo direito que estes entendem ter sobre o nome CTIS” e, ao invés de cederem seus direitos hereditários, limitaram-se os ora recorrentes a externar terem conhecimento e reconhecerem como “válidos, fidedignos e verdadeiros os documentos e termos de transferência das cotas do capital social de todas as empresas, efetivadas pelo sócio *Elias Alves Rocha de Queiroz* em vida”. Certeza esta que, *a posteriori*, veio a ruir, ante a constatação, por perícia técnica, da falsidade dos documentos que deram margem àquela transferência, fazendo surgir, assim, o interesse processual para a presente anulatória, vez que necessária e útil a tutela judicial almejada para extirpar do mundo jurídico a suposta fraude perpetrada pelo demandado, coibindo, assim, eventual hipótese de enriquecimento ilícito do mesmo em detrimento dos demandados.

Nesta linha, oportuna a menção ao teor do douto voto vencido da e. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, que entendeu pelo afastamento da preliminar de ausência de interesse processual suscitada, *verbis*:

Sustentam os réus que os herdeiros, no Termo de Reconhecimento e Compromisso, assumiram a obrigação de transferir para o sócio Avaldir da Silva

Oliveira as quotas sociais pertencentes ao falecido, de tal sorte que os autores carecem de interesse processual ante a ausência de utilidade das demandas em apreço (fls. 780-817 dos autos n. 2004.01.1.072313-2 e fls. 1.753-1.790 dos autos n. 2004.01.1.072307-7).

Todavia, no referido termo, não consta a obrigação dos autores de transferir as quotas, mas sim a finalidade de reconhecer a transferência aparentemente feita ao sócio Sr. Avaldir da Silva Oliveira.

Confiram-se trechos do termo em apreço (fls. 18-19 dos autos n. 2004.01.1.072313-2 e dos autos n. 2004.01.1.072307-7):

(...) resolveram formalizar este termo de reconhecimento em função do falecimento do Sr. Elias Alves Rocha de Queiroz (...).

Que o espólio tinha e tem conhecimento que (...) o Sr. Elias Alves Rocha de Queiroz efetuou a venda e transferência de sua participação na empresa para o Sr. Avaldir da Silva Oliveira (...).

Após a assinatura de tal documento, os autores desconfiaram de que as transferências tinham ocorrido mediante falsificação da assinatura do *de cujus*, razão pela qual realizaram perícia grafoscópica para esclarecimento da dúvida.

Tendo a conclusão do laudo sido pela falsificação das assinaturas, os autores ingressaram com as presentes demandas a fim de serem declarada a nulidade das alterações contratuais nas quais houve as transferências das quotas para o sócio remanescente, bem como reconhecido o direito à apuração dos haveres. Presente, pois, o interesse processual dos autores.

Outrossim, é pacífico, na jurisprudência o “princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário (...)” (STJ - REsp n. 650.677-MT – 1ª Turma - Rel. Min. Luiz Fux - DJ de 10.04.2006).

Ora, não seria razoável inferir que os autores prefeririam enfrentar o Poder Judiciário para ver reconhecido eventual direito à apuração de haveres, em vez de pleiteá-lo junto aos réus, se estes lhe ofertassem de comum acordo.

Acerca do tema, leciona Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, v. I, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 56) que o interesse de agir reside “(...) não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade (...). O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial”.

Assim já se manifestou esta e. Corte:

Processo Civil. Ação cominatória. Fornecimento de medicamentos pelo Estado. Interesse de agir caracterizado. (...).

I - O interesse de agir constitui condição da ação qualificada pela necessidade e adequação do provimento jurisdicional para o atendimento da pretensão do autor, não exigindo, para a sua configuração, manifestação inequívoca da resistência do réu no plano fático.

(...) Dessa feita, rejeito a preliminar de ausência de interesse processual arguida pelos réus. (fls. 1.959-1.961)

Para concluir, faz-se oportuna menção às palavras de Vicente Greco Filho, claras no sentido de que o interesse processual é “a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão”. Afirma, ainda, o i. processualista, *verbis*:

(...) Para verificar-se se o autor tem legitimidade processual para a ação deve-se responder afirmativamente a seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

Não se indaga, pois, ainda, se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral. Basta que seja necessário, isto é, que o Autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Faltarão o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário.

(...)

Como explica Liebman, o interesse processual é secundário e instrumental em relação ao interesse substancial, que é primário, porque aquele se exercita para a tutela deste último. Por exemplo, o interesse primário ou material de quem se afirma credor é de obter o pagamento, surgindo o interesse de agir (processual) se o devedor não paga no vencimento. O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, pois, a lesão desse interesse e a idoneidade do provimento pleiteado para protegê-lo e satisfazê-lo.

O interesse processual, portanto, é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção de lesão arguida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada providência jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação. Se alguém, por exemplo, foi esbulhado em sua posse, fará pedido inadequado, faltando-lhe interesse, se pleitear a declaração de que é proprietário. Nesse exemplo, o pedido só pode ser

de devolução da posse, indevidamente esbulhada. *Evidentemente, a existência de interesse não quer dizer, ainda, que o autor tem razão e que a demanda será julgada procedente. Este resultado dependerá de outra ordem de indagações, ou seja, de se saber se a situação jurídica descrita corresponde à verdade, e se a ordem jurídica protege a posição afirmada pelo autor. Esta verificação consiste no mérito da demanda.* (in "Direito Processual Civil Brasileiro", vol. 1, 21.ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 87-89).

Inequívoca, assim, a suscitada ofensa ao art. 267, VI, do CPC, pelo que merecedor de reparos o v. aresto impugnado.

Ante o exposto, diante do manifesto interesse processual dos autores, *dou provimento* ao presente recurso especial, determinando, assim, o retorno dos autos à origem, para prosseguimento do julgamento das demais matérias veiculadas em sede de apelação.

Nos termos do art. 40 do Código de Processo Penal, havendo indícios de crime de ação penal pública, *determino* à Coordenadoria desta Eg. Terceira Turma, se extraíam cópias das peças de fls. 02-15, 28-39, 61-69, 1.327-1.517 e 1.655-1.677, remetendo-as à Chefia do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, para os fins de direito.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Sr. Presidente, Srs. Ministros, a princípio, quando recebi os Advogados, quando recebi os memoriais, tive a impressão de que a questão era extremamente complexa. E não é. A questão é processual. O que estamos discutindo aqui, no recurso especial, é se foi ou não violado o art. 267 do Código de Processo Civil. É isso. Tanto que não vou ferir o mérito.

O acórdão hostilizado extinguiu o processo sem julgamento de mérito. O problema, Sr. Presidente, Srs. Ministros, é que esse acórdão é um exemplo, é um paradigma de confusão entre o interesse material primário, ou substancial, e o interesse processual secundário, ou de agir.

Lerei somente a ementa do acórdão e Vossas Excelências verão que estou, modéstia à parte, correto no raciocínio. O acórdão conclui por extinguir o feito sem julgamento de mérito, mas a ementa diz o seguinte:

Carecem de interesse de agir, ou seja, de interesse processual, em ação para anular a alteração de contrato social, realizada com fraude, herdeiros que, posteriormente, celebraram negócio jurídico cedendo todos os seus direitos na sociedade.

Se isso não é mérito, não sei mais o que é mérito. Até concordo com Liebman, que jogou no lixo a teoria que o nosso Código adotou. Infelizmente, temos lei e temos que cumpri-la. Temos a carência de ação no Código de Processo e temos que examinar a lide à luz desses dispositivos processuais vigentes.

É certo que, em alguns casos, e não vou aqui retomar essa discussão, que já é velha, por vezes é difícil distinguir o que é mérito e o que é processo, o que é interesse processual e o que é interesse material, mas, neste caso, é visível que os autores recorrentes detêm, sem nenhuma dúvida, interesse processual.

E já havia, inclusive, depois de receber o teor do voto do Sr. Ministro Relator, adiantado a Sua Excelência que acompanharia integralmente o seu entendimento. Não posso entender, Sr. Presidente, Srs. Ministros, que, em uma questão dessa relevância, um Desembargador, com todo o respeito pela eminente prolatora, venha a se livrar do “abacaxi” pelo caminho estreito da falta de interesse de agir.

O que teria faltado a esse julgador, a essa julgadora, não consigo vislumbrar no momento, mas é tão importante desatar o mérito dessa questão que, se mantivermos essa decisão, *data venia*, de extinguir esse feito sem julgamento de mérito, estaremos cometendo, desculpem os Srs. Ministros, uma profunda injustiça.

Penso que a solução justa, aliás, justa não, a solução técnica correta é a alvitrada pelo Sr. Ministro Relator, de devolver-se o feito ao Juízo de origem, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para que enfrente o mérito e diga realmente se os autores têm ou não razão.

Acompanho o voto do eminente Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Eminente Presidente, eminentes Ministros, também esse debate que se travou aqui pelos doutos Advogados, até,

num certo momento, fez-me lembrar dos debates que se travavam em Tribunal do Júri, tamanha a combatividade, a eloquência.

De certa maneira, eu já tinha, digamos, aflorado esse processo, porque um desses dois processos havia sido redistribuído a mim e, sem mesmo tê-lo analisado, quando constatei se tratar de um litígio entre família, envolvendo uma empresa de expressivo movimento econômico, de grande repercussão, dentro daquele espírito que sempre me norteou, procurei os eminentes Advogados, e ambas as partes acederam à minha convocação no sentido de uma composição amigável, porque eu dizia que era preferível resolver em termos amigáveis, porque se tratava, no fundo, de uma questão de família, uma sociedade com base familiar. Diante dessa constatação de que se trata de um conflito que tem origem em família – são duas famílias que estão em conflito – foi o intuito que tive e, antes mesmo de compulsar o processo, verificando que sua origem era num dissídio entre famílias, convoquei as partes, no que fui atendido pelos eminentes Advogados, mas, a despeito de todas as tentativas, tal intento não se realizou.

E, por que deixei de assumir a relatoria de um processo que me havia sido redistribuído? Porque, anteriormente, o outro processo havia sido distribuído, naturalmente, ao Sr. Ministro Vasco Della Giustina, que sucedeu o Ministro natural, que é o Sr. Ministro Ari Pargendler, e, havendo uma consulta nesse sentido, constatei que, evidentemente, o processo tinha que ser julgado por um Ministro como Relator e, então, entreguei o processo ao Gabinete do Sr. Ministro Vasco Della Giustina, que trouxe esse brilhante voto.

Na verdade, eu havia recebido também a proposta do voto, li com muita atenção e fiquei até muito satisfeito de verificar que, a despeito de toda essa carga, dessa mole de processos que estamos enfrentando, lições preciosas e fundamentos de Processo Civil estão sendo olvidados. Não se pode esquecer que o interesse processual é o interesse secundário, o interesse primário é o substancial do direito material. E, se está na base disso aqui uma discussão com relação à fraude, falsificação, não se pode extinguir o processo sem exame de mérito.

Acompanho integralmente o muito bem elaborado voto do Sr. Ministro Relator e, já tivemos a oportunidade de ressaltar as qualidades intelectuais que trouxeram Sua Excelência como Ministro convocado, já sem condições de idade para integrar – e teria condições de integrar com muita honra – este Sodalício, traz o seu brilho, a sua inteligência, e rememora brilhantemente: “Estou aqui

como se estivesse assistindo a uma aula”, não só de graduação, porque naquele tempo, como todo estudante de Direito, não se tinha a visão completa do que seria a diferença entre interesse processual, interesse de agir e interesse de direito material. Mas, depois, concluindo os estudos acadêmicos, obtendo a graduação também de doutor, agora esse voto é uma página brilhante em que toda a doutrina encontra ressonância. Sugeriria, até, com todo o respeito, que Vossa Excelência, Sr. Presidente, recomendasse esse voto para divulgação, porque isso precisa ser mostrado. Fundamento processual. O processo, muitas vezes, é criticado, porque muitas vezes complica, mas, nesse caso, não é para complicar; é exatamente para poder se chegar à investigação, à decisão de uma questão de direito substancial. Aferir se houve ou não é mérito, não preliminar.

Acompanho integralmente o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.055.819-SP (2007/0094448-5)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Condomínio Edifício Pinto Alves
Advogado: Julimar Duque Pinto e outro(s)
Recorrido: Cláudio Cesar de Barros - Espólio
Representado por: Maria Auxiliadora Mourão de Barros - Inventariante
Advogado: Gilberto Alves Bittencourt Filho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de prestação de contas. Morte do mandatário. Transmissão da obrigação ao espólio. Inviabilidade. Ação de cunho personalíssimo. Extinção da ação sem o julgamento do mérito. Manutenção. Necessidade. Arts. 1.323 e 1.324 do CC/1916. Ausência de prequestionamento. Incidência do Enunciado n. 211 da Súmula-STJ. Recurso especial improvido.

I - O mandato é contrato personalíssimo por excelência, tendo como uma das causas extintivas, nos termos do art. 682, II, do Código Civil de 2002, a morte do mandatário;

II - Sendo o dever de prestar contas uma das obrigações do mandatário perante o mandante e tendo em vista a natureza personalíssima do contrato de mandato, por consectário lógico, a obrigação de prestar contas também tem natureza personalíssima;

III - Desse modo, somente é legitimada passiva na ação de prestação de contas a pessoa a quem incumbia tal encargo, por lei ou contrato, sendo tal obrigação intransmissível ao espólio do mandatário, que constitui, na verdade, uma ficção jurídica;

IV - Considerando-se, ainda, o fato de já ter sido homologada a partilha no inventário em favor dos herdeiros, impõe-se a manutenção da sentença que julgou extinto o feito sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva, ressalvada à recorrente a pretensão de direito material perante as vias ordinárias;

V - As matérias relativas aos arts. 1.323 e 1.324 do Código Civil de 1916 não foram objeto de prequestionamento, incidindo, na espécie, o teor do Enunciado n. 211 da Súmula-STJ;

V - Recurso especial improvido.

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, a Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) e Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Os elementos dos autos dão conta de que o *Condomínio Edifício Pinto Alves* ingressou com ação de prestação de contas em face do *Espólio de Cláudio Cesar de Barros* (representado por *Maria Auxiliadora Mourão de Barros - Inventariante*), alegando, em síntese, que o condomínio autor, na qualidade de proprietário de imóvel, outorgara em 12.11.1981 uma procuração conferindo amplos poderes a *Cláudio Cesar de Barros*, para que este, em nome do condomínio, pudesse transigir, fazer acordos, conceder prazos, receber aluguéis, dar quitações e representar o condomínio perante o foro em geral relativamente ao imóvel.

Na inicial, ainda, sustentou o condomínio autor que *Cláudio Cesar de Barros* manteve-se omissos em relação aos seus deveres, apropriando-se indevidamente dos valores recebidos a título de aluguel, vindo a falecer em 16.08.1995, momento em que a cônjuge supérstite *Maria Auxiliadora Mourão de Barros*, na qualidade de inventariante, teria continuado a receber os alugueres em nome do falecido, sendo o espólio/recorrido parte legítima para prestar contas sobre os alugueres recebidos sobre o imóvel objeto da procuração (fls. 95-104).

Citado o espólio de *Cláudio Cesar de Barros* na pessoa da inventariante *Maria Auxiliadora Mourão de Barros*, o réu alegou, em contestação, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, requereu a improcedência do feito (fls. 105-112).

O r. Juízo de Direito *a quo* extinguiu a ação de prestação de contas, sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC (fls. 112-113).

Interposto recurso de apelação pelo *Condomínio Edifício Pinto Alves* (fls. 115-135) e apresentadas contra-razões pelo *Espólio de Cláudio Cesar de Barros* (fls. 136-139), o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo, conforme assim ementado:

Ação de prestação de contas. Mandato. Falecimento do mandatário. Extinção da obrigação. Transmissão ao espólio ou herdeiros. Inadmissibilidade. Carência de ação.

Tratando-se de obrigação personalíssima, com o falecimento do mandatário, extingue-se o mandato, não se transmitindo ao espólio ou herdeiros o dever de prestar contas (fl. 20).

Opostos embargos de declaração, foram eles desacolhidos (fls. 32-35).

No presente recurso especial, interposto pelo *Condomínio Edifício Pinto Alves* com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal de 1988, em que se alega negativa de vigência dos arts. 1.288, 1.301, 1.303, 1.316, 1.323 e 1.324 do Código Civil de 1916; e 914 e seguintes do Código Civil atual, busca o recorrente a reforma do r. *decisum*, sustentando, em síntese, que a morte do mandatário não extingue o dever de prestar contas, sendo tal obrigação de natureza pessoal, mas não personalíssima.

Alega, outrossim, que a inventariante do recorrido não cientificou a recorrente acerca do falecimento de *Cláudio Cesar de Barros*, descumprindo a norma prevista nos arts. 1.323 e 1.324 do Código Civil. Conclui, assim, ser o espólio parte legítima no feito (fls. 37-53).

Apresentadas contra-razões ao recurso especial por *Maria Auxiliadora Mourão de Barros* (fls. 83-86), a Presidência da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou seguimento ao recurso especial (fls. 56-57), decisão objeto de agravo de instrumento ao STJ (fls. 2-4).

Por decisão de fl. 157, determinou-se a conversão dos autos de agravo de instrumento em recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): O inconformismo recursal não merece prosperar.

Com efeito.

A celeuma instaurada no recurso especial centra-se em saber se o dever de prestar contas se estende ou não ao espólio e aos sucessores do falecido mandatário.

Na realidade, o mandato é um contrato *intuitu personae*, celebrado em razão da pessoa do mandatário, que recebe poderes do mandante para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses (art. 653 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.288 do Código Civil de 1916). Assim, o mandato possui na fidúcia o seu principal requisito, sendo, pois, contrato personalíssimo por excelência.

De acordo com a doutrina:

O traço característico do mandato, portanto, é a representação decorrente da fidúcia, da confiança, possibilitando ao mandante agir como se estivesse a um só tempo em dois lugares (*ut TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, Código Civil Comentado, 6ª Ed., Saraiva: 2008, p. 601*).

É certo, ainda, que, o dever de “dar contas” (ou prestar contas) está entre as obrigações do mandatário perante o mandante, previstas nos arts. 667 e 674 do Código Civil de 2002 (correspondentes aos arts. 1.300 a 1.308 do Código Civil de 1916). De acordo com o art. 668 do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 1.301 do Código Civil de 1916): “O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja”.

Dessa forma, sendo o dever de prestar contas uma das obrigações do mandatário perante o mandante e tendo em vista a natureza personalíssima do contrato de mandato, por consectário lógico, a obrigação de prestar contas assumida pelo mandatário também tem natureza personalíssima, de modo que somente é legitimada passiva na ação de prestação de contas a pessoa a quem incumbia tal encargo, por lei ou contrato, sendo tal obrigação intransmissível ao espólio do mandatário.

Referido entendimento fundamenta-se na impossibilidade de obrigar-se terceiros a prestarem contas relativas a atos de gestão dos quais não fizeram parte.

Importante deixar assente, outrossim, que as causas extintivas do contrato de mandato estão previstas no art. 682 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 682. Cessa o mandato:

- I - pela revogação ou pela renúncia;
- II - pela morte ou interdição de uma das partes;
- III - pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer;
- IV - pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio.

Especificamente em relação ao art. 682, II, do Código Civil, a doutrina manifesta-se no sentido de que “a morte do mandante, como a do mandatário, configura outra causa extintiva do mandato, haja vista tratar de contrato *intuitu personae*” (*ut TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, Código Civil Comentado, 6ª Ed., Saraiva: 2008, p. 628*).

No presente caso, havendo a automática revogação do mandato conferido a *Cláudio Cesar de Barros* quando do seu falecimento e considerando-se que o dever de prestar contas não se transmitiu ao espólio do mandatário, conforme fundamentação acima delineada, bem como o fato de já ter sido homologada a partilha no inventário de *Cláudio Cesar de Barros* (fl. 113), impõe-se a manutenção do acórdão que confirmou a sentença de extinção do feito sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva.

Bem de ver, ainda, que, não há que confundir, na ação de prestação de contas, a pretensão de direito processual com a de direito material. Desse modo, caso a autora/recorrente entenda possuir créditos, oriundos da má-gestão do falecido no recebimento de alugueres do imóvel, poderá, a seu critério, buscar a sua pretensão de direito material em face dos herdeiros do *de cujus* perante as vias ordinárias.

Por fim, as matérias relativas aos arts. 1.323 e 1.324 do Código Civil de 1916 (obrigações dos herdeiros em caso de falecimento do mandatário), não foram objeto de análise pelo v. acórdão recorrido, estando ausente o seu prequestionamento, nos termos do Enunciado n. 211 da Súmula-STJ.

Assim sendo, nega-se provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.113.390-PR (2009/0059414-3)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Nelli Aparecida Dequech e outro

Advogado: Alexandre de Salles Gonçalves e outro(s)

Recorrido: Armando Capriotti e outro

Advogado: Cláudio Melo Colaço

Interessado: João Batista Silveira Mello e outros

EMENTA

Direito Civil. Alienação em duplicidade. Promessa de compra e venda. Interpretação dos negócios jurídicos. Transmissão de

propriedade imóvel. Código Civil de 1916. Transcrição. Segurança jurídica. Boa-fé.

1.- Tem-se, na hipótese, alienação de imóvel em duplicidade. No caso dos autos, deve-se manter o acórdão que decidiu pela manutenção da segunda alienação porque o título correspondente está transcrito há mais de duas décadas, sendo que os primeiros adquirentes tinham apenas direito decorrente de compromisso de compra e venda que, embora com preço pago no ato e devidamente averbado, não teve seguimento providenciado pelos promitentes compradores.

2.- Anote-se que nada impedia, aliás, ao contrário, tudo aconselhava, a imediata lavratura da escritura definitiva e respectivo registro, em região cheia de questões registrarias contra as quais a prudência mandava acautelar-se.

Recurso especial a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Brasília (DF), 02 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Sidnei Beneti, Relator

DJe 15.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- *Nelli Aparecida Dequech e outro* interpõem recurso especial com fundamento nas alíneas **a** e **c** do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça

do Estado do Paraná, Relator o Desembargador *Lauri Caetano da Silva*, cuja ementa ora se transcreve (fls. 512):

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade. Escritura de compra e venda de imóvel firmada com terceiros. Imóvel anteriormente comprometido à venda aos autores da ação. Ausência, todavia, de transcrição do título no registro imobiliário. Boa-fé dos terceiros que adquiriram o imóvel, procederam a transcrição do título traslativo de domínio junto à matrícula do imóvel e desde então exercem sua posse. Sentença de improcedência mantida.

Ensina a doutrina que na compra e venda de imóvel a transcrição no registro imobiliário do título traslativo da propriedade apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato, ou qualquer outro negócio traslativo. O *modus* é condicionado pelo *titulus*. O registro é ato automático, independente de providências do transmitente (STJ-REsp n. 5.801-SP).

2.- Os embargos de declaração interpostos (fls. 528-533) foram rejeitados (fls. 538-541).

3.- Os recorrentes alegam que à época da celebração do contrato de compra e venda, em 1957, ainda não estava em vigor a Lei de Registros Públicos, de modo que a aquisição da propriedade imóvel se dava pela simples transcrição na matrícula do imóvel. Nesses termos, tendo sido transcrito o contrato de promessa de compra e venda com pagamento integral do valor acordado, teria se operado a transferência válida e eficaz da propriedade.

4.- Uma vez reconhecida essa circunstância, não seria possível que o contrato de compra e venda posteriormente celebrado pelos proprietários originários com os ora recorridos, fosse objeto de registro e transcrição sem anuência dos ora recorrentes, legítimos proprietários do bem, sob pena de ofensa aos artigos 190, 195 e 197 da Lei n. 6.015/1973 e 83 e 89 do Código Civil de 1916.

5.- Acrescentam que a alienação levada a efeito pelos proprietários originais contou com uma anuência simulada dos ora recorrentes, prestada por meio de mandatário constituído em procuração falsa. O Tribunal de origem não reconhecendo essa simulação e, bem assim, os seus efeitos sobre o negócio jurídico, teria malferido os artigos 102, I e II, 103, 104 e 105 do Código Civil de 1916.

6.- Consignam que, ao contrário do que afirmado no Acórdão recorrido, não é possível falar que a compra e venda não foi completada por falta de “registro”, porque o documento de fls. 292 comprova, conforme exigido pelos

artigos 530, I, e 531 do Código Civil de 1916, a averbação e a transcrição da escritura respectiva.

7.- Apontam dissídio jurisprudencial, colacionando precedentes inclusive deste Tribunal.

8.- Não admitido na origem (fls. 616-624), o Recurso Especial teve seguimento por força de agravo de instrumento a que se deu provimento (fls. 651).

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sidnei Beneti (Relator): 9.- *Jonas Salomão Dequech* e sua mulher, *Nelli de Oliveira Dequech*, moveram, com distribuição de 1º.03.1990 (fls. 2v), *ação declaratória de nulidade de ato jurídico*, com fundamento nos arts. 145, II e V, do Cód. Civil/1916, visando ao imóvel urbano consistente no Lote de Terreno n. 10, Quadra I, do Balneário Flórida, em Paranaguá-PR, propondo a ação contra *Armando Capriotti* e sua mulher, *Elza Rodrigues Capriotti*, e *João Batista da Silveira Mello*, estado civil ignorado, e *Geraldo José da Silveira* e sua mulher, *Cleusa da Silveira*.

Alegaram os autores, ora Recorrentes, que adquiriram o imóvel dos anteriores proprietários, *Hideo Tanaka* e *Maria Tanaka*, por compromisso de compra e venda de 25.06.1957, averbado no Cartório do Registro de Imóveis de Paranaguá sob protocolo de 1º.07.1957 (Averbação n. 11, Fls. 98, Livro 8 B, apontado sob n. 20.881, Fls. 154, Protocolo 1-D, de 1º.07.1957).

Esse imóvel teria sido fraudulentamente alienado aos acionados, ora Recorridos, *Armando Capriotti* e sua mulher, *Elza Rodrigues Capriotti*, pelos anteriores proprietários, *Hideo Tanaka* e sua mulher, por meio de compromisso de compra e venda, que veio a ser devidamente quitado, mediante anuência dos autores, no Compromisso de Compra e venda, por intermédio do suposto procurador, Onofre Soares, por procuração falsa (datada de 17.11.1986), que jamais teriam outorgado, falsamente lavrada, para a anuência, no dia 17.11.1986, no Cartório Distrital de Guararamirim-SC.

10.- Deve prevalecer o julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, porque:

a) O título está transcrito em nome dos Recorridos, há mais de duas décadas, e não dos Recorrentes, que tinham apenas direito decorrente de compromisso de compra e venda, com preço pago no ato, o qual, embora registrado, não teve seguimento providenciado pelos promitentes compradores. Anote-se que nada impedia, aliás, ao contrário, tudo aconselhava, a imediata lavratura da escritura definitiva e respectivo registro, em região cheia de questões registrarias - contra as quais a prudência mandava acautelar-se.

Em verdade, não se entende o porquê da não-lavratura imediata de escritura e não realização de transcrição.

b) Sem qualquer dúvida, os Reclamantes agiram na mais absoluta boa-fé na celebração do negócio, tanto que em nenhum momento contra eles foi alegada má-fé, e não se havendo detectado nenhuma razão para que pudessem desconfiar dos procuradores que intervinham nos atos jurídicos que se realizavam.

Nos autos estão provados a oferta do imóvel em jornal, a cujo anúncio os Recorridos acudiram, a celebração do compromisso de compra e venda e o pagamento em prestações. Em nenhum momento transparece que os ora Recorridos tivessem conhecimento de algum defeito na procuração pela qual terceiro veio anuir em nome dos Recorrentes, anteriores promitentes-compradores.

c) A interpretação da sentença e do Acórdão que deu por válida a anuência, via reconhecimento de anterior alienação do imóvel pelos Recorrentes à Gralha Azul - Sociedade Agrícola Comercial Imobiliária Ltda cf. certidão n. 1.465/88 (fls. 324), é matéria fática, vale dizer, essa conclusão definitivizou-se no âmbito da Jurisdição do Tribunal de origem, não podendo a matéria ser reaberta para reanálise por este Tribunal, em virtude da Súmula n. 7 desta Corte.

d) Nenhum dos argumentos do Recurso Especial possui o condão de infirmar esses pontos, suficientes à conclusão do julgado, de maneira que desnecessário o enfoque em pormenores para a manutenção do julgado do Tribunal de origem.

Ressalte-se que a sentença proferida pelo E. Juiz ..., e o Acórdão, de que Relator o E. Desembargador *Lauri Caetano da Silva* constituem peças jurisdicionais de excelente qualidade, lavradas com cuidado e busca da melhor solução para o caso, cuja existência vem de há vinte anos (inicial de 1°.03.1990, fls. 2v) e urge terminar.

13.- Pelo exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial, mantida, em todos os seus termos, o Acórdão que confirmou a improcedência da ação, com a observação de que já houve acordo para a dispensa de honorários advocatícios (fls. 647-648).

RECURSO ESPECIAL N. 1.117.563-SP (2009/0009726-0)

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Sandra Aparecida Penariol Duarte

Advogados: Francisco Cassiano Teixeira e outro(s)

Renato Oliveira Ramos

Recorrido: Rosemari Aparecida Affonso

Advogado: Luiz Joaquim Bueno Trindade e outro(s)

EMENTA

Direito das Sucessões. Recurso especial. Inventário. *De cuius* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos, com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/2002. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/2002, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmção de que a lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento.

- O art. 1.790 do CC/2002, que regula a sucessão do *de cuius* que vivia em comunhão parcial com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência.

- A regra do art. 1.829, I, do CC/2002, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o *de cuius* pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida na doutrina,

identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado n. 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o *de cuius* tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares.

- Não é possível dizer, aprioristicamente e com as vistas voltadas apenas para as regras de sucessão, que a união estável possa ser mais vantajosa em algumas hipóteses, porquanto o casamento comporta inúmeros outros benefícios cuja mensuração é difícil.

- É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002 defendidas pela doutrina, um quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias.

- Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/2002, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

- Até o advento da Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da *comunhão universal*, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da *comunhão parcial*, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/2002.

- Preserva-se o regime da *comunhão parcial de bens*, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes.

Recurso especial improvido.

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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrighi, Relatora

DJe 06.04.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Trata-se de recurso especial interposto por *Sandra Aparecida Penariol Duarte* em face de *Rosemari Aparecida Affonso*, objetivando à reforma de acórdão exarado pelo TJ-SP no julgamento de agravo de instrumento.

Procedimento especial de jurisdição contenciosa: de inventário dos bens deixados por *Genésio Luiz Penariol*, pai da ora recorrente e companheiro da recorrida. Atualmente, é a filha, ora recorrente, quem exerce o cargo de inventariante no processo.

A controvérsia se estabelece em torno da titularidade da herança. O inventariado foi casado, inicialmente, com *Diva Aparecida Rosalis Penariol*, de cuja união resultou o nascimento da recorrente, sua primeira e única filha. Após o falecimento de sua esposa, o inventariado constituiu união estável com a ora

recorrida, *Rosemari Aparecida Affonso*, junto de quem viveu por mais de trinta anos, de 1973 até a data de sua morte, em 1º.03.2006. No período anterior à união estável, o falecido angariou alguns bens, mas a maior parte de seu patrimônio foi constituída no curso de seu relacionamento com a recorrida.

A principal parcela da controvérsia ora discutida se estabeleceu em torno da interpretação da regra do art. 1.730, do CC/2002. O Juízo de 1º Grau determinou, por decisão, que o patrimônio do falecido, adquirido na constância de sua união estável, fosse dividido da seguinte forma: 50% dos bens se destinariam à companheira, por força da meação (art. 1.725 do CC/2002); e o remanescente seria dividido entre ela e a filha do *de cujus*, na proporção de dois terços para a filha e um terço para a companheira (art. 1.790 do CC/2002). Com isso, do montante total do patrimônio não-reservado do *de cujus*, sua companheira deteria 66,6% e sua filha, 33,3%.

Agravo de instrumento: interposto pela filha. No recurso, ela argumenta que a divisão determinada pelo Juízo de Primeiro Grau implicaria interpretação absurda para a norma do art. 1.790 do CC/2002, à medida que concederia à mera companheira mais direitos sucessórios do que ela teria se tivesse contraído matrimônio, pelo regime da comunhão parcial, com o *de cujus*.

O Tribunal negou provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa:

Sucessão da companheira. Herança. Meação. Inconstitucionalidade do art. 1.790, II, do CC/2002. Farta discussão doutrinária, que não justifica a ampliação ou redução do texto legal pelo intérprete e aplicador do direito. Inconstitucionalidade não ocorrente, na hipótese. Companheira sobrevivente que faz jus à meação e mais a metade do que couber à herdeira na partilha dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Inteligência dos art. 1.725, 1.790 II, 1.829, I do CC/2002 e do art. 226 § 3º da CF. Recurso improvido.

Recursos especial: interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional. A recorrente alega violação aos arts. 1.790, II, 1.829, I e 1.725, todos do CC/2002, bem como à norma do art. 984 do CPC.

O recurso especial não foi admitido, na origem. Todavia, para melhor análise da controvérsia determinei a subida desse recurso por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 1.007.964-SP.

Recurso extraordinário: interposto.

Medida cautelar: proposta visando atribuir efeito suspensivo ao referido recurso especial (MC n. 14.509-SP), cuja liminar foi deferida, em julgamento colegiado, pela 3ª Turma, nos termos de acórdão com a seguinte ementa:

Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Inventário. *De cujus* que, após o falecimento de sua esposa, com quem tivera uma filha, vivia, em união estável, há mais de trinta anos com sua companheira, sem contrair matrimônio. Incidência, quanto à vocação hereditária, da regra do art. 1.790 do CC/2002. Alegação, pela filha, de que a regra é mais favorável para a convivente que a norma do art. 1.829, I, do CC/2002, que incidiria caso o falecido e sua companheira tivessem se casado pelo regime da comunhão parcial. Afirmação de que a lei não pode privilegiar a união estável, em detrimento do casamento. Medida liminar parcialmente deferida, apenas para determinar a partilha, no inventário, da parcela incontroversa do patrimônio, promovendo-se reserva de bens.

- O art. 1.790 do CC/2002, que regula a sucessão do *de cujus* que vivia em união estável com sua companheira, estabelece que esta concorre com os filhos daquele na herança, calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência. Trata-se de regra oposta à do art. 1.829 do CC/2002, que, para a hipótese de ter havido casamento pela comunhão parcial entre o *de cujus* e a companheira, estabelece que a herança do cônjuge incida apenas sobre os bens particulares.

- A diferença nas regras adotadas pelo código para um e outro regime gera profundas discrepâncias, chegando a criar situações em que, do ponto de vista do direito das sucessões, é mais vantajoso não se casar.

- A discussão quanto à legalidade da referida diferença é profundamente relevante, de modo que se justifica o deferimento da medida liminar pleiteada em ação cautelar, para o fim de reservar os bens controvertidos no inventário *sub judice*, admitindo-se a partilha apenas dos incontroversos.

Medida liminar parcialmente deferida.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andriighi (Relatora):

I - Delimitação da controvérsia

Cinge-se a controvérsia a estabelecer como se divide a herança na hipótese em que o *de cujus* deixou companheira, com quem não contraiu casamento, e um herdeiro, advindo de matrimônio anterior. O foco da questão está na interpretação conjunta das seguintes normas: (i) art. 226, § 3º, da CF, que trata da proteção da União Estável; (ii) art. 1.725 do CC/2002, que equipara, quanto

aos efeitos patrimoniais, o regime da união estável e o do casamento pelo regime da comunhão parcial; (iii) art. 1.790 do CC/2002, que contém regra específica sobre a sucessão quando há união estável; e, finalmente, (iv) art. 1.829 do CC/2002, que regula a sucessão quando há casamento pela comunhão parcial, em vez de União Estável.

II - A garantia da meação na União Estável

Para a solução da controvérsia, a primeira observação a ser feita é a de que o art. 1.725 do CC/2002 estabelece, de maneira clara, a comunhão entre companheiro e companheira de todos os bens adquiridos na constância da união estável. A união estável ora discutida é anterior à promulgação do CC/2002, mas, ainda assim, tal previsão é mero corolário do que já dispunha, timidamente, o art. 3º da Lei n. 8.971/1994 e, de maneira mais ampla, o art. 5º da Lei n. 9.278/1996, na esteira da interpretação iniciada com a conhecida Súmula n. 380-STF. Ou seja, tanto na hipótese de casamento, como na de união estável, deve ser, sempre, ressalvada a meação ao cônjuge ou companheiro sobrevivente. Com isso afasta-se, de plano, a pretensão preliminarmente manifestada no recurso, de retirar da recorrida, companheira do *de cujus* por mais de trinta anos, o direito de receber metade do patrimônio amealhado durante o longo período de convivência.

III - A sucessão (arts. 1.790 e 1.829 do CC/2002)

Estabelecida essa premissa, observa-se que há duas normas totalmente distintas para regular a sucessão: Uma, para a hipótese de união estável (art. 1.790, do CC/2002). Outra, para a hipótese de casamento (art. 1.829, do mesmo diploma legal).

Especificamente no que interessa para a hipótese sob julgamento, em que concorrem, na herança, o companheiro sobrevivente e a filha advinda do primeiro casamento do *de cujus*, o art. 1.790 do CC/2002 dispõe, quanto à companheira, o seguinte:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.

(...)

Ou seja, aplicando-se diretamente essa norma, tem-se que a companheira, aqui, receberia *metade* de todo o patrimônio amealhado pelo casal durante a união (meação - art. 1.725 do CC/2002). A outra metade seria dividida entre ela e a única filha do *de cujus*. A filha receberia *dois terços* do remanescente e a companheira receberia *um terço*. A proporção, portanto, seria de 66,6% para a companheira e 33,3% para a filha. Frise-se que essa divisão diz respeito apenas ao patrimônio adquirido onerosamente *depois* da união estável. O patrimônio particular do falecido não se comunica com a companheira, nem a título de *meação*, nem a título de *herança*. Tais bens serão integralmente transferidos à filha.

A irresignação da recorrente está em que tal regra sucessória seria *completamente diferente* se o *de cujus* tivesse contraído *matrimônio* com a recorrida. Para essa hipótese, o art. 1.829, inc. I do CC/2002 determina:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

(...)

A redação ambígua dessa norma tem suscitado muitas dúvidas na doutrina, e três correntes se estabeleceram, interpretando tal dispositivo de maneira completamente diferente. São elas:

III. 1) Primeira corrente: Enunciado n. 270, da III Jornada de Direito Civil

A primeira corrente deriva do Enunciado n. 270, da III Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, que dispõe:

Enunciado n. 270

Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aqüestos, o falecido possuíse

bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

De acordo com esse entendimento, a sucessão do cônjuge obedeceria as seguintes regras: **(i)** se os cônjuges se casaram pelo regime da comunhão universal, o sobrevivente não concorre com os filhos na sucessão, já que recebeu suficiente patrimônio em decorrência da meação (incidente, nesta hipótese, sobre todo o patrimônio do casal, independentemente da data de aquisição); **(ii)** se o casamento se deu pela separação *obrigatória*, entendida essa como a separação legal de bens, também não concorrem cônjuge e filhos, porque isso burlaria o sistema legal; **(iii)** finalmente, se o casamento tiver sido realizado na comunhão parcial (ou nos demais regimes de bens), há duas possibilidades: **(iii.1)** se o falecido deixou bens particulares (a semelhança do que ocorre nestes autos), o cônjuge sobrevivente participa da sucessão, porém só quanto a tais bens, excluindo-se os bens adquiridos na constância do matrimônio, porque eles já são objeto da meação; **(iii.2)** se não houver bens particulares, o cônjuge sobrevivente não participa da sucessão (porquanto sua meação seria suficiente e se daria, aqui, hipótese semelhante à da comunhão universal de bens).

Para maior clareza, pode-se elaborar um quadro, demonstrativo das regras gerais de sucessão legítima, conforme a 1ª corrente estudada, nas hipóteses em que o falecido *tenha deixado descendentes e cônjuge/companheiro(a)*:

| Regimes | Meação | Cônjuge/companheiro herda bens particulares? | Cônjuge/companheiro herda bens comuns? |
|------------------------|-------------------|--|--|
| União estável | Sim | Não | Sim, em concurso com os descendentes |
| Comunhão universal | Sim | Não | Não |
| Comunhão parcial | Sim | Sim, em concurso com os descendentes. | Não |
| Separação obrigatória | Não definido | Não | Não |
| Separação convencional | Não, em princípio | Sim, em concurso com descendentes. | Não há, em princípio, bens comuns. |

Também corroboram esse entendimento *Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto* (atualizadora do *Curso de Direito Civil de Washington de Barros*

Monteiro, Vol. 6 – 37ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97), Ney de Mello Almada (*Sucessões*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 175), entre outros.

Frise-se que esse quadro tem, como objetivo, apenas pinçar orientações gerais sobre a matéria, sem pretensão de debruçar-se sobre as peculiaridades de cada um dos regimes de bens, ou esgotar discussões doutrinárias e jurisprudenciais que cada um deles pode suscitar. É de conhecimento geral que a interpretação das novas regras de sucessão, notadamente o art. 1.829, I, do CC/2002, tem gerado intensa controvérsia que, por não ser objeto especificamente deste processo, não será, aqui, esgotada.

III. 2) Segunda corrente: Herança sobre o patrimônio total

A segunda e majoritária corrente doutrinária acerca da interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, defende uma ideia substancialmente diferente. Os seus partidários, a exemplo dos defensores do Enunciado n. 270 das Jornadas, separam, no casamento pela comunhão parcial, a hipótese em que o falecido tenha deixado bens *particulares*, e a hipótese em que ele *não tenha deixado bens particulares* (sempre considerando a existência de descendentes). Se o cônjuge pré-morto não tiver deixado bens particulares, o supérstite **não recebe nada**, a título de herança. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela Lei (arts. 1.830, 1.832 e 1.837), *não apenas os bens particulares, mas todo o* acervo hereditário.

Maria Helena Diniz defende essa tese com os seguintes fundamentos (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 6: direito das sucessões – 20ª ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 124 e ss.):

(i) a herança é *indivisível*, deferindo-se como um todo unitário (art. 1.791). Assim, não há sentido em dividi-la apenas nas hipóteses em que o cônjuge concorre, na sucessão;

(ii) se o cônjuge sobrevivente for ascendente dos demais herdeiros, terá a garantia de 1/4 da herança. Essa garantia é incompatível com sua quase-exclusão, na hipótese em que o falecido tiver deixado poucos bens;

(iii) o cônjuge supérstite é herdeiro necessário, e não há sentido em lhe garantir a legítima se ele não herdar, no futuro, esse patrimônio;

(iv) em um regime de *separação convencional*, as partes podem firmar pacto antenupcial disciplinando a comunicação dos aquestos, e não obstante o cônjuge

sobrevivente os herdará. Não há sentido em restringir tal direito apenas na comunhão parcial;

(v) meação e herança são institutos diversos. No falecimento, a meação do falecido passa a integrar seu patrimônio, não havendo razão para destacá-la para fins de herança.

Para os defensores dessa corrente, o quadro supra referido restaria da seguinte forma (sempre na hipótese de o falecido *ter deixado bens particulares e filhos*):

| Regimes | Meação | Cônjuge/companheiro herda bens particulares? | Cônjuge/companheiro herda bens comuns? |
|-------------------------------|-------------------|--|--|
| União estável | Sim | Não | Sim, em concurso com os descendentes |
| Comunhão universal | Sim | Não | Não |
| Comunhão parcial | Sim | Sim, em concurso com os descendentes. | Sim, em concurso com os descendentes |
| Separação obrigatória | Não definido | Não | Não |
| Separação convencional | Não, em princípio | Sim, em concurso com descendentes. | Sim, se os houver, em concurso com os descendentes |

III. 3) Terceira corrente: Interpretação Invertida

A terceira corrente que se formou para a interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, inverte as ideias defendidas pelas anteriores. Encabeçada por *Maria Berenice Dias*, defende que a sucessão do cônjuge fica **excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares** (“Ponto Final”, disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=108&isPopUp=true> Acesso 23 Set. 2009). Enquanto os defensores da primeira e da segunda correntes apenas reconheciam, ao cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens, o direito à sucessão na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares, esta terceira linha de pensamento defende que só há sucessão na hipótese em que ele não os deixou, concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes, na herança dos bens comuns.

Pelo sistema defendido por esta corrente, o quadro, para as hipóteses em que o falecido deixou bens particulares e filhos, ficaria da seguinte forma:

| Regimes | Meação | Cônjuge/companheiro herda bens particulares? | Cônjuge/companheiro herda bens comuns? |
|------------------------|-------------------|---|--|
| União estável | Sim | Não | Sim, em concurso com os descendentes |
| Comunhão universal | Sim | Não | Não |
| Comunhão parcial | Sim | Não há herança do cônjuge, se houver bens particulares. | Sim, em concurso com os descendentes |
| Separação obrigatória | Não definido | Não | Não |
| Separação convencional | Não, em princípio | Sim, em concurso com descendentes. | Sim, se os houver, em concurso com os descendentes |

IV - Solução da controvérsia

Na hipótese dos autos, o cerne da controvérsia diz respeito a apurar se é admissível, no panorama constitucional brasileiro, que a regra, quanto à sucessão, seja mais favorável à companheira supérstite do que seria caso ela tivesse contraído matrimônio, dadas as diferenças entre o art. 1.790 e o art. 1.829, I, do CC/2002.

Nesse contexto, a exposição das três teorias existentes para a interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, assume importância para se apurar se realmente a regra do art. 1.790 é, para a companheira, mais vantajosa que a disciplina de sucessão do cônjuge.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que não se pode dizer que há vantagem em um ou em outro regime familiar, tomando-se em consideração somente para as regras de sucessão legítima. Ainda que, em dados momentos, a regra de sucessão legítima seja mais vantajosa para o companheiro, isso não significa que *o regime da União Estável* seja necessariamente mais vantajoso que o casamento, do *ponto de vista global*. Há diversos benefícios conferidos pela lei ao casamento que não se estendem à união estável. Basta pensar, por exemplo, que a prova do casamento é direta, decorrendo meramente do registro (art. 1.543 do CC/2002), ao passo que a união estável deve ser demonstrada caso a caso; que o cônjuge é herdeiro necessário, contando com a garantia da legítima que, em princípio, não assiste ao companheiro; que, protegendo o patrimônio do casal, a lei condiciona à autorização do cônjuge a prática de determinados negócios jurídicos; que a ordem de vocação hereditária coloca o cônjuge antes dos colaterais na sucessão exclusiva; e assim por diante.

Em segundo lugar, é muito difícil antecipar o quanto representariam essas vantagens, aferíveis, não no momento da sucessão, mas *durante a relação* mantida entre os cônjuges, na decisão de contrair ou não casamento. É temerário afirmar, apressadamente e com os olhos voltados apenas para uma situação pontual, que os arts. 1.790 e 1.829 podem tornar mais vantajoso viver sob o regime da união estável sob o regime do casamento. As variáveis são muito numerosas.

De todo modo, é importante frisar que não há, neste processo, vantagem para a companheira, para efeitos sucessórios, com relação à situação hipotética da cônjuge.

Isso porque, ao lado das três correntes supra mencionadas, todas elas insatisfatórias para solucionar a perplexidade que este processo suscita, *é necessário se estabelecer ainda uma quarta*, mais inovadora, baseada na ideia de que ***a vontade do cônjuge, manifestada no casamento, deve ser tomada em consideração também no momento de interpretar as regras sucessórias***. Essa nova ideia, como se verá adiante, estende, quanto aos efeitos práticos, a regra aplicável à União Estável à do regra casamento, eliminando, nesse aspecto, a diferença entre os regimes. Note-se que aqui se faz-se exatamente o contrário do que pretende o recorrente: em vez de restringir a regra do art. 1.790 do CC/2002, para adaptá-la à regra do art. 1.829, *inova-se na própria interpretação do art. 1.829, aproximando-a do art. 1.790*. Explica-se.

IV. 1) Quarta corrente interpretativa do art. 1.829, I do CC/2002: a consideração da vontade manifestada no casamento, para a interpretação das regras sucessórias.

De início, torna-se impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/2002, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da conseqüente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé. A eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

Até o advento da Lei n. 6.515/1977 (Lei do Divórcio), considerada a importância dos reflexos do elemento histórico na interpretação da lei, vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da *comunhão universal*, no

qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal. A partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/2002.

Assim, quando os nubentes silenciam a respeito de qual regime de bens irão adotar, a lei presume que será o da *comunhão parcial*, pelo qual se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, consideradas as exceções legais previstas no art. 1.659 do CC/2002. Se em vida os cônjuges assumiram, por vontade própria, o regime da comunhão parcial de bens, na morte de um deles, deve essa vontade permanecer respeitada, sob pena de ocorrer, por ocasião do óbito, o retorno ao antigo regime legal: o da comunhão universal, em que todo acervo patrimonial, adquirido na constância ou anteriormente ao casamento, é considerado para efeitos de meação.

A permanecer a interpretação conferida pela doutrina majoritária de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, na verdade, a transmutação do regime escolhido em vida – comunhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Não se pode ter após a morte o que não se queria em vida. A adoção do entendimento de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da comunhão parcial de bens concorre com os descendentes do falecido a todo o acervo hereditário, viola, além do mais, a essência do próprio regime estipulado.

Por tudo isso, a melhor interpretação é aquela que prima pela valorização da vontade das partes na escolha do regime de bens, mantendo-a intacta, assim na vida como na morte dos cônjuges. Desse modo, preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, haja ou não bens particulares, partilháveis, estes unicamente entre os descendentes.

A *separação de bens*, que pode ser *convencional* ou *legal*, em ambas as hipóteses é *obrigatória*, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal.

Sob essa perspectiva, o regime de *separação obrigatória* de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/2002, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

Dessa forma, não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, salvo previsão diversa no pacto antenupcial, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/2002, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso, entre uma interpretação que torna ausente de significado o art. 1.687 do CC/2002, e outra que conjuga e torna complementares os citados dispositivos, não é crível que seja conferida preferência à primeira solução.

Importante mencionar, no tocante ao caráter balizador do regime matrimonial de bens no que concerne ao direito sucessório, julgado desta 3ª Turma, do qual se extraem as seguintes ponderações:

(...) o regime matrimonial de bens atua como elemento direcionador do direito de herança concorrente do cônjuge.

(...)

O regramento sucessório é de suma importância enquanto complexo de ordem pública, em virtude de seus reflexos no organismo familiar e no âmbito social, que vão além do simples direito individual à pertença de bens. (RMS n. 22.684-RJ, de minha relatoria, DJ de 28.05.2007.

Com as considerações acima, o quadro, para as hipóteses em que o falecido deixou bens particulares e filhos, ficaria da seguinte forma:

| Regimes | Meação | Cônjuge/companheiro herda bens particulares? | Cônjuge/companheiro herda bens comuns? |
|---------------------------|--------|--|--|
| União estável | Sim | Não | Sim, em concurso com os descendentes |
| Comunhão universal | Sim | Não | Não |

| | | | |
|--|-----|-----|--------------------------------------|
| Comunhão parcial | Sim | Não | Sim, em concurso com os descendentes |
| Separação de bens, que pode ser legal ou convencional | Não | Não | Não |

Essa é a forma pela qual deve ser interpretado o art. 1.829, I, do CC/2002. Preserva-se, com isso, a vontade das partes, manifestada no momento da celebração do casamento, também para fins de interpretação das regras de sucessão. E elimina-se, para fins de cálculo do montante partilhável, as diferenças entre União Estável e Casamento.

Especificamente para os fins do processo sob julgamento, a adoção dessa quarta linha de pensamento retira, de maneira integral, os fundamentos da irresignação da recorrente. Se a recorrida tivesse contraído matrimônio com o *de cujus*, as regras quanto ao cálculo do montante sobre o qual se calcularia sua sucessão seriam exatamente as mesmas.

Forte em tais razões, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sidnei Beneti: 1.- A Recorrente é filha do *de cujus*, que, viúvo, conviveu, em união estável, por mais de trinta anos, com a Recorrida.

O Acórdão recorrido, aplicando o disposto no art. 1.790, II, do Cód. Civil/2002, negou provimento a apelação, assim julgando, no fulcro central (fls. 211):

Companheira sobrevivente que faz jus à meação e mais a metade do que couber à herdeira na partilha dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Inteligência dos art. 1.725, 1.790 II, 1.829 I do CC/2002 e do art. 226 § 3º da CF (fls. 211).

2.- O voto da Exma. Ministra *Nancy Andrigli*, Relatora, mantém esse julgado, negando provimento ao recurso especial, tendo sido o Voto de S. Exa. acompanhado pelos votos dos E. Ministros *Massami Uyeda* e *Vasco Della Giustina*.

A interpretação dada pela sentença, Acórdão, voto da E. Relatora e votos dos E. Ministros que me antecederam a votar é, realmente, o que consta do disposto no art. 1.790, II, do Cód. Civil/2002.

Dispõe, com efeito, o Cód. Civil/2002, no art. 1.790, II:

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

(...)

Se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles.

A clareza do dispositivo legal, projetado por Comissão de Juristas presidida pelo E. Prof. *Miguel Reale*, aprovado pelo Legislativo brasileiro e promulgada pelo Presidente da República torna inacolhível a sustentação em sentido contrário, de modo que deve prevalecer o voto da E. Relatora, que mantém o julgado de origem.

3.- Não cabe ao Tribunal, na interpretação e aplicação da lei federal, retroceder no tempo para analisar os fundamentos pelos quais a sociedade brasileira, por intermédio dos órgãos legiferantes, legislou a respeito da matéria.

Não há que comparar os vínculos, reconhecidos, ambos, pela lei, do casamento no regime da separação e de bens e da união estável entre companheiros, equiparada, para fins do regime de bens, salvo disposição especial entre os companheiros, ao casamento com a separação parcial de bens (Cód. Civil/2002, art. 1.725).

4.- Observa-se, contudo, a fim de evitar possível interpretação alargada deste voto-vista para além do que está posto nos autos em que proferido, que não se está julgando sucessão que envolva quem tenha se casado com pessoa viúva com filho do primeiro casamento, matéria diversa, trazida várias vezes à comparação.

A única questão que se julga agora é a que envolve as partes destes autos. Não há como deixar definida agora a complexa situação hereditária com que o novo Código Civil brindou a sociedade nacional. Outras situações, que não sejam exatamente idênticas à destes autos, a envolver casos diversos, só poderão ser dirimidas se surgirem em outros processos, em que se preserve o essencial contraditório entre os litigantes (CF, art. 5º, LV).

Ressalva-se, portanto, neste Voto-Vista, o exame, em qualquer sentido, de outras situações, independentemente dos argumentos *a latere* deduzidos nestes autos.

5.- Pelo exposto, frisando a ressalva do item anterior, meu voto acompanha os votos da E. Relatora e dos E. Ministros que me antecederam, negando provimento ao Recurso Especial.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Sr. Presidente, mais uma vez quero cumprimentar a eminente Ministra Nancy Andrichi pelo bem elaborado voto, que dá uma contribuição inestimável para a interpretação das regras de sucessão, em termos de casamento e união estável.

Na verdade, essa forma, se a companheira, vivendo em união estável, há mais de trinta anos, amealhou um patrimônio considerável, pela regra a participação dela é de 50% e, pela morte de seu companheiro, também concorre em condições com a filha do primeiro leito.

Estou inteiramente de acordo com o voto da Sra. Ministra Nancy Andrichi, conhecendo do recurso especial, mas negando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 1.136.475-RS (2009/0076243-9)

Relator: Ministro Massami Uyeda
Recorrente: Pró Salute Serviços para a Saúde Ltda
Advogado: Luiz Carlos Branco da Silva e outro(s)
Recorrido: Elisângela Batassini Lima
Advogado: Zenaide Ferraro dos Santos

EMENTA

Recurso especial. Ação ordinária. Plano de saúde. Preliminar. Infringência ao princípio da identidade física do juiz. Não verificação, na espécie. Mérito. Cirurgia de remoção de tecido epitelial após a submissão da paciente. Segurada à cirurgia bariátrica. Procedimento necessário e complementar ao tratamento da obesidade, este

incontroversamente abrangido pelo plano de saúde contratado, inclusive, por determinação legal. Alegação de finalidade estética de tal procedimento. Afastamento. Necessidade. Cobertura ao tratamento integral da obesidade. Preservação da finalidade contratual. Necessidade. Recurso especial improvido.

I - No caso dos autos, a magistrada que concluiu a audiência de instrução e julgamento afastou-se do feito para assumir a titularidade de outra Vara e exercer a jurisdição em outra Comarca, hipótese que se enquadra na cláusula genérica pré-citada: “*afastamento por qualquer motivo*”, na esteira da jurisprudência desta Corte;

II - Encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subseqüentes ou conseqüentes - cirurgias destinadas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética;

III - As cirurgias de remoção de excesso de pele (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipocotomia braçal) consiste no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma, o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética;

IV - Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente-segurado, acometido de obesidade mórbida, doença expressamente acobertado pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tais contrato;

V - Recurso Especial improvido.

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, a Turma, por

unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Massami Uyeda, Relator

DJe 16.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Massami Uyeda: Cuida-se de recurso especial interposto por *Pró Salute Serviços para a Saúde Ltda*, fundamentado no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, em que se alega a violação dos artigos 132 do Código de Processo Civil; 10, II, IV, da Lei n. 9.656/1998, além de dissenso jurisprudencial.

Os elementos dos autos dão conta de que *Elisângela Batassini Lima*, ora recorrida, ajuizou ação ordinária em face de *Pró Salute Serviços para a Saúde Ltda*, ora recorrente, objetivando o fornecimento e o custeio dos procedimentos cirúrgicos destinados à redução de excesso de tecido epitelial (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipoctomia braçal), ocasionado pela drástica e significativa perda de peso (aproximadamente 90 kg - noventa quilos) decorrente de anterior e exitosa cirurgia bariátrica (coberta pelo plano de saúde contratado), a que a paciente-segurada submeteu-se. Pretensão que, nos termos da petição inicial, fora administrativamente recusada (e-STJ - fls. 3-6).

A antecipação da tutela restou deferida nos termos pleiteados (e-STJ - Fl.148).

Citada, *Pró Salute Serviços para a Saúde Ltda* contestou integralmente a pretensão, ao argumento, em suma, de que o plano de saúde contratado expressamente exclui da cobertura o procedimento de cirurgia reparadora-estética, inexistindo, por conseqüência, emergência e/ou urgência, em sua efetivação.

Durante a tramitação do feito, *Elisângela Batassini Lima* noticiou ao Juízo a realização da primeira cirurgia (retirada do avental abdominal), bem como a requereu a intimação da demandada para a realização das cirurgias faltantes

(destinadas à retirada de excesso de pele das mamas e dos braços) - (e-STJ - fls. 207-211). Em contrapartida, *Pró Salute Serviços para a Saúde Ltda*, informou ao Juízo que a autora da ação pretendia, ainda, obter cirurgia para a colocação de um par de próteses de silicone (e-STJ - fls. 227-232).

O r. Juízo determinou que a autora, mediante a apresentação de laudo médico, comprovasse a necessidade de implantação das próteses de silicone, a ser decidida por ocasião da Audiência de Instrução e Julgamento (e-STJ - fl. 239). Na Audiência de Instrução e Julgamento, fora deferido o pedido “antecipatório” para a implantação de próteses mamárias (e-STJ - fls. 273), decisão, objeto de agravo retido por parte da Seguradora.

Finda a instrução e julgamento, o processo restou sentenciado por outra magistrada, já que a d. Juíza que até então presidira o feito assumiu a Jurisdição de outra Vara.

Ao final, o r. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Caxias do Sul-RS, após afastar a alegação de finalidade estética das cirurgias requeridas, com exceção da cirurgia atinente à implantação de próteses mamárias, que constituiu, inclusive, inovação da causa, julgou a demanda procedente para determinar “ao réu a realização de cirurgia de retirada do avental abdominal; mamoplastia redutora e a dermolipocotomia braçal, sucessivamente, confirmando a tutela antecipada concedida, com exceção da deferida à fl. 196 (cirurgia e disponibilização de próteses mamárias), a qual fica revogada” (e-STJ - fls. 232-240).

Interposto recurso de apelação pela *Pró Salute*, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, negou-lhe provimento em acórdão assim ementado:

Seguro de saúde. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Obesidade. Tratamento cirúrgico não-estético. Plástica para a remoção de tecido epitelial e reconstrução mamária. Cobertura devida.

1. o afastamento do magistrado responsável pela instrução por motivos como promoção e permuta, ou simplesmente para assumir a jurisdição em outra Vara, não fere o princípio da identidade física do juiz. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. Quando a sentença revoga a tutela concedida antecipadamente, não há interesse recursal que justifique o conhecimento de agravo retido.

3. A cirurgia plástica de remoção de tecidos adiposos e epiteliais, assim como a mamoplastia necessária para dar continuidade ao tratamento de obesidade mórbida, não se confunde com tratamento estético, de embelezamento, não

sendo admissível a negativa de cobertura com base em cláusula contratual que prevê a exclusão de cirurgias e tratamentos de emagrecimento com finalidade estética.

Agravo retido não conhecido. Apelo desprovido. (e-STJ - fl. 290)

Busca a recorrente, *Pró Salute Serviços para a Saúde Ltda*, a reforma do r. *decisum*, sustentando, preliminarmente, a nulidade da sentença ante o malferimento do princípio da identidade física do juiz, na medida em que o feito restou sentenciado por magistrado que não findou a instrução e julgamento, conforme determina a lei adjetiva civil. No mérito, afirma que o contrato de prestação de serviços de assistência médica e hospitalar é bastante claro, ao excluir, de forma expressa, o procedimento de cirurgia reparadora estética, o que, inclusive, coaduna-se com a legislação correlatada que, ao disciplinar a cobertura mínima dos planos de saúde, exclui da cobertura cirurgias de finalidades estéticas. Por fim, aponta a existência de dissenso jurisprudencial acerca da matéria suscitada. (e-STJ - fls. 335-353).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Massami Uyeda (Relator): A pretensão recursal não merece prosperar.

Com efeito.

Preliminarmente, anota-se que a pretensão de acoimar de nulidade a sentença sob o argumento de que fora prolatada por magistrado que não concluiu a instrução probatória carece, *in casu*, de respaldo legal.

Isso porque o princípio da Identidade Física do Juiz, vertente do princípio maior da Oralidade e que postula a vinculação do magistrado à causa, desde tenha presidido integralmente a audiência de instrução e julgamento, com colheita de prova oral, comporta, nos termos do artigo 132 da lei adjetiva civil contemporização, nos casos de convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria do magistrado. É certo, ainda, que o parágrafo único do referido preceito legal confere, nesses casos, ao magistrado que proferirá a sentença a possibilidade de reproduzir as provas.

No caso dos autos, nos termos relatados, a magistrada que concluiu a audiência de instrução e julgamento afastou-se do feito para assumir a

titularidade de outra Vara e exercer a jurisdição em outra Comarca, hipótese que se enquadra na cláusula genérica pré-citada: “afastamento por qualquer motivo”, na esteira da jurisprudência desta Corte. Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

Processual Civil. Sentença proferida por juiz outro que não o da instrução. Afastamento do magistrado. Possibilidade. CPC, art. 132. Substituição de desembargador. Férias. Loman, arts. 107 e 118.

I. Afastada a Juíza da instrução para assumir, definitivamente, a titularidade de outra Vara, a situação se enquadra nas exceções admitidas pelo art. 132 do CPC, na redação dada pela Lei n. 8.637/1993, de modo que possível ao magistrado titular proferir sentença.

II. Igualmente viável a convocação de Juiz no período de afastamento de Desembargador por motivo de férias.

III. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 285.812-ES, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 05.03.2007). E ainda: REsp n. 772.103-SC, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 30.10.2006

É certo, ainda, que, possível nulidade, exigiria, no caso dos autos, a demonstração de inequívoca violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (*ut* REsp n. 780.775-CE, Relator Ministra Nancy Andri ghi, DJ. 04.09.2006), o que, na espécie, não restou configurado. Aliás, no ponto, assinala-se que o magistrado sentenciante, de acordo com as pretensões da ora recorrente, restringiu a antecipação de tutela deferida pela magistrada que presidiu a instrução, para determinar o reembolso da cirurgia destinada à implantação das próteses mamárias, já que esta, além de constituir inovação de pedido, tinha inequivocamente natureza e finalidade estética. Assim, não há falar em prejuízo à defesa da ora recorrente em razão da desvinculação da magistrada à causa.

No mérito, a controvérsia cinge-se em saber se o plano de saúde contratado, no qual, por determinação legal, prevê a cobertura ao tratamento da obesidade mórbida, deve ou não prover o fornecimento e o custeio dos procedimentos cirúrgicos destinados à redução de excesso de tecido epitelial (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipoc tomia braçal), ocasionado pela drástica e significativa perda de peso decorrente de anterior cirurgia bariátrica (esta, coberta pelo plano de saúde contratado). Discute-se, outrossim, a natureza das referidas cirurgias, se estéticas, ou se necessárias ao restabelecimento da saúde da paciente-segurada.

De plano, impende deixar assente que esta Relatoria, em casos nos quais se discute a obrigação da Seguradora de arcar com determinadas despesas médicas, de forma reiterada, tem deixado assente a necessidade de se observar a natureza dos contratos de plano de saúde, pautada, essencialmente, na mutualidade das obrigações. É dizer, os riscos (estes subentendidos como as futuras e eventuais patologias a serem cobertas) devem estar claramente especificados, pois o custeio, representado pelo prêmio a ser pago pelo segurado, há de corresponder ao benefício.

No caso dos autos, tem-se que a cobertura pleiteada pela parte recorrida, consistente no fornecimento e custeio dos procedimentos cirúrgicos destinados à redução de excesso de tecido epitelial, de fato, encontra-se abarcada pelo tratamento da obesidade mórbida, previsto contratualmente.

Na espécie, é de se assinalar que o contrato entabulado entre as partes, posterior à entrada em vigor da Lei n. 9.656/1998 e, portanto, por ela regido, necessariamente compreende a cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar para o tratamento da obesidade mórbida (doença listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a saúde, da Organização Mundial da Saúde), nos termos do artigo 10 da supracitada Lei.

Não por outra razão, a cirurgia bariátrica, a qual a paciente-segurada, ora recorrida, submeteu-se, obteve imediata cobertura pela empresa-seguradora. Nos termos relatados, em virtude desta exitosa cirurgia bariátrica, a segurada perdeu, de forma drástica, significativa massa corporal (aproximadamente 90 kg - noventa quilos), o que ensejou a necessidade de remoção de excesso de tecido epitelial.

Veja-se, nesse ínterim, que as Instâncias ordinárias, com base em depoimentos e laudos médicos, confirmaram que as cirurgias de retirada de excesso de pele (retirada do avental abdominal, mamoplastia redutora e a dermolipocotomia braçal) consiste no tratamento indicado contra infecções e manifestações propensas a ocorrer nas regiões onde a pele dobra sobre si mesma (decorrentes, repisa-se, da cirurgia bariátrica), o que afasta, inequivocamente, a tese sufragada pela parte ora recorrente no sentido de que tais cirurgias possuem finalidade estética.

Nesses termos, de forma uníssona, restou consignado pelas Instâncias ordinárias:

O Dr. Arielsons Milani assim atestou (fl. 22): “a Sra. Elisângela Batassini Lima, como conseqüência da grande perda de peso, apresenta grande sobra de pele nas regiões abdominais anteriores e laterais, bem como na região posterior do tronco na área ilíaco-sacral. Esta deformidade provoca alterações patológicas na pele que dobrada sobre si mesma mantém-se úmida e propensa a infecções a a infestações repetidas. O tratamento para as condições referidas deverá ser cirúrgico com remoção dos tecidos redundantes” (e-STJ - fl. 236)

Efetivamente, o médico Guilherme da Silva Oliveira, ao testemunhar em juízo, esclareceu que as cirurgias requeridas na inicial têm finalidade corretiva, e “são conseqüentes, conseqüência do primeiro procedimento, então são complicações ou situações que exijam reparo posterior à cirurgia principal, que era a cirurgia de obesidade. O que acontece é que o excesso pode causar alguns problemas, e é feita então a retirada desse excesso de pele” (fl. 203) (e-STJ - fl. 301)

De fato, não se afigura possível classificar as pretendidas cirurgias pela parte demandante como sendo mero tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética, expressamente excluído pelo artigo 10 da Lei n. 9.656/1998.

Dessa forma, tem-se que, encontrando-se o tratamento da obesidade mórbida coberto pelo plano de saúde entabulado entre as partes, a seguradora deve arcar com todos os tratamentos destinados à cura de tal patologia, o principal - cirurgia bariátrica (ou outra que se fizer pertinente) - e os subseqüentes ou conseqüentes - cirurgias destinadas à retirada de excesso de tecido epitelial, que, nos termos assentados, na hipótese dos autos, não possuem natureza estética.

Considera-se, assim, ilegítima a recusa de cobertura das cirurgias destinadas à remoção de tecido epitelial, quando estas se revelarem necessárias ao pleno restabelecimento do paciente-segurado, acometido de obesidade mórbida, doença, ressalte-se, expressamente acobertada pelo plano de saúde contratado, sob pena de frustrar a finalidade precípua de tal contrato.

Por fim, verifica-se que o conhecimento do presente recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial não se revela possível, na medida em que a recorrente aponta como paradigma decisão monocrática. No ponto, anota-se que a interposição do recurso especial, fundado pela alínea c do permissivo constitucional, exige, necessariamente, o confronto entre julgados oriundos de órgãos colegiados, nos termos do artigo 255, do RISTJ, mormente quando não se constata a existência notória divergência, a considerar o ineditismo da questão *sub judice* (*ut* AgRg no REsp n. 843.115-TO, Relator Ministro Luiz

Fux , DJe 02.10.2008; AgRg nos EREsp n. 721.854-SP, Relator Ministro José Delgado, Corte Especial, DJ 17.04.2006).

Assim, nega-se provimento ao presente recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.176.265-MG (2010/0010809-3)

Relator: Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA)

Recorrente: Zelita Saraiva Gomes

Advogados: João Bosco Leopoldino da Fonseca

Maurício Leopoldino Fonseca e outro(s)

Karen Caldeira Ruback

Recorrido: Empresa Gontijo de Transportes Ltda

Advogado: Márcia Braga de Oliveira Bicalho e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Acidente de trânsito. Ônibus interestadual. Contrato de transporte. Ação de indenização. Danos morais e estéticos. Dimensionamento. Ajuste. Juros moratórios. Incidência. Termo *a quo*. Citação. Constituição de capital. Substituição pela consignação em folha de pagamento. Impossibilidade. Súmula n. 313-STJ. Honorários. Novo arbitramento. Questão prejudicada.

1. A excepcional intervenção deste Tribunal para adequação do *quantum* indenizatório no caso concreto, afastando a incidência da Súmula n. 7-STJ, encontra-se plenamente justificada, diante da constatação da fixação de valores desproporcionais em relação à gravidade e extensão do dano sofrido pela vítima.

2. A orientação jurisprudencial consolidada no âmbito desta Corte é a de que, em se tratando de responsabilidade contratual, os juros de mora devem incidir a partir da citação.

3. A Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do Recurso Especial n. 302.304-RJ, em face da realidade econômica do País, que não mais permite suportar a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, de modo a permitir a dispensa de garantia, pacificou posição, afirmando a impossibilidade da substituição de capital pela inclusão do beneficiário de pensão em folha de pagamento.

4. Em decorrência da necessidade de novo dimensionamento sucumbencial, resta prejudicado o exame da alegada violação ao art. 20 do CPC.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Brasília (DF), 18 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA), Relator

DJe 27.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA): Trata-se de recurso especial interposto por *Zelita Saraiva Gomes* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cuja ementa restou consignada nos seguintes termos:

Ementa: Acidente de trânsito. Indenização. Danos morais e danos estéticos. Cálculo do valor. Critérios. Futuras despesas médicas e cirúrgicas. Prova. Pensão. Vitaliciedade. Juros. Correção monetária. Incidência. O valor da indenização por danos morais e por danos estéticos deve ser fixado a partir do exame das condições das partes envolvidas, da gravidade objetiva da lesão, sua natureza e

extensão, e demais peculiaridades do caso concreto, para evitar o enriquecimento do ofendido e para que a indenização corresponda a um desestímulo a novas agressões por parte do ofensor. Cabe à autora comprovar a necessidade de futuras despesas com tratamentos médicos e cirúrgicos, especificando-os oportunamente, pelo fato de o ordenamento jurídico pátrio não admitir indenização do dano hipotético. Para garantir o cumprimento da obrigação de pagar pensão pela prática de ato ilícito, o juiz tem a faculdade de determinar a constituição de capital ou substituí-la pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento do devedor. A vítima de acidente de trânsito deverá receber pensão vitalícia e não somente até completar a idade de sessenta e cinco anos, porquanto sobrevivendo a esse limite etário, as restrições laborais serão maiores para obter seu sustento e o da sua família. A correção monetária e os juros de mora devem incidir a partir da publicação da decisão judicial fixando o valor da indenização, por ser o momento no qual o réu tomará ciência da sua constituição em mora e do *quantum debeatur*. (fl. e-STJ,737)

Nas razões do presente recurso, a recorrente aponta violação aos artigos 20, § 3º e 475-Q, ambos do Código de Processo Civil, e ao artigo 405 do Código Civil, assim como divergência jurisprudencial.

Em síntese, sustenta que: a) os valores pelos danos morais e estéticos foram fixados em valor irrisório; b) os juros de mora devem ser contados a partir da citação do réu; c) deverá ser constituído capital para garantir o pagamento da pensão vitalícia fixada; d) os tratamentos médicos futuros deverão ser custeados pela sociedade empresarial recorrida e; e) os honorários advocatícios devem ser redimensionados.

Contrarrazões oferecidas às fls. 902-909.

O recurso foi admitido por força do provimento ao Agravo de Instrumento n. 1.127.619.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ-BA) (Relator): Com efeito, do atento exame dos autos, observo que o valor fixado na origem a título de reparação pelos danos morais e pelos danos estéticos, no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada um deles, é irrisório.

Isso porque, conforme restou consignado nos autos, desde a sentença, a autora, ora recorrente, em razão do acidente que a vitimou no dia 21 de

agosto de 1997, foi obrigada a se submeter a três cirurgias, além de inúmeros tratamentos médicos, até receber a alta em 22 de novembro de 2001, tudo isso culminando na perda parcial da sua capacidade laboral e na necessidade de adaptação em relação às sequelas do acidente, tais como o encurtamento da sua perna e diversas cicatrizes espalhadas em partes do seu corpo.

Em decorrência, tendo por parâmetros os critérios de proporcionalidade e racionalidade consagrados pela jurisprudência desta Corte e, tomando por base casos assemelhados, entendo que a indenização por danos morais justa para o caso remonta ao valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, para os danos estéticos, o montante de R\$ 20.000 (vinte mil reais).

Nesse particular, cumpre ressaltar que a excepcional intervenção deste Tribunal para adequação do *quantum* indenizatório no caso concreto, afastando a incidência da Súmula n. 7-STJ, encontra-se plenamente justificada, diante da constatação da fixação de valores desproporcionais em relação à gravidade e extensão do dano sofrido pela vítima. Confira-se, a propósito, alguns precedentes:

Direito Civil. Solidariedade passiva. Transação com um dos co-devedores. Outorga de quitação plena. Presunção de renúncia à solidariedade. Direito Civil. Indenização. Dano efetivo. Danos morais. Alteração pelo STJ. Valor exorbitante ou ínfimo. Possibilidade.

(...)

- A intervenção do STJ, para alterar valor fixado a título de danos morais, é sempre excepcional e justifica-se tão-somente nas hipóteses em que o quantum seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado pelas instâncias ordinárias. Precedentes.

(...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido. (REsp n. 1.089.444-PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 03.02.2009);

Civil e Processual Civil. Recurso especial. Acidente de trabalho. Morte. Dano moral. Valor indenizatório. Revisão. Inexistência de abuso em sua fixação.

1. Possível a excepcional intervenção do STJ quando o valor do dano moral foi arbitrado em patamar irrisório ou abusivo, não condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

(...)

3. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 690.975-MS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 03.11.2008).

A despeito disso, especialmente no caso em epígrafe, percebe-se que contexto fático-probatório foi devidamente analisado nas instâncias ordinárias, permitindo a devida subsunção do fato à norma, com vistas a estipular de maneira mais equitativa o montante indenizatório, sendo oportuno lembrar que esta Corte reconhece a possibilidade de cumulação da indenização por danos estéticos e morais, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado, como no caso. A propósito:

Processual Civil e Civil. Ação de indenização. Acidente automobilístico. Violação dos arts. 165, 458, II e 535, I e II, do CPC. Inexistência. Cumulação de dano moral e dano estético. Cabimento. *Quantum* indenizatório. Valor moderado. Impossibilidade de revisão. Súmula n. 7-STJ. Correção monetária. Termo inicial. Exclusão do 13º salário e férias.

1. (...).

2. (...).

3. É cabível a cumulação de danos morais com danos estéticos quando, ainda que decorrentes do mesmo fato, são passíveis de identificação em separado.

4. (...).

5. (...).

6. (...).

7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 659.715-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 03.11.2008);

Responsabilidade civil. Indenização. Acidente. Danos morais e estéticos. Cumulação. Possibilidade. Honorários. Denúnciação da lide.

- São cumuláveis os danos estético e moral, ainda que oriundos do mesmo fato.

- (...). (REsp n. 264.119-RJ, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 1º.09.2005, DJ 03.10.2005 p. 239).

Também com relação ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, o acórdão recorrido merece reparos.

De fato, a orientação jurisprudencial consolidada no âmbito desta Corte é a de que, em se tratando de responsabilidade contratual, os juros de mora devem incidir a partir da citação. Corroboram tal entendimento diversos precedentes, entre eles:

Civil e Processual. Agravo regimental. Acidente. Ônibus. Amputação de braço. Perícia. Provas. Reexame de provas. Impossível. Súmula n. 7-STJ. Dano moral. Valor razoável. Enriquecimento ilícito. Inexistência. Responsabilidade contratual. Juros. Termo inicial. A partir da citação. Percentual. Código Civil vigente à época. Agravo parcialmente provido.

I. (...)

II. Tratando-se de responsabilidade contratual, como no presente caso, os juros de mora incidem a partir da citação, pela taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do Código Civil de 1916) até o dia 10.01.2003, e, a partir de 11.01.2003, quando da entrada em vigor do Código Civil/2002, à taxa de 1%, conforme o artigo 406 do Código Civil/2002.

III. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no Ag n. 791.802-RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11.12.2007, DJ 18.02.2008, p. 33);

Embargos de declaração. Plano de saúde. Procedimento cirúrgico. Recusa da cobertura. Majoração do valor da condenação. Descabimento. Ônus sucumbenciais. Omissão não caracterizada. Correção monetária e juros de mora. Necessidade de suprimento do julgado.

I - (...).

II - (...).

III - (...).

IV - Tratando-se de responsabilidade contratual, incidem os juros moratórios a conta da citação.

Embargos de Declaração acolhidos, em parte. (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp n. 1.096.560-SC, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 26.11.2009).

Quanto à necessidade de constituição de capital para garantir o pagamento do pensionamento vitalício, a Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do Recurso Especial n. 302.304-RJ, em face da realidade econômica do País, que não mais permite supor a estabilidade, longevidade e saúde empresariais, de modo a permitir a dispensa de garantia, pacificou posição, afirmando a impossibilidade da substituição de capital pela inclusão do beneficiário de pensão em folha de pagamento, entendimento que, inclusive, restou consolidado pela Súmula n. 313 desta Corte Superior, *verbis*:

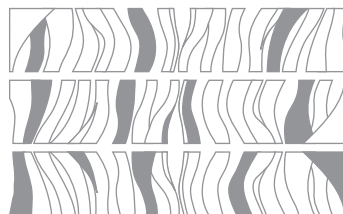
Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

Já no tocante à necessidade de custeio de futuros tratamentos médicos, a recorrente não indica dispositivo de lei federal supostamente violado, nem sequer realiza o cotejo analítico imprescindível à demonstração da divergência jurisprudencial apontada, razão pela qual o recurso encontra óbice, no particular, nos rigores da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao recurso especial*, para redimensionar os valores da indenização, nos termos acima consignados e determinar a incidência dos juros moratórios a partir da citação, bem como a constituição de capital para garantir o pagamento integral da reparação fixada e majorar o montante do pensionamento para um salário-mínimo.

Em decorrência, necessário novo dimensionamento sucumbencial, razão pela qual arbitro os honorários no percentual de 20% (vinte por cento) do valor da condenação, que deve ser apurada em conformidade com os critérios dispostos no parágrafo 5º do artigo 20 do CPC, limitando-se a incidência, em relação às prestações vincendas, a 12 parcelas, prejudicado o exame da alegada violação ao sobredito dispositivo legal.

É como voto.



Jurisprudência da **Quarta Turma**

RECURSO ESPECIAL N. 494.372-MG (2003/0016367-6)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrente: Estrela Comércio e Participações Ltda
Advogado: Geraldo Luiz de Moura Tavares
Recorrido: Conceição de Lima Novaes
Advogado: Reginaldo Marcos Duarte e outro
Interes.: Yvone de Araújo Castro
Advogado: José de Arimateia Assis

EMENTA

Civil e Processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Acidente. Condução do conjunto por preposto da dona do “cavalo-mecânico”. “Semi-reboque”. Responsabilidade do proprietário deste inexistente.

I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas que trazendo entendimento contrário aos interesses da parte irresignada.

II. A responsabilidade por danos causados a terceiros é exclusiva do proprietário e condutor do “cavalo-mecânico” que traciona “semi-reboque”, porquanto este último não possui autonomia, salvo quando identificado defeito nele a influenciar o conjunto, situação não verificada nos autos.

III. Ação improcedente em relação à proprietária do “semi-reboque”.

IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 04 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 29.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Estrela Comércio e Participações Ltda. interpõe, pelas letras a e c do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado (fl. 443):

EMENTA: Indenização. Acidente automobilístico. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Conductor, locador e locatária do veículo. Culpa. Arts. 159 e 1.521, inciso II, do Código Civil. Danos morais e materiais comprovados. Constituição de capital. Dispensa. Impossibilidade. Honorários advocatícios. Art. 20 do Código de Processo Civil. Fixação. Atividade exclusiva do magistrado.

A legitimidade passiva não é verificada pela relação material concreta, mas pela pertinência subjetiva na defesa do interesse litigioso.

Por força do art. 1.521, inciso III, do Código Civil, imputa-se ao empregador a responsabilidade pela reparação dos danos causados pelo empregado no exercício de sua função.

Segundo o entendimento do colendo STF, locador e locatário respondem solidariamente pelos danos causados no uso do veículo.

Inexistindo prova da evidente solvabilidade do devedor, é necessária a constituição de capital que assegure o cabal cumprimento das obrigações vincendas.

A fixação dos honorários decorre de atividade exclusiva do magistrado no exame das condições objetivas estabelecidas no art. 20, do Código de Processo Civil.

Alega a recorrente que a decisão violou o art. 535, II, do CPC, por não haver enfrentado pontos suscitados pela parte.

Aduz que foram também contrariados os arts. 159, 1.118, 1.189 e 1.521, III, do Código Civil anterior e 267, do CPC, posto que o caminhão não era de sua propriedade, apenas o semi-reboque, que não possui força motriz própria.

Acrescenta que o semi-reboque estava locado a Yvone de Araújo Castro, e que não tem como responder pelos seus atos ou de seu preposto, que dirigia a carreta envolvida no sinistro.

Salienta, mais, que restou ofendido o art. 20, parágrafo 3º, da lei adjetiva civil, na medida em que fixada a sucumbência em 20% sem que tenham sido justificados os fundamentos para tanto.

Invoca dissídio jurisprudencial quanto à não responsabilidade do proprietário dono do semi-reboque, ao valor do dano moral, pugnando pela sua redução, e aos danos materiais, destacando que a pensão, após os 25 anos, deve ser reduzida para apenas 1/3 dos rendimentos da vítima.

Sem contrarrazões (fl. 556).

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 557-561), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 432.988-MG (fl. 563).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras **a** e **c** do autorizador constitucional, em que se discutem múltiplas questões em relação a acórdão do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, que julgou parcialmente procedente ação indenizatória movida por Conceição de Lima Novaes contra Estrela Comércio e Participações Ltda, em razão de acidente ocorrido entre caminhão e dois automóveis, num dos quais vieram a falecer dois filhos da autora.

II

É sustentada ofensa ao art. 535, II, do CPC, porém sem razão, eis que não há omissão no aresto objurgado, apenas conclusões contrárias ao interesse da parte inconformada.

III

No tocante à responsabilidade da recorrente, o voto condutor do acórdão, da relatoria do Juiz Edilson Fernandes, diz, às fls. 448-451, o seguinte:

Quanto ao mérito, sustentam todos os réus que não agiram com culpa no evento, sendo, portanto, improcedente o pedido da autora.

Consta dos autos que em 27.04.1991, o veículo de carga *Scania L110*, placa OR-7028, de propriedade da ré, *Yvone de Araújo Castro*, conduzindo o semi-reboque *Fruehauf*, placa SB 1293, de propriedade da ré *Estrela Comércio e Participações Ltda.*, tendo por condutor o réu *José Feliciano Lana*, perdeu o controle e chocou-se, no Km 121, da Rodovia BR 381, com o veículo *GM Opala*, placa AT 3503, conduzido por Luis Otávio Caldeira e tendo por passageiro Ronaldo Lúcio Caldeira, ambos filhos da autora, e ainda, com um terceiro veículo, como se vê do Boletim de Ocorrência Policial de fl. 20-22 e Laudo n. 206/91, do Instituto de Criminalística da Secretaria de Estado de Segurança Pública (fl. 23-31).

Em decorrência deste evento, faleceram os filhos da autora, ocupantes do veículo GM Opala.

Diante deste quadro, ajuizou a autora a presente ação indenizatória, visando reparação dos danos materiais e morais sofridos em função do acidente.

Como se sabe, para a procedência do pleito indenizatório, necessária a demonstração da coexistência de três elementos: o dano, a conduta culposa do réu e o nexo causal entre esta e aquele.

Os danos materiais restaram suficientemente demonstrados nos autos.

Em que pesem os argumentos lançados pela terceira apelante, encontra-se às fl. 16 dos autos cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social da vítima Ronaldo Lúcio Caldeira, da qual consta a remuneração que percebia à época do acidente.

Também com relação à Luiz Otávio Caldeira, vê-se da prova testemunhal, cujo termo encontra-se à fl. 226, que “Luiz Otávio era autônomo”, presumindo-se, por isto, que perceberia, pelo menos, um salário mínimo mensal.

Também deste depoimento de fl. 226, vê-se que as vítimas “ajudavam a manutenção da casa, pois cuidavam da mãe que era viúva e também de outros irmãos”.

Em relação à culpa, é de se examinar separadamente o comportamento dos réus.

Sustenta o réu *José Feliciano Lana* que a culpa do evento, por força da norma do art. 1.521, inciso II, do Código Civil, e do entendimento consolidado na Súmula n. 341 do STF é de sua empregadora, estando ele, então, isento da culpa.

Ora, as normas jurídicas invocadas não têm natureza exculpante, como pretende o apelante, cujo rol exaustivo encontra-se no art. 160 do Código Civil.

Com efeito, a norma do *caput* do art. 1.521, do Código Civil expressamente dispõe que “são também responsáveis pela reparação civil”, de forma alguma transferindo integralmente ao empregador a culpabilidade ou isentando o empregado da incidência da norma do art. 159 do Código Civil.

E da leitura do Boletim de Ocorrência Policial de f. 20-22 e Laudo n. 206/91, do Instituto de Criminalística da Secretaria de Estado de Segurança Pública (f. 23-31), vê-se que o evento se deu por culpa do réu *José Feliciano Lana*, que “agiu com imprudência ao desenvolver uma velocidade em seu veículo superior à permitida para as condições do local e com imperícia deixando as rodas direitas de seu semi-reboque caírem sobre a calha de escoamento de águas flúvias e não conseguir dominar a direção da unidade” (fl. 30), tendo sido, inclusive, condenado nas penas do art. 121, § 3º e 129, § 6º, do Código Penal (fls. 45-48).

Por outro lado, em relação à responsabilidade da ré *Yvone de Araújo Castro*, no caso, evidente que o fato ocorreu no momento em que seu empregado exercia sua função, sendo suficiente nos autos a prova de que o réu *José Feliciano Lana* era de fato empregado da ré, como se vê do seguinte trecho da prova testemunhal:

o depoente sabe que os salários do terceiro requerido era pago por Dona Ivone (Paulo Nonato, fl. 235).

Aliás, em seu depoimento pessoal, à fl. 241, o próprio *José Feliciano Lana* afirma que era empregado da ré *Yvone*.

Desta forma, é de se ver que, não obstante não haja prova da culpa direta do apelante, por força da norma do art. 1.521, inciso III, do Código Civil, conclui-se pela sua culpa *in eligendo* no evento, devendo arcar com os efeitos da imputação.

Em relação à ré *Estrela Comércio e Participações Ltda.*, observa-se que, de fato, era proprietária do semi-reboque *Fruehauf*, placa SB 1293 e que, no momento do acidente, encontrava-se acoplado ao cavalo mecânico alugado da ré *Yvone*.

Independentemente da condição, locatária ou locadora, a terceira apelante responde solidariamente na composição dos danos causados, conforme entendimento consolidado na Súmula n. 492 do *Supremo Tribunal Federal*:

A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.

Como se vê, o cavalo-mecânico era de propriedade da ré *Yvone de Araújo Castro* e era dirigido por seu empregado, também réu. Já o semi-reboque, pertencia à recorrente, *Estrela Comércio e Participação Ltda.*

Ora, com a devida vênia, não identifico como possa o proprietário de um semi-reboque, que não pode se locomover autonomamente, mas somente quando tracionado por um “cavalo-mecânico”, seja responsabilizado conjuntamente com a dona deste, por ato de preposto (motorista) da mesma, salvo quando o próprio semi-reboque apresente defeito que comprometa a dirigibilidade do conjunto, o que não foi identificado nos autos.

Também não atrai a responsabilidade a circunstância de a recorrente haver alugado o “cavalo-mecânico” de Yvone, pois, a prevalecer esse raciocínio, a partir daí toda pessoa que contratasse serviços de transporte de mercadoria ou mudança utilizando reboque próprio, ficaria igualmente responsável por acidentes que o caminhão, nas ruas e rodovias, causasse a terceiros.

A Súmula n. 492 do Pretório Excelso refere-se a uma situação distinta, qual seja, aquela em que há locação de veículo motorizado conduzido pelo locatário, ficando, aí sim, tanto este como a locadora responsáveis pelos danos. Porém, aqui, volta-se a registrar, a proprietária do “semi-reboque”, recorrente, locara o “cavalo-mecânico” de Yvone e era o preposto de Yvone que dirigia o conjunto.

Apreciando hipótese semelhante, o STJ decidiu que:

Responsabilidade civil. Acidente, envolvendo “cavalo mecânico” e carreta. Não responde o proprietário dessa pelos danos causados a terceiros, visto que inexistente vínculo de preposição entre ele e o motorista ou entre ele e dono do caminhão, não se aplicando o inciso III do art. 1.521 do Código Civil.

(3ª Turma, REsp n. 205.860-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJU de 14.06.1999)

No mesmo sentido foram as decisões singulares proferidas no Ag n. 715.570-SE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 25.11.2005; REsp n. 1.045.980-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 03.10.2008; Ag n. 255.198-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 09.12.1999.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação em relação à recorrente, Estrela Comércio e Participação Ltda, condenando os autores ao pagamento das custas proporcionais e honorários de advogado, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), ônus suspensos em razão da assistência judiciária.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 704.459-RJ (2004/0162476-5)

Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP)

Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição Ecad
Advogado: Vera Lúcia Teixeira e outro(s)
Advogada: Karina Helena Callai e outro(s)
Recorrido: Arrendatária de Hotéis Free Way Ltda
Advogado: Cláudio Brandão Azambuja

EMENTA

Civil. Recurso especial. Direito Autoral. Obra musical. Quarto de motel. Violação de dispositivo constitucional. Impossibilidade. Inexistência de violação aos arts. 458 II, e 535, II do Código de Processo Civil. Ausência prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282-STF e 211-STJ. Divergência jurisprudencial configurada.

1. Não se conhece de alegada violação de dispositivo constitucional sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Não ocorre ofensa aos arts. 458, II e 535, II, ambos do Código de Processo Civil, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, afastando com clareza e precisão a omissão, a obscuridade e a contradição no acórdão.

3. A ausência de prequestionamento inviabiliza o conhecimento da questão federal suscitada.

4. A divergência jurisprudencial ensejadora da admissibilidade, do prosseguimento e do conhecimento do recurso há de ser específica, revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram, o que ocorre *in casu*.

5. *Atualmente* a jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que os quartos de hotéis e motéis são considerados lugares de frequência coletiva para efeito de cobrança de direitos autorais, quando equipados com aparelhos de rádio ou televisão. Incidência da Súmula n. 63-STJ.

6. A sanção de multa do art. 109 da Lei n. 9.610/1998, não se aplica à espécie, posto inexistir procedimento doloso que a justificasse e amparasse.

7. Recurso Especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido parcialmente apenas para excluir a imposição da multa do art. 109 da Lei n. 9.610/1998.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator

DJe 08.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Trata-se de ação de cobrança de direitos autorais proposta por *Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad*, contra a *Arrendatária de Hotéis Free Way Ltda*, em decorrência da execução pública de obras artístico-musicais em seu estabelecimento comercial, pelo período compreendido entre Ago/1997 e Ago/2000.

O recorrente sustenta que o recorrido ao utilizar-se de obras musicais, está obrigado ao recolhimento da retribuição autoral e por isso busca a condenação ao pagamento dos direitos autorais.

O douto magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando a Arrendatária de Hotéis Free Way Ltda ao pagamento de direitos autorais, *enquanto mantiver aparelhos de retransmissão em seus quartos*,

acrescidos da multa prevista no art. 109 da Lei n. 9.610/1998, custas processuais e honorários advocatícios fixados em 07% (sete por cento) sobre as parcelas devidas. (fls. 142-143)

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, que *foi provido*, pela E. Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da seguinte ementa, *verbis*:

Direitos Autorais. Cobrança que tem como fato gerador a recepção de sinais de rádio e de TV em quartos de motel.

O Hotel é um estabelecimento essencialmente prestador de serviços e fornecedor de produtos.

O art. 4º da Lei n. 9.610/1998, efetivamente, determina que sejam interpretados restritivamente os negócios jurídicos sobre direitos autorais. Portanto, a exegese restritiva dos instrumentos negociais relativos aos direitos autorais nada mais é que a interpretação exata, verdadeira do negócio, evitando-se a extensão ou a supressão de alguma coisa; a precisão deve ser alcançada com a avaliação dos elementos lógicos do negócio, sem qualquer dilatação do alcance do negócio.

Ora, na hipótese, cogita-se de *captação de transmissão de rádio nos recessos dos apartamentos do motel*, (g.m) local que não é público e muito menos de frequência coletiva. No mais, o autor da obra já recebe o direito em razão da música ser transmitida pela emissora de rádio pela emissora de rádio ou TV, não sendo lógico e conseqüentemente jurídico, pretender receber pelos mesmos direitos quando da recepção dos sinais, um segundo pagamento das empresas hoteleiras pela recepção nos quartos respectivos, sob pena de caracterizar-se um bis in idem sobre o mesmo fato gerador de uma só obrigação.

Recurso provido. (fls. 174-175)

Opostos embargos de declaração pelo ora recorrente (fls. 187-196), restaram rejeitados, conforme acórdão às fls. 199-202.

Inconformado, Ecad interpôs o presente recurso especial (fls. 210-234), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, alegando, em suas razões, em síntese, negativa de prestação jurisdicional, bem como violação dos arts. 348, 349, 350, 458, II e 535, todos do Código de Processo Civil, 4º, 5º, 28, 29, VII, e, 31, 46, 68, §§ 2º e 3º da Lei n. 9.610/1998, 11, 2º, 4º, 5º e 6º da LICC, bem como 5º, XXII, XXVII e XXVIII, alínea **b**, da Constituição Federal, além de divergência jurisprudencial.

Foram apresentadas, às fls. 267-273, as contrarrazões da ré.

Em juízo de admissibilidade, o recurso recebeu crivo positivo (fl. 290), ascendendo a essa Corte Superior.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) (Relator): Pretende a parte recorrente o provimento do Recurso Especial a fim de que o recorrido seja condenado ao pagamento de direitos autorais aos autores das obras de intelecto pela utilização de obras artístico-musicais como sonorização ambiental nos quartos do motel.

I - Violação a Texto Constitucional.

Inicialmente, cabe registrar que não prospera a alegação de violação ao art 5º, XXII, XXVII e XXVIII, alínea **b** da Constituição Federal. Inviável a análise, por esta Corte, da violação do preceito constitucional, mesmo que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso, a quem cabe decidir acerca de matéria constitucional.

Confira-se, sobre esse tema, o seguinte julgado:

Processual Civil. Recurso especial. Limites normativos. Apreciação de matéria constitucional. Inadequação da via eleita. Prequestionamento. Ausência. Aplicação das Súmulas n. 282 e 356-STF. Reexame de matéria fático-probatória. Inviabilidade. Súmula n. 7-STJ. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Conclusão lógico-sistemática do *decisum*. Aplicação da Súmula n. 182-STJ. Agravo desprovido.

I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu Guardiã. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

(...*omissis*...)

VI -Agravo desprovido. (AGREsp n. 541.560-RS, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 20.10.2003, p. 295).

II - Violações aos artigos 458, II e 535, CPC.

No que tange às alegadas violações aos arts. 458, II e 535, ambos do Código de Processo Civil, o especial não merece ser provido.

Os embargos de declaração servem para dirimir omissões, obscuridades, ou contradições, eventualmente existentes nas decisões proferidas pelos Magistrados.

Sabe-se que é pacífico o entendimento de que “não está o juiz obrigado a examinar, um a um, os pretensos fundamentos das partes, nem todas as alegações que produzem; o importante é que indique o fundamento de sua conclusão, que lhe apoiou a convicção no decidir. De outra forma, tornar-se-ia o juízo em exercício fatigante e estéril de alegações e contra-alegações, mesmo inanes: *flatus voci* inconseqüente, para suplício de todos e não prevalência de razões, isto é, capazes de convencimento e conduzindo à decisão.” (STF, RE n. 97.558-6-GO, Rel. Min. Oscar Correa).

Assim, as proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese *sub judice* e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Portanto, na presente hipótese não se verifica violação aos arts. 458, II e 535, ambos do CPC tendo em vista que o v. aresto analisou, de forma clara e fundamentada, todas as questões pertinentes ao julgamento da causa.

III - Violações aos artigos 4º, 5º, V, 28, 29, VIII, “e”, 46, 68, §§ 2º e 3º e 109, todos da Lei n. 9.610/1998; Artigos 2º, 4º, 5º e 6º, da LICC, artigos 348, 349 e 350, do CPC e por fim do art. 150 da Lei Adjetiva Penal.

Não assiste razão à Recorrente quanto às alegadas violações aos referidos dispositivos legais.

As matérias federais suscitadas não foram previamente debatidas e enfrentadas pelo Colegiado de origem que, quanto a elas, não se pronunciou de modo explícito, ensejando a aplicação do Enunciado n. 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Oportuna a transcrição de trecho do acórdão proferido nos embargos de declaração (fl. 200):

Da leitura das contra-razões (*sic*) ao apelo, não se vislumbra a invocação da maioria dos artigos agora citados, ou seja, arts. 4º, 5º, V, 28, 29, VIII, e, 46, 68, §§ 2º e 3º e 109, todos da Lei n. 9.610/1998; arts. 2º, 4º, 5º e 6º, da LICC, arts. 348, 349 e 350, do CPC e art. 150 da Lei Adjetiva Penal, além, dos incisos II, III, XXII, XXVII, b e XXXVI da Carta Política.

Nesse sentido, cita-se o seguinte precedente:

Registro público. Mudança de sexo. Exame de matéria constitucional. Impossibilidade de exame na via do recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Registro civil. Alteração do prenome e do sexo. Decisão judicial. Averbação. Livro cartorário.

1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional.

2. *Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211-STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.*

...omissis...

7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp n. 737.993-MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009) (grifei)

Ademais, em que pese a oposição de embargos declaratórios, os temas suscitados não atendem ao requisito do prequestionamento, indispensável para o trâmite nessa especial instância, atraindo a incidência do Enunciado n. 211 da Súmula desta Corte de Justiça.

Sendo assim, quanto à alegada violação dos referidos dispositivos legais, não conheço do recurso por ausência de prequestionamento.

IV - Divergência jurisprudencial.

No tocante à alegada divergência jurisprudencial, entendo que razão assiste à Recorrente, *em parte*.

Senão vejamos

O eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a decisão monocrática julgando improcedente o pedido da ora Recorrente, contrariando a orientação consagrada pela 2ª Seção desta Eg. Corte de Justiça que reconhece a legitimidade da cobrança do direito autoral, como se infere do julgamento

proferido no EREsp n. 556.340-MG, que qualifica os *hotéis e motéis*, como locais de *execução pública, como se de frequência coletiva*, in verbis:

Direito Autoral. Aparelhos de rádio e de televisão nos quartos de motel. Comprovação da filiação. Legitimidade do Ecad. Súmula n. 63 da Corte. Lei n. 9.610, de 19.02.1998. 1. A Corte já assentou não ser necessária a comprovação da filiação dos autores para que o Ecad faça a cobrança dos direitos autorais. 2. A Lei n. 9.610/1998 não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula n. 63 da Corte. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 556.340-MG, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, data do Julgamento 09.06.2004, Publicação/Fonte DJ 11.10.2004 p. 231, REVFOR vol. 378 p. 292, RNDJ vol. 62 p. 125) RSTJ vol. 189 p. 269).

Nesse mesmo sentido, citam-se os seguintes precedentes: REsp n. 740.358-MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Data do Julgamento 07.12.2006, Data da Publicação/Fonte DJ 19.03.2007 p. 356; REsp n. 791.630-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, Data do Julgamento 15.08.2006, Data da Publicação/Fonte DJ 04.09.2006 p. 270; REsp n. 329.860-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, Data do Julgamento 09.11.2004, Data da Publicação/Fonte DJ 1º.02.2005 p. 564.

Registre-se que esse entendimento é o hoje prevalente nesta Corte de Justiça que qualifica os *hotéis e motéis*, como locais de *execução pública*.

Não se nega que, de fato, o entendimento adotado até o momento é no sentido de que quarto de motel é considerado como local de execução pública, *de frequência coletiva*, nos moldes do previsto nos §§ 2º e 3º do art. 68 da Lei n. 9.610/1998, o que atrairia a incidência do enunciado da Súmula n. 63-STJ *in casu*.

O em. Ministro Massami Uyeda, ao julgar o REsp n. 1.088.045-RJ, tem posição contrária em brilhante voto, mas que vai de encontro com o decidido pela 2ª Seção.

Com efeito, o provimento do Recurso Especial se impõe, mas em parte. v v

Isso porque a multa estabelecida pelo art. 109 da Lei n. 9.610/1998 tem sido reiteradamente repelida por esta eg. Corte, somente a admitindo quando ocorrente a hipótese de procedimento doloso, o que não se verifica nestes autos, como decidido no *REsp n. 742.426-RJ*, relator *Ministro Aldir Passarinho Júnior*, julgada à unanimidade na sessão do dia 18 de fevereiro de 2010.

Há de ser, portanto, excluída.

Com esses fundamentos, *conheço do recurso especial, em parte, e nesta extensão lhe dou parcial provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau, excluída a multa do art. 109 da Lei n. 9.610/1998.*

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 732.189-RS (2005/0039958-8)

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior

Recorrente: Banco do Brasil S/A

Advogado: Gilberto Eifler Moraes e outro(s)

Recorrido: Nivia Cristina Ribeiro da Rocha

Advogado: Luiz Henrique Cassales e outro(s)

EMENTA

Civil. Ação indenizatória. Débito. Acordo para pagamento. Restrição cadastral interna. Recusa ao fornecimento de talonário de cheques. Impossibilidade. Supressão de crédito e vantagens a cliente. Ato compatível com a redução da confiança causada por inadimplência anterior. Ilícito reconhecido apenas parcialmente. Valor indenizatório reduzido.

I. A relação instituição bancária/cliente, para fins de obtenção de crédito, vantagens e tratamento privilegiado, tem como elemento essencial a confiança, que é conquistada pelo correntista ao longo do tempo, pela avaliação de dados como a pontualidade, capacidade econômica, idoneidade, e outros mais.

II. Destarte, ocorrendo inadimplência por longo tempo, ainda que contornada, posteriormente, através de transação que abateu parte da dívida, natural que haja um abalo no *status* então já alcançado, o que justifica a atitude do banco em suprimir certos benefícios anteriores e negar a concessão de novos créditos internamente, no âmbito da própria instituição, sem com isso incidir em prática ilícita.

III. Extrapola, no entanto, essa faculdade, o bloqueio de talonário de cheques da correntista, porquanto é direito do cliente a livre movimentação, de modo usual, seguro e cômodo, do saldo positivo que mantém junto ao banco, e sobre o qual não pesam quaisquer restrições legais ou de ordem judicial, de modo que a restrição injustamente imposta pelo réu causa constrangimento e fere direitos suscetíveis de reparação, nos termos do art. 159 do Código Civil anterior, vigente à época dos fatos.

IV. Redução do *quantum* indenizatório, para compatibilizá-lo com o porte da lesão, que se tem como menor que a admitida pela instância *a quo*.

V. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP).

Dr(a). Ana Diva Teles Ramos Ehrich, pela parte Recorrente: Banco do Brasil S/A

Brasília (DF), 09 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Aldir Passarinho Junior, Relator

DJe 12.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Banco do Brasil S.A. interpõe, pelas letras **a** e **c** do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 157):

Responsabilidade civil. Banco. Restrições internas. Dano moral.

Afigura-se ilegal e abusiva a imposição de restrições internas a cliente de banco decorrente de débito já considerado quitado. Resignando-se a instituição bancária no recebimento de quantia a menor, inclusive com a liberação de restrições cadastrais, não pode persistir na imposição de restrições internas, como a negativa de fornecimento de talões de cheques.

Dano moral configurado. Critério de quantificação do dano. Multa pelo descumprimento, consoante art. 461 c.c. art. 287 do CPC.

Apelo parcialmente provido.

Alega o recorrente que a decisão é nula pelo não enfrentamento das questões suscitadas, com ofensa ao art. 535, II, do CPC.

Aduz que houve excesso na condenação por dano moral, à vista da conduta da recorrida, proporcionando enriquecimento sem causa pela imposição, além da indenização, de uma multa diária de R\$ 1.000,00 reais até o levantamento das restrições cadastrais.

Salienta, mais, que constitui uma faculdade do banco conceder ou não crédito, cabendo-lhe privilegiar os bons clientes e evitar que maus pagadores obtenham talonários de cheque e cartão de crédito, pois o seu mau uso depõe contra o nome da instituição recorrente.

Aponta contrariedade aos arts. 159 e 160, I, do Código Civil anterior.

Invoca precedentes em amparo a sua tese.

Sem contrarrazões (fl. 195).

O recurso especial não foi admitido na instância de origem (fls. 197-199), subindo ao STJ por força de provimento dado ao Ag n. 627.583-RS.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator): Trata-se de recurso especial aviado pelas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que condenou o Banco do Brasil S.A. ao pagamento de indenização por haver a autora sofrido restrições cadastrais internas por parte do réu.

O voto condutor do aresto objurgado, de relatoria do eminente Desembargador Luiz Lúcio Merg, traz a seguinte fundamentação (fls. 159-162):

A hipótese retratada nos autos diz com a responsabilidade de instituição financeira pela imposição de restrições internas à demandante, decorrentes de abatimento negocial de dívida anteriormente contraída e, na época, impaga.

As restrições cingem-se na não concessão de talões de cheques, bem como bloqueio de limite dos serviços de CDC, BB Crédito informática e BB Crédito Turismo.

A negativa, segundo a requerida, embasa-se na realização de acordo quanto ao débito antigo, originário de “adiantamento a depositantes” – leia-se, apuração de saldo devedor em conta corrente. Dita pendência era originária de conta corrente que a autora mantinha conjuntamente com seu ex-marido, cujo contrato perdurou até 29.01.2001.

Diante da inadimplência, a requerente e seu cônjuge foram inscritos nos cadastros de restrições ao crédito, o que se deu em maio de 1996. No ano seguinte, a autora dirigiu-se a sede da requerida, a fim de solver o débito, momento em que “lhe foi oferecido a possibilidade de quitar a dívida, não implicando desta forma, em qualquer inclusão nos cadastros restritivos de crédito”, ao que anuiu a autora.

Na contestação das fls. 47-66, a apelada refere que a autora achou bom e procedeu ao pagamento, estando livre para pleitear créditos em qualquer estabelecimento, seja comercial, financeiro, enfim, não houve qualquer incômodo para seguir normalmente com a sua rotina diária. Menciona, ainda, que fez a sua parte, concedendo-lhe abatimento negocial de modo que pudesse livremente negociar com outras instituições que de alguma maneira fornecem crédito, mas que a contrapartida consistiu em não poder mais operar com o banco réu enquanto não fosse pago o que havia recebido de abatimento.

Tal “ônus” seria de conhecimento da autora/apelante, a qual teria assentido quanto a referida carga.

Não obstante a alusão a essa operação (n. 96/00106-2, consoante informação da fl. 48), em nenhum momento o apelado trouxe aos autos demonstrativos de que efetivamente a autora aceitou dita vantagem e por corolário, as restrições internas quanto aos serviços oferecidos pela ré. Ônus esse que lhe cabia, a teor do art. 333, inciso II do CPC, o qual reputa de responsabilidade do réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Embora tenha manifestado-me, quando do julgamento do agravo de instrumento n. 70003802899, no sentido de a concessão de crédito constituir-se num ato discricionário do banco, inserindo-se no âmbito do exercício regular de seu direito, devo admitir que a questão retratada refoge aos limites daquela interpretação. Digo isso pelo fato da instituição bancária admitir como digno de aceitação a permanente existência de um crédito já considerado por ela quitado.

Se a ré resignou-se com pagamento a menor, quitando a dívida, inclusive com a liberação das restrições cadastrais, não pode ela impor restrições outras, com apoio na vantagem supostamente obtida pela autora. Seja porque o ordenamento processual dispõe de instrumentos específicos para a cobrança da dívida, seja porque a afirmação do assentimento da autora/apelante quanto a imposição de restrições internas não veio corroborado nos autos.

Não fosse isso, há o fato do banco ter concedido, inicialmente, os serviços pleiteados pela autora, tanto que os extratos juntados às fls. 23-26, dão conta da existência de bloqueio quanto aos serviços já mencionados, não obstante saldo positivo em conta corrente.

Ora, inexistindo qualquer restrição cadastral em nome da autora, não há motivos para dito bloqueio, mais ainda quando os serviços foram inicialmente alcançados.

Penso que situação como a presente afigura-se abusiva e inaceitável, sobretudo hodiernamente, onde as relações comerciais se efetivam de forma quase instantâneas, em franco processo de globalização, mormente no âmbito negocial. Patente assim, a importância do crédito no normal desenrolar da vida em sociedade. Logo, claramente abusiva a conduta da ré, que reduziu a autora apelante a uma cliente de classe inferior, pois, embora nada devesse e mesmo possuindo crédito em conta corrente, não tinha sequer acesso a talão de cheque. Restando-lhe, apenas, a alternativa humilhante de servir-se de conhecidos, a quem recorria para “empréstimos de cheques”.

Nesse sentido, os depoimentos das testemunhas Isabel Cristina da Rocha Poggetti - fl. 105, Ivan Poggetti - fl. 106, e Vera Lúcia Pereira da Rosa - fl. 107.

Comportamentos como esses causam espécie a esse julgador, em nada contribuindo para o crescimento da sociedade, pois ferem frontalmente o princípio da dignidade e da igualdade insculpidos na Constituição Federal. O fato de a autora perceber valores não tão expressivos não a torna uma cliente com menos direitos, nem dispensa tratamento adequado, sob pena de se legitimar o abuso de direito, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Infelizmente a hipótese retratada nos autos, está longe de ser uma exceção, mas que pelo seu caráter danoso urge seja rechaçada pelos pretórios.

Estou em que a decisão merece parcial reparo.

De efeito, se foi possível à autora a composição do seu débito, reconhecidamente existente, e cujo acordo permitiu um abatimento no seu montante, inexistente razão para que o banco restrinja o uso de talonário de cheques para disposição de valores existentes em sua conta corrente, uma vez que se cuida de meio de saque usual e não havia qualquer arresto ou penhora sobre tais depósitos. Bloquear ou dificultar a retirada de valores depositados,

pertencentes ao cliente, via cheque, causa constrangimento, aborrecimentos acima do admissível, que devem ser objeto de reparação.

Por outro lado, não me parece absolutamente razoável, após a inadimplência dos correntistas conjuntos, inclusive sua legítima inscrição, na ocasião, em órgão cadastral, compelir-se o banco a manter o *status* da cliente como se não houvera nada. Os créditos, benefícios, tratamento privilegiado e outras tantas vantagens, são conquistados, no sistema bancário, pela confiança, idoneidade, adimplemento contratual, pontualidade demonstradas na relação instituição/cliente, ao longo do tempo. Daí porque não há garantia de manutenção das conquistas anteriores, se determinado fato desabonador tiver ocorrido de modo a abalar a dita relação contratual.

Como se viu, existiram motivos suficientes para que a confiança antes depositada na cliente fosse afetada. Composta a dívida, abrindo mão o banco de parte de seu crédito, lídimo o fornecimento de talões de cheques, já que a conta corrente foi mantida, também no interesse da instituição. Mas apenas até aí.

Quaisquer outros benefícios podiam ser revistos, e, nitidamente, a concessão de crédito, CDC e outras operações que não sejam aquelas minimamente necessárias para a manutenção e movimentação da conta, estão entre eles. Sua supressão pelo banco é lícita, até que a confiança seja reconquistada. E, é claro, a autora está livre para abrir conta em outro lugar.

Portanto, em suma, reconheço a configuração do dano moral no que se refere à não concessão do talonário de cheques, mas não em relação às restrições restantes descritas à fl. 160.

Destarte, em consequência, tenho que o valor da indenização se me afigura elevado, incompatível com a lesão, pelo que, reconhecendo a desproporcionalidade da condenação em danos morais, reduzo-a a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados a partir da presente data.

No mesmo compasso, reduzo a multa fixada pelo Tribunal, para R\$ 100,00 (cem reais) por dia, até que seja-lhe entregue o talonário de cheques, devida, entretanto, *somente a partir do quinto dia depois de intimado o banco para o cumprimento do presente acórdão.*

Custas e honorários advocatícios pelo réu, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento, nos termos acima.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 794.752-MA (2005/0182889-0)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A

Advogado: Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e outro(s)

Recorrente: Banco do Nordeste do Brasil S/A - BNB

Advogada: Ana Carolina Martins de Araújo e outro(s)

Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão

EMENTA

Civil e Processual Civil. Ação civil pública. Ministério Público do Estado do Maranhão. Legitimidade. Ilegalidade da cobrança de tarifa sob emissão de boleto bancário.

1. O Tribunal *a quo* manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. A falta de prequestionamento em relação aos arts. 4º, 9º, 10 e 11, da Lei n. 4.595/1964, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula n. 211-STJ.

3. Portarias, circulares e resoluções não se encontram inseridas no conceito de lei federal para o efeito de interposição deste apelo nobre. Precedentes.

4. Não se verifica a alegada vulneração dos artigos 458 do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas.

5. A presente ação civil pública foi proposta com base nos “interesses individuais homogêneos” dos consumidores/usuários do serviço bancário, tutelados pela Lei n. 8.078, em seu art. 81, parágrafo único, inciso III, ou seja, aqueles entendidos como decorrentes de origem comum, consoante demonstrado pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual não há falar em falta de legitimação do Ministério Público para propor a ação.

6. A relação jurídica existente entre o contratante/usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme decidiu a Suprema Corte na ADI n. 2.591. Precedentes.

7. Sendo os serviços prestados pelo Banco remunerados pela tarifa interbancária, conforme referido pelo Tribunal de origem, a cobrança de tarifa dos consumidores pelo pagamento mediante boleto/ficha de compensação constitui enriquecimento sem causa por parte das instituições financeiras, pois há “dupla remuneração” pelo mesmo serviço, importando em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores, razão pela qual abusiva a cobrança da tarifa, nos termos do art. 39, V, do CDC c.c. art. 51, § 1º, I e III, do CDC.

8. O pedido de indenização pelos valores pagos em razão da cobrança de emissão de boleto bancário, seja de forma simples, seja em dobro, não é cabível, tendo em vista que a presente ação civil pública busca a proteção dos interesses individuais homogêneos de caráter indivisível.

9. A multa cominatória, em caso de descumprimento da obrigação de não fazer, deverá ser destinada ao Fundo indicado pelo Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/1985, uma vez que não é possível determinar a quantidade de consumidores lesados pela cobrança indevida da tarifa sob a emissão de boleto bancário.

10. Recursos especiais conhecidos em parte e, nesta parte, providos.

ACÓRDÃO

Retificando a proclamação feita em 18 de fevereiro de 2010, a Turma, por unanimidade, conheceu em parte dos recursos especiais e, nessa parte, deu-lhes

provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 12.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Maranhão em face de Banco ABN AMRO Real S/A, Banco Bandeirantes S/A, HSBC Bank Brasil S/A, Banco de Crédito Nacional S/A - BCN, Banco do Estado do Maranhão S/A - BEM, Banco Rural S/A e Banco do Nordeste do Brasil S/A. Narra o autor que, não obstante a edição da Resolução n. 2.303/1996 pelo Banco Central, que disciplina a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras, os bancos continuaram a cobrar tarifa indevida e abusiva pelo recebimento, em suas agências, de boletos bancários/fichas de compensação, de tal sorte que o consumidor, além de pagar a obrigação constante do título, mais encargos moratórios eventualmente existentes, é compelido a pagar também importância adicional para que o título possa ser quitado na agência bancária. Aduz, ainda, que o consumidor, cliente ou não dos réus, não firmou contrato nesse sentido, não sendo responsável pelo custo oriundo da prestação de serviço, o que tipifica uma vantagem indevida dos réus. Afirma, também, que a ilegalidade da tarifa imposta ao consumidor foi reconhecida pela Febraban, haja vista a existência de tarifa interbancária instituída exclusivamente para remunerar o anco recebedor.

O Juízo de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os requeridos a absterem-se da cobrança a pessoa física de remuneração ou tarifa pelo recebimento, até a data de seu vencimento, de dívida em dinheiro constantes de boletos/fichas de compensação ou documento bancário equivalente, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais),

por cada cobrança tarifária realizada, a reverter-se em favor de fundo público a ser indicado pelo Ministério Público.

Opostos embargos de declaração (fls. 288-297 e 300-301), foram providos para descolher a suscitada carência de ação por parte do Ministério Público (fls. 302-303).

Os réus apelaram (fls. 305-332, 336-347 e 351-382).

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão acolheu, em parte, o apelo do Ministério Público e negou provimento aos recursos dos Bancos, restando o acórdão assim ementado:

Processual Civil e Consumidor. Apelos. Ação civil pública. Aplicação do CDC aos bancos. Suspensão da cobrança da tarifa pela prestação do serviço de recebimento de boleto/ficha de compensação. Exigência abusiva. Dever de indenizar o consumidor lesado reconhecida. Inteligência dos arts. 42, parágrafo único, 79, do CDC, e art. 3º, da Lei n. 7.347/1995. Apelo interposto pelo Ministério Público parcialmente provido e demais improvidos.

O CDC, conforme entendimento pacífico da Corte Superior, é aplicável aos Bancos, que por sua natureza tem seu conceito englobado pela definição de prestadores de serviços contemplados no artigo 3º, § 2º da Lei n. 8.078/1990.

A cobrança da tarifa sobre o recebimento do boleto/ficha de compensação é abusiva e se consubstancia em enriquecimento sem causa, vez que as despesas com tal procedimento, seja administrativo ou não, já é remunerado pela Tarifa Interbancária, conforme reconhece a Febraban no Comunicado FB - 049/2002, item 2.1. Ademais, cabe ao consumidor, por óbvio, apenas o pagamento da prestação que assumiu, e eventualmente, os encargos advindos do pagamento extemporâneo do boleto bancário, não lhe sendo razoável, portanto, atribuir-lhe outra obrigação que não seja aquela previamente assumida.

O reconhecimento judicial da ilegalidade da cobrança da tarifa, em razão do que dispõe o art. 42, do CDC, impõe aos agentes o dever de restituírem, em dobro, os valores definidos como tarifa do sacado, cobrados indevidamente aos usuários dos serviços de compensação prestados em suas agências e postos.

Apelos interpostos pelas instituições bancárias improvidos. Recurso manejado pelo Ministério Público parcialmente provido. Unanimidade. (fl. 619)

Opostos embargos de declaração (fls. 633-639 e 641-643), foram rejeitados (fls. 699-703 e 704-708).

Inconformados, os réus interpuseram recursos especiais (fls. 729-751 e 774-785), fundados na alínea **a** do permissivo constitucional, alegando, em síntese:

1) *Banco ABN AMRO Real S/A, Banco Bandeirantes S/A, HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo S/A, Banco de Crédito Nacional S/A - BCN e Banco do Estado do Maranhão S/A - BEM* (fls. 729-751):

a) violação ao art. 535, II, do CPC, pois o Tribunal de origem não reconheceu as omissões apontadas nos embargos de declaração, especialmente no tocante à apontada competência legalmente atribuída ao Banco Central do Brasil para a fiscalização da execução da política monetária formulada pelo Conselho Monetário Nacional, o que inclui as tarifas cobradas por instituições financeiras;

b) violação ao art. 267, VI, CPC e ao art. 81, da Lei n. 8.078/1990, pois os alegados direitos dos clientes dos recorrentes não são difusos, coletivos e, tampouco, individuais homogêneos, não havendo legitimidade ativa da ação para o Ministério Público;

c) violação aos arts. 2º e 3º, da Lei n. 8.078/1990, pois as atividades dos recorrentes não são passíveis de subsunção ao conceito legal de fornecedor;

d) violação aos arts. 4º, 9º, 10 e 11, da Lei n. 4.595/1964 c.c. art. 51, da Lei n. 8.078/1990, pois as instituições financeiras estão adstritas ao cumprimento das determinações emanadas do Conselho Monetário Nacional e Banco Central, sob pena de incorrerem nas sanções estabelecidas pela legislação vigente;

e) violação ao art. 42 da Lei n. 8.078/1990, porquanto sendo indiscutível a existência de previsão contratual expressa acerca da possibilidade de cobrança da tarifa discutida nos autos, a repetição em dobro dos valores cobrados fica condicionada à comprovação de que houve má-fé ou erro inescusável da parte que teria incorrido na conduta abusiva;

f) violação aos arts. 13 da Lei n. 7.347/1985 e, 97, 98, 99 e 100 da Lei n. 8.078/1990, tendo em vista a impossibilidade de determinar os valores que deverão ser destinados ao fundo de que trata o arts. 13 da Lei n. 7.347/1985, visto que o depósito de tais valores é necessariamente subsidiário às liquidações individuais.

2) *Banco do Nordeste do Brasil S/A* (fls. 774-785):

a) violação ao art. 458 do CPC, pois o acórdão recorrido não está bem fundamentado, visto que não fixou o valor a ser devolvido e, tampouco, o período que incidirá a condenação;

b) violação ao art. 4º, IX, da Lei n. 4.595/1964 e à Resolução n. 2.303 do Banco Central, pois o Banco Central, que disciplina a cobrança de tarifas pela

prestação de serviços por parte de instituições financeiras, não veda a cobrança da tarifa em questão;

c) violação ao art. 42 do CDC, pois a cobrança de tarifa sob a emissão de boleto bancário não é ilegal e não restou demonstrada a má-fé do Banco recorrente.

Admitidos ambos os recursos especiais (fls. 834-835 e 838-839), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal apresentou parecer (fls. 846-856), opinando pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento de ambos, para que seja mantida a decisão do Tribunal de origem, contando o parecer com a seguinte ementa:

1. Processual Civil. Contratos. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Aplicação do CDC aos bancos. Suspensão de cobrança da tarifa pela prestação do serviço de recebimento de boleto/ficha de compensação.

2. Os direitos dos consumidores, no caso em exame, são individuais homogêneos de origem comum, e modo a atrair tanto a legitimidade do *parquet* para a propositura da Ação, quanto a aplicação do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

3. O CDC é aplicável às instituições financeiras. Inteligência da Súmula n. 297-STJ. Embora inexistente lei específica vedando a cobrança da tarifa em discussão nos presentes autos, restou evidenciado a ocorrência da prática abusiva pelos Recorrentes, configurando-se a violação ao disposto nos arts. 39, inciso V e 51, § 1º, inciso I, do CDC, a tornar obrigatória a restituição de valores em dobro, na forma do art. 42 da Lei n. 8.078/1990.

4. Despesas com a cobrança de tarifa sobre o recebimento do boleto/ficha de compensação são remuneradas pela Tarifa Interbancária. Reconhecimento da Febraban.

5. Violação ao art. 4º, IX, da Lei n. 4.595/1964. Inocorrência. Cobrança imposta abusivamente ao consumidor. Violação ao art. 535, II, do CPC. Ausência de omissão. Manifestação implícita.

6. Parecer do MPF pelo conhecimento dos Recursos Especiais, e no mérito, pelo improvimento de ambos, para que seja mantida a decisão do Tribunal de origem em todos os seus termos. (fl. 846)

Também registro que foram admitidos dois recursos extraordinários (fls. 711-724 e 759-769), ainda não apreciados pela Suprema Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Primeiramente, não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Eg. Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

Além disso, basta que o órgão julgador decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. Não há omissão, tampouco, quando o julgador adota outro fundamento que não aquele perquirido pela parte (AgRg no Ag n. 428.554-RJ, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 17.06.2003, DJ 12.08.2003, p. 219; REsp n. 726.408-DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 18.12.2009; REsp n. 679.135.GO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 08.02.2010).

No caso, o embargante pretendia que o Tribunal de origem apreciasse o tema relativo a competência para formulação e execução da Política Monetária Nacional do país, afetas ao Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, incluindo a regulamentação das tarifas bancárias, pois tais valores cobrados pelos recorrentes foram consentidos por aqueles órgãos.

Contudo, o Tribunal de origem manifestou que, embora a regulamentação não vede a cobrança da tarifa discutida, esta constitui prática abusiva, nos termos do art. 6º e 51 do CDC (fls. 702-703).

3. Verifica-se, também, que os arts. 4º, 9º, 10 e 11, da Lei n. 4.595/1964 não foram objeto de debate no acórdão recorrido. Desatendido, portanto, o requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211-STJ.

Para que se configure o prequestionamento, é necessário que o Tribunal *a quo* se pronuncie especificamente sobre a matéria articulada pelo recorrente, emitindo juízo de valor em relação aos dispositivos legais indicados e examinando a sua aplicação ou não ao caso concreto (AgRg no Ag n. 998.033-SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 07.08.2008, DJe 25.08.2008; AgRg no Ag n. 985.902-PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 26.05.2008; EDcl no Ag n. 894.040-SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 20.11.2007, DJ 03.12.2007, p. 322).

Admite-se o prequestionamento implícito para conhecimento do recurso especial, desde que demonstrada, inequivocamente, a apreciação da tese à luz da legislação federal indicada, o que, repita-se, não ocorreu no presente caso.

4. Ademais, portarias, circulares e resoluções, como a Resolução n. 2.303 do Banco Central do Brasil, não se encontram inseridas no conceito de lei federal para o efeito de interposição deste apelo nobre. Confirmam-se os seguintes precedentes: AgRg no Ag n. 115.894-DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 24.03.1997, DJ 26.05.1997, p. 22.535; REsp n. 1.138.547-SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJe 28.10.2009; AgRg no REsp n. 658.339-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 04.02.2010).

5. Não se verifica, tampouco, a alegada vulneração dos artigos 458 do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, restando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão.

6. A questão central da demanda é relativa à possibilidade de cobrança de tarifas bancárias por pagamentos efetuados mediante boletos ou fichas de compensação.

Nesse passo, o Ministério Público do Estado do Maranhão propôs ação civil pública com base nos “interesses individuais homogêneos” dos consumidores/usuários do serviço bancário, tutelados pela Lei n. 8.078, em seu art. 81, inciso III, ou seja, aqueles entendidos como decorrentes de origem comum.

Daí a sua legitimação prevista no art. 82, I, do citado diploma legal.

Sobre o ponto, assim se manifestou o Tribunal de origem:

No que tange ao caso em exame, e considerando os argumentos delineados anteriormente, resta caracterizado que há uma relação de consumo entre as instituições financeiras apelantes e a gama de consumidores que se utilizam de seus serviços, configurando e caracterizando o exercício de direitos individuais homogêneos de origem comum, portanto, passivo de defesa mediante Ação Civil Pública.

Ora, o pagamento de dívidas assumidas pelos consumidores através do boleto bancário (ficha de compensação), não obstante derivarem de operações diversas, geram, pela natureza do serviço utilizado através dos pagamentos nas agências bancárias, o exercício de um direito com origem comum e com pluralidade de

titulares, de forma que, quaisquer dos consumidores que se sentissem lesados pelo serviço, poderiam, isoladamente, ajuizar uma ação em defesa do direito que lhes assistem.

Objetivamente, a cobrança de tarifa combatida recai sobre consumidores de forma indiscriminada e concomitantemente ao pagamento do boleto bancário, constituindo uma lesão que, assemelhando-se à definição de direitos individuais homogêneos, tem a mesma origem e pluralidade de titulares em face do contingente de consumidores supostamente lesados, legitimando o Ministério Público a defendê-los através da Ação Civil Pública. (fls. 625-626)

Assim, malgrado a controvérsia acerca da natureza jurídica do “interesse” em exame, pelas circunstâncias do caso identificadas pelo Tribunal de origem e a leitura atenta da peça inaugural, parece claro que o autor visa a proteção de “interesses individuais homogêneos”, aplicando-se à hipótese o disposto no art. 81, III, CDC.

Com efeito, Hugo Nigro Mazzilli, em sua conhecida obra “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, leciona que coletivos “são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável, reunido por uma relação jurídica básica comum” (p. 46, 12ª ed.). Em seguida, o mencionado jurista traça a distinção entre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos:

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; contudo, só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem de fato comum. Exemplifiquemos com o aumento ilegal de prestações de um consórcio. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma indivisível e não quantificável: a ilegalidade do aumento não será maior para quem tenha mais cotas: a ilegalidade será igual para todos (interesse coletivo). Entretanto, é divisível a pretensão de repetição do que se pagou ilegalmente a mais; tendo havido pagamentos, os prejuízos serão individualizáveis (interesses individuais homogêneos). Sem dúvida, na mesma ação civil pública, será possível pedir não só a nulidade do aumento ilegalmente aplicado, a ser decidida identicamente para todos os integrantes do grupo (interesse coletivo), como também a repetição do indébito, que há de favorecer cada integrante do grupo de forma divisível e individualmente variável (interesses individuais homogêneos). (ob. citada, p. 46-47).

Cuidando-se, assim, na espécie em exame, de perseguida proteção dos direitos individuais homogêneos do consumidor e, estando inclusas, dentre as finalidades primordiais do Ministério Público, a defesa do consumidor, conforme prevêem os arts. 127 da CF e 21 da Lei n. 7.327/1985, indiscutível é a legitimação do Ministério Público Estadual para intentar a presente ação civil pública.

Nesse sentido o REsp n. 168.859-RJ, que sob a relatoria do e. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, pontificou:

Ação civil pública. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Cláusulas abusivas. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente em interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único, III e art. 82, I, da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido.

Nessa mesma linha podem ainda ser evocados os REsp n. 177.965-PR, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar (*in* RSTJ vol. 123, p. 317), REsp n. 294.636-RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 16.09.2002 e 105.215-DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (*in* RSTJ vol. 98, p. 311-312).

7. No tocante à alegada violação aos arts. 2º e 3º do CDC, sem razão os recorrentes.

Conforme decidiu a Suprema Corte na ADI n. 2.591, que confirmou a constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/1990 em relação aos “serviços de natureza bancária”, a relação jurídica existente entre o contratante/ usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema já tive a oportunidade de me manifestar ao proferir voto-vista no REsp n. 1.014.547-DF, de relatoria do e. Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 25.08.2009, destacando que:

Tal questão encontra-se sumulada nesta Corte, como se extrai da leitura do Enunciado n. 297:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

A matéria também foi submetida à Suprema Corte, que, ao julgar a ADIn n. 2.591-1-DF, conhecida como “ADIn dos Bancos”, em momento algum impôs tal limitação, ficando registrado na ementa, na parte em que interessa:

As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Da leitura dos votos proferidos naquela ocasião, evidencia-se que a menção aos serviços de natureza bancária deu-se no intuito de alargar o alcance do Código de Defesa do Consumidor, e não de restringir a aplicação de tal diploma às atividades bancárias.

Confira-se o voto do Ministro Carlos Velloso:

Em suma, a defesa do consumidor constitui princípio constitucional, que se realiza mediante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pela Constituição, ADCT, art. 48. Esse diploma legal, o Código de Defesa do Consumidor, não interfere com o Sistema Financeiro Nacional, art. 192 da Constituição, em termos institucionais, já que o Código limita-se a proteger e defender o consumidor, o que não implica, repete-se, interferência no Sistema Financeiro Nacional. Protegendo e defendendo o consumidor, realiza o Código o princípio constitucional. Atualmente, o Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei n. 4.595/1964, recebida pela CF/1988 como lei complementar naquilo em que ela regula e disciplina o Sistema, não existindo entre aquela lei e a Lei n. 8.078, de 1990 – Cód. de Defesa do Consumidor – antinomias. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se às atividades bancárias da mesma forma que a essas atividades são aplicáveis, sempre que couber, o Cód. Civil, o Cód. Comercial, o Código Tributário Nacional, a Consolidação das Leis Trabalhistas e tantas outras leis. A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078/1990 – “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” – seria desarrazoada, ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos ou serviços, assim violadora de devido processo legal em termos substantivos – C.F., art. 5º, LIV – não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do *discrimen*, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso, mesmo, ao substantive *due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro (C.F., art. 5º, LIV).

No voto do Ministro Eros Grau, ficou consignado:

Também não resta dúvida no que tange à caracterização do cliente de instituição financeira como consumidor, para os fins do artigo 170 da Constituição do Brasil. A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo, protegida constitucionalmente (arts. 3º, XXXII, e 170, V, da CF/1988). Como observei também em outra oportunidade, o Código define “consumidor”, “fornecedor”, “produto” e “serviço”. Entende-se como “consumidor”, como “fornecedor”, como “produto” e como “serviço”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, o que descrito está no seu art. 2º e no seu art. 3º e §§ 1º e 2º. Inútil, diante disso, qualquer esforço retórico desenvolvido com base no senso comum ou em disciplinas científicas para negar os enunciados desses preceitos normativos. Não importa seja possível comprovar, por a + b, que tal ente ou entidade não pode ser entendido, economicamente, como consumidor ou fornecedor. O jurista, o profissional do direito não perde tempo em cogitações como tais. Diante da definição legal, força é acatá-la. Cuide apenas de pesquisar os significados dos vocábulos e expressões que compõem a definição e de apurar da sua coerência com o ordenamento constitucional. O art. 2º do Código diz que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. E o § 2º do art. 3º define como serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de natureza trabalhista”. Assim, temos que, para os efeitos do Código do Consumidor, é “consumidor”, inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Isso não apenas me parece, como efetivamente é, inquestionável. Por certo que as instituições financeiras estão, todas elas, sujeitas ao cumprimento das normas estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio arremata:

Temos, na Constituição Federal, inúmeros dispositivos que versam sobre a proteção ao consumidor e notamos que a Carta de 1988 deu – e o fez de forma, a meu ver, no campo didático – uma ênfase maior à dignidade da pessoa humana. O que se articula nesta ação? O conflito do Código do Consumidor, vigente desde 1990, passados os cento e oitenta dias da *vacatio legis*, com a própria Lei Fundamental. O código é explícito ao revelar que se tem como alcançados serviços em qualquer atividade, no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive aqueles serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e, também, os decorrentes da atuação securitária, salvo o que disser respeito às relações trabalhistas. O Código do Consumidor, a meu ver, tal como o Código Nacional de Trânsito, implicou avanço no campo social (...) – sem grifos nos originais.

Indiscutível, portanto, a aplicação do CDC aos contratos firmados pela autora, em toda sua extensão, não cabendo a restrição pretendida pelo eminente Relator.

Nesse sentido também os seguintes precedentes desta Corte: REsp n. 537.652-RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 08.09.2009, DJe 21.09.2009; AgRg no REsp n. 1.021.161-RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 05.05.2008; REsp n. 894.385-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 16.04.2007, p. 199.

8. Quanto à alegada violação ao art. 51, da Lei n. 8.078/1990, o Tribunal local referiu que:

Devo esclarecer que a cobrança dessa tarifa, quando do pagamento dos boletos bancários nas agências dos bancos recorrentes, se constitui em exigência tarifária não deferida ou legalizada expressamente em qualquer ato ou texto normativo, da mesma forma que não existe previsão legal para sua inexistência.

Porém, o reconhecimento da abusividade dessa cobrança advém da lógica e do bom senso, que aliás, foram bem apresentados e defendidos no texto do Comunicado FB – 049/2002 (fls. 51), em que a Febraban - Federação Brasileira das Associações de Banco, reiterando a Carta Circular BAG 70318/97, e as Circulares FB n. 385/1997, FB 168/1999, FB 058/2000, recomendou a todos os bancos que “Face à continuidade de inúmeras ocorrências e reclamações – ao Banco Central, Procons e à Federação – a respeito da cobrança de tarifa aos clientes ou usuários que apresentem para pagamento boletos de outros bancos relativos à títulos em cobrança, conhecida como “tarifa do sacado”, a Diretoria Executiva, reunida em 20.03.2002, e o Conselho Diretor, nesta data, decidiram recomendar aos bancos que reforcem sua orientação no sentido de: suspender a cobrança desse serviço e eliminar essa tarifa das tabelas de preços de serviços afixados nas suas agências e postos de serviços”.

Nessa mesma Carta Circular, a Febraban justifica essa decisão, aduzindo para tanto “já existir Tarifa Interbancária – criada por protocolo assinado em 27.06.1995, pela Febraban, Asbace, Abib, Abbc e o Banco do Brasil, como executante do Serviço de Compensação – justamente para ressarcir os custos dos bancos recebedores nesta prestação de serviços.”

Dado a essas razões, e à existência da Tarifa Interbancária retro mencionada, a cobrança da tarifa sobre o recebimento do boleto/ficha de compensação é abusiva e se consubstancia em enriquecimento sem causa, vez que as despesas com o procedimento, seja administrativo ou não, já é remunerado conforme reconhece a Febraban no Comunicado FB – 049/2002, item 2.1. (fl. 627)

Portanto, sendo os serviços prestados pelo Banco remunerados pela tarifa interbancária, conforme referido pelo Tribunal de origem, a cobrança de tarifa

dos consumidores pelo pagamento mediante boleto/ficha de compensação constitui enriquecimento sem causa por parte das instituições financeiras, pois há “dupla remuneração” pelo mesmo serviço, importando em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores.

Nesse passo, cabe ao consumidor apenas o pagamento da prestação que assumiu junto ao seu credor, não sendo razoável que seja responsabilizado pela remuneração de serviço com o qual não se obrigou, nem tampouco contratou, mas lhe é imposto como condição para quitar a fatura recebida, seja em relação a terceiro, seja do próprio Banco.

Desta feita, importando a referida prática, como restou demonstrado, em vantagem exagerada dos Bancos em detrimento dos consumidores, é abusiva a cobrança da tarifa pela emissão do boleto bancário, nos termos do art. 39, V, do CDC c.c. art. 51, § 1º, I e III, do CDC, que dispõe, respectivamente:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

(...)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

De fato, a cobrança ora em análise é fruto de uma imposição ao consumidor pelo simples pagamento, ainda que dentro do prazo de vencimento, por meio de boleto bancário. Ao consumidor não resta senão se submeter à cobrança, pois não lhe é fornecido outro meio para adimplir suas obrigações, o que gera um desequilíbrio entre partes.

9. Cumpre ressaltar, contudo, que no tocante à pretensão de devolução em dobro dos valores pagos em razão da cobrança de emissão de boleto bancário, prosperam os recursos dos Bancos.

A sentença assim julgou os pedidos:

Ante o exposto, julgo em parte procedente a presente ação, pelo que condeno os requeridos (...) a absterem-se da cobrança da pessoa física de remuneração

ou tarifa pelo recebimento, até a data de seu vencimento, de dívida em dinheiro constantes de boletos/fichas de compensação ou documento bancário equivalente, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por cada cobrança tarifária realizada, a reverter-se em favor de fundo público a ser indicado pelo Ministério Público.

Desacolho o pedido de indenização em favor dos “consumidores lesados, em razão da cobrança da tarifa referida, com devolução dos valores indevidamente cobrados, em dobro e corrigidos monetariamente...” (fls. 17-18), por constituir tal pleito direito subjetivo não abrangido pelos interesses individuais homogêneos aqui tutelados (fl. 288).

O Acórdão recorrido, por sua vez, acolheu, em parte, o apelo do Ministério Público:

A Lei Consumeirista em seu art. 42, parágrafo único é clara: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Assim sendo, neste aspecto a sentença monocrática merece reforma, pois não obstante reconhecer a ilegalidade da tarifa citada, deixou de condenar os bancos em devolvê-las de quem injustamente a cobrou, ferindo o art. 42, parágrafo único do CDC.

(...)

Por todo o exposto, e de acordo em parte com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, dou parcial provimento ao apelo interposto pelo Ministério Público, única e exclusivamente para, fundamentada no art. 42, parágrafo único, do CDC, condenar os bancos apelados a restituírem, em dobro, os valores definidos como tarifa do sacado, cobrados indevidamente aos usuários dos serviços de compensação prestados em suas agências e postos. (fls. 630-631)

Como bem referido pelo Juízo de primeira instância, o pedido de indenização, seja de forma simples, seja em dobro, não é cabível, tendo em vista que a presente ação civil pública busca a proteção dos interesses individuais homogêneos de caráter indivisível.

O requerimento de devolução dos valores indevidamente cobrados tem caráter subjetivo individual, devendo ser postulado por seus próprios titulares em ações próprias. Logo, não se vislumbra, em relação a este ponto, o interesse coletivo a ser tutelado.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

Processual Civil. Ação civil pública. Encargos de energia elétrica. "Seguro-apagão". Legitimidade ativa. Ministério Público. Direitos transindividuais.

5. Declarada a ilegalidade da exação dos encargos tarifários, esta será a mesma para todo o grupo de consumidor, independentemente da quantia de consumo de cada um deles (interesse coletivo, indivisível). Hipótese diversa seria a pretensão de restituição das parcelas pagas indevidamente, porquanto individualizada de acordo com o consumo de cada consumidor, de sorte que teríamos interesses individuais homogêneos, porquanto divisíveis.

6. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, afastando o fundamento ilegitimidade do Ministério Público Federal, proceda novo julgamento.

(REsp n. 799.669-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02.10.2007, DJ 18.02.2008, p. 25)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Incidência do ICMS. Energia elétrica. Ilegalidade do art. 33 da Lei Estadual n. 6.374/1989. Ilegitimidade ativa do Município. Defesa de interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis.

(...)

II - O Município não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares. Precedentes análogos: REsp n. 71.965-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.08.2004 e REsp n. 302.647-SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 04.08.2003.

III - Recurso especial provido.

(REsp n. 762.839-SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.08.2005, DJ 07.11.2005, p. 146)

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Emissão de multas de trânsito por agentes empregados de empresa pública municipal. Ilegitimidade ativa *ad causam* da associação de consumidores. Defesa de interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis. Impropriedade da via eleita. Deficiência de fundamentação. Súmula n. 284-STF. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Nulidade do acórdão afastada.

VI - A recorrida não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de multas de trânsito, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, pretendendo a defesa do direito dos condutores de veículos do Município de Niterói.

(...)

VIII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido em parte.

(REsp n. 727.092-RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 14.06.2007, p. 256)

10. Por fim, quanto à aduzida violação aos arts. 13 da Lei n. 7.347/1985 e, 97, 98, 99 e 100 da Lei n. 8.078/1990, tendo em vista a impossibilidade de se determinar os valores que deverão ser destinados ao fundo indicado pelo Ministério Público, sem razão os recorrentes.

Primeiramente, cabe destacar que a indenização prevista nos arts. 97, 98, 99 e 100 da Lei n. 8.078/1990 não se confunde, como querem fazer entender os recorrentes, com a multa cominada pelo não cumprimento da obrigação de não fazer determinada pelo Tribunal de origem, consubstanciada na abstenção da cobrança da tarifa sob a emissão de boleto bancário.

Ocorre que, como referido no item anterior, tratando-se de um interesse coletivo divisível, como os chamados interesses individuais homogêneos, eventual pedido de condenação em indenizar deve ser requerido em ação própria, pois passível de liquidação e execução da sentença de modo individual, motivo pelo qual não se fala, na hipótese dos autos, em indenização autônoma e, tampouco, em destinação dessa indenização ao Fundo de Direitos Difusos.

A multa cominatória em caso de descumprimento da obrigação de não fazer, por outro lado, será destinada ao Fundo indicado pelo Ministério Público, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/1985, uma vez que não é possível determinar a quantidade de consumidores lesados pela cobrança indevida da tarifa sob a emissão de boleto bancário.

Prevê o referido dispositivo:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

O que importa observar, como explica José dos Santos Carvalho, “é que a multa diária também se eleva a um montante que irá constituir-se em débito do réu. Esse montante se eleva até o momento em que o réu resolve adimplir a

obrigação. Trata-se, por isso, de condenação em dinheiro, de modo que o valor total pago pelo devedor da obrigação também deve ser revertido para o fundo de reconstituição de bens lesados” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 364)

Confira-se, também, o seguinte julgado:

Ação coletiva. Associação de moradores. Requisitos temporal. Dispensa. Possibilidade. Direitos individuais homogêneos. Indenização. Danos morais e materiais. Interesse de agir. Existência.

1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

2 - O § 3º do art. 103 do CDC é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c.c. o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar.

3 - Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 706.449-PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 26.05.2008, DJe 09.06.2008)

11. Ante o exposto, conheço em parte dos recursos especiais e, nesta parte, dou provimento, restabelecendo a sentença de primeiro grau.

RECURSO ESPECIAL N. 815.099-MG (2006/0021014-2)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: Cooperativa de Crédito Rural dos Produtores do Vale do Paraíso Ltda - Credi-VAP

Advogado: Neanderson Martins Ramos e outro(s)

Recorrido: Cooperativa Agrícola dos Pequenos Produtores do Vale do Paraíso Ltda - Coavap e outros

Advogado: José Inácio Francisco Muniz e outro

EMENTA

Direito Processual Civil e Cooperativo. Cooperativa em liquidação extrajudicial. Suspensão da execução. Possibilidade. Art. 76 da Lei n. 5.764/1971.

1. O objetivo da norma inserta no art. 76 da Lei n. 5.764/1971 diz, em última instância, com a necessidade de se preservar a integridade do sistema cooperativo, conferindo às sociedades cooperativas em situação de dificuldades uma moratória que, não obstante curta, possa contribuir para sua eventual recuperação econômica, a bem do interesse público.

2. Não há nenhum sentido prático e jurídico em excluir do rol das ações judiciais a que se refere o art. 76 da Lei n. 5.764/1971 aquelas de cunho executivo, imbuídas que são, mais do que quaisquer outras, de potencial invasivo, apto a embaraçar a recuperação que a norma almeja garantir.

3. 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, por unanimidade, não conhecer do recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 29.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: *Cooperativa de Crédito Rural dos Produtores do Vale do Paraíso Ltda. – CREDI-VAP* interpõe recurso especial fundado no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Carta da República, impugnando acórdão prolatado em sede de agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, referendando a decisão de primeiro grau agravada, determinou a suspensão, pelo prazo de 1 ano, do processo executivo ajuizado pela então agravante, ora recorrente, em face da ora recorrida, nos termos previstos no art. 76 da Lei n. 5.764/1971.

Eis os termos da redação conferida à ementa do julgado, *in verbis*:

Agravo. Cooperativa em liquidação extrajudicial. Suspensão do feito executório. Possibilidade. Inteligência do artigo 76, da Lei n. 5.764/1971. Ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988. Inocorrência.

Não constitui ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988 a suspensão do feito executório com base no artigo 76 da Lei n. 5.764/1971, que trata da oportunidade concedida ao devedor, tal como na lei de falência, de restabelecer o seu estado financeiro (fl. 136).

Em suas razões de recurso especial, aduz a recorrente, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade do aresto recorrido ao art. 76 da Lei n. 5.764/1971. Argumenta, em síntese, que, “como a ‘sustação’ é um benefício legal, uma exceção, não pode o referido artigo ser objeto de interpretação genérica” (fl. 150).

Não foram apresentadas contra-razões.

Com juízo de admissibilidade negativo na origem (fls. 176-177), subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça por força de decisão do Ministro Cesar Asfor Rocha que proveu o agravo de instrumento então deduzido pela ora recorrente.

Em linhas gerais, é o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O apelo não reúne condições de prosperar.

Dispõe o art. 76 da Lei n. 5.764/1971, *in verbis*:

Art. 76. A publicação no Diário Oficial, da ata da Assembléia Geral da sociedade, que deliberou sua liquidação, ou da decisão do órgão executivo federal quando a medida for de sua iniciativa, implicará a sustação de qualquer ação judicial contra a cooperativa, pelo prazo de 1 (um) ano, sem prejuízo, entretanto, da fluência dos juros legais ou pactuados e seus acessórios.

Parágrafo único. Decorrido o prazo previsto neste artigo, sem que, por motivo relevante, esteja encerrada a liquidação, poderá ser o mesmo prorrogado, no máximo por mais 1 (um) ano, mediante decisão do órgão citado no artigo, publicada, com os mesmos efeitos, no Diário Oficial.

Da leitura do texto acima, extrai-se que o objetivo do legislador diz, em última instância, com a necessidade de se preservar a integridade do sistema cooperativo, conferindo às sociedades cooperativas em situação de dificuldades uma moratória que, não obstante curta, possa contribuir para sua eventual recuperação econômica, a bem do interesse público.

Em tais circunstâncias, não haveria nenhum sentido prático ou jurídico em excluir do rol das ações judiciais a que se refere o questionado preceito legal aquelas de cunho executivo, imbuídas que são, mais do que quaisquer outras, de potencial invasivo apto a embaraçar a recuperação que a norma almeja garantir.

Pontue-se, ademais, que os arestos colacionados pela recorrente a título de dissídio interpretativo não tem nenhuma correlação jurídica com a questão tratada no recurso especial, visto que afetos a uma possível inconstitucionalidade do art. 76 da Lei n. 5.764/1971.

Ante o exposto, *não conheço do recurso especial.*

É o voto.

—

RECURSO ESPECIAL N. 826.818-RJ (2006/0041082-8)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Fnac Livraria e Editora Ltda

Advogados: Sérgio Sender e outro(s)

Romildo Florindo de Lima e outro(s)

Evandro Luís Castello Branco Pertence e outro(s)

Alex da Costa Campos Fernandes e outro(s)

Recorrido: Fnac S/A e outro

Advogado: Luiz Edgard Montauray Pimenta e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Ação de abstenção do uso de nome comercial. Prescrição. Matéria controvertida. Cancelamento da Súmula n. 142-STJ. Prazo decenal. Termo inicial. Arquivamento. Contrato. Junta comercial.

1. A prescrição incidente sobre as ações de abstenção do uso de nome empresarial é das mais controvertidas. Duas correntes preponderam, uma defendendo a incidência da prescrição quinquenal do art. 178, § 10, IX, do Código Civil de 1916 e outra, da prescrição decenal relativa aos direitos reais - art. 177 do Código Civil de 1916.

2. A incidência do prazo decenal parece a que melhor soluciona a questão ante a omissão legislativa quanto ao tema.

3. O termo inicial do prazo prescricional é a data em que arquivado o contrato social na junta comercial. Precedente.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009 (data de julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Pela Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi provido recurso de apelação interposto por *FNAC S.A e FNAC Brasil Ltda*, julgando procedente ação cominatória “de modificação e abstenção de uso de nome comercial” movida contra *Fnac Livraria e Editora Ltda*.

Colhe-se do ven. acórdão que as empresas *FNAC S.A e FNAC Brasil Ltda* utilizam no giro de seus negócios o nome comercial “FNAC”, que designa a primeira delas em todo o mundo, há décadas. Em consequência, sustentam a necessidade de proteção judicial, abstenendo-se a *Fnac Livraria Editora Ltda* de utilização daquele nome “ou outro que com a marca “FNAC” se confunda”.

O acórdão de apelação estampa a seguinte ementa:

Apelação cível. Direito marcário. FNAC - denominação da antiga *Fédération National d'Achat des Cadres*. Ação para abstenção do uso do nome comercial. Prazo prescricional vintenário. Precedentes do STJ. Se o nome também é caracterizador da marca, incidem as disposições da CUP (Convenção da União de Paris), que não fixam prazo para cancelamento ou proteção do uso de marcas registradas ou utilizadas de má-fé. O uso indevido da marca alheia se presume prejudicial ao detentor da titularidade e também implica deslealdade na concorrência, não sendo jurídico que se extraiam de ato francamente ilícito, efeitos jurídicos, nos termos do art. 195, V, da Lei n. 9.279/1996. Provimento do recurso. (fls. 1.895)

Foram acolhidos embargos de declaração (fls. 1.915-1.916) opostos pela *FNAC S.A E FNAC Brasil Ltda*, com correção de erro material relativo à data: 1988 no lugar de 1998 (fls. 1.917).

Inconformada, *FNAC Livraria e Editora Ltda* interpõe o presente especial, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, aduzindo violação aos arts. 166 e 177 do Código Civil de 1916 e aos arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Suscita ainda dissenso pretoriano com o REsp n. 418.580-SP - onde afastada a prescrição vintenária, acolhida pelo acórdão para ação objetivando a abstenção do uso do nome ou de marca comercial, diante do cancelamento da Súmula n. 142, pela Segunda Seção, no julgamento da Ação Rescisória n. 512 - Rel. Min. Waldemar Zveiter.

Esclarece que, desde a contestação, vem sustentando a prescrição decenal e o ven. acórdão, louvando-se em julgado da 3ª Turma (REsp n. 40.021-SP - de 26.08.2002), já ultrapassado pelo novel entendimento, fixa aquele prazo como vintenário, *ut* o REsp n. 418.580-SP, de 11 de fevereiro de 2003.

Nas contra-razões as recorridas - *FNAC S.A e FNAC Brasil Ltda* - dizem ser intempestivo o especial, porquanto, a rigor, a petição por elas oferecida à fls. 1.915/1.916 não ostenta a condição de recurso (art. 535, I e II, do Código de Processo Civil), mas apenas simples medida de correção de erro material, sem interromper a contagem do prazo para interposição do apelo nobre (fls. 1.965/1.981).

Assinalam ainda não ter havido o necessário confronto analítico para a configuração do dissídio jurisprudencial, sendo, por outro lado, diferentes, quanto aos votos, os acórdãos confrontados: o paradigma diz respeito à abstenção de nome comercial, mais indenização; o recorrido só se ocupa da primeira hipótese. Ademais, o paradigma cuida de empresas atuantes em diferentes ramos de atividade.

Dizem - ainda - que os dispositivos legais invocados não foram prequestionados (Súmula n. 282 e 356 do STF), sendo aplicável o art. 8º da Convenção da União de Paris - CUP - e que, no tempo devido (20 anos), foi exercido o direito. Seus atos constitutivos foram arquivados em 28 de julho de 1981 e a ação ajuizada em 26 de julho de 2001.

Admitido na origem - fls. 1.984-1.985.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): O debate se circunscreve, como, aliás, bem anota o acórdão recorrido, louvando-se nas contra-razões de apelação (fls. 1.898), apenas ao tema prescricional, prevalecendo a tese, consubstanciada no AgRg no REsp n. 204.052-SP - Relatora Min. Nancy Andrighi, de que “a ação que objetiva tutela em relação a nome comercial ou marca a título de preceito cominatório, sem objetivo de reparar dano, prescreve em vinte anos”. Como bem realça a ilustre Des. Marilene Melo Alves, relatora, o “tema é polêmico, não faltando decisões que militam no sentido do *r. decisum* de primeiro grau” (prescrição decenal).

Cabe, entretanto, preliminarmente asseverar não ser o especial intempestivo. Em primeiro lugar, o recurso integrativo foi interposto pelas recorridas, com apoio na letra do art. 535 do Código de Processo Civil, estando grafado na petição de oferecimento a expressão “embargos de declaração”; em um segundo plano é perfeitamente admissível o uso de recurso para correção de erro material, sem exclusão naturalmente da possibilidade jurídica de conhecimento de ofício.

Nesse contexto, o prazo para interposição do apelo extremo começa a fluir em 20.09.2005 (fls. 1.917, verso), data da publicação do resultado do julgamento dos embargos de declaração, se encerrando em 05.10.2005, momento em que tempestivamente foi protocolado o recurso (fls. 1.919).

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito recursal, circunscrito ao tema da prescrição incidente sobre as ações de abstenção de uso de nome empresarial, questão das mais controvertidas, como já acentuado.

Na realidade, sob a égide da Lei n. 1.236 de 1904, a matéria gozava de certa unanimidade, sendo empregado o prazo de seis meses ali estabelecido para regular a prescrição das ações relativas ao nome comercial (art. 10).

Com a edição do Código de Propriedade Industrial (Decreto-Lei n. 7.903/1945), é regulamentada a prescrição para as ações de nulidade de registro, nada dispondo a norma, porém, acerca da prescrição das ações de uso do nome. A par disso, a jurisprudência adota o prazo quinquenal ali estabelecido para as ações relativas ao nome, sem qualquer distinção.

Três Códigos de Propriedade Industrial se seguiram - Decretos-Leis n. 254 e 1.005 e a Lei n. 5.772/1971, se esclarecendo, no último, sua inaplicabilidade às matérias atinentes ao nome comercial, remetendo o intérprete à legislação específica, no mais omissa no que se refere à prescrição.

O atual Código de Propriedade Industrial - Lei n. 9.279/1996 - não supre a lacuna legislativa, ao menos no que se refere à abstenção de uso (no art. 225 estabelece que “Prescreve em cinco anos a ação para a reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial”).

Na ausência de norma especializada, a doutrina e a jurisprudência se debateram entre a aplicação analógica das normas relativas à marca, ou à incidência dos prazos gerais previstos no Código Civil, prevalecendo essa última tese.

Outro problema, então, se apresentou aos que se propuseram a enfrentar a matéria - distinguir a natureza jurídica do direito ao uso do nome comercial de

modo a identificar o prazo prescricional incidente nas ações a ele relativas.

Com efeito, para os que entendem se tratar de espécie de direito da personalidade, como Pontes de Miranda, que considera o nome empresarial insuscetível de cessão ou transferência, constituindo direito próprio da empresa, não há se falar em prescrição.

Por outro lado, aqueles que identificam conteúdo patrimonial no nome empresarial se debatem em inseri-lo entre os direitos reais ou pessoais, ora aplicando o prazo vintenário previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 para as ações pessoais, ora o prazo decenal das ações reais entre presentes do mesmo artigo e, ainda, o prazo do art. 178, § 10, inciso IX, do referido Diploma Legal, relativo às ações por ofensa ou danos causados ao direito de propriedade.

Essa oscilação pode ser identificada na jurisprudência desta Corte, que chegou a editar as Súmulas n. 142 - “Prescreve em vinte anos a ação para exigir a abstenção do uso de marca comercial” e 143 - “Prescreve em cinco anos a ação de perdas e danos pelo uso de marca comercial”, cancelada a primeira no julgamento da AR n. 512-DF, relator o Min. Waldemar Zveiter, sem se estabelecer, contudo, novo enunciado para a súmula.

Cumprе ressaltar que, conquanto sobreditas súmulas se referissem a marca, foram aplicadas também para regular o nome comercial.

Não soluciona a questão, também, o novo Código Civil, porquanto estabelece ser imprescritível a ação para anular a inscrição do nome empresarial, não tratando, porém, da ação de abstenção do uso do nome.

Após o cancelamento da Súmula n. 142, foi julgado o REsp n. 418.580-SP, no qual o relator, o saudoso Min. Carlos Alberto Menezes Direito, consigna, *verbis*:

O dissídio apresentado é com precedente desta Corte na Ação Rescisória n. 512-DF, de que Relator o Senhor Ministro *Waldemar Zveiter*, ocasião em que a Corte decidiu cancelar a Súmula n. 142 que estabelecia o prazo vintenário. Neste julgamento, no que concerne ao cancelamento da Súmula n. 142, valeram as ponderações feitas no voto do eminente revisor, o Senhor Ministro *Barros Monteiro*, o qual se manifestou no sentido de que o prazo prescricional é o das ações reais, de dez anos, portanto, se instaurada a controvérsia entre presentes. Embora não tenha a Corte, naquela oportunidade, oferecido um novo enunciado para a Súmula n. 142, limitando-se a cancelá-la, o certo é que repeliu o prazo vintenário e sinalizou com a incidência do artigo 177, segunda parte, do Código Civil. Todos os precedentes afastaram a aplicação do prazo prescricional previsto

no art. 178, § 10, IX, do Código Civil, ou seja, o de cinco anos, acolhido pelo Tribunal local.

De fato, em diversos precedentes, a Corte não admitiu o prazo quinquenal: REsp n. 10.564-SP, Relator designado o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 09.03.1992; REsp n. 19.355-MG, Relator designado o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 1º.02.1993.

Ora, o que se verifica é que a Corte rechaçou o prazo de vinte anos e o prazo de cinco anos, com o que, sem dúvida, possível a conclusão de que o prazo de prescrição para os casos em que se discute a abstenção do uso está subordinado à segunda parte do artigo 177 do Código Civil, ou seja, dez anos entre presentes e quinze entre ausentes, “contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

Os precedentes mais bem cuidam, é certo, da abstenção do uso da marca, enquanto neste feito o que se trata de preservar é o uso do nome comercial. Mas, o nome comercial, que tem a proteção da Convenção de Paris, independentemente de registro, bastando a anterioridade do uso, não está mesmo subordinado ao prazo do art. 178, § 10, IX, do Código Civil.

Nesse quadro de oscilações, duas correntes de pensamento se destacam. A primeira, capitaneada pelo Min. Eduardo Ribeiro, adotando o prazo do art. 177 do Código Civil de 1916 para os direitos reais, é por ele assim resumida, *verbis*:

Afigura-se-nos, pois, em vista do exposto, que o direito ao nome, encarado em seu aspecto objetivo, integra a categoria dos direitos reais, o que já encaminha a solução da questão. O prazo de prescrição para as ações de abstenção de uso será o previsto para os direitos reais no artigo 177 do Código Civil; dez dentre presentes e 15 entre ausentes.

Parece-nos que mais um ponto está a reclamar exame. Manifestamos nosso entendimento no sentido de que a hipótese é de um direito real. Seria um direito de propriedade? Pensamos que sim, não vendo maiores razões para apontar-lhe natureza jurídica diversa das marcas. Certo, é também um direito personalíssimo, mas no aspecto subjetivo. Insistimos na distinção, já indicada, feita por Gama Cerqueira. As objeções trazidas por Carvalho de Mendonça prendem-se à inalienabilidade desse direito. A inalienabilidade de bens pode, entretanto, ser instituída até por ato de vontade e não é por isso que se deixa de ser proprietário.

Ocorre que, segundo a doutrina que nos parece melhor, não resultaria disso modificação quanto ao prazo de prescrição, tratando-se da ação de abstenção de uso. Tudo se vincula à interpretação do disposto no artigo 178, § 10, IX, do Código Civil, que prevê a prescrição quinquenal para as ações por ofensa ou danos causados ao direito de propriedade.

O Superior Tribunal de Justiça, na linha da autorizada opinião de Carpenter, tem entendido que essa norma só alcança as ações em que se busque o

ressarcimento do dano causado, não abarcando aquelas onde a pretensão seja a de fazer cessar a violação. O entendimento contrário conduziria, em verdade, a situações verdadeiramente absurdas, como colocou em relevo Câmara Leal. Tome-se o exemplo do ataque à propriedade, relativa a um imóvel, de que decorresse esbulho. Transcorridos cinco anos, não poderá mais o proprietário pedir ressarcimento dos danos. Não se negará, entretanto, a possibilidade de reivindicar o bem. Fosse de modo diverso, não se lhe ensinaria mais obter a posse do imóvel, embora conservasse o domínio.

Entendemos, por conseguinte, dever-se concluir que o prazo de prescrição para as ações de abstenção de uso de nome comercial será de dez ou 15 anos, consoante se trate de presentes ou ausentes. A de reparação será de cinco anos, caso se admita que se está diante de direito de propriedade. (Revista da ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, n. 53 - Jul/Ago 2001, p. 38 e 39).

Por outro lado, José Carlos Tinoco Soares defende ser aplicável à espécie a prescrição quinquenal, por dois motivos básicos.

Em primeiro lugar, toma o direito ao uso do nome comercial como direito de propriedade e entende que mesmo nas hipóteses de cessação de uso e não só de reparação de danos incide a norma contida no art. 178, § 10, inciso IX, do Código Civil de 1916. Isso porque, “Considerando que o Código Civil em seu artigo 178, § 10, inciso IX, expressamente dispõe que: Prescreve em cinco anos a ação por ofensa ou dano causados ao direito de propriedade” e que, por dedução lógica e etimológica, o termo ofensa é igual ao ultraje, à lesão, ao mal causado a alguma coisa ou pessoa, o que vale dizer que para fazer cessar a ofensa é preciso que também cesse o ultraje e a lesão ao direito de propriedade industrial, e que, em palavras corriqueiras, é igual à cessação da prática do ato incriminado;” (Revista da ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, n. 53 - Jul/Ago 2001, p. 37).

Sustenta, ainda, que o nome empresarial está amparado pelo Direito da Propriedade Industrial. Assim, a norma prevista no art. 225 da Lei n. 9.279/1996, que dispõe prescrever “em cinco anos a ação para a reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial” se aplicaria às ações de cessação de uso do nome empresarial.

Com a vênua devida, me filio à primeira corrente.

Com efeito, não há dissenso entre as correntes assinaladas no que respeita a tratar-se o nome empresarial de direito de propriedade. A despeito disso, creio não poder se aplicar às ações de cessação de uso a norma contida no art. 178, § 10, inciso IX, do Código Civil de 1916, pois referido dispositivo quando fala

em “ação por ofensa ou dano causado ao direito de propriedade” cuida de ações reparatórias relativas a hipóteses já configuradas (passado), e não de cessação de situações lesivas (futuro), assim como faz o atual Código de Propriedade Industrial.

Cumpra assinalar, além disso, que a prescrição implica na perda do direito de ação e, nesse contexto, as normas que cuidam da matéria são restritivas de direitos, a elas não sendo pertinente a aplicação de interpretação extensiva, sob pena de criar vedação não determinada pelo legislador.

Nesse passo, não havendo prazo prescricional específico a regular a matéria, é de ser aplicado o prazo das ações reais previsto no art. 177 do Código Civil de 1916, conquanto se reconheça que sob alguns enfoques o nome empresarial não se amolde com exatidão à categoria dos direitos reais, como, por exemplo, na sua estrutura de bem incorpóreo. Porém, é a hipótese que, a princípio, melhor supre a lacuna legislativa sobre o tema.

Cumpra registrar, de outra parte, que o termo inicial do prazo prescricional é a data em que arquivado o contrato social na junta comercial, consoante decidido por esta Corte no julgamento do REsp n. 43.305-SP, do qual reproduzo a ementa:

Nome comercial. Abstenção de uso. Prescrição. Termo inicial. Pretensão manifestada em sede reconvenção, para exigir a abstenção do uso de nome comercial, quando já prescrita a ação. Prazo contado do arquivamento do contrato social da reconvenida na junta comercial. Em nosso direito, quando a lei pretende que o termo *a quo* seja a ciência do fato, di-lo expressamente. recurso conhecido e provido. (REsp n. 43.305-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 14.08.1995)

Dessa forma, tomada a data do arquivamento dos atos de registro da recorrente, 28 de julho de 1981, como termo inicial, não há como afastar a prescrição, tendo em conta ter sido a ação proposta em 2001.

Assinalo, ainda, que a questão é de incidência de prescrição extintiva para o manejo de ação protetiva e não de prescrição aquisitiva, como aventado pelo Tribunal de origem, na qual se reconheceria o direito ao uso do nome pelo decurso do tempo sem oposição do titular. Com efeito, o direito ao uso do nome comercial se adquire com arquivamento dos atos constitutivos na junta comercial, restando afastada, portanto, qualquer referência à posse ou uso, seja de boa-fé, seja de má-fé.

Afasto, por fim, a aplicabilidade da norma contida no art. 6º-Bis da Convenção de Paris ao caso em comento, porquanto reservado para marcas notórias em seu ramo de atividade. No caso dos autos a notoriedade da marca das recorridas deve ser avaliada tomando o ano de 1981, quando efetivado o depósito dos atos constitutivos da ora recorrente, data em que a marca FNAC somente era conhecida por pessoas com acesso à “vida cultural européia” (fls. 1.106).

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reconhecer a prescrição do direito das autoras, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se pronuncie acerca da reconvenção.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: De acordo.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: Sr. Presidente, acuso o recebimento dos memoriais e assinalo o esforço que fez o advogado da tribuna. Havia estudado, também, um pouco esse tormentoso tema, antes. V. Exa. destrinchou todas as correntes e eu cheguei a mesma conclusão.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, louvando a qualidade do voto, que examinou por todos os ângulos a matéria da prescrição.

RECURSO ESPECIAL N. 869.970-RJ (2006/0160263-5)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha
Recorrente: Banco ABN Amro Real S/A
Advogado: Renato Ayres Martins de Oliveira e outro(s)
Recorrido: Edenizio Muniz da Silva - Espólio
Representado por: Maria da Glória Reis da Silva - Inventariante
Advogado: Alexandre Goldberg e outro

EMENTA

Processual Civil. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Dano moral decorrente de cobrança de fatura de cartão de crédito. Utilização indevida do cartão por terceiro. Negativação do nome do correntista dois após sua morte. Ilegitimidade do espólio. Direito pessoal dos herdeiros.

1. Controvérsia acerca da legitimidade ativa do espólio para pleitear reparação por dano moral resultante do sofrimento causado à família do *de cuius* em razão da cobrança e da negativação do nome do falecido decorrentes da utilização indevida de cartão de crédito por terceiro dois anos após o óbito.

2. O espólio carece de legitimidade ativa para ajuizar ação em que se evidencia que o dano moral pleiteado pela família tem como titulares do direito os herdeiros, não por herança, mas por direito próprio deles.

3. Recurso especial provido.

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, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data de julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

DJe 11.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Banco ABN AMRO Real S/A* com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, contra acórdão assim ementado:

Apelação. Indenização. Dano moral. Legitimidade ativa do espólio para propor ação de indenização por danos morais em que se busca da administradora de cartões de crédito o ressarcimento dos danos causados pela indevida negativação do nome do então falecido titular do cartão, negativação essa feita junto ao Serasa, por compras efetuadas por terceiro, após o óbito daquele.

Precedentes do STJ, no sentido da referida legitimidade ativa até porque se trata de reparação por dano cuja natureza não é personalíssima.

Possibilidade de ser julgado o mérito porquanto pronta a causa, desistindo as partes de quaisquer outras provas a serem produzidas.

Responsabilidade do Banco Réu perfeitamente configurada e mesmo admitida pela má diligência na prestação do serviço, este, inserido nas relações de consumo.

A alegação de que tudo levaria a crer que um dos filhos do de cujos teria usado o cartão, não pode ser aceita, máxime se desprovida de qualquer prova nesse sentido.

Culpa de terceiro afastada como de resto, afastada qualquer excludente indenizatória.

Dano moral arbitrado em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), por bem atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Recurso parcialmente provido (fls. 197-198).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Sustenta a parte recorrente violação dos seguintes preceitos:

a) art. 535, II, do Código de Processo Civil, defendendo que houve omissão por parte do Tribunal de origem no julgamento dos seguintes temas:

i) possibilidade de a viúva e os herdeiros utilizarem-se da figura do espólio para pleitearem, em nome deste, reparação por dano moral causado ao de *cujus*;

ii) existência de ato ilícito na atitude do banco de comunicar inadimplência do de *cujus*, se não detinha informação de seu falecimento, visto que o cartão de crédito foi recebido por seu filho e não devolvido ao banco, como lhe competia fazer;

iii) responsabilidade do banco pelas despesas realizadas com o referido cartão no período em que permaneceu ativo e que antecedeu à comunicação do óbito do titular; e

iv) possibilidade de o espólio sofrer constrangimento, dor ou vexame em razão do ocorrido, sendo importante frisar que foi em nome deste que se pleiteou a indenização, e não em nome dos herdeiros ou da viúva.

b) arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil. “Conclui-se da narrativa da autora que as sedizentes vítimas se apresentam como viúva e familiares do Sr. Edenízio, o que retira toda e qualquer possibilidade de que o pedido de indenização seja formulado pelo espólio, que nenhum interesse tem a ser protegido”. Defende a ilegitimidade passiva do espólio;

c) art. 160, I, do Código Civil de 1916, ao argumento de que o lançamento das despesas na fatura do cartão de crédito consistiu em exercício regular de direito do ora recorrente à falta de qualquer informação de extravio do cartão enviado ao correntista, visto que a conta-corrente continuou a ser movimentada mesmo após o falecimento do Sr. Edenízio;

d) art. 14, § 3º, II, do Código de Processo Civil, porque não agiu corretamente o filho do Sr. Edenízio, pois recebeu o cartão com o qual foram feitas as despesas questionadas, mas não o inutilizou e tampouco comunicou o óbito do seu genitor à administradora, de modo que ela ainda não tinha ciência do falecimento e não pôde impedir a sua utilização; e

e) art. 159 do Código Civil, uma vez que não é possível ao espólio sofrer a dor, o abalo ou o constrangimento narrados pelos ora recorridos, o que é suficiente para demonstrar a improcedência da pretensão autoral.

As contra-razões foram apresentadas (fls. 247-271).

Admitido o recurso por força de decisão do Ministro Cesar Asfor Rocha, ascenderam os autos ao STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo não-conhecimento do recurso especial em parecer assim sumariado:

Recurso especial. Ação de indenização por dano moral causado ao *de cujus*. Legitimidade ativa do espólio. Jurisprudência dessa Corte. Pelo conhecimento parcial do recurso e nessa parte, pelo não provimento (fl. 266).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): O espólio de Edenízio Muniz da Silva, representado por sua inventariante, Maria da Glória Reis da Silva, propôs “ação ordinária indenizatória” em desfavor do recorrente, ao argumento de que, muito embora tenha informado a instituição bancária da

qual seu marido era correntista de que ele falecera, o banco enviou, dois anos após a morte, inúmeras faturas de cartão de crédito para a residência da família e, por fim, inseriu o nome do falecido no cadastro de inadimplentes. Em razão do constrangimento sofrido, foi requerida indenização por dano moral.

O recorrente, por outro lado, contestou, afirmando que não houve ato ilícito, pois não foi informado da morte do Sr. Dionízio, tanto que a conta do falecido continuou a ser movimentada normalmente. Afirma que o cartão de crédito, cujas faturas ficaram pendentes de pagamento, foi enviado para a residência do falecido quase dois anos após a morte, sendo que o cartão foi recebido e desbloqueado por alguém da família (doc. fl. 47). Aduz que, se houve prejuízo de qualquer ordem, este se deu exclusivamente em razão da omissão dos parentes, que não comunicaram ao banco a morte do correntista e que não inutilizaram o cartão no ato de seu recebimento. Afirma ter agido no exercício regular de direito, não havendo dano a ser indenizado.

Concluiu o juízo singular pela improcedência do pedido, visto que “o dano moral narrado na inicial diz respeito ao sofrimento da viúva e de seus familiares, já que o morto não mais possui direito da personalidade a defender, sendo certo que os mesmos deveriam, em nome próprio, pleitear a reparação que entendessem devida, mas não o espólio, o qual, salvo melhor juízo, não possui direito à pretensão deduzida em juízo, impondo-se a improcedência do pedido”. Decidiu pela ilegitimidade ativa do espólio. Extinguiu o processo nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, reformando a sentença, determinou o pagamento de R\$ 6.000,00 a título indenizatório.

Contra o referido acórdão se insurge o recorrente.

A presente irresignação merece prosperar.

Algumas situações devem ser consideradas quando da análise da legitimidade ativa do espólio para pleitear indenização por danos morais em nome do *de cuius*.

A mais freqüente diz respeito à hipótese em que a vítima do dano moral vem a falecer no curso da ação indenizatória. Nesse caso, considerando a natureza patrimonial do direito de ação por danos morais, esse direito se transmitirá aos herdeiros. Detém, portanto, o espólio legitimidade para suceder o autor na ação de indenização, operando-se a substituição processual.

Outra situação se refere à possibilidade de a vítima do dano moral falecer antes do ingresso da competente ação, hipótese em que, muito embora se reconheça o caráter pessoal da referida ação, esta Corte considera que “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima” (RSTJ, 71:183). Da mesma forma, em tal caso, detém o espólio legitimidade para intentar ação de reparação por danos morais.

Também freqüente é aquela hipótese que contempla a possibilidade de o espólio ajuizar ação de reparação por dano sofrido pelos herdeiros do *de cuius* em razão do sofrimento que experimentaram com sua morte ou em decorrência de eventual constrangimento sofrido pelo falecido e que, de algum modo, atingiu os herdeiros. Nesse caso, não detém o espólio legitimidade ativa para a ação de indenização, porquanto o direito no qual se funda a ação é próprio dos herdeiros, e não do *de cuius*.

A circunstância dos autos bem se assemelha à última hipótese, pois os herdeiros é que se sentiram ofendidos com os fatos narrados na inicial, sendo, portanto, os titulares do direito de ação. Constatou-se, por tudo quanto descrito nos autos, que, na presente hipótese, a causa de pedir da ação de indenização, ajuizada pelo espólio, tem como suporte fático eventuais danos sofridos pela viúva e pelos filhos em razão da negatização do nome do *de cuius* pelo não-pagamento de fatura de cartão de crédito. Claro está que não houve nenhum sofrimento ou abalo moral sofrido pelo falecido, pois sua morte se deu em 29.08.1997, e os fatos ocorreram em 28.04.2000. Não se pode olvidar que sofrimento, dor, vergonha e constrangimento somente podem ser sentidos por pessoas vivas, não se podendo falar “na dor do morto”. Por conseguinte, concluiu-se pela ilegitimidade do espólio em figurar no pólo ativo da ação.

Cito, por oportuno, trecho da obra “Responsabilidade Civil” do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, que, citando Maria Helena Diniz (fl. 568), trata da transmissibilidade do dano moral nos seguintes termos:

“Como a ação ressarcitória do dano moral funda-se na lesão a bens jurídicos pessoais do lesado, portanto inerentes à sua personalidade, em regra, só deveria ser intentada pela própria vítima, impossibilitando a transmissibilidade sucessória e o exercício dessa ação por via sub-rogatória. Todavia, há forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de se admitir que pessoas indiretamente atingidas pelo dano possam reclamar a sua reparação.” Adiante, aduz: “É preciso não olvidar que a ação de reparação comporta transmissibilidade aos sucessores do ofendido, desde que o prejuízo tenha sido causado em vida da vítima. Realmente, pelo Código Civil, art. 1.526 [do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 943 do novo], o direito de exigir a reparação transmite-se com a herança.”

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para extinguir o processo nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, ficando prejudicadas as demais questões propostas no recurso.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 902.158-RJ (2006/0247280-5)

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente: Caixa Econômica Federal - CEF

Advogados: Leonardo Yukio Dutra dos Santos Kataoka e outro(s)

Leonardo da Silva Patzlaff e outro(s)

Antônio José Camilo do Nascimento e outro(s)

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorrido: Adão Antônio Pereira

Advogado: Simone Martins Silva Nogueira e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Loteria federal. Bilhete que faz referência a sorteio que não contemplou os números indicados pelo autor. Prova de que a aposta foi realizada no prazo para o sorteio anterior. Irrelevância. Bilhete não nominativo que ostenta caráter de título ao portador.

1. Pode e deve o Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração, sanar eventual contradição ou omissão existente na apreciação de determinada prova produzida em primeiro grau, sob pena de, nesse caso, violar o art. 535 do CPC.

2. Em se tratando de aposta em loteria, com bilhete não nominativo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em casos tais, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta estas características de título ao portador.

3. É que o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta.

4. Recurso especial do Ministério Público Federal conhecido e provido. Prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, conhecendo e dando provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal, e julgando prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal, acompanhando o voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, Relator, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial do Ministério Público Federal e deu-lhe provimento, e por unanimidade, julgou prejudicado o recurso especial da Caixa Econômica Federal. Vencido, em parte, o Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) que conhecia e dava parcial provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e João Otávio de Noronha (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Adão Antônio Pereira ajuizou ação em face da Caixa Econômica Federal (CEF), objetivando a condenação da ré ao pagamento de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), alegando ter sido o único acertador do sorteio n. 0083 da “Supersena”. Aduziu que, conquanto o bilhete fizesse referência ao sorteio n. 0084, tal ocorreu por erro de processamento, tendo em vista que realizou a aposta em 1º.11.1996, último dia permitido para concorrer ao Concurso n. 0083.

O Juízo da 3ª Vara Federal de Volta Redonda julgou improcedente o pedido inicial fls. 249-256).

Em grau de apelação, a sentença foi inicialmente mantida, nos termos da seguinte ementa:

Processual Civil e Civil. Pagamento de prêmio da supersena. Bilhete de aposta constando a numeração de concurso posterior ao que o apelante alegou ter apostado. "Virada" de concurso feita manualmente. Ausência de provas. Recurso improvido.

I – O ora apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou.

II – À época dos fatos, a "virada" de um concurso para outro era feita manualmente e não *on line* como ocorre hoje, ou seja, uma lotérica no interior do Estado teria que encerrar suas apostas antes, a fim de entregar os dados no mesmo horário que uma outra, mais próxima à Central, e que, por isso, poderia encerrar suas apostas depois.

III – Apesar do autor ter alegado que o dito jogo foi realizado conjuntamente com os acostados às fls. 40-44, nos quais está registrado o dia 1º.11.1996 e a hora 10:31, na primeira linha, inexistente nos autos qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretensão jogo premiado, tais dados.

IV – O código "BIL 0084.060.908", segundo os depoimentos que instruíram a ação cautelar de produção antecipada de prova, é um número seqüencial dos volantes de apostas sucessivas, não servido como prova do alegado no presente caso, eis que nenhum daqueles bilhetes acostados se referem ao jogo da *Supersena*.

V – Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

VI – Precedentes.

VII – Recurso improvido. (fl. 312)

Opostos embargos de declaração, foram eles acolhidos para julgar procedente o pedido inaugural, *verbis*:

Embargos declaratórios. Efeitos infringentes. Supersena. Concurso de n. 083. Efetivação da aposta. Dúvida quanto ao concurso ao qual o embargante concorria.

Apensa cautelar de produção antecipada de provas. Circular n. 65/1995. Direito ao prêmio.

Estando afirmado na peça de fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, que o *autor fez sua aposta em 1º.11.1996, Concurso n. 083 da Supersena* – a respeito do que se omitiu o v. acórdão recorrido – tal registro contradiz a assertiva, posta no d. voto condutor do v. acórdão recorrido, de inexistir nos autos “qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretense jogo premiado, tais dados”, concernentes, precisamente, *ao dia* e à hora em que feita a aposta, impondo-se, assim, declarar evidenciada a circunstância fática de que ora embargante fez sua aposta no dia 1º.11.1996.

E mais, omitiu-se o acórdão embargado quanto ao registro constante às fls. 23 dos presentes e fls. 05 da cautelar em apenso, de que a CEF, em 13.11.1996 – antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 084, ocorrido em 14.11.1996 - recebeu o bilhete premiado das mãos do autor e que este a autorizou a creditar o prêmio a que fazia jus, em sua conta corrente.

Destarte, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, não há como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado, no dia 13 de novembro de 1996, que se refira a sorteio de jogo realizado no dia seguinte. Por outro lado, a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995 (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 – Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Embargos declaratórios providos. (fl. 377)

Sobrevieram, assim, recursos especiais interpostos pela CEF e pelo Ministério Público Federal (MPF).

Do recurso especial interposto pela CEF:

Cuida-se de recurso especial interposto com amparo nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual se alega ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez que “foi dado provimento a embargos de declaração para reexame meritório da demanda, sendo certo que inexistia qualquer omissão ou contradição intrínseca no julgado” (fl. 391). Alega a CEF que a contradição apontada no julgamento dos embargos de declaração residiria na análise das provas dos autos e não na própria decisão embargada.

Sinaliza, por derradeiro, dissídio jurisprudencial em torno da aplicação do art. 535 do CPC.

Do recurso especial interposto pelo MPF:

O Ministério Público Federal, com base no art. 499, § 2º, do CPC, também interpõe recurso especial, fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional.

Sustenta, também, maltrato ao art. 535 do CPC, uma vez que, em nenhuma hipótese, é autorizado o reexame de provas na via dos embargos declaratórios; e art. 20, § 4º, no que tange ao valor dos honorários advocatícios.

Alega o MPF, ademais, ofensa aos arts. 332 e 333 do CPC, porquanto somente seria cabível a prova da aposta com a apresentação original do bilhete, por se tratar este de título ao portador, valendo o que nele está escrito. No caso, fotocópias de bilhete ou de “recibos de custódia de bilhetes”, sem autenticação, não seriam aptas a provar o alegado na inicial.

Aduz, de outra parte, violação ao art. 6º do Decreto-Lei n. 204, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a exploração de loterias.

Sinaliza, de resto, dissídio jurisprudencial em relação ao REsp. n. 146.436-RJ, de relatoria do e. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma.

Contra-arrazoados (fls. 498-524), ambos os recursos especiais foram admitidos.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal (fl. 549).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. Analiso, por primeiro, o recurso especial interposto pelo *Ministério Público Federal*, diante da prejudicialidade e maior abrangência em relação ao da CEF, que fundamentalmente alega ofensa ao art. 535 do CPC.

2.1. Afasto, de saída, a preliminar argüida em contra-razões, acerca da ilegitimidade do Ministério Público para recorrer.

Nos termos do art. 499 do CPC, pode o órgão do *Parquet* interpor recurso tanto em processos em que figurar como parte, quanto naqueles em que for

fiscal da lei, nas hipóteses disciplinadas no art. 82 do CPC e em outros diplomas legais.

Muito embora o puro interesse econômico/financeiro do Estado, ou de suas empresas públicas, não se confunda com o “interesse público” a que faz referência o inciso III, do art. 82, do CPC, no caso ora posto em julgamento, afigura-se-me presente a legitimidade do Ministério Público Federal para intervir no feito e, como conseqüente, manejar recursos.

É que as receitas auferidas com as loterias administradas pela Caixa Econômica Federal têm destinação eminentemente social, nos termos do Decreto-Lei n. 204/1967, da Lei n. 6.717/1979 e da Lei n. 6.168/1974.

O parágrafo único, do art. 1º, do Decreto-Lei n. 204/1967, está assim redigido:

Art 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-Lei.

Parágrafo único. A renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica, empreendimentos do interesse público.

De outra parte, o resultado líquido do concurso de prognóstico destina-se às aplicações previstas no art. 5º, da Lei n. 6.168/1974, por força do que dispõe a Lei n. 6.717/1979, *verbis*:

Art 5º As aplicações a cargo da Caixa Econômica Federal, dentro das normas estabelecidas pelo Poder Executivo, serão feitas sob a forma de financiamentos, destinados, preferencialmente, a:

- I - Projetos de interesse do setor público, nas áreas de Saúde e Saneamento, Educação, Trabalho e Previdência e Assistência social;
- II - Projetos de interesse do setor privado, nas áreas referidas no item anterior;
- III - Programas de caráter social, para atendimento a pessoas físicas.

Com efeito, a discussão acerca do pagamento de prêmios da Loteria Federal tem reflexo imediato na receita a ser destinada a programas de interesse social.

Ademais, os concursos de loteria são oferecidos em larga escala ao público em geral, e a credibilidade dos sorteios diz respeito diretamente ao direito do consumidor, refletindo manifesto interesse difuso.

Se tudo não fosse suficiente, bem de ver que o Ministério Público oficia no feito desde junho de 2002 (fls. 294-296), atuando como fiscal da lei. Assim, incide a Súmula n. 99-STJ: “O *Ministério Público tem legitimidade* para recorrer no processo em que atuou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

Por esses motivos, patente a legitimidade do Ministério Público Federal em interpor recurso especial com base no § 2º, do art. 499, combinado com o art. 82, ambos do CPC.

Preliminar rejeitada.

2.2. Também não colhe êxito a alegada violação ao art. 535, CPC.

Com efeito, noticiam os autos que Adão Antônio Pereira pleiteou a condenação da CEF ao pagamento de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), alegando ter ganho prêmio da “Supersena” referente ao Concurso n. 0083. A tese articulada pelo autor, em resumo, é a de que a referência ao Concurso n. 0084, constante em documento acostado na inicial, decorreu de erro da máquina registradora, uma vez que realizou o jogo na sexta-feira, dia 1º.11.1996, às 10:31 h, quando ainda não encerradas as apostas para o Concurso n. 0083.

Os fundamentos da sentença de improcedência foram os seguintes:

Com efeito, o bilhete acostado às fls. 23 não contém a data e hora da realização da aposta.

Consoante consta dos depoimentos prestados quando da cautelar de produção antecipada de provas, pelas testemunhas *Rosane Aparecida Ortogalli* e *Rosimar Chimendes de Andrade Silva* (fls. 56 e 58), o registro do dia e da hora do jogo só aparecia no início do talão, não se repetindo no volante de cada aposta.

Assim, não há como se ter certeza sobre esses dados quanto ao bilhete em questão.

Em que pese o fato de o Autor argumentar que dito jogo foi realizado junto com aqueles cujos bilhetes encontram-se às fls. 40-44, em que está registrado, na primeira linha, “1º.11.1996 10:31”, inexistente prova efetiva disso.

(...)

Por outro lado, as testemunhas *Solange de Jesus Vicente* e *Rosane Aparecida Ortogalli*, em seus depoimentos, foram precisas em afirmar que a “virada” para o concurso seguinte, à época em que os fatos ocorreram, era feita manualmente.

Tal fato permite concluir-se, inclusive com base em outros depoimentos e elementos constantes dos autos, que antes de o sistema ser *on line*, a “virada” de

um concurso para o seguinte não era realizado ao mesmo tempo em todas as casas lotéricas, sendo certo que “uma lotérica no interior do Estado localizada mais distante desta Central, teria que encerrar suas apostas antes para entregar os dados no mesmo horário que uma outra lotérica que, por estar mais próxima àquela Central, poderia ter encerrados suas apostas depois” (fl. 52).

Em sendo assim, não há prova nos autos que permita a essa Magistrada formar seu convencimento não apenas quanto ao real momento em que a aposta do Autor ocorreu, como igualmente em que horário do dia 1º.11.1996 foram encerradas, na casa lotérica em que foi feito o jogo referenciado, as apostas relativas ao Sorteio 0083.

E, em razão disso, exsurge como incontestável ter o Autor participado do Concurso n. 0084, à vista do registro efetivado em seu bilhete. (fl. 252)

Por sua vez, o voto condutor do acórdão de apelação, de lavra do então Juiz do TRF da 2ª Região Benedito Gonçalves, acrescenta que:

Como bem ressaltou a magistrada a quo, o registro no bilhete consta o “Concurso n. 0084” e foi para esse sorteio que concorreu o ora apelante, de forma consciente, que poderia, no momento da aposta, ter contestado aquele registro da máquina, se efetivamente existiu erro, como o mesmo sustenta.

Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal nem a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo a quo no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou. (fls. 309-310)

Todavia, em sede de embargos de declaração, entendeu por bem o TRF da 2ª Região reconsiderar a posição firmada no acórdão que apreciou a apelação, julgando procedente o pedido inicial para condenar a CEF a pagar R\$ 22.000.000,00 atualizados ao autor. E assim o fez pelos seguintes fundamentos:

(...)

Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) - omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que contido às fls. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar,

mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: “recebemos o bilhete acima mencionado” e “autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus”. Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia; b) – incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: “Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias”. A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático – jurídica da emissão de “certificado de custódia de bilhete premiado (fls. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14”. Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado, no dia 13 de novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte? ...; c) – a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995, (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 - Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 - A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Isto posto:

Dou provimento ao recurso para, sanando omissão e contradição do v. acórdão recorrido, declarar que a aposta do Autor, a que se refere a peça vestibular ocorreu, como dito, expressamente, pela Ré, às fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, no dia 1º.11.1996, concorrendo ao Concurso de n. 083, no qual foi premiado (fls. 25) e, em consequência, atribuir efeitos modificativos ao v. acórdão recorrido, dando provimento ao apelo para, reformada a r. sentença de fls. 249-256, julgar procedente o pedido inaugural, condenando a Ré no pagamento ao Autor da quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), com acréscimo de correção monetária, desde a data em que deveria ter sido pago, no dia 07 de novembro de 1996, e juros de mora, a partir da citação. Condeno a Ré, outrossim, no pagamento das custas e em honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. (fls. 359-360).

Colhe-se dos autos, ademais, que somente foi apresentado o “certificado de cautela” em substituição do bilhete alegadamente entregue à Caixa Econômica

Federal e extraviado. Também informou o MPF na peça recursal que o valor cobrado na inicial era bem diferente do valor que seria pago ao acertador do indigitado concurso (R\$ 10.357.697,77).

Diante da acolhida dos embargos de declaração com efeitos infringentes, bate-se o Ministério Público Federal em ofensa ao art. 535 do CPC, alegando que foi reexaminado todo o contexto probatório dos autos para se chegar a conclusão diversa.

Sem razão, todavia.

É que, em verdade, pode e deve o Tribunal *a quo*, em sede de embargos de declaração, sanar eventual contradição ou omissão existente na apreciação de determinada prova, tal como produzida em primeiro grau, sob pena de, nesse caso, violar o art. 535 do CPC.

Havendo, em decorrência do novo exame, supressão da omissão ou contradição, resultando novos contornos acerca da prova produzida, tal possibilidade está contemplada pela excepcionalidade de se emprestar efeitos infringentes aos aclaratórios.

Esta Corte sufraga tal assertiva:

Processual Civil. Ação indenizatória. Ausência de manifestação do tribunal *a quo* sobre temas suscitados na apelação e reiterados em embargos declaratórios. CPC, art. 535, II. Anulação.

I. Se os temas suscitados pela parte tanto na apelação, como nos embargos de declaração, por versarem sobre a contradição da prova dos autos, somente podem ser apreciados na instância ordinária, identifica-se omissão no julgamento do Tribunal estadual que, inobstante a relevância, no caso, da matéria de defesa, notadamente em relação ao valor da indenização, deixa de se manifestar a respeito.

II. Recurso especial conhecido em parte e provido, para que, anulado o julgamento dos embargos declaratórios, outro seja proferido apreciando os pontos nele abordados em ratificação à peça apelatória.

(REsp n. 169.055-SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 11.04.2000, DJ 26.06.2000, p. 176)

Embargos de declaração. Omissão e contradição.

1. Apontando os declaratórios contradição entre a prova técnica negativa e a condenação em perdas e danos, em período abrangido pela perícia, mas decorrente de descumprimento de liminar e omissão sobre o deferimento de

verba não incluída no pedido, impõe-se ao Tribunal de origem o desate específico dos pontos indicados, no âmbito do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 160.072-RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 17.05.1999, p. 197)

Com efeito, em tese, era mesmo possível ao Tribunal emprestar efeitos infringentes aos embargos para suprir omissão ou contradição alusiva à análise da prova. Porém, não é possível deslindar nesta instância se o Tribunal, quando do julgamento da apelação, já teria ou não manifestado juízo acerca do ponto alegadamente omissivo ou contraditório, por ser matéria eminentemente probatória. Incide, assim, a Súmula n. 7.

Além do mais, como se verá, é caso de aplicação do art. 249, § 2º, do CPC, que assim preleciona: “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

Nesse sentido, também é o seguinte precedente: REsp n. 282.716-SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21.02.2006, DJ 10.04.2006, p. 168.

3. Quanto ao mérito, o recurso merece acolhida.

É incontroverso o fato de que o autor somente apresentou, com a inicial, o chamado “recibo de custódia”, documento entregue pela CEF quando um apostador se diz ganhador de concurso de loteria, mediante a contra-entrega pelo alegado ganhador do bilhete supostamente premiado.

O recibo - e isso também é incontroverso -, faz referência ao Concurso n. 0084 da “Supersena”, sendo certo, ademais, que os números apostados pelo autor foram sorteados no Concurso n. 0083. Em relação ao bilhete original, o próprio autor esclarece na inicial que constava mesmo a referência ao Concurso n. 0084.

Esse fato é justificado pelo autor nos seguintes termos:

Accontece que o Autor foi até a Caixa Econômica Federal, se dirigiu ao Gerente com o bilhete n. 19.2.11114-0T-01/015-01/0186867-1, que estava qualificado como concurso 0084, deixando o Autor surpreso.

Como a máquina registradora da Loteria Esportiva mudou o Concurso n. 0083 para 0084, ainda dentro da semana do Concurso n. 0083, trouxe um prejuízo incalculável ao Autor. (fl. 03)

O Tribunal *a quo*, por sua vez, dirigiu sua análise à existência de provas de que o autor teria realizado sua aposta no prazo para concorrer ao sorteio n. 0083, malgrado tenha sido processada somente para o de n. 0084, chegando a conclusão de que essa circunstância seria suficiente para o acolhimento do pleito.

Contudo, mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, tampouco se a aposta foi realizada neste ou naquele dia, tendo em vista que o que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais, em se tratando de apostas não nominativas, é a literalidade do bilhete, eis que ostenta este características de título ao portador.

Tal conclusão se extrai da leitura dos dispositivos da legislação regente, como, por exemplo, os arts. 6º e 12, *caput* e § 2º, do Decreto-Lei n. 204/1967:

Art 6º O bilhete de loteria, ou sua fração, será considerado nominativo e intransferível quando contiver o nome e endereço do possuidor. A falta desses elementos será tido como ao portador, para todos os efeitos.

Art 12. Em caso de roubo, furto ou extravio, aplicar-se-á ao bilhete ou fração de bilhete de loteria, não nominativo, e no que couber, o disposto na legislação sobre ação de recuperação de título ao portador.

(...)

§ 2º Somente mediante ordem judicial deixará de ser pago algum prêmio ao portador ou ao titular do bilhete ou fração premiados.

Percebe-se que da generalidade, senão unanimidade, das apostas relativas a prêmios oferecidos pela Loteria Federal, extraem-se bilhetes não nominativos, como é o caso dos autos, devendo o prêmio ser pago a quem, no prazo estipulado em lei, apresentar o bilhete premiado.

Se é assim, o bilhete premiado veicula um direito autônomo, cuja obrigação se incorpora no próprio documento, podendo ser transferido por simples tradição, característica que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta.

Caio Mário, em suas *Instituições*, esclarece com precisão tal característica dos títulos ao portador:

O princípio cardeal em matéria deste instrumento é que a legitimidade do direito representado pelo título de crédito assenta na conjugação da *materialidade* do instrumento e sua posse, presumindo-se credor quem se apresenta como *possuidor do documento*. E seu fundamento é encontrado na

teoria da *incorporação* segundo a qual o direito permanece desde a origem, e em todas as fases de sua existência circulatória, vinculado ao documento que o exprime e delimita; a aquisição do título induz a do direito, da mesma forma que a transmissão de um *produz* a do outro.

(...) Não é mero instrumento probatório, porém documento constitutivo da obrigação, como não se configura como simples reconhecimento de uma dívida, mas um título obrigatório em si mesmo. (*Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 474)

Por sua vez, Pontes de Miranda, em sua mais monumental obra, bem diferencia os bilhetes de loteria nominativos - que caracterizam, em última análise, um contrato de loteria - daqueles bilhetes ao portador, *verbis*:

Loterias são jogos de azar entre muitos e um só, mediante determinado plano, pelo qual a tirada de uma ficha, ou a aparição de um número, ou, ainda, qualquer outro meio semelhante de sortear, decide sobre a perda do jogador correspondente, ou de seu ganho. (...) Pelo contrato de loteria (bilhete nominativo), obriga-se o empreendedor do jogo, perante grande número de contraentes, que de seu lado lhe pagam soma em dinheiro, ou outro valor, a prestar ao vencedor no sorteio prêmio a que o legitima o bilhete nominativo suscetível de se reger pelas regras jurídicas concernentes aos títulos nominativos. Supõem-se transferíveis. Sempre que nos referimos à loteria, tratamos somente do bilhete ao portador, que é hoje quase o único usado, sem os caracteres do contrato de loteria, pois constitui a figura do título ao portador. (*Tratado de direito privado*, Tomo XXXII, 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 440)

Com efeito, tratando-se de títulos ao portador, e levando em consideração que os sistemas de loterias são bastante visados por toda sorte de fraudes, a cautela no pagamento de prêmios deve ser a maior possível, não podendo haver pagamento além daquilo que está estampado no bilhete apresentado.

Por exemplo, se um bilhete premiado é extraviado e a Caixa Econômica Federal paga a quem fez a aposta, mediante provas incontestes - como pretende o autor, ora recorrido -, ainda assim não estará desobrigada a pagar a outrem que apresentar o título no prazo, por força do que dispõe o § 2º, art. 12, do Decreto-Lei n. 204/1967.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era nesse sentido:

Recurso extraordinário contra acórdão que julgou improcedente a ação do portador de um bilhete de loteria inutilizado por erro. Exata aplicação das disposições do Decreto-Lei n. 6.259. Denegação do recurso. Agravo desprovido. (AI n. 23.127, Relator(a): Min. Antonio Villas Boas, Segunda Turma, julgado em 04.10.1960, ADJ Data 29.05.1961 PP-00089 EMENT VOL-00438 PP-00189)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a e. Terceira Turma, em duas oportunidades, apreciou o tema, exarando sempre o mesmo entendimento:

Civil. Loteca do certo e do errado. O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores, já corrigidas por ocasião de sua aposta. Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 146.436-RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 14.09.1999, DJ 25.10.1999, p. 77)

Direito Processual Civil. Loteria. Prêmio. Ônus da prova.

- Não há relevância em possível equívoco momentâneo, relativo a informações imprecisas, concernentes a concursos anteriores, prevalecendo, tão-somente, o que está descrito no título ao portador, o qual constitui o único e, portanto, restrito direito do apostador, notadamente quando já corrigida a falha humana, no momento da efetivação da aposta, que gerou a incoerência no sistema.

- Se o Tribunal de origem referendou a apreciação fática da questão dada pelo Juiz, no sentido de que as provas produzidas atestam para a carência de comprovação da alegada data em que se operou a aposta, considerando-se que, de acordo com o título, prevalece aquela nele contida, nada há para retocar no acórdão recorrido.

- Cabe, portanto, ao apostador conferir o bilhete de loteria no momento da sua emissão.

- O ônus da prova, por conseguinte, incumbe ao portador do título.

Recurso especial não conhecido.

(REsp n. 960.284-RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008)

5. Ressalte-se, ademais, que a tese veiculada pelo autor da ação, de que devido a erro no processamento de sua aposta não foi possível receber o prêmio, somente seria apta a lastrear ação de responsabilidade civil, com vistas à reparação do apontado dano sofrido, contra quem entender de direito, mas não para receber o prêmio da loteria com base em bilhete que não ostenta os números sorteados para o concurso indicado.

6. Assim, o recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal deve ser conhecido pela divergência e provido, restando prejudicadas as demais teses, bem como prejudicado está o recurso interposto pela Caixa Econômica Federal.

7. Diante do exposto, conheço do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal e dou-lhe provimento, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial; e julgo prejudicado o recurso especial interposto pela Caixa Econômica Federal.

A cargo do recorrido, custas e honorários advocatícios, estes ora fixados em R\$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observados, se for o caso, os benefícios previstos na Lei n. 1.060/1950.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Presidente): Srs. Ministros, como se vê, trata-se de um tema quase de auto indagação. Porém, assim, não se apresenta pelos fatos que encerra. Lembro-me do livro “Títulos de Crédito”, do Prof. *João Eunápio Borges*, onde ele leciona que o bilhete de loteria, a passagem de ônibus, etc, não são títulos de crédito, mas, sim, comprovantes de legitimação. Quando, por exemplo, se compra uma passagem de ônibus e nela vem assinalada a cadeira de número 27, trata-se de um comprovante de legitimação de que, naquela viagem, o passageiro – adquirente do bilhete – terá posse (direito) daquela cadeira e nada mais. Vale o comprovante pela sua literalidade, pelo que nela está escrito. Não serve a compra da cadeira n. 2, recebendo, no entanto, a de n. 27 e querer reivindicar a de n. 2.

Aliás, o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão menciona um precedente da Terceira Turma, do Sr. Ministro Ari Pargendler, no Recurso Especial n. 146.436-RJ, que diz:

O direito do apostador se limita ao que está contido no título ao portador, nada importando que possa ter sido confundido por informações imprecisas de concursos anteriores.

Li os memoriais que o Dr. Aldir Guimarães Passarinho ofereceu e fiquei muito preocupado com este caso, mas entendo, como o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, que vale o que está escrito. Se o recorrido fez a aposta, julgando apostar no jogo oitenta e três, mas o fez no jogo oitenta e quatro, vale o oitenta e quatro e não o oitenta e três; se foi um erro de digitação ou da lotérica, esse é outro problema, mas esse erro não confere o direito ao prêmio.

Não vejo como deferir um prêmio de um concurso para quem, pelo comprovante de legitimação que exibiu, fez aposta em outro.

Com a devida vênia do Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator para julgar improcedente a ação.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: A controvérsia instaurada nos autos diz respeito ao suposto prêmio da Super Sena, Concurso n. 0083, sorteado em 06 de novembro de 1996, sem ganhadores.

Os fatos estão bem delineados no seguinte sentido: o autor da presente ação alegou que participou do certame, mas que, por erro na máquina registradora da casa lotérica, teria ficado registrado no seu bilhete que concorria para o Concurso n. 84. Nada obstante, os números que apostou foram sorteados no Concurso n. 0083. Assim, veio ao judiciário reclamar o prêmio.

A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, ao fundamento de que as provas constantes dos autos não são suficientes para demonstrar que efetivamente participou do Concurso n. 0083, já que no bilhete constava o n. 0084.

A sentença foi mantida pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, esse tribunal, ao decidir os embargos declaratórios opostos pelo autor da ação, os acolheu com efeito infringente, determinando à CEF que pague o valor de vinte e dois milhões de reais corrigidos desde 1996 (valor este posteriormente retificado para cerca de dez milhões).

Interposto recurso especial pela CEF e Ministério Público, o Ministro Luiz Felipe Salomão votou no sentido de conhecer e prover o recurso. Já o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, iniciou divergência, no sentido de manter o acórdão recorrido.

Pedi vista para melhor exame, e constato que a questão é pungente, pois há uma pessoa reclamando o prêmio de vinte e dois milhões de reais, fez provas que até corroboram sua tese como expendida na inicial, mas que não chegam a ser conclusivas. Tanto assim é, que o Tribunal *a quo* ao conferir efeito modificativo aos embargos, interpretou às mesmas provas anteriormente analisadas, apenas concluindo diversamente sobre fatos já debatidos.

Contudo, isso indica um caminho a ser seguido para solução da lide e, trilhando por ele, inicio por me posicionar em sentido diverso do Ministro Honildo Amaral, *data venia*.

a) da legitimidade do Ministério Público para propor o recurso especial.

Inicialmente, não tenho nada a acrescentar aos votos que me precederam sobre a legitimidade do Ministério Público para aviar o recurso especial, pelo que corroboro inteiramente com as conclusões do Relator.

b) da violação às disposições do artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil.

É fato incontroverso que o autor da ação, no dia 1º.11.1996, fez uma aposta para concorrer na *Super Sena* e saiu com um bilhete indicando que estava participando do Concurso n. 0084. De outro lado, restou sem solução se efetivamente concorreu para o concurso de n. 0084, ou se fez sua aposta a tempo de concorrer no concurso anterior, o de n. 0083, hipótese que se seria possível acaso tivesse apostado antes das 14:00 horas do dia 1º.11.1996. E, isso não foi comprovado, segundo a sentença, pois não trouxe aos autos o original do bilhete de aposta. Também não trouxe o original do recibo de custódia fornecido pela CEF, que ele obrigatoriamente deveria ter, caso seu bilhete tivesse ficado retido na CEF, conforme alegou. Não cuidou sequer de fornecer cópias autenticadas.

Face a essas inconsistências e à falta do original do bilhete, a sentença concluiu que, não havendo elementos suficientes que pudessem levar ao convencimento de que a aposta feita pelo autor fora a tempo e hora de participar do Concurso n. 0083, surgia, incontestavelmente, que havia participado do Concurso n. 0084 (fl. 252).

Nessa esteira, concluiu o Tribunal *a quo*, ao julgar a apelação:

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal e a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo *a quo* no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete – única prova material do fato – consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou. (fl. 310).

Esse entendimento foi alterado no julgamento dos embargos declaratórios e neste ponto reside o cerne da controvérsia trazida no recurso especial.

Quando o Tribunal alterou suas conclusões no julgamento dos embargos declaratórios, entendeu que se o jogo fora feito no dia 1º.11.1996, então haveria de se deduzir que estava o autor concorrendo para o concurso da semana, o de número 83. Também presumiu que o acolhimento pela CEF do bilhete premiado na data de 13.11.1996 era indício de que não poderia ter concorrido para o Concurso de n. 0084 que seria sorteado no dia seguinte. Além disso afirmou que a hipótese de inexatidão material era prevista pelo CEF. Observa-se:

Reconhecendo, como o reconheço, efetivamente, que a aposta se fez no dia 1º.11.1996, o que daí se segue, necessariamente, é que , como dito , às fls. 320, “as apostas feitas no dia 1º foram sorteadas no dia 7, como se vê de fls. 149 da medida cautelar (a que – repita-se – se refere o d. voto condutor do v. acórdão embargado) e pode ser confirmado na *Internet* a qualquer tempo. No dia 7 correu o Concurso n. 83 e não o 84. Assim, se o recorrente lançou seus números no dia 1º, necessariamente estavam concorrendo ao Concurso n. 83, embora do certificado conste o n. 84, por um evidente erro de digitação”.

Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) - omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que contido às fls. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar, mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: “recebemos o bilhete acima mencionado” e “autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus”. Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido , por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia; b) – incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: “Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias”. A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático – jurídica da emissão de “certificado de custódia de bilhete premiado (fls. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14”. Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado , no dia 13 de

novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte? ...; c) – a hipótese de inexatidão material do número do jogo, a que se refere a aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995, (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 – Apostas às expensas do revendedor: 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Isso tudo são conclusões extraídas dos mesmos fatos, anteriormente considerados, deixando antever que o julgador alterou seu entendimento, sem que houvesse nenhuma omissão ou contradição no acórdão recorrido; basta ver que dos mesmos fatos extraiu outras deduções, pois sequer apontou alguma prova que eventualmente tivesse deixado de considerar. Observa-se os termos do acórdão embargado:

Dessa forma, a questão posta nos autos resume-se à qual concurso se dirigiu a aposta feita pelo autor, que sustenta ter havido um defeito do maquinário ou, ainda, uma conduta delituosa por parte do preposto da ré, quando emitiu bilhete referente a concurso posterior, quando ainda não encerradas as apostas do concurso anterior, realizada, segundo alega, em 1º.11.1996, às 10:31 horas.

Conforme salientado na r. sentença, a única prova material constante dos autos é o bilhete de apostas, constando o número do concurso como sendo o de 0084.

Os depoimentos constantes na ação cautelar de produção antecipada de provas esclarecem que os registros do dia e da hora do jogo só aparecem no início do talão, não se repetindo no volante de cada aposta, sendo que o bilhete acostado aos autos não contém nem a data nem a hora da realização do jogo.

Apesar de o autor ter alegado que o dito jogo foi realizado conjuntamente com os acostados às fls. 40-44, nos quais está registrado o dia 1º.11.1996 e a hora 10:31, na primeira linha, inexistem nos autos qualquer prova que permita precisar, em relação ao pretense jogo premiado, tais dados.

Frise-se que, segundo o depoimento da testemunha *Rosimar Chimendes*, ex-funcionária da Casa de Apostas Volta Redonda, o código “BIL 0084.060.908” é um número seqüencial dos volantes de apostas sucessivas, não servido como prova do alegado no presente caso, eis que nenhum daqueles bilhetes acostados se referem ao jogo da *Supersena*.

De se destacar, ainda, segundo os diversos depoimentos, que, à época dos fatos, a “virada” de um concurso para outro era feita manualmente e não *on line* como ocorre hoje, ou seja, uma lotérica no interior do Estado teria que encerrar suas apostas antes, a fim de entregar os dados no mesmo horário que uma outra, mais próxima à Central, e que, por isso, poderia encerrar suas apostas depois (fls. 52).

Como bem ressaltou a magistrada a quo, o registro no bilhete consta o “Concurso n. 0084” e foi para esse sorteio que concorreu o ora apelante, de forma consciente, que poderia, no momento da aposta, ter contestado aquele registro da máquina, se efetivamente existiu erro, como o mesmo sustenta.

Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes, portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o ora apelante apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias.

Ora, em face dos documentos e de tudo o mais que consta dos autos, e, considerando, ainda, que a recusa no pagamento do prêmio em nada beneficia a Caixa Econômica Federal nem a agência lotérica, é de se ter por legítima a conclusão do Juízo a quo no sentido de que, na verdade, o apelante efetuou o jogo para o concurso posterior ao que sustenta ter apostado, eis que no seu bilhete - única prova material do fato - consta o número do Concurso n. 0084, não podendo, portanto, trazer como consequência jurídica o pagamento do prêmio do concurso do qual comprovadamente não participou.

Comunente sabido que a irrisignação da parte quanto às conclusões do julgamento não é sinônimo de negativa de prestação jurisdicional. Nem mesmo o *error in iudicando*, indica a existência de omissão ou contradição no acórdão embargado.

As hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios são restritas e não comportam mera reapreciação da matéria.

Nesse contexto, oportuno transcrever as palavras do insigne Ministro Carlos Velloso, para quem “Os EDcl. tem pressupostos certos no CPC 535, não se prestando para corrigir *error in iudicando*. Só se admite a oposição do recurso de EDcl quando o erro cometido pela decisão embargada for no procedimento, quer dizer, erro na aplicação de norma de processo ou procedimento. Quando o erro for de julgamento, ou seja, de aplicação incorreta do direito à espécie, não cabem os EDcl.” (STF, Segunda Turma, EDclROMS n. 22.835-4, DJ de 23.10.1998).

In casu, colheu-se os embargos declaratórios, conferindo-lhe efeito infringente, para meramente, alterar as conclusões acerca dos mesmos fatos anteriormente analisados.

E, me estendi nas citações quantos às questões abordadas em ambos os acórdãos para deixar claro que houve alteração de conclusão, ou seja, reapreciação da matéria anterior, fato que efetivamente levou à vulneração das disposições do

artigo 535, I e II do Código de Processo Civil, mas, dessa vez – o que não é comum verificar-se nesta Corte – pelo excesso e não pela falta, ou seja, o Tribunal mudou o entendimento anterior e aproveitou-se da oportunidade dos embargos para alterar as conclusões do acórdão sem que houvesse, realmente, algum dos vícios previstos na norma processual que autorizasse esse procedimento.

Os embargos declaratórios, tal qual o recurso especial, tem natureza vinculada, e somente comportam reexame da matéria nos estreitos limites estabelecidos pela norma.

Ultrapassando-se esses limites, seja para deixar de corrigi-los quando efetivamente verificados, seja para alterar o julgado sob entendimento de que há omissão ou contradição quando não o há de fato, a norma encontra-se vulnerada.

Vejo, por conseguinte, que houve vulneração às disposições do art. 535, I e II do Código de Processo Civil, pelo que dou provimento aos recursos especiais da CEF e do Ministério Público, para desacolher os embargos declaratórios opostos por Adão Antonio Pereira, restabelecendo, por conseguinte, a eficácia do acórdão embargado de fls. 309-311.

c) do bilhete de aposta na SUPERSENA.

Se superada a vulneração às disposições do art. 535, do CPC, adentrando-se ao mérito da questão tratada nos autos, não há como deixar de concordar com o Ministro Relator Luis Felipe Salomão.

Como efeito, amplamente debatido nos autos que a cópia do bilhete de aposta (trazida aos autos de forma incompleta, eis que não consta dele a data e hora da aposta), ou do recibo de custódia fornecido pela CEF, dão conta de que o recorrido participou do Concurso de n. 0084.

O que deve nortear o pagamento de prêmios de loterias federais é a literalidade do bilhete, já que as apostas não são nominativas. As hipóteses são balizadas com as características de título ao portador.

Veja precedente a respeito no âmbito deste Tribunal:

Direito Processual Civil. *Loteria*. Prêmio. Ônus da prova.

- Não há relevância em possível equívoco momentâneo, relativo a informações imprecisas, concernentes a concursos anteriores, prevalecendo, tão-somente, o que está descrito no título ao portador, o qual constitui o único e, portanto, restrito direito do apostador, notadamente quando já corrigida a falha humana, no momento da efetivação da aposta, que gerou a incoerência no sistema.

- Se o Tribunal de origem referendou a apreciação fática da questão dada pelo Juiz, no sentido de que as provas produzidas atestam para a carência de comprovação da alegada data em que se operou a aposta, considerando-se que, de acordo com o título, prevalece aquela nele contida, nada há para retocar no acórdão recorrido.

- Cabe, portanto, ao apostador conferir o bilhete de *loteria* no momento da sua emissão.

- O ônus da prova, por conseguinte, incumbe ao portador do título.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 960.284-RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 05.08.2008).

Isto posto, dou provimento ao recurso especial para cassar a decisão proferida nos embargos declaratórios e, por conseguinte, restabelecer a eficácia do acórdão de fls. 309-311.

Se vencido neste fundamento, acompanho o eminente Relator para dar provimento ao recurso a fim de julgar improcedentes os pedidos da petição inicial.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Pedi vista para melhor conhecer a matéria em exame, em face da relevância do direito buscado e quanto as suas repercussões de ordem financeira.

Entendo necessária a realização de uma síntese dos fatos para a melhor compreensão da controvérsia e os limites recursais.

Em verdade objetiva-se no pedido formulado na petição inicial de Adão Antônio Pereira o pagamento pela Caixa Econômica Federal da quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais) correspondente ao sorteio n. 0083 da *Supersena* ocorrido no mês de novembro de 1996.

Inocorreu o pagamento administrativo, residindo a controvérsia nos seguintes fatos:

a) alega o autor-recorrido que jogou no sorteio de n. 0083, tendo em vista que realizou a aposta em 1º.11.1996, último dia permitido para concorrer ao Concurso n. 0083;

b) que a alusão realizada no bilhete como relativo ao concurso n. 0084 foi equivocada porque o jogo se referiu ao anterior sorteio, ou seja, o de n. 0083;

c) diante desses fatos, não houve o pagamento do valor do prêmio.

O pedido foi julgado *improcedente* pela sentença monocrática proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Federal de Volta Redonda, confirmada pelo v. acórdão do eg. Tribunal Regional Federal, ao argumento, em síntese, de que a aposta realizada pelo autor fora para o sorteio 0084, provado materialmente no bilhete, afastada a tese sustentada pelo recorrido de que fizera a aposta no dia 1º.11.1996, às 10:31 horas, na vigência do sorteio n. 0083.

O recurso de apelação foi improvido.

Contudo, em sede de Embargos de Declaração com efeitos infringentes, o eg. Tribunal Regional Federal dizendo que o acórdão omitira o fato documental de que em 13.11.1996, antes do sorteio n. 0084, realizado no dia 14.11.1996, recebera a CEF o bilhete premiado das mãos do autor, autorizando o crédito em sua conta-corrente, agora, também, se referindo à Circular n. 65/1995, da CEF, acolheu o pedido inicial para reconhecer o direito ao prêmio, cujos fundamentos analisarei abaixo.

Dois são os Recursos Especiais manifestados: a **Caixa Econômica Federal** sustenta, resumidamente, que “*foi dado provimento a embargos de declaração para reexame meritório da demanda, certo de que inexistia qualquer omissão ou contradição intrínseca no julgado*”, constituindo, pois, análise das provas; o **Ministério Público Federal** argumenta maltrato ao art. 535, do CPC, uma vez que não é autorizados o reexame de prova via embargos declaratórios, e art. 20 do CPC. Sustenta, também, ofensa aos artigos 332 e 333 do Código Unitário “... *porquanto somente seria cabível a prova da aposta com a apresentação original do bilhete, por se tratar de título ao portador, valendo o que nele está escrito*”, rejeitando “*fotocópias de bilhete ou do recibo de custódia de bilhetes, sem autenticação, não seriam aptas a provar o alegado na inicial, sinalizando dissídio jurisprudencial de lavra do em. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma*”.

Parecer da Subprocuradoria-Geral da República propugnou pelo provimento do Recurso Especial interposto pelo Ministério Público Federal.

Em Sessão de julgamento, o eminente *Ministro Luis Felipe Salomão* afastando a violação ao ar. 535, do CPC, argüida pelo MPF, diz que em se tratando de bilhete não nominativo mostra-se irrelevante a perquirição acerca do propósito do autor, se a aposta foi realizada neste ou naquele dia,

pois prevalecerá a literalidade do bilhete face das características do título ao portador, transferível por tradição, o que torna irrelevante a discussão acerca das circunstâncias em que se aperfeiçoou a aposta, concluindo em prover o Recurso do Ministério Público Federal e julgar prejudicado do interposto pela Caixa Econômica Federal.

Peço vênia para dissentir do em. Ministro Luis Felipe Salomão, quanto ao mérito, mas acolho as rejeições das preliminares de legitimidade Recursal do MPF e afastado a alegada violação ao art. 535, do CPC, pelos fundamentos aduzidos pelo em. Ministro Relator.

Não obstante a literalidade do bilhete da *Supersena*, da possibilidade de transferência por tradição, o exame do direito levado a efeito na extração dos fundamentos emergentes do v. acórdão dos Embargos Infringentes, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, leva a conclusão, em parte, do acerto da d. decisão recorrida posto que há de ser excluído *o excesso do valor pedido* por não ser o concedido pelo sorteio, como será analisado na conclusão deste voto.

A matéria em discussão é de altíssima relevância em face do valor que atingirá a indenização, mas que ao julgador não compete decidir a causa apenas pelo valor do direito material, senão pelo direito posto a uma das partes, restando, assim, fundamentado o v. acórdão recorrido:

Somam-se, contudo, aos dizeres acima, o seguinte: a) – omite-se o v. acórdão recorrido quanto ao que contido às fl. 23 destes autos e fls. 5 da medida cautelar, mencionada no d. voto condutor do v. acórdão recorrido. Em tal documento se lê: “recebemos o bilhete acima mencionado” e “autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier a fazer jus”. Tais peças evidenciam entrega de bilhete premiado, com autorização de creditar o prêmio na conta do autor. Assim, briga o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, por omissão, com o conjunto probatório. A prova material, a que se refere o d. voto condutor do v. acórdão recorrido, é o certificado de custódia; b) – incide em contradição o d. voto condutor do v. acórdão embargado, às fls. 310, ao dizer: “Quanto à data do recibo de custódia, onde consta o dia 13.11.1996, antes portanto, do sorteio do Concurso n. 0084 (ocorrido em 14.11.1996), em nada prova que o aplete apostou para o concurso anterior, eis que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é bilhete premiado, após pesquisa feita pela Central de Loterias”. A contradição de tais proposições advém da impossibilidade fático – jurídica da emissão de “certificado de custódia de bilhete premiado (fl. 23) no dia 13, para um concurso que só iria correr no dia 14”. Ou, em outros termos, reconhecendo o d. voto condutor, às fls. 310, que o sorteio do Concurso n. 0084 ocorreu em 14.11.1996 e que o recibo de custódia se presta, justamente, para a confirmação de que o referido bilhete apresentado é o bilhete premiado, após

pesquisa feita pela Central de Lotéricas, como admitir a possibilidade de um recibo de custódia de bilhete premiado, no dia 13 de novembro de 1996, referente a sorteio de jogo realizado no dia seguinte?...; c) A hipótese de inexactidão material do número do jogo, a que se refere à aposta, está prevista no item 1.9.1 do Anexo II, da Circular n. 60/1995, (fls. 15) do seguinte modo: “1.9 – Apostas às expensas do revendedor: 1.91 – A aposta vendida com número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: - concorre normalmente no concurso em que foi efetuada; - concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete.

Isto posto:

Dou provimento ao recurso para sanando omissão e contradição do v. acórdão recorrido, declarar que a aposta do Autor, a que se refere a peça vestibular ocorreu, como dito, expressamente, pela Ré, às fls. 61 da medida cautelar de produção antecipada de provas, em apenso, no dia 1º.11.1996, concorrendo ao Concurso de n. 0083, no qual foi premiado (fls. 25) e, em consequência, atribuir efeitos modificativos ao v. acórdão recorrido, dando provimento ao apelo para, reformada a r. sentença de fls. 249-256, julgar procedente o pedido inaugural, condenando a Ré no pagamento ao autor da quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais), com acréscimo de correção monetária, desde a data em que deveria ter sido pago, no dia 07 de novembro de 1996, e juros de mora, a partir da citação. Condeno a Ré, outrossim, no pagamento das custas e em honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. (grifei)

A meu entender, permissa vênua, a interpretação dada à solução do litígio pelo eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sede de embargos de declaração com efeito infringentes ajustou-se à escorreita aplicação da norma jurídica, pois

“... O intérprete tem seus compromissos jurídicos, tais como: conferir eficácia à norma, extrair o máximo grau de justiça que ela possa oferecer, fazê-la alcançar o maior número possível de destinatários, preservar seu conteúdo isonômico, assegurar-lhe a progressividade, amoldá-las às situações concretas, estabelecer vínculos entre seu lado meramente normativista e a perspectiva fática, aplicá-la racional e fundamentadamente, dar continuidade ao trabalho do legislador, etc.”, havendo compromissos com a ordem política e social, observar as reservas econômicas do Estado, os programas constitucionais, o alcance das medidas governamentais, a integridade dos atos públicos praticados sob o manto da norma, a paz e o progresso sociais, etc.). (Cfr. Francisco Gérson Marques de Lima *in* “O STF na crise institucional brasileira” Malheiros Editores, 2009, p. 54).

Não se pode ignorar para solução deste litígio a valoração dos fundamentos *acolhidos pela moldura fática* do v. acórdão recorrido, assim sintetizadas:

a) de que a CEF declarou, por escrito – fl. 23 dos autos e 5 da medida cautelar que: “*recebemos o bilhete acima mencionado*” e “*autorizo creditar em minha conta o prêmio a que vier fazer jus*”.

É incontroverso no v. acórdão que essa declaração está datada do dia 13 de novembro de 1996, nominativa ao Autor-recorrido, portanto na vigência do sorteio n. 0083 e antes do sorteio n. 0084;

Também restou incontroverso que o sorteio n. 0084 somente ocorreu no dia seguinte, ou seja, em 14 de novembro de 1996, razão pela qual nenhum fundamento tem a afirmativa de que o sorteio seria o de número 0084.

Ressalte-se que a Caixa Econômica Federal, fl. 47, a despeito de haver recebido o bilhete premiado por escrito afirmou perante a MM^a Juíza Federal:

... pela ilustre patrona da CEF foi dito que não existe processo administrativo originado do recibo de custódia e que não foram localizados em seus arquivos, mesmo os informatizados, dados sobre a aposta do requerente.

Da sentença homologatória consta a afirmação judicial de que “... atendendo determinação do MM Juízo (fl. 57) para apresentação do documento requerido, a CEF informou que não o tem em seu poder (fl. 61-62).

Determinado, ainda, que a CEF apresentasse a chamada “*linha de segurança*” que indicaria o dia e a hora da efetivação do jogo, afirmou a Recorrente que

O autor fez sua aposta em 1º.11.1996 – *sic* -, portanto sob a vigência do sistema *off-line* que, se por um lado se caracterizava exatamente pela ausência dessas informações no bilhete de aposta, por outro lado informava claramente que o prêmio prescrevia em 90 (noventa) dias e que as reclamações deveriam ser feitas no decêndio contado da aposta.

Destarte, face da normatização atinente aos concursos de loterias, **não há “linha de segurança”** a ser trazida aos autos, dado que esta instituição financeira não mantém – pois não é obrigada a tanto – tal documentação em arquivo”. (fl. 61-62, processo em anexo).

Esses fatos emergem do v. acórdão recorrido, certo de que

a) A CEF confessou inexistir o documento que recebera nem qualquer processo, não obstante o recibo de custódia e recebimento do bilhete tido como sorteado;

b) Por outro lado, também é inconteste à época da aposta em razão do sistema vigente que, se houvesse divergência quanto a inexatidão material do

número do sorteio jogado como fundamentado no v. acórdão recorrida, *vigia, á época*, uma *circular de regras normativas expedida pela CEF de número 60/1995*, juntada à fl. 25 que previa expressamente no *anexo II*, “- apostas à expensas do revendedor” que

item 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: concorre normalmente no concurso em que foi efetuada. Concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete.

Essas eram as regras impostas pela CEF ao concurso de loteria segundo o sistema *off-line* vigente à época –, *fazendo-se a chamada “virada” manualmente*, e que somente tempos depois foi ajustado para *on-line*, que previa em face de dúvida temporal, o participante concorreria nos dois concursos: o *primeiro*, pela aposta que pagou; o *segundo*, às expensas da agente lotérico, portanto do revendedor.

Todo o direito emergente dos fatos, calcados no v. acórdão do TRF-2 que em sede de embargos de declaração proveu a ação, leva à convicção de que o autor-recorrido efetivara a sua aposta no sorteio n. 0083, em 1º.11.1996 – confissão às fls. 61-62, entregara o bilhete para custódia no dia 13, porque o de n. 0084, somente ocorreria no dia seguinte.

E, antes mesmo do sorteio do Concurso n. 0084 já havia o recorrente apresentado à CEF, para custódia e pagamento o bilhete sorteado no Concurso n. 0083, assinado pela Caixa como recebido.

As circunstâncias confessas da CEF de que não havia processo, nem encontrou o bilhete havido como premiado, bem como sua renitência em cumprir as determinações judiciais de apresentá-los, leva a convicção do direito do autor-recorrido.

O sistema da CEF era falho.

As omissões administrativas de processamento do pedido de indenização são realidades.

A CEF através do seu advogado – fl. 61, anexo – afirmou que “o autor fez sua aposta em 1º.11.1996, portanto sob o sistema *off-line*...”.

Resta ressaltar, porque constante do v. acórdão dos embargos de declaração relatado pelo hoje eminente Ministro Benedito Gonçalves, fl. 354, sendo designado relator para o acórdão o em. Des. Federal Rogério Vieira de Carvalho, que foi acolhida a alegação de que o jogo efetuado pelo autor-recorrido referiu-se ao sorteio n. 0083, cabendo-lhe a indenização buscada. (fl. 378).

Com todo o respeito aos entendimentos contrários, penso que a solução jurídica aos recursos não deve ficar estritamente vinculada aos princípios doutrinários quanto à natureza de bilhete ao portador, portanto não nominativo, transferível por tradição.

Outros conceitos haveriam de ser considerados, posto que ajustados à discussão jurídica, porquanto nunca se cogitou de fraude, senão de interpretação em qual sorteio teria sido feita a aposta em razão dos elementos acolhidos pelo v. acórdão recorrido, certo de que “... todo ato interpretativo tem, necessariamente, de partir da própria legislação vigente. Esse princípio, afinal, revela a natureza dogmática do ponto de partida da hermenêutica jurídica”. (cfr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* “a criação do direito pela decisão judicial. Considerações iniciais” *in* Editora Forense, 2003, p. 9).

Por isso mesmo não vejo como ajustável ao caso *sub-examine* os v. acórdãos trazidos à colação pelo eminente relator, referentes às outras hipóteses.

No caso concreto, são elementos de convicção da procedência parcial do pedido inicial as seguintes realidades jurídicas, repete-se: a) afirma a CEF que a aposta foi efetuada no dia 1º.11.1996, na vigência do sorteio n. 0083; b) que o recibo de custódia foi entregue e recebido pela CEF no dia 13.11.1996, portanto antes do sorteio número 0084; c) Que a CEF não apresentou os documentos, não obstante notificada para o ato, afirmando-os inexistentes, até mesmo o processo administrativo: e) que à época vigia a chamada “virada manual” do sistema *off-line* e a Circular n. 60/1995, juntada à fl. 25 previa, expressamente, no *anexo II*, o seguinte procedimento para a situação em exame “- apostas às expensas do revendedor” que “item 1.9.1 – A aposta vendida com o número do concurso posterior terá o seguinte tratamento: concorre normalmente no concurso em que foi efetuada”. Concorre às expensas do revendedor do concurso que consta do bilhete”.

Frise-se que o sistema de apuração, vigente àquela época, em face da sua peculiaridade, determinava que o apostador participaria dos dois sorteios: o *primeiro*, pela aposta paga: o *segundo*, como penalidade ao agente lotérico que cobriria o pagamento da segunda aposta.

Não há dúvida de que essa norma procedimental da Caixa Econômica Federal se ajusta aos fatos destes autos.

Por todas essas considerações, a decisão condenatória há de ser confirmada, *mas não o valor deferido*, em face da ponderação substancial suscitada pelo *Ministério Público Federal* em seu recurso especial, fl. 444, onde afirmou que

Se tivesse sido ganhador, o Concurso n. 083 da Supersena da CEF teria pago ao ganhador o prêmio de R\$ 10.357.697,77 (dez milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e noventa e sete reais e setenta e sete centavos).

Mandei verificar a realidade, ante a divergência do pedido inicial de quantia superior a 22 milhões de reais e a afirmação Ministerial.

Tem razão o d. Ministério Público Federal, posto que o prêmio a ser conferido ao ganhador do sorteio 0083 da supersena, confirmado pela CEF, é de R\$ 10.357.697,77 e não como o cobrado ao curso de toda a instrução processual, com omissões inaceitáveis dos procuradores da Caixa Econômica Federal na sua defesa.

Ainda que se possa conceder o direito à indenização, o valor a ser deferido não é o pedido na petição inicial, mas o valor concedido pelo sorteio de R\$ 10.357.697,77, decaindo a parte autora da metade do pedido formulado.

Por toda essas considerações, peço vênua para divergir do voto proferido pelo em. Relator, *provendo parcialmente o recurso do Ministério Público Federal confirmar o direito do autor ao recebimento do prêmio de **R\$ 10.357.697,77 (dez milhões, trezentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e noventa e sete reais e setenta e sete centavos)**, com as correções e juros moratórios pactuados pelo v. acórdão dos Embargos de Declaração com efeitos infringentes, deferido pelo TRF-2, mas **excluída** a verba de honorários advocatícios por haver o autor decaído da metade de sua pretensão, que se compensarão com aquelas devidas à Fazenda Pública Federal em face da atuação do Ministério Público Federal.*

Prejudicado o recurso da Caixa Econômica Federal.

RECURSO ESPECIAL N. 1.021.605-SP (2008/0004761-5)

Relator: Ministro Fernando Gonçalves

Recorrente: Artur Construções e Empreendimentos Imobiliários Ltda e outro

Advogado: José Rogério Cruz e Tucci e outro(s)

Recorrido: Banco Santander Noroeste S/A

Advogada: Marta Mítico Valente e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Responsabilidade civil. Instituição financeira. Transferência entre contas correntes. Autorização verbal. Costume no relacionamento entre as partes. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Não comprovada conduta descrita na inicial. Prova única. Possibilidade. Reexame de prova. Súmula n. 7-STJ. Dissídio. Ausência de similitude fática entre os arestos confrontados.

1. O aresto recorrido não exige a comprovação da culpa da instituição financeira para lhe atribuir responsabilidade pelo evento danoso, porém entende não restar demonstrada a conduta a ela atribuída e, portanto, o nexo causal com o prejuízo afirmado pelo autor, razão pela qual não há que se falar em maltrato ao art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

2. O convencimento do magistrado baseado em prova única não significa terem as demais carecido de análise, mas sim que a eleita se sobrepôs a elas.

3. Não é possível o reexame do conjunto fático-probatório dos autos em sede de recurso especial, ainda que a pretexto da existência de erro de fato. Incide, no particular, a censura da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Não resta configurado o dissídio jurisprudencial nos casos em que os arestos trazidos a confronto não se assentam sobre a mesma base fática do acórdão recorrido.

5. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) votaram com o Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Fernando Gonçalves, Relator

DJe 1º.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Por *Artur Construções e Empreendimentos Imobiliários e Haroutiun Seferian* foi ajuizada ação de indenização contra o *Banco Santander Noroeste S.A.*, alegando, em apertada síntese, ter o réu efetuado a indevida transferência de valores de suas contas, resultando em um prejuízo de aproximadamente cinco milhões de reais.

A ação foi julgada parcialmente procedente (sentença às fls. 1.340-1.355), decisão mantida pela maioria dos componentes da Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em acórdão assim sintetizado:

Responsabilidade civil. Transferência indevida em contas correntes. Falta de cumprimento de instruções contidas no manual da instituição financeira, em consonância com diretrizes do Banco Central. Autorização verbal somente possível após termos de autorização, por escrito, do correntista titular da conta a débito. Responsabilidade do banco, ao teor do artigo 1.521, inciso III, do CC. Restituição (danos emergentes) e lucros cessantes devidos. Verba que não abrange valores transferidos para conta corrente inserida no termo após sua confecção, consistente em possível adulteração, pois a causa de pedir é diversa desta. Ônus da sucumbência recíproco, já que, apesar com valor econômico distinto, somente existentes dois pedidos. Ação parcialmente procedente. Recursos, dos autores e do bando - réu, improvidos, por maioria.

Prova. Juntada de documentos e apreensão de máquina de datilografia. Desnecessidade, eis que os documentos não possuem relação com o ponto controverso, existência de autorização para débito em conta corrente. A apreensão da máquina é desnecessária, porque a causa de pedir não se baseia em adulteração do termo de autorização. Agravo retido improvido, por maioria.

Prova. Indeferimento de perguntas em depoimento pessoal do co-autor. Pretensão de produção de provas indeferidas. Impossibilidade. Contradita de testemunha deferida. Ex-advogado do banco-réu. Manutenção da contradita. Agravo retido improvido, por maioria. (fls. 1.557)

Opostos embargos de declaração pelo banco réu, restaram rejeitados por maioria (fls. 1.605-1.617).

Vieram, então, embargos infringentes manejados pelo *Banco Santander Noroeste S.A.*, cujo processamento foi indeferido por decisão do relator (fl. 1.694). Interposto o agravo do art. 532 do Estatuto Processual, restou desprovido pela Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (fls. 1.748-1.750), acórdão anulado posteriormente, por ter sido desrespeitado o *quorum* exigido para o julgamento (fls. 1.774-1.775).

Renovado o julgamento, agora com a participação de cinco juízes, o agravo é provido (fls. 1.790-1.806), com o conseqüente processamento dos embargos infringentes, acolhidos por maioria, guardando a ementa o seguinte teor:

Embargos Infringentes. Responsabilidade Civil. Transferência entre contas correntes por ordem verbal. Prática confessada e reiterada. Inexigência do contrato ou autorização escrita. Conduta que se ajusta à vontade das partes. Contrato válido. Dano que se localiza após a transferência. Inexistência de ilicitude na conduta do banco. Nexo causal não reconhecido. Obrigação de indenizar afastada. Embargos acolhidos. Recurso provido. (fl. 1.880)

Vêm embargos de declaração de ambas as partes, acolhido somente o do Banco Santander Noroeste para fixar honorários advocatícios (fls. 1.920-1.922).

Em seqüência, desiste o Banco do recurso especial de fls. 1.925-1.959, em vista do acolhimento dos embargos infringentes (fl. 2.091).

Sobrevem, então, o recurso especial de *Artur Construções e Empreendimentos Imobiliários e outro*, com fundamento nas letras **a** e **c** do permissivo constitucional, no qual alegam maltrato aos arts. 131, 354 e 535, I e II, do Código de Processo Civil; ao art. 14 do Código de Defesa do Consumidor; ao art. 177 do Código Civil de 1916 e argumentam com dissídio jurisprudencial em relação a acórdãos desta Corte, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Assinalam os recorrentes, de início, padecer o aresto recorrido de omissão, porquanto não toma em conta o fato de ser objetiva a responsabilidade do banco recorrido. Além disso, não se pronuncia sobre o depoimento pessoal do autor em sua integralidade, ou sobre a incidência do disposto no art. 177 do Código Civil de 1916 à espécie.

Aduzem, por outro lado, que o aresto recorrido, ao exigir comprovação da culpa da entidade financeira, viola o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Afirmam, ainda, ser vedado ao julgador examinar apenas parte da prova, devendo se debruçar sobre todo o conjunto fático-probatório trazido aos autos. Assim, ao invés de considerar apenas parte do depoimento pessoal do autor, entendem que deveria o Tribunal de origem analisar as demais provas dos autos. Lembram que nem mesmo a confissão libera o julgador desse ônus. Asseveram, de outra parte, ter havido maltrato à norma que preconiza a indivisibilidade da confissão.

Mais não fosse, relatam ter a Corte Paulista incorrido em erro de fato ao concluir, diante da análise do depoimento pessoal do autor, usufruir sua filha de autorização para realizar transferências bancárias de forma verbal, circunstância jamais admitida em referida prova oral.

Por fim, assinalam que o Tribunal de origem inova em sede de prescrição ao entender que ao final de cada ano, ao realizar a declaração de ajuste do imposto de renda, o correntista não somente conhece, mas também concorda com a movimentação financeira efetivada pelos bancos. Apontam que o prazo para requerer indenização por eventuais perdas é de vinte anos e não de um ano, a vingar a tese da Corte Paulista.

Contra-razões às fls. 2.047-2.087. Afirma o recorrido, em resumo, que se algum prejuízo houve é de responsabilidade dos recorrentes, ressaltando agir apenas dentro dos padrões combinados com os clientes. Ressalta não ter sido atacado fundamento suficiente à manutenção do acórdão, consubstanciado na conclusão de que “o prejuízo não decorre das transferências, mas sim das fraudes praticadas pela filha do embargado, o que afasta o nexo causal entre o fato imputado ao embargante (Banco) e o resultado danoso”. Esclarece que, ao contrário do afirmado pelos recorrentes, os embargos de declaração opostos ao acórdão dos infringentes foram julgados por cinco juízes, não havendo que se falar em violação à determinação do Regimento Interno da Corte paulista. Assevera existirem diversas provas nos autos que confirmam deter a filha do autor poderes de administração da empresa recorrente. Aduz, por outro lado, que a indivisibilidade da confissão não se aplica ao juiz, que aprecia livremente a prova. Acusa estar os recorrentes se valendo de uso distorcido do instituto da prescrição, além de empregar argumento relativo à responsabilidade objetiva, questão jamais trazida a lume na presente demanda. Aponta, por fim, para a impossibilidade de conhecimento do recurso em face da incidência das vedações contidas nas Súmulas n. 5 e 7 desta Corte e 283 do Supremo Tribunal Federal.

Os autos ascenderam a esta Corte por força do provimento do AG n. 727.049-SP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator): Colhe-se dos autos que, desde 1982, eram mantidas, pela empresa autora e por seu sócio majoritário, Haroutiun Seferian, diversas contas junto ao banco réu, contas pessoa jurídica e contas pessoa física. Posteriormente, foi aberta uma conta garantia com a finalidade de fazer a cobertura das demais contas, eventualmente em descoberto, sem a necessidade de desmobilizar aplicações. Em julho de 1995, as partes firmaram documento autorizando o banco a efetuar transferências da conta garantia para as demais contas dos autores, bem como para a da filha de Haroutiun, Denise.

Em junho de 1996, porém, Haroutiun teria percebido uma diferença de quase seis milhões de reais entre suas anotações pessoais relativas ao saldo das aplicações e o valor efetivamente depositado na instituição bancária. Daí ingressar com a presente ação, alegando terem sido feitas remessas indevidas pelo banco em favor de Denise, envolvida na fraude, e de terceira pessoa chamada Valdir.

A Corte de origem, no julgamento dos embargos infringentes, conclui terem sido as transferências questionadas autorizadas verbalmente, praxe adotada entre as partes, consoante teria confessado o autor em seu depoimento pessoal, não sendo possível responsabilizar o banco por ter realizado a movimentação financeira sem autorização por escrito, conquanto seja esse o procedimento padrão.

Feito esse breve apanhado, passo ao exame do especial.

Sustentam os recorrentes, de início, haver omissão no julgado em relação às seguintes questões:

- (a) ser a responsabilidade do banco objetiva;
- (b) não ter sido o depoimento pessoal do autor avaliado em sua integralidade, e
- (c) estar sendo desrespeitado, de maneira transversa, o prazo prescricional vintenário.

Do exame do julgado, porém, não se constatam os alegados vícios. Com efeito, a responsabilidade objetiva se finca em três pilares: conduta, nexos de causalidade e resultado. No caso dos autos, o Tribunal conclui pela ausência de conduta e não de culpa da instituição financeira, como se verá melhor adiante, razão pela qual não seria exigível tratar da questão sob esse enfoque.

Vale esclarecer, por outro lado, que vigora no processo civil o princípio da persuasão racional, segundo o qual o juiz apreciará livremente a prova colhida para formar sua convicção, devendo, porém, indicar os motivos que o levaram à conclusão firmada. No caso em comento, a Corte paulista, avaliando soberanamente o conjunto fático-probatório dos autos, adota o entendimento de que foram autorizadas verbalmente as transferências bancárias questionadas, apontando o depoimento pessoal do autor como suporte para suas conclusões, restando, portanto, atendido o imperativo da motivação.

Nesse passo, não caracteriza omissão o fato de a Corte não se manifestar sobre todo o conteúdo do depoimento, com o que vai prejudicada a tese de maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, no particular.

Por outro lado, no que respeita à aventada omissão acerca da prescrição, algumas ponderações parecem relevantes. Sustentam os recorrentes ter a Corte de origem reduzido o prazo prescricional de vinte anos para um ano ao afirmar “que as transferências foram realizadas ao longo dos anos de 1993 e 1996, o que torna impossível a alegação de desconhecimento da movimentação financeira, pois necessária e indispensável sua análise, ao final de cada ano, para o ajuste relativo ao imposto de renda” (fl. 1.882).

É de se ver, porém, que a imediata ciência acerca de eventuais desfalques financeiros não obsta seja a ação de indenização proposta no prazo de vinte anos, entretanto, muito provavelmente, será cogitada a razão pela qual o ressarcimento do prejuízo não foi buscado desde logo. Esse questionamento em nada interfere no prazo prescricional, razão pela qual não era mesmo de se exigir que a Corte de origem se pronunciasse sobre a matéria contida no art. 177 do Código Civil de 1916.

Ademais, sem pertinência o dissenso no que diz respeito à letra do art. 535 do Código de Processo Civil, pois o exame e debate acerca de eventual maltrato dessa norma legal reclama a apreciação das particularidades de cada caso, impedindo a demonstração da divergência em virtude da diversidade das hipóteses colocadas em confronto.

Vencida a preliminar, passo ao exame do mérito.

Sustentam os recorrentes não ser exigível prova da culpa da instituição financeira para se lhe imputar responsabilidade pelos desvios de dinheiro em vista do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Apesar disso, o Tribunal paulista teria entendido de modo diverso, exigindo prova da conduta culposa do recorrido.

Não creio que o acórdão recorrido esteja fincado na exigência da comprovação da culpa para eximir o banco recorrido do dever de indenizar. Com efeito, para caracterização da responsabilidade objetiva é necessário que se comprove a conduta do agente e seu nexo de causalidade com o resultado danoso, sem que se cogite de culpa ou dolo. Assim, ao se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva ao caso em comento, o que se exigiria dos autores é a prova da conduta, isto é, da realização de transferências financeiras sem autorização do titular das contas, e seu nexo de causalidade com o resultado, qual seja, com o prejuízo experimentado pelo cliente. No entender da Corte paulista, porém, não restou comprovada a conduta lesiva, porquanto as transferências teriam sido efetivadas mediante autorização, remontando o prejuízo experimentado pelos recorrentes às fraudes perpetradas pela filha do autor. Assim, sob o enfoque da teoria da responsabilidade objetiva nada haveria a reparar no aresto recorrido, do qual transcrevo o seguinte trecho, para melhor compreensão do tema, *verbis*:

Daí porque, não vislumbrando conduta que pudesse ser imputada ao banco, vez que o prejuízo decorre não das transferências, mas sim das fraudes praticadas pela filha do embargado, o que afasta o nexo causal entre o fato imputado ao embargante e o resultado danoso, pelo meu voto, e sempre respeitando o douto entendimento dos ilustres juízes relator e revisor, acolho os embargos para inverter o julgado, na esteira do voto do eminente Juiz Marciano da Fonseca, prejudicada a análise da matéria acessória da condenação (item 4 dos embargos). (fl. 1.883 - grifo nosso)

Aduzem os recorrentes, por outro lado, que o depoimento pessoal do autor foi o único meio de prova a embasar o acolhimento dos infringentes, o que acarretaria maltrato ao art. 131 do Estatuto Processual, porquanto o magistrado, apesar de poder avaliar livremente a prova dos autos, deve atentar para todo o seu conjunto.

Como referido alhures, o juiz está obrigado a expor as razões de seu convencimento, mas não é exigível que se manifeste, uma a uma, sobre todas as provas trazidas aos autos. Ademais, o convencimento baseado em prova única não significa terem as demais carecido de análise, mas tão-somente que a eleita se sobrepôs às demais.

De todo modo, a confissão não foi o único fundamento para a decisão recorrida, consoante se colhe do seguinte trecho do julgado, *verbis*:

Some-se, a confissão constatada nos autos, o fato de que as transferências foram realizadas ao longo dos anos de 1993 e 1996, o que torna impossível a alegação de desconhecimento da movimentação financeira, pois necessária e indispensável sua análise, ao final de cada ano, para o ajuste relativo ao imposto de renda. (fl. 1.882).

De outra parte, em relação ao art. 354 do Código de Processo Civil, não especificam os recorrentes as razões pelas quais referido dispositivo legal teria sido violado (fl. 1.977), o que atrai a incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal. Cumpre assinalar, de todo modo, que a confissão pode estar inserta em apenas um trecho do depoimento e a regra da indivisibilidade se dirige às partes.

No que respeita à existência de erro de fato no aresto recorrido, “visto que do que se depreende do depoimento pessoal do co-autor é que o mesmo nunca afirmou que sua filha tinha autorização para realizar transferências, muito menos por ordem verbal!” (fl. 1.979), verifica-se que os recorrentes intencionam, na realidade, o reexame das provas dos autos de modo a que sejam afastadas as conclusões consignadas no aresto recorrido, providência que encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Erro de fato. Inexistência. Pretensão de reexame.

1. *Erro, corrigível a qualquer tempo, é o decorrente de equívoco evidente, de erro datilográfico, aritmético, perceptível primus ictus oculi, porque se grafou idéia ou juízo diverso daquele pretendido, em nada se identificando com a pretensão de ver interpretados de forma diversa de como o foram no deslinde da questão federal, pelo órgão julgador, dispositivos de lei aplicáveis, que outra coisa não é que nítida pretensão de reexame meritório do decimum.*

2. Não há erro qualquer na decisão que, de modo suficientemente claro e fundamentado, decide que é devido o reajuste de 28,86% sobre a RAV, desde que a retribuição passou a ser paga em valor fixo, nos termos da Medida Provisória n. 831/1995, salvo no que já houver sido utilizado na sua base de cálculo, pena de *bis in idem*, consoante reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

3. A pretensão de reexame da matéria que se constitui em objeto do *decimum* à luz dos argumentos reinvocados, na busca de decisão infringente, é estranha ao âmbito de cabimento dos embargos declaratórios, definido no artigo 535 do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AgRg no REsp n. 425.050-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 07.04.2008)

Quanto ao tema da prescrição, nada mais há a acrescentar além do quanto dito em preliminar.

Por fim, no que diz com o dissídio jurisprudencial, os acórdãos trazidos a confronto não se assentam sobre a mesma base fática do aresto recorrido.

Com efeito, no primeiro acórdão proveniente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação Cível n. 1998.01.1.036845-5), resta consignado não ter havido autorização para transferência da conta do titular para a de sua esposa (fl. 2.007), enquanto no caso dos autos teria havido autorização verbal, procedimento rotineiramente adotado entre as partes e, nesse contexto, tido por suficiente para afastar a necessidade de permissão por escrito.

Do mesmo modo, o aresto do Tribunal maranhense cuida de hipótese em que a conta pertence a pessoa física, sendo o titular o único autorizado a realizar movimentações, não se cogitando, ademais, da existência de permissão verbal para o banco efetuar transações. O caso em comento, entretanto, retrata hipótese na qual há contas pessoa física e contas pessoa jurídica, sendo essas últimas movimentadas também pela filha do autor, na qualidade de administradora da empresa, que deteria autorização expressa para esse fim, além de haver permissão escrita e verbal para o banco realizar movimentações entre as contas (fl. 1.882).

No segundo paradigma oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, consta terem as transferências se dado para conta corrente de terceiro sem permissão verbal ou escrita, enquanto na hipótese dos autos, as transferências teriam sido autorizadas, ainda que por meio verbal, prática comum, consoante já afirmado, no relacionamento das partes.

Cuida o julgado carioca, a seu turno, de transferência em que um titular requer o retorno de valores anteriormente depositados em conta de terceiro, movimentação efetivada pela instituição financeira sem consulta a esse terceiro referido. Assim, conquanto esteja consignado no aresto que “o dinheiro do correntista, depositado em banco, não está sujeito, sob pena de falência da credibilidade do sistema, em ser retirado, sem que haja documento expresso, cheque ou autorização assinada pelo próprio ou quem legalmente tenha poderes” (fl. 2.032), não se cogita nesse acórdão, assim como nos anteriores, da peculiaridade que marca o presente caso, qual seja, a rotineira concessão

de autorização verbal para a movimentação das contas do titular, fator preponderante para o afastamento da necessidade de permissão por escrito.

Não conheço do recurso especial.

RECURSO ESPECIAL N. 1.068.836-RJ (2008/0135139-0)

Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP)

Recorrente: T T

Advogado: Carmen Villaronga Fontenelle e outro(s)

Recorrido: R S de M

Advogado: Ronaldo Ferreira Aragão Sardinha e outro(s)

EMENTA

Direito de Família e Processual Civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias.

1. “Apesar da Súmula n. 301-STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.” (REsp n. 692.242-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 12.09.2005).

2. *In casu*, o Apelado foi registrado civilmente, constando o nome do seu genitor no assento do nascimento. Durante 36 anos acreditou ser aquele que lá figurava o seu verdadeiro pai e na condição de seu filho biológico foi criado, tratado e amado. Após sua morte, a mãe contou-lhe que o Réu era o pai biológico.

3. Pensamento contrário ao sufragado pela jurisprudência desta Corte geraria situações em que qualquer homem estaria sujeito a ações

temerárias, quiçá fraudulentas, pelas quais incautos encontrariam caminho fácil para a riqueza, principalmente, se o investigado é detentor de uma boa situação material.

4. Recurso especial *conhecido e provido*, a fim de julgar improcedente o pedido lançado na exordial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, acompanhando os votos dos Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), relator, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, e o voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha, no mesmo sentido, acordam os Senhores Ministros da Quarta 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 João Otávio de Noronha, Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior, e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 18 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), Relator

DJe 19.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP): Trata-se de recurso especial interposto por T. T., com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição de 1988, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nesses termos ementado (fls. 218-224):

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade.

Recusa do réu a submeter-se ao exame sob o método do DNA. Justificativa que não se coaduna com necessidade da busca da verdade real. Presunção legal de paternidade que autoriza a procedência do pedido.

Súmula n. 301 do STJ e arts. 231 e 232 do Código Civil. Desprovimento do recurso, por maioria de votos. Vencido o Desembargador Relator que lhe dava provimento. (fl. 218)

Alega o recorrente – suposto pai – violação aos arts. 231 e 232 do Código de Processo Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Aduz, em síntese, que não existe nos autos prova alguma, ainda que mínima, do relacionamento entre a mãe do investigante e o seu suposto pai, motivo pelo qual não pode ser estabelecido um vínculo biológico presumido entre ambos, sob pena violação ao princípio da segurança jurídica.

O recorrido apresentou contra-razões.

Admitido o recurso, pela alínea c, subiram os autos a este Superior Tribunal.

Às fls. 291-295, consta parecer do Ministério Público Federal, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP) (Relator): *Prima facie*, deve ser afastada a incidência da Súmula n. 207-STJ, pois embora o acórdão tenha sido lavrado, por maioria de votos, não se poderia exigir a interposição dos embargos infringentes, tendo em vista a nova redação do *art. 530, do CPC*, sobre o tema quando não mais admite os Embargos infringentes *quando o acórdão, ainda que por maioria, mantém a sentença recorrida*.

No caso em exame, o v. acórdão manteve a sentença de procedência do pedido formulado na exordial, vencido o relator, o que não descaracteriza a impossibilidade desta espécie de recurso.

Quanto ao argumento de se fazer incidir a Súmula n. 7-STJ, à espécie, o mesmo não merece prosperar, pois a questão está adstrita a saber se o Enunciado n. 301-STJ gera presunção relativa ou absoluta. Ademais, casos como o presente devem ser analisados sopesando-se a valoração da prova produzida na origem.

Não se revolve o acervo fático-probatório. Simplesmente dá-se uma aplicação jurídica em conformidade ou diversa da adotada pela corte originária.

Neste particular, adianto que o recurso merece prosperar, tendo em vista os fundamentos que serão minuciosamente apresentados.

Inicialmente, faço lembrar o enunciado contido na Súmula n. 301-STJ, *in verbis*:

Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

Compulsando-se os autos, verifica-se que ***o presente caso guarda especial particularidade***, conforme bem ressaltou o Ministério Público Federal, em seu erudito parecer de fls. 291-295, assim sintetizado:

Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Recusa de realização do exame de DNA.

“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se a exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” (Súmula n. 301-STJ).

- “Apesar da Súmula n. 301-STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, ***os precedentes jurisprudenciais que sustentam o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.***” (Precedentes).

- Parecer pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial. (fl. 291)

Em acréscimo, merece aplausos o raciocínio esposado no voto vencido, da lavra do Exmo. Sr. Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, em face da percuciente ao análise da *quaestio iuris*, ocasião em sintetizou sua fundamentação aos exatos termos, *in verbis*:

Investigação de paternidade negativa do réu em submeter-se ao exame de D.N.A. Presunção relativa.

O Apelado foi registrado civilmente, constando o nome do seu genitor no assento do nascimento. Durante 36 anos acreditou ser aquele que lá figurava o seu verdadeiro pai e na condição de seu filho biológico foi criado, tratado e amado. Após sua morte, a mãe contou-lhe que o Réu era o pai biológico.

O Apelante se recusou a submeter-se à perícia de DNA e, por isso, o juiz julgou procedente o pedido.

Embora o art. 232 do CCi. e a Súm. n. 301 do STJ admitam a presunção relativa de paternidade para aqueles que se furtam ao referido exame, é necessário que haja um conjunto probatório mínimo, que sustente os fatos, e como não há nestes autos, outra alternativa não se tem, senão rever a sentença, para julgar improcedente o pedido.

A ser diferente, qualquer um estaria sujeito a ações temerárias, quiçá fraudulentas, pelas quais incautos encontrariam caminho fácil para a riqueza, principalmente, se o investigado é detentor de uma boa situação material.

Voto vencido (fl. 221).

Pela simples leitura dos excertos transcritos, verifica-se que restaram violados os artigos 231 e 232 do Código de Processo Civil, tendo em vista que a decisão da Corte de origem está em dissonância com o disposto nos referidos artigos, especialmente, **em face de não existir qualquer prova ou indício apresentado na exordial, a fim de robustecer a presunção relativa, de modo julgar procedente o pedido inicial.**

Ainda sobre o tema, a jurisprudência pacífica desta Corte entende que a recusa do investigado em realizar exame de DNA, tomada como elemento de prova contra o mesmo, pela presunção de que a assertiva da parte autora está correta, depende, obrigatoriamente, **de um mínimo de prova indiciária de que houve envolvimento íntimo entre o pretense genitor e a genitora.**

Em síntese, **não se pode imprimir à negativa do exame de DNA o caráter de presunção absoluta, especialmente quando não for ofertada nenhuma prova favorável a(o) autor(a).** Nesse sentido, segue o seguinte precedente:

Direito de Família e Processual Civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias.

- O não comparecimento, injustificado, do réu para realizar o exame de DNA equipara-se à recusa.

- Apesar da Súmula n. 301-STJ ter feito referência à presunção juris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai.

Recurso especial conhecido e provido. (3ª Turma, REsp n. 692.242-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJU de 12.09.2005).

In casu, verifica-se o grau de acerto do voto vencido ao fundamentar:

Ora, não é aceitável que alguém que tenha se relacionado com outrem, de cuja relação houve um nascimento, não tenha um mínimo de prova capaz de robustecer a versão. Um depoimento, um documento, uma carta, um bilhete, uma foto, um presente - nada, absolutamente nada existe.

Por outro lado, até se compreende que um homem, que nunca tomou conhecimento da existência de um filho, se surpreenda com uma ação na qual alguém que lhe é absolutamente desconhecido, um dia se apresenta como seu filho, dizendo que sua mãe lhe confessou o fato após a morte do pai registral.

Penso que realmente é difícil aceitar um exame de DNA nestas circunstâncias, mormente quando já se tem uma família constituída e quando não se tem qualquer referência sobre o fato.

O grande erro, se verdadeiros os fatos, cometeu a genitora do Apelado, omitindo-lhe a verdade e deixando que outrem o registrasse, na crença de ser seu filho biológico, a quem deu amor, carinho e garantia material.

Admitir a procedência pura e simplesmente porque o Réu não compareceu ao exame de DNA, sem qualquer outro elemento probatório fático auxiliar e indicativo da veracidade dos fatos, descartando o registro civil legitimamente injusto. Seria transferir para o Apelante a culpa de um erro que, se existiu, foi cometido pela mãe do autor (fls. 222-223).

Por fim, vale ressaltar que o Ministério Público seja o Estadual (em duas oportunidades), seja o Federal (fls. 291-295), à unanimidade opinaram pela improcedência do pedido lançado na exordial, ocasião em que adotaram o mesmo raciocínio da jurisprudência desta Corte, conforme transcrito no precedente da Terceira Turma.

Ante o exposto, ***conheço e dou provimento*** ao recurso especial, a fim de julgar improcedente o pedido lançado na exordial, invertendo o ônus da sucumbência.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior: Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, inclusive, um dos meus precedentes foi citado da tribuna.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Trata-se na origem de ação de investigação de paternidade proposta por R.S.M. contra T.T.

A inicial informa que R.S.M. - à época do ajuizamento da ação, com 36 anos de idade -, embora tenha sido registrado por outro pai, apenas após o falecimento deste é que foi informado por sua mãe que o réu era seu pai biológico.

Diante da recusa do réu em se submeter aos exames de DNA, a sentença julgou procedente o pedido, entendimento que foi mantido pelo acórdão recorrido, assim ementado (fl. 218):

Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Recusa do réu a submeter-se ao exame sob o método do DNA. Justificativa que não se coaduna com a necessidade da verdade real. Presunção legal de paternidade que autoriza a procedência do pedido. Súmula n. 301 do STJ e artigos 231 e 232 do Código Civil. Desprovimento do recurso, por maioria de votos. Vencido o Desembargador Relator que lhe dava provimento.

Nas razões do especial, alega o recorrente dissídio jurisprudencial. Requer o provimento do recurso “para que a paternidade alegada seja afastada face a total ausência de provas”.

Contrarrazões às fls. 273-275.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo provimento do recurso, afirmando que “a petição inicial não foi instruída com uma única e solitária prova de que o recorrente poderia ser o pai biológico do recorrido; ao contrário, consta dos autos a certidão de nascimento de fl. 11, documento que faz prova plena de que o recorrido é filho de Luiz Carlos Nunes de Mattos” (fls. 291-295).

Após o voto do eminente Relator, Ministro Honildo Amaral, que dava provimento ao recurso, e dos eminentes Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho, que o acompanharam, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

2. Também acompanho o voto do eminente Relator.

Inicialmente, cumpre registrar ser dever das partes colaborar com a Justiça, mormente em se tratando dos interesses envolvidos numa ação de investigação de paternidade em que determinada a produção de exame de DNA.

Tanto é assim que a recusa a tal procedimento ensejou a edição da Súmula n. 301 do STJ, do seguinte teor: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Todavia, como se trata de presunção relativa, de fato é necessária uma prova mínima que corrobore com a tese alegada pelo autor, prova esta ausente no caso em questão. Nesse sentido, o REsp n. 692.242-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 12.09.2005.

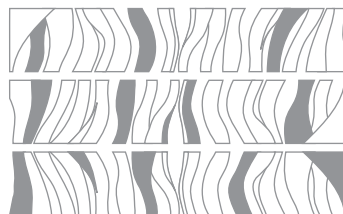
Não consta dos autos qualquer indício que seja, tanto por meio de prova documentária ou testemunhal, que ampare a pretensão do autor.

Além disso, o recorrido foi registrado por outro pai, inexistindo elementos que demonstrem o vício no registro, e por ele criado durante toda sua vida. Cabe aqui ressaltar que o autor nem sequer sustentou que o falecido pai deixou de cumprir com os deveres resultantes da paternidade enquanto era vivo.

Quanto à alegação da inicial de que “somente após o falecimento do pai de criação do investigante, que também não tinha conhecimento de que o autor não era seu filho biológico, é que a genitora do mesmo informou que seu verdadeiro pai, ou seja, o biológico, era outro, qual seja, o investigado”, vale registrar que, entre o falecimento do pai, em 10 de dezembro de 1980 (fl. 45), até o ajuizamento da ação, em 1º de fevereiro de 2005, passaram-se quase 25 anos. Dessa maneira, é no mínimo de se estranhar que a mãe tenha demorado tanto tempo para dizer ao filho sua real filiação, principalmente se o motivo do silêncio foi ocultar do marido a circunstância de não ser ele o verdadeiro pai.

Desse modo, diante da excepcionalidade do caso, e acompanhando o eminente Relator, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

É como voto.



Jurisprudência da **Terceira Seção**

MANDADO DE SEGURANÇA N. 13.703-DF (2008/0161033-0)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Áureo Araújo Faleiros

Advogado: Diomar Bezerra Lima

Impetrado: Ministro de Estado do Meio Ambiente

EMENTA

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público federal. Pena de demissão. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Art. 142 da Lei n. 8.112/1990. Sindicância. Interrupção do prazo prescricional. Não ocorrência. Processos disciplinares anteriores nulos.

1. É cabível a interrupção da prescrição, em face da instauração de sindicância, somente quando este procedimento sumário tiver caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, pois, neste caso, dar-se-á a interrupção somente com a instauração do processo administrativo disciplinar, apto a culminar na aplicação de uma penalidade ao servidor.

2. A Terceira Seção desta Corte tem entendimento no sentido de que o anterior processo administrativo disciplinar declarado nulo, por importar em sua exclusão do mundo jurídico e consequente perda de eficácia de todos os seus atos, não tem o condão de interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, que deverá ter como termo inicial, portanto, a data em a Administração tomou ciência dos fatos.

3. Transcorridos mais de 5 anos entre a data que a Administração tomou ciência da última irregularidade supostamente praticada pelo servidor e a data de instauração do processo administrativo que culminou na sua demissão, primeiro marco interruptivo prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão ao impetrante.

4. Segurança 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: A Seção, por unanimidade, concedeu a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram com a Relatora os Srs. Ministros Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Felix Fischer e Arnaldo Esteves Lima.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

O Dr. Eduardo Villas Boas sustentou oralmente pela União.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

DJe 07.04.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Áureo Araújo Faleiros, contra ato do Ministro de Estado do Meio Ambiente, consubstanciado na sua demissão do cargo de Analista Ambiental, do Quadro de Pessoal do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente - Ibama, por meio da Portaria n. 199, publicada em 17.07.2008, por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, nos termos dos arts. 117, inciso IX e 132, inciso XIII, da Lei n. 8.112/1990.

Narra o impetrante que a sua demissão ocorreu, em síntese, em face de supostas irregularidades ocorridas no curso da execução de contrato firmado entre a Funai, onde exercia o cargo de Diretor do Departamento de Assuntos Fundiários (DAF), e o Instituto Ecoplan, com a dispensa do procedimento licitatório, para a elaboração de 500 (quinhentos) Atlas de Terras Indígenas do Brasil.

Afirma a exordial que “os fatos que ensejaram a instauração em abril de 2003, do primeiro processo disciplinar contra o servidor - todos do inteiro

conhecimento da Administração, pois, para se concretizarem, contaram com a assinatura do presidente do órgão, ocorreram durante a execução do Contrato n. 68/1996, firmado em 31.12.1996 entre a Funai e o Instituto Ecoplan, tendo por objeto serviços de pesquisa, elaboração e impressão de 5.000 unidades do “Atlas para Terras Indígenas do Brasil”.

A principal irresignação deduzida no *mandamus* refere-se à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Para tanto, sustenta o impetrante, em síntese, o seguinte:

A decretação de nulidade do primeiro processo administrativo instaurado e as sucessivas declarações de nulidade das portarias com base nas quais foram abertos dois procedimentos disciplinares, seguidas sempre da constituição de outras comissões processantes, para instauração de “novo processo”, visando à apuração de eventual responsabilidade do impetrante por supostas irregularidades que se teriam verificado durante a formalização e execução do Contrato n. 68/96, firmado em 31.12.1996 entre a Funai e o Instituto Ecoplan, evidenciam que, no interregno de mais de 7 (sete) anos, do conhecimento do último ato atribuído ao impetrante (a assinatura, pelo Presidente da Funai, do 4º Termo Aditivo ao Contrato n. 68/1996, cujo extrato foi publicado no D.O.U de 23.08.1999) até a edição, pelo Presidente da Fundação Nacional do Índio - Funai, da Portaria n. 1.338-PRES, de 20.10.2006 (v. doc. n. 22), não ocorreu qualquer causa de interrupção do lapso prescricional da pretensão punitiva administrativa do Estado (fls. 24-25).

Ultrapassada a preliminar de prescrição da pretensão punitiva estatal, o impetrante suscita, ainda, as seguintes questões:

(a) a nulidade do processo administrativo disciplinar, em razão de a presidente da comissão ser ocupante de cargo de nível inferior ao seu;

(b) nulidade do PAD por incompetência dos órgãos condutores da investigação, uma vez que na ocasião do início das apurações já teria retornado ao seu órgão de origem, qual seja, o Ibama;

(c) violação ao princípio da razoabilidade na aplicação da pena demissória, porquanto a comissão processante teria sugerido a aplicação da pena de suspensão.

Nesse contexto, pleiteia a concessão da segurança “para o fim de ser declarado nulo o processo disciplinar a que submetido, e, conseqüentemente, a Portaria n. 199, de 10.07.2008, do Senhor Ministro do Estado do Meio Ambiente, que o demitiu do cargo de Analista Ambiental do Instituto Brasileiro

do meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, com sua imediata reintegração ao serviço público e todos os consectários de direito daí emergentes”.

Indeferido o pedido de liminar pelo Ministro Cesar Asfor Rocha (fls. 322-323), vieram as informações da autoridade coatora (fls. 328-341) refutando os argumentos e nulidades suscitados na exordial do *mandamus*.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem no sentido da conversão da pena de demissão em suspensão, tendo em vista o princípio da proporcionalidade. (fls. 348-354).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): Para o correto deslinde da questão deduzida na presente impetração, faz-se necessário um breve relato cronológico dos fatos.

No dia 23.07.2002, por intermédio da Portaria n. 317 (fl. 60), foi instaurada Comissão de Sindicância para apurar irregularidades e apontar possíveis responsáveis por prejuízos causados ao erário na execução de contrato firmado entre a Funai e o Instituto Ecoplan, no período de 31.12.1996 a 23.08.1999, tendo concluído a referida comissão pela abertura de Processo Administrativo Disciplinar em desfavor do ora impetrante (relatório de fls. 64-85).

Em face da conclusão da comissão de sindicância, determinou o Presidente da Funai, por intermédio da Portaria n. 188, publicada em 23.03.2003, a instauração de Processo Administrativo Disciplinar para apuração das irregularidades supostamente praticadas pelo ora impetrante.

O relatório produzido pela comissão processante (fls. 90-118) concluiu pela “inocência” do servidor. A autoridade competente, por sua vez, afirmando ter ocorrido irregularidades no procedimento disciplinar, determinou a abertura de novo PAD, com a conseqüente constituição de nova comissão processante, em despacho proferido em 12.12.2003 (fl. 139). Assim, foi editada a Portaria n. 1.246, em 19 de novembro de 2004 (fl. 143), concretizando a abertura de novo procedimento disciplinar contra o ora impetrante.

Ocorre que, em 19.07.2005 foi proferido despacho pelo Secretário-Executivo do Ministério da Justiça, declarando nula a Portaria n. 1.246/2004 e

determinando “seja aviada uma nova portaria constituindo outra comissão para apurar os fatos constantes o processo em referência” (fl. 153). Em atendimento a este despacho, foi editada, em 26.01.2006, a Portaria n. 87, instaurando a terceira comissão processante para apuração dos fatos ocorridos entre 31.12.1996 a 23.08.1999.

Entretanto, após a prorrogação do prazo para conclusão dos trabalhos (fl. 157), após o sobrestamento do processo disciplinar, em virtude de problemas de saúde do presidente da comissão processante (fl. 159-161) e após Nota Técnica da Corregedoria Setorial do Ministério da Justiça (fls. 165-167), o Presidente da Funai houve por bem determinar a instauração de nova Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, a quarta, por meio da Portaria n. 1.338, de 20.10.2006 (fl. 170).

Colocada a questão nestes termos, é imperiosa a análise da eventual ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

A propósito, assim dispõe a Lei n. 8.112/1990 acerca da matéria, *verbis*:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

(...)

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

De início, cumpre esclarecer que não há falar em interrupção do prazo prescricional, pela abertura da sindicância. Com efeito, em se tratando de sindicância, é cabível a interrupção da prescrição somente quando instaurada com caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, pois, neste caso, dar-se-á a interrupção somente com a instauração do processo administrativo disciplinar, apto a culminar na aplicação de uma penalidade ao servidor.

Nesse sentido:

Mandado de segurança. Administrativo. Servidor público estadual. Penalidade de suspensão. Não-ocorrência. Não demonstração de apuração criminal da conduta do impetrante. Impossibilidade de aplicação do prazo prescricional previsto na lei penal. Observância de devida motivação do ato de suspensão.

1. Não tendo sido evidenciado nos autos que tenha sido apurada criminalmente a conduta do impetrante, ainda que seu ato seja tipificado como crime, deve ser aplicado o prazo prescricional previsto na lei que regula a punição administrativa. Precedentes.

2. É cabível a interrupção da prescrição somente quando se tratar de sindicância instaurada com caráter punitivo e não meramente investigatório ou preparatório de um processo disciplinar, pois, neste caso, dar-se-á a interrupção somente com a instauração do processo administrativo disciplinar, apto a culminar na aplicação de uma penalidade ao servidor.

3. Tendo sido respeitado o prazo prescricional de um ano entre a prática do ilícito e a instauração do processo administrativo disciplinar, bem como entre esta e a aplicação da pena de suspensão, deve ser rechaçada a alegada ocorrência de prescrição.

4. Observância, na espécie, de devida motivação do ato de suspensão do servidor público, que apontou provas suficientes da prática de infrações previstas na lei.

5. Recurso ordinário improvido. (RMS n. 19.326-GO, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 1º.07.2009)

De outro lado, a Terceira Seção desta Corte tem entendimento no sentido de que o anterior processo administrativo disciplinar declarado nulo, por importar em sua exclusão do mundo jurídico e consequente perda de eficácia de todos os seus atos, não tem o condão de interromper o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, que deverá ter como termo inicial, portanto, a data em a Administração tomou ciência dos fatos.

A propósito:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Policial rodoviário federal. Pena de cassação de aposentadoria. Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorrência. Art. 142 da Lei n. 8.112/1990.

Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, havendo anulação de anterior processo disciplinar, porque sua declaração determina a exclusão do mundo jurídico do ato viciado, o prazo prescricional da pretensão punitiva

volta a ser contado da ciência, pela Administração, da prática do suposto ilícito administrativo.

2. Hipótese em que a Administração teve ciência das supostas irregularidades funcionais em 04.07.2000. Abriu 2 (dois) processos administrativos disciplinares, em 2001 e 2004, que remanesceram anulados. No entanto, instaurou aquele que culminou na aplicação da pena de cassação de aposentadoria do impetrante por meio de portaria publicada em 08.05.2006, quando já havia transcorrido integralmente o prazo de 5 (cinco) anos, segundo o art. 142 da Lei n. 8.112/1990.

3. Segurança concedida. Agravo regimental prejudicado. (MS n. 12.994-DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 24.09.2008, DJe 14.11.2008)

Mandado de segurança preventivo. Interregno superior a cinco anos entre o conhecimento dos fatos pela Administração e a instauração de processo administrativo disciplinar válido. Prescrição da pretensão sancionatória. Processo disciplinar anterior desprovido de efeitos em razão da declaração de sua nulidade. Não interrupção do prazo prescricional. Ordem concedida.

1. O poder-dever de a Administração punir a falta cometida por seus Funcionários não se desenvolve ou efetiva de modo absoluto, de sorte que encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, uma vez que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder disciplinar do Estado, além de que o acentuado lapso temporal transcorrido entre o cometimento da falta disciplinar e a aplicação da respectiva sanção esvazia a razão de ser da responsabilização do Servidor supostamente transgressor.

2. O art. 142 da Lei n. 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, instituindo o princípio da inevitável prescritibilidade das sanções disciplinares, prevendo o prazo de cinco anos para o Poder Público exercer seu *jus puniendi* na seara administrativa.

3. Reluz no plano do Direito que, a anulação do Processo Administrativo implica na perda da eficácia de todos os seus atos, e no desaparecimento de seus efeitos do mundo jurídico, o que resulta na inexistência do marco interruptivo do prazo prescricional (art. 142, § 3º da Lei n. 8.112/1990), que terá como termo inicial, portanto, a data em que a Administração tomou conhecimento dos fatos.

4. Transcorridos mais de cinco anos entre o conhecimento da existência de falta pela autoridade competente e a instauração do segundo Processo Administrativo Disciplinar (que declarou a nulidade do primeiro), deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

5. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial. (MS n. 13.242-DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 05.12.2008, DJe 19.12.2008)

Desta forma, levando em consideração que a última irregularidade imputada ao impetrante no curso da execução do contrato objeto da apuração, qual seja, o Termo Aditivo n. 004/99, é de ciência da Administração desde 24.08.1999, data de sua publicação no DOU, chega-se à conclusão de que, de fato, ocorreu a extinção da pretensão sancionatória da Administração Pública.

Ora, conforme anteriormente consignado, os três primeiros procedimentos disciplinares, considerados nulos pela própria Administração, não interromperam o prazo prescricional previsto no inciso I do art. 142 da Lei n. 8.112/1990. Assim, já na ocasião da instauração da segunda comissão processante, por intermédio da Portaria n. 1.246, em 19 de novembro de 2004, já teria fluído o prazo de prescricional de 5 (cinco) anos, tendo em vista a ciência inequívoca da Administração, em 24.08.1999, da última irregularidade supostamente perpetrada pelo autor da *mandamus*.

Frise-se, outrossim, que não há dúvidas acerca do conhecimento dos fatos pela Administração, porquanto o próprio Presidente da Funai, autoridade competente para determinar a apuração das irregularidades apontadas, firmou o contrato com o instituto Ecoplan e os posteriores aditivos que foram objeto da investigação.

Nesse contexto, resta clara a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Com efeito, o poder disciplinar da Administração não é absoluto, devendo observar limites temporais decorrentes da observância do princípio da segurança jurídica. O administrado não pode ficar indefinidamente à espera da iniciativa do Estado para o exercício de seu poder disciplinar, sob pena do próprio esvaziamento da razão de ser da punição e responsabilização do servidor.

Assim, reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da Administração, a análise das demais irresignações deduzidas na impetração encontra-se prejudicada.

Diante do exposto, concedo a segurança para o fim de, reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração relativamente às infrações disciplinares imputadas ao impetrante, declarar a nulidade da Portaria n. 199, de 02 de fevereiro, publicada no Diário Oficial da União de 05 de fevereiro de 2007, reintegrando-a no cargo de Analista Ambiental do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, com efeitos financeiros a partir da impetração. Julgo prejudicado o pedido de reconsideração de fls. 357-364.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.149-DF (2009/0026201-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Impetrante: Aline Mirilli Mac Cord
Impetrante: Alfonso Lages Besada
Impetrante: Carlos Alberto Alves Pereira
Impetrante: Carlos Lima Dias
Impetrante: Cristiano Carneiro Ebner
Impetrante: Danilo Silverio
Impetrante: Eduardo Albuquerque de Barros Braga
Impetrante: Eduardo Lisker
Impetrante: Leonardo Pace Alves
Impetrante: Salvador Congentino Neto
Advogado: Clementino Humberto Contreiras de Almeida
Impetrado: Ministro de Estado das Relações Exteriores
Impetrado: Diretor Geral do Instituto Rio Branco

EMENTA

Direito Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público para ingresso na carreira de diplomata. Insurgência contra o prazo de validade do certame. Decadência. Candidatos aprovados além do número de vagas previsto. Inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.

1. A impugnação do prazo de validade de concurso público deve ocorrer, por meio de mandado de segurança, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da publicação do edital. Inteligência do art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

2. Candidato aprovado em concurso público não tem direito subjetivo, em regra, à nomeação se aprovado além do número de vagas previsto no edital do certame. Há, nessa hipótese, mera expectativa de direito, inexistindo violação a direito líquido e certo em decorrência da abertura de novo certame após expirado o prazo de validade do anterior.

3. Não há ilegalidade, abuso ou desvio de poder no ato que determina a abertura de novo Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata quando não mais válido o anterior, no qual foram convocados todos os candidatos aprovados e classificados no número de vagas previsto no edital.

4. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado.

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, denegar a segurança, julgando prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Felix Fischer.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 14 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 06.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Aline Mirilli Mac Cord, Alfonso Lages Besada, Carlos Alberto Alves Pereira, Carlos Lima Dias, Cristiano Carneiro Ebner, Danilo Silverio, Eduardo Albuquerque de Barros Braga, Eduardo Lisker, Leonardo Pace Alves e Salvador Congentino Neto* em desfavor do *Ministro de Estado das Relações Exteriores* e do *Diretor-Geral do Instituto Rio Branco*.

Os impetrantes narram que, aprovados no Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata, regido pelo Edital de 28.12.2007, classificaram-se além das 115 (cento e quinze) vagas previstas, razão por que não foram convocados, em julho de 2008, para entrega de documentos e realização dos exames pertinentes.

Sustentam que a abertura de novo certame em janeiro de 2009, para preenchimento de 105 (cento e cinco) vagas na referida carreira, poucos meses após o término do prazo de validade do concurso anterior, demonstra que já havia vagas a serem preenchidas, considerando, ainda, que, por força da Lei n. 11.292, de 26.04.2006, foram criados 400 (quatrocentos) cargos efetivos para a Carreira de Diplomata.

Aduzem, em essência, que: a) é exíguo o prazo de validade de 90 (noventa) dias fixado no edital do concurso em referência; b) o número de vagas oferecido no concurso de 2008 foi inferior à real necessidade da Administração Pública; c) “não está advogando a eliminação do poder discricionário da Administração, mas tão-somente o abrandamento do seu excesso nas situações que reclamam intervenção do Judiciário” (fl. 12). Invocam, a seu favor, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, da legalidade, da moralidade, da finalidade e da eficiência.

Ao final, requerem (fl. 23):

... a concessão de segurança para decretar a invalidade do prazo de validade a que se refere o item 14.24 do “Edital de 28 de dezembro de 2007”, estendendo essa validade para o prazo de dois anos, à vista da impossibilidade de inexistência de prazo de validade para o concurso, bem como que os Impetrantes sejam definitivamente nomeados, com precedência sobre quaisquer outros, no cargo de Terceiro Secretário da Carreira de Diploma do MRE, se preciso mediante subtração das correspondentes vagas originalmente previstas no “Edital de 19 de janeiro de 2009”, ou outro edital que eventualmente venha se seguir para o preenchimento de cargos na Carreira de Diplomata do MRE.

Às fls. 94-95, indeferi a liminar. Contra essa decisão os impetrantes interpuseram agravo regimental (fls. 101-106).

O Ministro das Relações Exteriores prestou informações (fls. 110-118).

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, opina pelo reconhecimento da decadência ou pela denegação da segurança (fls. 120-124).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, ressalto que a impugnação do prazo de validade de concurso público deve ocorrer, por meio

de mandado de segurança, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da publicação do edital. Inteligência do art. 18 da Lei n. 1.533/1951, que dispunha:

Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

Nesse sentido, refiro-me aos seguintes julgados: AgRg no RMS n. 27.255-ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 15.12.2008; RMS n. 24.630-RO, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 12.05.2008.

Ressalto que o texto contido no referido dispositivo foi reproduzido integralmente no art. 23 da Lei n. 12.016/2009, que revogou a Lei n. 1.533/1951.

Por conseguinte, os impetrantes, que ajuizaram o *mandamus* em 12.02.2009, decaíram do direito de impugnar o Item 14.24 do Edital de 28.12.2007, do Diretor do Instituto Rio Branco, que fixa em 90 (noventa dias) o prazo de validade do concurso público de admissão à Carreira de Diploma, sem possibilidade de prorrogação.

Quanto ao concurso público, dispõe a Constituição Federal, no que interessa:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

IV - durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira;

Por sua vez, dispõe a Lei n. 8.112/1990:

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano

de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.

Art. 12. O concurso público terá validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogada uma única vez, por igual período.

§ 1º O prazo de validade do concurso e as condições de sua realização será fixados em edital, que será publicado no Diário Oficial da União e em jornal diário de grande circulação.

§ 2º Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

Segundo o consagrado entendimento jurisprudencial, construído a partir dos princípios e regras preconizados nos referidos dispositivos, candidato aprovado em concurso público não tem direito subjetivo à nomeação se aprovado além do número de vagas previsto no edital do certame. Há, nessa hipótese, mera expectativa de direito, inexistindo violação a direito líquido e certo em decorrência da abertura de novo certame após expirado o prazo de validade do anterior. A propósito, transcrevo as seguintes ementas:

Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Encerramento do prazo de validade do concurso. Falta de interesse processual. Inocorrência. Decadência. Afastada. Nomeação. Expectativa de direito. Direito líquido e certo. Inexistência.

(...)

III - É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.

Recurso desprovido. (RMS n. 25.601-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 05.05.2008)

Administrativo. Concurso público. Candidatos aprovados fora do número de vagas originariamente existentes. Resolução prevendo a abertura de novas vagas. Prazo de validade. Abertura de novo certame. Preterição. Inexistência.

1 - O candidato possui mera expectativa de direito à nomeação, ato do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, respeitadas a necessidade do serviço, o número de vagas existentes e a ordem classificatória dos aprovados no concurso.

2 - Resolução que prevê a existência de vagas a serem preenchidas em novo certame, este aberto após a expiração do prazo de validade do concurso anterior, não viola direito líquido e certo dos impetrantes.

3 - A prorrogação do prazo de validade de concurso público é ato discricionário da Administração.

4 - Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS n. 10.048-RJ, Rel. p/ acórdão Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ de 1º.08.2006)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 77, inciso VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Texto normativo que assegura o direito de nomeação, dentro do prazo de cento e oitenta dias, para todo candidato que lograr aprovação em concurso público de provas, ou de provas de títulos, dentro do número de vagas ofertadas pela Administração Pública Estadual e Municipal.

O direito do candidato aprovado em concurso público de provas, ou de provas e títulos, ostenta duas dimensões: 1) o implícito direito de ser recrutado segundo a ordem descendente de classificação de todos os aprovados (concurso é sistema de mérito pessoal) e durante o prazo de validade do respectivo edital de convocação (que é de 2 anos, prorrogável, apenas uma vez, por igual período); 2) o explícito direito de precedência que os candidatos aprovados em concurso anterior têm sobre os candidatos aprovados em concurso imediatamente posterior, contanto que não-escoado o prazo daquele primeiro certame; ou seja, desde que ainda vigente o prazo inicial ou o prazo de prorrogação da primeira competição pública de provas, ou de provas e títulos. Mas ambos os direitos, acrescente-se, de existência condicionada ao querer discricionário da administração estatal quanto à conveniência e oportunidade do chamamento daqueles candidatos tidos por aprovados.

O dispositivo estadual adversado, embora resultante de indiscutível atributo moralizador dos concursos públicos, vulnera os artigos 2º, 37, inciso IV, e 61, § 1º, inciso II, c, da Constituição Federal de 1988. Precedente: RE n. 229.450, Rel. Min. Maurício Corrêa.

Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. (ADI n. 2.931-RJ, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJ de 29.09.2006)

Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público: Cadastro de reserva. Candidato aprovado: Direito à nomeação. Ato omissivo. Validade do concurso. Prazo decadencial. Termo inicial.

1. Candidatos aprovados em concurso público e classificados além do número de vagas originalmente previsto no edital de convocação. Inclusão no cadastro de reserva destinado ao preenchimento de cargos que viessem a ficar vagos no prazo de sua validade. Conseqüência: direito subjetivo à nomeação, durante o lapso assinalado no respectivo edital, caso se verifiquem as condições legais veiculadas para o ato.

2. Ato omissivo consistente na não-nomeação de candidatos aprovados em concurso público. Alegação insubsistente, dado que não se pode reputar omisso

o administrador que, em razão do término da eficácia jurídica do concurso, não mais detém autorização legal para a efetivação do ato requerido.

3. Mandado de Segurança impetrado após decorridos cento e vinte dias do ato omissis reputado ilegal. Decadência (Lei n. 1.533/1951, artigo 18).

Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (RMS n. 24.119-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 14.06.2002)

Registro que apenas quando há quebra da ordem classificatória ou contratação de terceiros a título precário para o preenchimento de vagas existentes, no prazo de validade do certame, em detrimento dos candidatos aprovados em concurso público, surge para o candidato o direito líquido e certo de ser nomeado. A propósito: RMS n. 29.227-RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 03.08.2009; RMS n. 18.990-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 25.09.2006.

A jurisprudência deste Tribunal tem se orientado, igualmente, no sentido de existência de direito subjetivo à nomeação dos aprovados e classificados dentro do número de vagas oferecidas pelo edital, no prazo de validade do concurso público, hipótese, todavia, não-ocorrente na espécie. Nesse sentido, refiro-me aos seguintes julgados: RMS n. 27.311-AM, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 08.09.2009; AgRg no RMS n. 22.568-SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJe 27.04.2009.

No caso em exame, consoante se verifica no relatório, não se discute o rompimento da ordem de classificação, tampouco a eventual contratação de terceiros. Os impetrantes, que logram aprovação além do número de vagas previsto no concurso público para ingresso na carreira de Diplomata, regido pelo Edital de 28.12.2007, sustentam que têm direito subjetivo de serem nomeados, à asserção de que, logo após o término do prazo de validade do anterior, foi aberto novo certame, o que indicaria a existência de vagas. Sustentam, ainda, que a Lei n. 11.292/2006 criou 400 (quatrocentos) cargos na carreira.

Ocorre que a pretensão veiculada encontra óbice na pacífica orientação jurisprudencial a respeito da matéria, conforme exposto acima, não havendo falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da legalidade, da moralidade, da finalidade e da eficiência.

As autoridades impetradas não atuaram com ilegalidade, abuso ou desvio de poder. Não houve convocação parcial de candidatos, mas de todos aqueles devidamente aprovados e classificados dentro do número de vagas previsto.

Foi, ainda, observado o prazo de validade de 90 (noventa) dias, expressamente fixado no edital do concurso público. A abertura do novo certame deu-se quando já expirado o anterior. Não se deixou escoar o referido prazo com o deliberado propósito de nomear os aprovados no concurso público subsequente.

Outrossim, não há falar em ato omissivo das autoridades impetradas, consistente na não-nomeação dos impetrantes, porquanto, diante do término da validade do certame, não teriam mais autorização legal para praticar referido ato.

A circunstância de os impetrantes terem alcançado pontuação além da mínima estabelecida e, por conseguinte, terem figurado na relação final de aprovados não lhes confere o direito líquido e certo de serem matriculados no curso de formação.

Cabe registrar, a propósito, as características próprias de ingresso na carreira de Diplomata, que a diferenciam das demais, conforme consignado pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores, em suas informações (fl. 115):

Uma vez constituída a turma, idealmente com o preenchimento de todas as vagas oferecidas, e uma vez iniciado o período letivo, não há qualquer benefício em convocação adicional, que só traria prejuízo para as atividades de formação. O ingresso de novos diplomatas só voltará a atender os interesses da Administração quando, daí a um ano, se fizer necessária a constituição de nova turma, com base em novo concurso. Assim, não há cabimento em ver “desarrazoada exiguidade” no prazo de validade do CACD, como afirma o Mandado de Segurança, mas, sim, uma medida que atende às necessidades do Itamaraty, perfeitamente fundada e motivada, com base no planejamento e na eficiência administrativa.

(...)

A abertura do edital referente ao CACD 2009 alguns meses depois de encerrado o prazo de validade do CACD anterior não constitui qualquer arbitrariedade ou capricho, nem foi fruto de mau “dimensionamento” das vagas quando do lançamento do concurso de 2008, mas a providência oportuna para que se chegue a constituir uma nova turma de diplomatas, composta dos melhores candidatos, exatamente um ano depois da posse da turma anterior. Assegura-se, assim, o perfeito funcionamento do Instituto Rio Branco, instituição internacionalmente reconhecida como de excelência para preparação para a carreira de diplomata.

(...)

Há, também, razões de ordem administrativa que recomendam o recrutamento anual. Em situação de estabilidade de quadros, a realização regular de concursos permite a recomposição do pessoal, que tenderia naturalmente a

decrecer, em razão de aposentadorias, falecimentos ou afastamentos. Em um contexto como o atual, em que se implementa o aumento de quadros decorrente da Lei n. 11.292, de 26.04.2006, a convocação de seleções anuais possibilita o adequado escalonamento da incorporação de novos quadros. Ao mesmo tempo em que evita o rebaixamento do nível dos recrutados, que seria inevitável se todos os 400 novos cargos fossem imediatamente preenchidos, a distribuição do preenchimento das vagas ao longo de alguns anos permite ao Ministério preparar-se adequadamente – até mesmo quanto às instalações físicas – para receber os novos funcionários. O número de vagas oferecidas, desde 2006, pelo IRBr reflete, também, suas limitações físicas e financeiras para absorver novos alunos.

O Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata possui peculiaridades. O candidato, devidamente aprovado e nomeado, toma posse no cargo inicial de Terceiro Secretário e frequenta o curso, que segue metodologia de curso de nível de Mestrado Profissional em Diplomacia, no renomado Instituto Rio Branco - IRBr, nos termos da Lei n. 7.501/1986. São formadas turmas anuais, com número limitado de matriculados. Basta ver que a autoridade impetrada discorre expressamente sobre a existência de “período letivo” (fl. 115).

A prevalecer a tese dos impetrantes, o ingresso na carreira não se dará de acordo com as vagas previstas no edital do certame, que se presumem conforme a capacidade do IRBr para o ano correspondente, mas observando-se o número total de aprovados, ainda que ultrapasse o expressamente previsto, desde que tenham vagas criadas.

Nesse contexto, estaria sendo imposto ao órgão encarregado da formação dos diplomatas um problema grave de logística: as turmas seriam formadas seguindo-se o número total de aprovados, independentemente da sua capacidade, o que comprometeria, sem dúvida, o planejamento administrativo e o princípio da eficiência.

Em resumo, não há ilegalidade, abuso ou desvio de poder no ato que determina a abertura de novo Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata quando não mais válido o anterior, no qual foram convocados todos os candidatos aprovados e classificados no número de vagas previsto no edital.

Ante o exposto, *denego a segurança*. Custas conforme a lei. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ. *Julgo prejudicado* o agravo regimental.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Nilson Naves: Em caso de alguma semelhança, cheguei a votar pelo não conhecimento do especial; tinha eu motivo de ordem formal. Fiquei vencido. Do recurso se conheceu e se lhe deu provimento de acordo com o seguinte entendimento: “Na compreensão deste Superior Tribunal de Justiça, a abertura de novo concurso público, após o encerramento do prazo de validade de concurso anterior, não produz violação de direito qualquer de candidato que sobejou às vagas não preenchíveis” (REsp n. 743.542, Relator para o acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 09.12.2008).

Vejam que essa decisão se amolda ao que aqui propõe o Relator. Acompanho-o, pois.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Sra. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, denegando a ordem em mandado de segurança e julgando prejudicado o agravo regimental, pela particularidade do concurso.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Pedi vista deste processo para melhor examinar a questão posta em debate, por não se tratar apenas de mais um daqueles casos em que, candidatos aprovados além do número de vagas, pleiteiam sua nomeação para o cargo sob a única alegação de que a aprovação, por si só, gera direito à nomeação.

2. Dessume-se dos autos que os impetrantes foram aprovados no Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata CACD/2008, porém foram classificados além das 115 de vagas ofertadas no Edital, motivo pelo qual não foram convocados, em julho de 2008, para entrega de documentos e realização de exames pré-admissionais com vistas à nomeação para o cargo de Terceiro Secretário.

3. Sustentam, em síntese, que a criação de 400 cargos efetivos para a carreira de Diplomata, pela Lei n. 11.292/2006, e a abertura de novo certame no ano de 2009, poucos meses após o término do prazo de validade do concurso anterior, no qual foram aprovados, demonstram que existiam vagas em aberto.

4. Argumentam, ainda, a abusividade de poder praticada pelo Diretor-Geral do IRBr, ao fixar o prazo exíguo de validade do Concurso, (apenas 90 dias, sem possibilidade de prorrogação), bem como ter veiculado no Edital do certame número de vagas menor do que as realmente existentes, não se justificando a razão dessa ocorrência, ainda mais diante da imprescindibilidade de que fosse suprida a carência de pessoal naquela área de atuação da Administração Pública.

5. Sobre o tema, após amplos debates nesta Corte, firmaram-se as seguintes orientações:

(A) o candidato devidamente aprovado em concurso público tem direito de precedência, dentro do prazo de validade do certame, em relação aos candidatos aprovados em concurso superveniente;

(B) o aprovado possui o direito de convocação por ordem descendente de classificação de todos os aprovados;

(C) a habilitação em concurso não cria, para o aprovado, direito à nomeação, mas somente expectativa de direito;

(D) a aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas no Edital, convalida a expectativa em direito subjetivo do candidato a ser nomeado para o cargo a que concorreu e foi devidamente habilitado;

(E) caso haja omissão ou recusa na nomeação de candidato devidamente aprovado em concurso público, cujo prazo ainda não expirou, e ficar comprovado nos autos a necessidade de a Administração em preencher vagas existentes, este passa a ter direito subjetivo a ser nomeado.

6. Tem-se, pois, no que é pertinente ao presente caso, que a Administração não está obrigada a convocar os aprovados fora do número de vagas veiculadas no Edital regulador do certame, ou ainda, de ofertar todas as vagas existentes quando da abertura do concurso, como querem fazer crer os impetrantes. Tais atos são discricionários e estão, portanto, sujeitos à conveniência e oportunidade do interesse público, consubstanciando o chamado mérito administrativo, que em princípio não se sujeita a controle judicial, salvo manifesta ilegalidade.

7. Pode-se, neste contexto, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e oportunidade relativas ao motivo e ao objeto de ato discricionário, inspiradores de sua prática, ou omissão em praticá-lo, com a condição lógica de se preordenar ao interesse público. Nesse caso é o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, *embora sem afastamento dos princípios administrativos, como o da motivação dos atos e o de tratamento isonômico aos administrados.*

8. *In casu*, apesar da existência de vagas suficientes para todos os aprovados no concurso realizado em 2008 (o que restou devidamente comprovado nos autos e não foi contraditado pela autoridade coatora), o Ministério das Relações Exteriores *optou por não convocar todos os candidatos que comprovaram aptidão para o cargo*, mediante aprovação em testes elaborados segundo os critérios do próprio órgão interessado, mas somente os 115 primeiros classificados, em correspondência exata com o número de vagas ofertadas no Edital.

9. Em princípio, o ato nada ostenta de ilegal e encontra-se dentro do espaço de competência que tem o Administrador na prática dos chamados atos discricionários. Porém, uma vez apontados os fundamentos que levaram o Ministro das Relações Exteriores a não convocar os aprovados remanescentes, além do número de vagas veiculadas no Edital, para nomeação no cargo de Terceiro-Secretário, tais motivos passam a determinar e justificar a realização do ato, de sorte que devem guardar perfeita correspondência com a realidade.

10. Em suas informações, o Ministro das Relações Exteriores motivou o ato da seguinte forma:

Uma vez constituída a turma, idealmente com o preenchimento de todas as vagas oferecidas, e uma vez iniciado o período letivo, não há qualquer benefício em convocação adicional, que só traria prejuízo para as atividades de formação. O ingresso de novos diplomatas só voltará a atender os interesses da Administração quando, daí a um ano, se fizer necessária a constituição de nova turma, com base em novo concurso. Assim, não há cabimento em ver “dessarazoadada exiguidade” no prazo de validade do CACD, como afirma o Mandado de Segurança, mas, sim, uma medida que atende às necessidades do Itamaraty, perfeitamente fundada e motivada, com base no planejamento e na eficiência administrativa.

(...).

A periodicidade anual com que o CACD é realizado pelo Instituto Rio Branco enseja, por um lado, a preparação de longo prazo dos candidatos e permite, por outro lado, que cada turma se constitua dos candidatos com melhor desempenho entre os que se apresentarem a cada ano. A realização de concurso com número de vagas superior à estabelecida no edital não atenderia ao interesse da Administração, pelos motivos aduzidos acima e pelo risco de queda na qualidade dos recrutados. Representaria, ainda, forte desestímulo para futuros interessados em ingressar na carreira. A carreira de diplomata tem apenas uma porta de entrada - o CACD - e não parece justo privar nenhuma geração de aspirantes à diplomacia da possibilidade de concorrer, em igualdade de condições com os demais, ao ingresso no Itamaraty, com base exclusivamente em seu mérito intelectual (fls. 145-146).

11. Nessa situação, a complexidade e especificidade do concurso para a carreira de Diplomata, constituído de 4 fases que duram praticamente um semestre para serem concluídas, bem como o fato de que os aprovados e convocados, ao tomarem posse, passam a frequentar o Curso de Formação do Instituto Rio Branco, com duração de aproximadamente dois anos, *justificam a realização de concurso anualmente, o fracionamento da oferta de vagas e a convocação apenas daqueles aprovados dentro do número de vagas inicialmente ofertadas.*

12. Ocorre que, segundo informações trazidas a juízo em petição protocolada pelos impetrantes, diferentemente do certame realizado em 2008, *foram convocados todos os 109 candidatos aprovados no Concurso de 2009*, indo-se além do correspondente às vagas 105 previstas no Edital do Concurso, o que demonstra a fragilidade da motivação apresentada pelo Ministério das Relações Exteriores, eis que, nesse segundo processo seletivo, não se vinculou a Administração ao número de vagas ofertadas.

13. O alegado prejuízo na convocação adicional, o imputado risco de queda na qualidade dos recrutados e o suposto desestímulo para os futuros interessados em ingressar na carreira de Diplomata, *apontados como motivos para a não convocação de todos os aprovados no certame*, mesmo a despeito da existência de vagas, desapareceram no ano seguinte (2009), pelo que foi conveniente a convocação de número excedente ao inicialmente ofertado no Edital, sendo certo que tal resultado desautorizaria a argumentação da douta Autoridade Coatora.

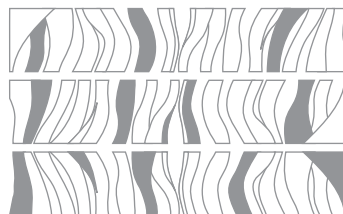
14. É indubitoso que não se pode vincular a Administração Pública de tal modo que sempre esteja compelida a nomear todos os candidatos aprovados em um concurso público, muito menos em casos como o presente, no qual a peculiaridade da submissão dos nomeados ao Curso de Formação do Instituto Rio Branco, tão logo após a posse, consubstancia-se em mais uma limitação à quantidade de Secretários que poderão adentrar ao quadro de uma só vez; o que antes não era conveniente, passou a ser de interesse público em um espaço de tempo de apenas 1 ano.

15. Porém, impõe-se frisar que a diferença de tratamento e postura da Administração em casos tão semelhantes reforça o sentimento de insegurança que tanto se busca repelir. O poder da Administração, ainda quando na prática de atos discricionários, não pode, nem deve ser absoluto, de forma a permitir que as nomeações de candidatos não classificados dentro do número de vagas previstas no Edital ocorra de forma descontrolada. Assim, diante da impossibilidade de

ordenar a nomeação de todos os aprovados, só resta deixar registrada a crítica à extensão do poder conferido a Administração Pública nesta seara, sem que se imponha a positivação e objetivação dos critérios utilizados para se decidir quando e quantos, além das vagas ofertadas, serão beneficiados.

16. Dessa forma, adiro à solução jurídica dada à questão pelo douto Relator, por ser, em verdade, a que se adapta à lide em face dos precedentes jurisprudenciais desta Corte.

17. Acompanho o voto do Relator.



Jurisprudência da **Quinta Turma**

HABEAS CORPUS N. 101.024-RS (2008/0044291-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Impetrante: Cleomir de Oliveira Carrão - Defensora Pública

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Paciente: José Carlos Rodrigues da Silva

EMENTA

Habeas corpus. Paciente absolvido da imputação de homicídio qualificado tentado (arts. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II, ambos do CPB). Inexigibilidade de conduta diversa reconhecida pelo Conselho de Sentença em razão da suposta traição da vítima. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Determinação, pelo tribunal *a quo*, de realização de novo julgamento. Acórdão devidamente fundamentado. Inocorrência de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Precedentes do STJ. Parecer do MPF pela denegação do *writ*. Ordem denegada.

1. Inexiste constrangimento ilegal ou violação da soberania do Júri Popular, em razão da anulação, pelo Tribunal de Justiça, da decisão absolutória do Conselho de Sentença, alicerçada unicamente na tese defensiva de inexigibilidade de conduta diversa porque a vítima estaria traindo seu ex-companheiro, o autor do homicídio, se tal argumento não encontra respaldo em qualquer elemento fático, evidenciando-se manifestamente contrário ao conjunto fático-probatório apurado na instrução.

2. A traição conjugal não respalda a ação homicida por suposta exclusão da culpabilidade fundada na *inexigibilidade de conduta diversa*.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

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 Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

DJe 29.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *José Carlos Rodrigues da Silva*, em adversidade ao acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, dando provimento ao apelo ministerial, cassou a decisão absolutória proferida pelo Conselho de Sentença e determinou a realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, nos termos da seguinte ementa:

Apelação crime. Tentativa de homicídio qualificado. Réu absolvido por inexigibilidade de conduta diversa. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Acolhido.

Inexistência de sustentáculo jurídico, ao teor dos elementos probatórios coligidos para o entendimento manifestado pelo Tribunal do Júri, de que não era exigível conduta diversa. A inexigibilidade de outra conduta é situação limite quando ao réu não resta outra opção que não seja sacrificar bem alheio. No caso em tela, havia ao réu a possibilidade de agir de forma diversa da que agiu, não se podendo concluir que a situação fática em que se viu envolto o acusado, mesmo admitida a hipótese de traição conjugal, era limite ou extrema a ponto de não lhe restar outra opção que não fosse tentar sacrificar a vida alheia.

Apelo provido (fls. 59).

2. Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido, pelo Conselho de Sentença, da imputação de prática das condutas descritas nos arts. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II, ambos do CPB.

3. Sustenta a impetração, em síntese, inexistência de decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos e de ofensa à soberania dos veredictos. Requer, ao final, seja restabelecida a decisão absolutória.

4. Indeferida a liminar (fls. 52) e prestadas as informações solicitadas (fls. 57-71), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da

República *Edinaldo de Holanda Borges*, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 73-75).

5. É o que havia para relatar.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Discute-se, no presente *Habeas Corpus*, se a anulação da decisão absolutória do ora paciente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul invadiu a competência soberana do Tribunal do Júri.

2. Consoante o art. 593, III, **d** do CPP, admite-se Apelação contra a decisão do Tribunal o Júri *manifestamente contrária à prova dos autos*. Nesse caso, nos termos do § 3º do referido artigo, o Tribunal *ad quem* dará provimento ao recurso *para sujeitar o réu a novo julgamento*.

3. É pacífico o entendimento nesta Corte de que a submissão da decisão popular ao duplo grau de jurisdição não ofende o princípio da soberania dos veredictos (HC n. 18.876-PE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 19.12.2002).

4. Todavia, a possibilidade de alteração da decisão dos jurados, ao argumento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, não permite ao órgão revisor emitir juízo de mérito, ou seja, julgar o réu e decidir sobre sua condenação ou absolvição, tarefa que compete ao Conselho de Sentença.

5. É certo que a análise da prova é imprescindível nesses casos; com efeito, dizer se a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos impõe um mínimo de avaliação dessa prova, o que, muitas vezes, torna árdua a missão de traçar a linha divisória perfeita entre a competência do Tribunal revisor e a dos jurados. Nada obstante a dificuldade dessa tarefa, referida incursão no campo probatório é possível até o ponto suficiente para caracterizar a absoluta discrepância da decisão do Conselho de Sentença com a prova colhida, sendo inadmissível uma simples *interpretação* com o escopo de acolher uma ou outra tese possível, constituindo, essa hipótese, verdadeira afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

6. Eis a lição de JÚLIO FABBRINI MIRABETE:

A final, o art. 593, III, **d**, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.

Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in iudicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente a melhor decisão. Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo da acusação. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos é de se prover o recurso para submeter o réu a novo Júri. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca. (Código de Processo Penal interpretado, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 1.487-1.488).

7. Esse também, o entendimento perfilhado por esta Corte. Confira-se:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Tribunal do júri. Desclassificação para homicídio culposo. Anulação do julgamento pelo tribunal *a quo* sob o fundamento de ter sido a opção do júri manifestamente contrária à prova dos autos. Existência de duas versões. Escolha pelo Conselho de Sentença. Soberania dos veredictos. Concessão da ordem.

1. Verifica-se nos autos a existência de duas versões a respeito dos fatos ocorridos (dolo eventual e culpa consciente), oportunizando, desta forma, ao Conselho de Sentença, a escolha da tese que lhe pareceu mais convincente, ainda que possa não ser a mais técnica ou mais justa.

2. Não estando a tese acolhida pelos jurados efetivamente divorciada das provas produzidas no processo, inadmissível é a sua reavaliação pelo Tribunal de Justiça, desconstituindo a opção do Júri, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos, consagrado no art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal.

3. Ordem concedida para anular o acórdão impugnado e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para que seja julgada a apelação interposta pela defesa. (HC n. 39.286-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 22.08.2005).

8. Amparado por esse entendimento doutrinário e jurisprudencial, impende verificar se, no caso concreto, houve indevida usurpação da soberania do Júri, em vista da anulação, pelo Tribunal *a quo*, da decisão que absolveu o ora paciente ao entendimento de inexigibilidade de conduta diversa. E a resposta, ao meu sentir, é negativa.

9. Transcreve-se, no que interessa, o acórdão impugnado:

Pela prova coligida constata-se, com clareza, que o réu agiu impelido por motivação passional, contudo, extraem-se dos autos duas versões sobre o fato.

A versão mais robusta é a sustentada pela própria ex-companheira do acusado, Solange Carvalho de Lima (fl. 121v.), pela vítima, José dos Santos Godinho (fl. 121), bem como pelas testemunhas João Juvenal Ribeiro Godinho (fls. 106-107v.), Arquimedes Vieira de Carvalho (fls. 107v.-108) e Neusa dos Santos Godinho (fl. 153).

Tal versão dá conta de que Solange Carvalho de Lima, pouco tempo antes do fato delitivo havia se separado do réu, vundo a residir na casa de ser irmão Arquimedes, o qual era casado com Neusa, e lá acabou por iniciar relacionamento amoroso com a vítima, José, irmão de Neusa, que também residia na casa de Arquimedes. Em decorrência desta situação, por não aceitar a separação de Solange, e por constatar que Solange estava se relacionando com José, o réu, no dia do fato, à noite, teria invadido a casa de Arquimedes, pela janela do quarto onde Solange dormia com José, pondo-se a agredir José com um machado, causando-lhe graves lesões, só não o matando por circunstâncias alheias a sua vontade.

A outra versão, sustentada pelo réu, dá conta de que não havia separação alguma entre Solange e o acusado, e que este, no dia do fato, desconfiado da razão pela qual Solange não dormiria na casa do casal, decidiu segui-la até a casa de seu irmão Arquimedes, oportunidade em que flagrou-a na cama com José. Ato contínuo, a vítima, percebendo a presença do réu, teria se levantado da cama e ido em direção ao réu, aparentado ter algo nas mãos, sendo que o réu teria pego um machado da própria casa vindo a acertar golpes na vítima, fugindo na sequência.

Pois bem. A meu sentir, adotando-se qualquer das versões sobre os fatos, constantes dos autos, entendo que a decisão que acolheu a tese defensiva da inexigibilidade da conduta diversa, contrariou manifestamente a prova dos autos.

Explico.

A tese defensiva da legítima defesa putativa não foi acolhida pelos jurados, que negaram, por maioria de votos, o terceiro quesito a eles formulado. E nem poderia ser diferente, pois a vítima foi atingida na própria cama, provavelmente enquanto dormia, como demonstram as fotos das fls. 15 e 17. Logo, admitiram os jurados que o réu, intencionalmente, tentou matar a vítima em decorrência da situação que presenciou, só não logrando êxito em seu intento por razões alheias a sua vontade.

Entretanto, mesmo que os jurados tenham admitido que o réu foi alvo de uma traição conjugal, ainda assim dele seria exigível que agisse de modo diverso do que agiu.

(...).

No caso em tela, como já dito, mesmo que se admita, em tese, a traição conjugal por parte da vítima, a conduta do réu, jamais poderia ser acobertada pela excludente da inexigibilidade de conduta diversa. Caso contrário, razão outra que não a honra subjetiva, poderia ser cogitada à inexigibilidade de conduta diversa. Ora, conforme a moderna orientação jurisprudencial não há desonra do traído, senão do traidor, e mesmo que assim não fosse, a saída juridicamente possível para o caso seria a separação, e nunca uma tentativa de assassinato.

(...).

Com isso quero dizer que por qualquer das versões contidas nos autos, a do réu, praticamente isolada, ou a da vítima, amparada por boa parte da prova testemunhal, não há sustentáculo jurídico, ao teor dos elementos probatórios coligidos para o entendimento manifestado pelo Tribunal do Júri, de que não era exigível do réu conduta diversa.

Havia ao réu, sim, a possibilidade de agir de forma diversa da que agiu, não se podendo concluir que a situação fática em que o réu se viu envolto, mesmo que admitida a hipótese da traição conjugal, era limite ou extrema a ponto de não lhe restar outra opção que não fosse tentar sacrificar bem alheio, e o que é pior, vida alheia (fls. 66-70).

10. Na hipótese, o Tribunal *a quo* considerou manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados, porquanto a alegação de inexigibilidade de conduta diversa não se coaduna com o demonstrado no conjunto probatório.

11. Registre-se que, *in casu*, não se trata de versões para os mesmos fatos; ao contrário, cuida-se de uma conclusão sem qualquer amparo no conjunto das provas apresentadas e dissonante com as únicas produzidas em juízo. Já decidiu o STF que:

Não evidenciada, de forma cabal, a existência de duas versões verossímeis nos autos, afasta-se a alegação de que o acórdão impugnado, mandando o paciente a novo julgamento, tenha afrontado a soberania das decisões do Tribunal do Júri. *Habeas Corpus* indeferido (RT 568/371, Código de Processo Penal interpretado, ob. cit., p. 1.494).

12. Nesse sentido, cite-se, desta Corte:

Habeas corpus. Penal e Processo Penal. Tribunal do Júri. Homicídio qualificado. Absolvição: legítima defesa. Apelação do Ministério Público. Anulação da sentença: manifestamente contrária à prova dos autos. Princípio da soberania dos veredictos: não violação. Ordem denegada.

1. Esta Colenda Turma tem se posicionado, de forma muito criteriosa - e de outro modo não poderia ser -, em defesa da manutenção das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, impedindo que o Tribunal de Justiça viole o princípio da Soberania dos Veredictos.

2. A caracterização da violação do referido princípio implica adoção, pelo Tribunal de Justiça, de uma das versões alternativas e verossímeis, em contraposição àquela aceita pelo Júri Popular.

3. Estando, de outra parte, a decisão em completa dissociação com o conjunto probatório produzido nos autos, caracterizando arbitrariedade dos jurados, deve, o Tribunal de Justiça anulá-la, sem que isso signifique qualquer tipo de violação dos princípios constitucionais.

4. *In casu*, o impetrante não logrou demonstrar a dinâmica dos fatos ocorridos, tampouco apresentou as provas que teria lastreado a absolvição, ao contrário, colhe-se dos autos que o Tribunal de Justiça, examinando o conjunto fático-probatório, entendeu ser a tese da legítima defesa carente de sustentação probatória.

5. Ordem denegada. (HC n. 37.687-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU 1º.07.2005).

Processual Penal. *Habeas corpus*. Júri. Art. 121, § 1º do Código Penal. Anulação pelo e. Tribunal *a quo* do *decisum* do Conselho de Sentença. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

I. Merece ser anulado o *decisum* do Conselho de Sentença quando manifestamente contrário à prova dos autos. (Precedentes).

II. O fato de haver nos autos o depoimento de uma testemunha corroborando a tese da defesa esposada em plenário, somente poderia ser acatada pelos jurados se essa tivesse o mínimo de razoabilidade.

III. No presente caso, o e. Tribunal *a quo*, ao analisar o acervo probatório, refutou expressamente o depoimento da mencionada testemunha, tendo-o como inidôneo e ressaltando estar este em dissonância todo o restante das provas colhidas. Para que os jurados acolham uma das versões evidenciadas nos autos, é imprescindível que essa tenha o mínimo de fundamentação, o que incorre *in casu*.

Writ denegado, cassando-se a liminar anteriormente concedida. (HC n. 36.924-SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 28.02.2005).

13. Ante o exposto, denega-se a ordem, em conformidade com o parecer do MPF.

14. É como voto.

HABEAS CORPUS N. 109.738-RJ (2008/0141114-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Salvador Conti Tavares e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Márcio José Guimarães

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado tentado. Continuidade delitiva. Comprovação dos requisitos objetivos e da unidade de desígnios. Aplicação do parágrafo único do art. 71 do Código Penal. Regime integral fechado. Inconstitucionalidade.

1. Impõe-se o reconhecimento do crime continuado quando é incontroverso que os crimes foram cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, bem como evidente a unidade de desígnios. No caso, descabe concluir que o Paciente possuía uma motivação autônoma para cada crime de homicídio tentado que cometeu ao efetuar os disparos de arma de fogo contra os três policiais que o perseguiram. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. Em se tratando de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, cometidos com violência, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal que autoriza ao Juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas (caso dos autos), até o triplo.

3. “No que tange à hipótese do parágrafo único do art. 71 do CP, o Magistrado singular, ao fixar o percentual de acréscimo, ao contrário da hipótese prevista no caput do mesmo dispositivo legal, deve considerar o aspecto objetivo, qual seja, o número de infrações, assim como os subjetivos, caracterizados pelos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime” (HC n. 69.779-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 18.06.2007), e não poderá ultrapassar a margem prevista para o

concurso material de crimes.

4. A declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena nos termos artigo 112 da Lei de Execuções Penais aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007.

5. *Habeas corpus* concedido para reconhecer a continuidade delitiva específica e determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda o novo cálculo da pena, com suporte no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. Ordem concedida de ofício, para afastar a imposição do regime integral fechado.

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, deferir o pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Márcio José Guimarães*, preso e condenado à pena de 33 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, pela prática de três tentativas do crime de homicídio qualificado e formação de quadrilha, em concurso material, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao desprover o recurso defensivo de apelação criminal, manteve *in totum* os termos da sentença penal condenatória.

O Impetrante alega, em suma, que os crimes foram praticados em continuidade delitiva. Alega que, ao contrário do entendimento do acórdão vergastado, a demonstração da unidade de desígnios não é requisito necessário para a configuração do crime continuado.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para, “mantida a condenação, ser determinado ao Presidente do Primeiro Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que proceda à nova fixação da pena, observando-se a continuidade delitiva no que concerne aos crimes de homicídio” (fl. 07).

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 66.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 76-83, opinando pela concessão da ordem, para reconhecer a continuidade delitiva e estabelecer o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Informam os autos que o Paciente foi condenado à pena de 33 anos e 6 meses de reclusão, em regime integral fechado, pela prática de três tentativas do crime de homicídio qualificado e formação de quadrilha, em concurso material, porque, nos termos da denúncia:

Na noite do dia 18 de janeiro de 2001, na descida do Viaduto Procurador José Alves Moraes, no Jacaré, próximo à Favela do Rato, os denunciados, com união de ações e desígnios, juntamente com outras pessoas não identificadas até a presente data, diante de vislumbrem a presença de policiais civis que faziam repressão da prática criminosa do “bonde”, com vontade livre e consciente de matar, efetuaram disparos de arma de fogo nos policiais *Gilvan Silva Souza*, *Adalberto da Silva Oliveira* e *João Carlos Batista Tavares*.

Um dos disparos efetuados pelos denunciados atingiu a vítima *Gilvan*, produzindo as lesões descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito de fls. 102; as outras vítimas não foram atingidas.

Assim agindo, iniciaram os denunciados três crimes de homicídio, que não se consumaram por circunstâncias alheias às suas vontades, uma vez que a vítima *Gilvan* teve socorro eficaz e as outras não foram atingidas por erro de pontaria.

Os crimes foram praticados por motivo torpe, em razão da rivalidade existente entre traficantes e policiais que reprimem o tráfico de entorpecentes e os roubos dos automóveis utilizados para o “bonde”. (fl. 09)

O Tribunal Fluminense, vencido o Relator que anulava o julgamento plenário, manteve o veredicto dos jurados em sua totalidade, dando parcial provimento ao recurso da Defesa apenas para diminuir a reprimenda imposta pelo crime de quadrilha.

Em relação à continuidade delitiva, o voto condutor do acórdão impugnado entendeu que “correto se mostra o reconhecimento do concurso material relativamente aos crimes de homicídios qualificados tentados. Assim é porque os elementos dos autos demonstram que tais crimes decorreram de vontade e impulsos independentes do apelante Márcio José e de seus comparsas, o que afasta a hipótese de continuidade delitiva.” (fl. 53)

Pois bem, nos termos do art. 71 do Código Penal, o delito continuado evidencia-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie. Necessário também que os delitos guardem liame no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva.

A respeito do tema surgiram algumas teorias, entre elas a teoria puramente objetiva, que abstrai os elementos subjetivos, e a teoria mista, também conhecida como híbrida, que entende ser necessária a presença de elementos objetivos e subjetivos.

Como bem explicitou a Exposição de Motivos do Código Penal no n. 59 (Lei n. 7.209/1984), o Brasil adotou, inicialmente, “o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança”.

Contudo, posteriormente, a jurisprudência entendeu que o critério seria insuficiente, exigindo a necessidade do liame subjetivo entre as condutas. Como bem explica Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

A corrente ideal, sem dúvida, deveria ser a terceira, tendo em vista possibilitar uma autêntica diferença entre o singelo concurso material e o crime continuado;

afinal, este último exigiria a *unidade de desígnio*. Somente deveria ter direito ao reconhecimento desse benefício legal o agente criminoso que demonstrasse ao juiz o seu intuito único, o seu propósito global, vale dizer, evidenciasse que, desde o princípio, ou pelo menos durante o *iter criminis*, tinha o propósito de cometer um crime único, embora por partes. Assim, o balconista de uma loja que, pretendendo subtrair R\$ 1.000,00 do seu patrão, comete vários e contínuos pequenos furtos até atingir a almejada quantia. Completamente diferente seria a situação daquele ladrão que comete furtos variados, sem qualquer rumo ou planejamento, nem tampouco objetivo único. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 6ª ed., RT, 2006, p. 405)

Assim, esta Corte reiteradamente tem se manifestado no sentido de que, para restar caracterizada a continuidade delitiva, além dos requisitos objetivos, é necessária a demonstração da unidade de desígnios.

A propósito:

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 157 do Código Penal. Progressão de regime. Tese não apreciada pela autoridade coatora. Supressão de instância. *Continuidade delitiva*. Art. 71 do CP. *Requisitos objetivos e subjetivos*. *Teoria mista (ou objetivo-subjetiva)*. Unificação de penas. Impossibilidade. Maneira de execução diversa. Elemento temporal.

I - Tendo em vista que a tese de progressão de regime não foi analisada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (Precedentes).

II - *Esta Corte vem entendendo, na dicção de sua doughta maioria, que não basta para a caracterização da continuidade delitiva apenas o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva. Faz-se mister, ainda, a presença do requisito da denominada unidade de desígnios ou do vínculo subjetivo entre os eventos (Precedentes).*

III - "Não estando presentes os requisitos exigidos pelo legislador, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa." (HC n. 75.199-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva - Desembargadora convocada do TJ-MG, DJU de 15.10.2007).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada. (HC n. 93.440-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 22.04.2008; sem grifo no original)

No mesmo sentido, o seguinte julgado do Col. Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Crime continuado. Caracterização.

1. A continuidade delitiva (CP, art. 71) não pode prescindir dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo (unidade de desígnios).

2. Impossibilidade de reexame, na via do *habeas corpus*, dos elementos de prova que o acórdão impugnado levou em consideração para não admitir a continuidade. Precedentes.

3. RHC improvido. (STF, RHC n. 85.577-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 02.09.2005.)

Portanto, não assiste razão ao Impetrante quando afirma que a demonstração da unidade de desígnios não é requisito necessário para a configuração do crime continuado.

Por outro lado, verifico que o Egrégio Tribunal *a quo* negou o benefício da continuidade delitiva sob o argumento de que os crimes não resultaram de um mesmo desígnio, sem, contudo, apresentar motivação para justificar a afirmação erigida.

Por isso, não obstante a afirmação do acórdão da Egrégia Corte *a quo*, a simples leitura da denúncia demonstra a existência de continuidade delitiva. É incontroverso que os crimes foram praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Resta evidente, também da leitura dos autos, que a motivação dos crimes foi a mesma, até porque as instâncias ordinárias não demonstraram ter ocorrido autonomia de propósitos na prática dos delitos.

No caso, não é possível concluir que o Paciente, ao efetuar os disparos de arma de fogo contra os três policiais que o perseguiram, possuía uma motivação autônoma para cada crime cometido.

No mesmo sentido é o parecer da Douta Subprocuradoria-Geral da República, que bem considerou que “não reclama exame aprofundado de provas a consideração de que o paciente agiu em continuidade delitiva, cometendo os crimes nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução, bem como com unidade de desígnios. Admitindo-se como imutável nesta via - uma vez mais - a apreciação dos fatos feita nas instâncias ordinárias, não há como entender que o paciente, ao efetuar os disparos de arma de fogo na direção dos policiais, desejasse ou assumisse o risco de provocar a morte de cada uma das vítimas individualizadamente” (fl. 80).

Confira-se, ainda, a jurisprudência desta Corte a respeito do tema:

Execução penal. *Habeas corpus*. Roubos majorados. Continuidade delitiva. Art. 71 do Código Penal. Requisitos objetivos preenchidos. Unificação de penas. Possibilidade.

I - No crime continuado é indispensável que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique duas ou mais condutas delituosas de mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. (Precedentes).

II - *In casu*, o intervalo de 12 (doze) dias entre a prática dos crimes, bem como o fato das condutas terem sido praticadas em horários distintos, tendo sido o primeiro crime consumado no fim da tarde e o segundo no início, não são suficientes para reconhecer alteridade temporal. (Precedentes) III - Embora diverso o número de vítimas atingidas por cada conduta, tal circunstância, de caráter meramente acidental, não é suficiente para descaracterizar a identidade do *modus operandi* empregado, já que os delitos foram praticados pelos mesmos agentes, com emprego de arma de fogo e contra estabelecimentos comerciais localizados na mesma região administrativa.

Ordem concedida. (HC n. 101.110-DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 18.08.2008)

Recurso especial. Direito Penal. Pluralidade de delitos de roubo. Continuidade delitiva. Caracterização. Recurso provido.

1. “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.” (artigo 71 do Código Penal).

2. Como registrado no próprio acórdão impugnado, há semelhança nos modos de execução dos delitos e atendimento dos requisitos espacial e temporal, sendo certo que, embora diversos os motoristas dos veículos marca *Fiat Uno* em que eram transportados os “malotes-empresa”, o lesado de ambos os crimes, praticados na capital de São Paulo, é o *Unibanco*, inserindo-se a espécie entre as que este Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a presença dos elementos subjetivos e objetivos, incluídamente a unidade de desígnio, que determinam a caracterização da unidade do crime continuado.

3. Recurso provido. (REsp n. 620.156-SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 06.02.2006)

Penal. Homicídio qualificado. Reconhecimento de concurso material. Inocorrência. Continuidade delitiva. Configuração.

- Crime continuado é aquele no qual o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, os quais, pelas semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução, podem ser tidos como continuação dos outros (art. 71 do CP). O *modus operandi*, em tais delitos, deve ser o mesmo, sendo necessária a homogeneidade das condutas.

- No caso *sub judice*, a peça vestibular, bem como o libelo, apontam a ocorrência de um homicídio qualificado e em seguida a tentativa de cometimento de outro homicídio, pelas mesmas autoras e em circunstâncias objetivas homogêneas. Destarte, configura-se a continuidade delitiva, e não o concurso material.

- Ordem concedida para reconhecer a ocorrência de continuidade delitiva, afastando-se, assim, o concurso material. (HC n. 21.770-RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 18.11.2002)

Habeas corpus. Penal. Homicídio qualificado (por três vezes). Paciente condenado à pena de 54 anos de reclusão. Inexistência de constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Antecedentes criminais. Personalidade homicida. Fundamentação idônea. Reconhecimento de continuidade delitiva. Presença dos requisitos objetivos (crimes da mesma espécie, cometidos em iguais condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo. Unidade de desígnios verificada no fato de a ação ter sido voltada para a execução, na mesma empreitada criminosa, de todos os homens da família, por vingança. Parecer do MPF pela denegação da ordem. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a continuidade delitiva do art. 71, parágrafo único do CPB, fixada em definitivo a pena em 45 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

1. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *habeas corpus*, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente.

2. Destaca-se, no ponto, a acentuada culpabilidade do paciente, que teria não só premeditado o crime, como, executou as três vítimas na presença de familiares, inclusive crianças.

3. Para a configuração da continuidade delitiva, além do preenchimento, verificado na hipótese, dos requisitos objetivos enunciados pelo art. 71 do CPB - crimes de mesma espécie, cometidos em iguais condições de tempo, lugar e maneira de execução - há de estar presente um liame subjetivo, uma unidade de desígnios nos delitos perpetrados.

4. *In casu*, presente extreme de dúvidas os pressupostos objetivos, não há que se falar em autonomia de propósitos e sim em unidade de desígnios quando, nos três homicídios, o intento do agente era executar todos os homens de uma mesma família por vingança, a caracterizar, portanto, o requisito subjetivo para a configuração da continuidade delitiva.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem parcialmente concedida para reconhecer a continuidade delitiva, mantida a pena base fixada na sentença (18 anos), aumentada uma vez (36) e mais metade (9), em razão de todas as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao

paciente (art. 71, parág. único do CPB), perfazendo, assim, um total de 45 anos de reclusão, em regime inicial fechado. (HC n. 134.075-PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 03.11.2009)

Penal. *Habeas corpus*. Três homicídios qualificados. Crime continuado. Diversos crimes contra a vida praticados nas mesmas situações de tempo, lugar e maneira de execução. Pena-base. Circunstâncias judiciais analisadas contra os réus sem justificativa concreta. Uso de palavras sacramentais que cerceiam o contraditório e a ampla defesa. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença condenatória na parte relativa à fixação da pena, nos termos do voto da relatora. Mantida a prisão dos pacientes.

1. Os diferentes crimes da mesma espécie praticados mediante mais de uma ação, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução devem ser havidos em continuidade delitiva.

2. Não basta para satisfazer a necessidade de fundamentação das decisões, imposta pelo artigo 93, IX da CR, que o juiz afirme que determinada circunstância judicial milita contra o réu, sem expor exatamente as razões de decidir que conduzem a essa conclusão.

3. O exercício pleno do contraditório requer a fundamentação adequada da decisão, porque só assim a parte poderá saber se o juiz considerou ou não seus argumentos no momento de construir a decisão.

4. O exercício da ampla defesa e dos recursos a ela inerentes demanda o conhecimento das razões de decidir do julgador, para que a parte possa contra eles se insurgir em grau recursal.

5. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença na parte referente à fixação da pena, nos termos do voto da Relatora. Mantida a prisão dos pacientes. (HC n. 117.488-PE, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Sexta Turma, DJe 02.02.2009)

No mesmo sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal. Homicídios qualificados. Continuidade delitiva. Reconhecimento.

Paciente condenado por três homicídios praticados em vinte e seis de janeiro no mesmo local e nas mesmas circunstâncias.

Satisfeitos os requisitos do artigo 71 do Código Penal, impõe-se seja aplicada a regra concernente à continuidade delitiva, e não a que se refere ao concurso material.

Ordem concedida. (HC n. 93.367-RJ, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 11.03.2008, DJ de 18.04.2008)

Logo, em tendo sido constatada a presença dos pressupostos previstos no art. 71 do Código Penal, é de ser reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes.

Acrescento, todavia, que, em se tratando de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com emprego de violência, o aumento da pena decorrente da continuidade delitiva deve observar o disposto no art. 71, parágrafo único, do Código Penal que autoriza ao Juiz exacerbar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas (caso dos autos), até o triplo.

E, consoante a regra do parágrafo único citado, reconhecida a modalidade de concurso de crimes nele previsto, nominada pela doutrina de crime continuado específico, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime, e não poderá ultrapassar a margem prevista para o concurso material de crimes.

Sobre o assunto, aliás, confira-se o seguinte excerto doutrinário:

A possibilidade de haver a continuidade delitiva nas infrações penais em que o agente tenha atuado com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diferentes, fez surgir a distinção entre o crime continuado simples e o crime continuado qualificado. Diz-se simples o crime continuado nas hipóteses do caput do art. 71 do Código Penal; qualificado é o crime continuado previsto no parágrafo único do art. 71 do mesmo diploma repressivo, que permite aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou mais grave, se diversas, até o triplo. (Rogério Greco - *in* Curso de Direito Penal - Parte Geral, Ed. Impetus, 4ª edição, 2004, fl. 666).

Esse magistério tem sido aplicado por esta Quinta Turma:

Execução penal. *Habeas corpus*. Roubo majorado e roubo majorado tentado. Continuidade delitiva específica. Art. 71, parágrafo único, do Código Penal. Requisitos. Unificação de penas. Possibilidade.

I - No crime continuado é indispensável que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratique duas ou mais condutas delituosas de mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. (Precedentes).

II - Na hipótese, o paciente preenche todos os requisitos para a unificação das penas.

III – “A continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, relaciona-se com os crimes continuados cometidos contra os bens personalíssimos, praticados dolosamente e com violência ou grave ameaça à pessoa, diferente da continuidade delitiva propriamente dita, prevista no seu *caput*, que cuida do tratamento jurídico penal relativo aos demais crimes praticados em continuidade delitiva.” (HC n. 69.779-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 18.06.2007).

IV - Reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no parágrafo único do art. 71 do CP, nominada pela doutrina de crime continuado qualificado ou específico, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime (Precedentes).

Ordem concedida. (HC n. 128.297-SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 13.10.2009)

Criminal. HC. Homicídios qualificados tentado e consumado. Continuidade delitiva específica. Majoração da pena. Limite previsto para o concurso material observado. Ilegalidade não demonstrada. Ordem denegada.

1. Hipótese em que o paciente efetuou disparos de arma de fogo contra duas pessoas, tendo sido condenado pela prática de homicídios nas formas tentada e consumada.

2. Situação em que se verifica pluralidade delitiva de natureza dolosa, ofensa a vítimas diferentes, com emprego de violência.

3. Configurada a hipótese da continuidade delitiva específica, pode-se agravar a pena de duas formas: se forem idênticas as penas, uma delas pode ser até triplicada; se forem diversas, tal como no caso, a mais grave pode ser até triplicada.

4. O acréscimo não pode ser ilimitado, vez que não pode superar a margem prevista para o concurso material de crimes, tampouco o limite de trinta anos de reclusão.

5. Não resta configurada flagrante nulidade na espécie, posto que correta e fundamentadamente aplicada a regra da continuidade delitiva específica, conforme prevista no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, limitando-se a pena pela regra do concurso material.

6. Ordem denegada. (HC n. 36.413-RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 21.02.2005)

Por fim, com bem ressaltou o Ministério Público Federal, o regime integralmente fechado imposto pela sentença e mantido pelo acórdão impugnado também deve ser modificado, tendo em vista que a declaração

de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena nos termos artigo 112 da Lei de Execuções Penais aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007.

Ante o exposto, *concedo* a ordem para reconhecer a continuidade delitiva específica e determinar que o Juízo das Execuções Penais proceda o novo cálculo da pena, com suporte no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal. Concedo *habeas corpus*, de ofício, para afastar a imposição do regime integral fechado.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 122.442-GO (2008/0266989-1)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Belmiro César Pereira Ribeiro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Paciente: Edmar de Lima Andrade (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Dosimetria. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal sem fundamentação concreta ou com base em elementares do tipo. Constrangimento ilegal evidenciado. Sanção redimensionada.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavoráveis ao paciente circunstâncias inerentes à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e tendo se utilizado

de elementares do tipo para elevar a sanção, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto.

Qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP. Reconhecimento. Competência do Conselho de Sentença. Exclusão. Impossibilidade. Soberania dos veredictos. Necessidade de exame aprofundado do conjunto probatório. Via inadequada. Inexistência de coação ilegal a ser sanada.

1. Tendo o Conselho de Sentença decidido, por cinco votos a dois, que estaria caracterizada, na espécie, a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso IV, do CP, e tendo o Tribunal de origem entendido que essa decisão não seria manifestamente contrária à prova dos autos, incabível a sua pretendida exclusão, por esta Corte Superior de Justiça, na via restrita do remédio constitucional.

2. Não se pode contestar a decisão emanada do Conselho de Sentença, tampouco acoimar que ilegal o acórdão impugnado que a manteve, visto que baseados no conjunto fático-probatório existentes nos autos e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente agiu, ou não, à traição, necessário o revolvimento de todo o conjunto probatório amealhado durante a instrução criminal, providência incabível em sede de *habeas corpus*, especialmente em se considerando que tal é atribuição exclusiva do Tribunal do Júri, constitucionalmente competente para dirimir os crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c).

Privilégio previsto no art. 121, § 2º, do CP. Reconhecimento. Prisão preventiva. Direito de recorrer em liberdade. Matérias não discutidas pela Corte de origem. Indevida supressão de instância. *Writ* não conhecido nesses pontos.

1. Inviável a análise, por este Superior Tribunal de Justiça, do almejado reconhecimento do privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP, assim como do pretendido direito do réu de apelar solto, tendo em vista que essas questões não foram suscitadas perante o Tribunal de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente concedida a ordem tão somente a fim de reduzir a reprimenda do paciente, tornando-a definitiva em 12 (doze) anos de reclusão, mantidos, no mais, a sentença que o condenou como incurso

nas sanções previstas no art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP, e o aresto combatido.

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 parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 03.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Edmar de Lima Andrade*, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que, ao julgar a Apelação Criminal n. 25380/213, lá interposta pela Defesa, negou-lhe provimento, mantendo, na íntegra, a sentença que condenou o paciente à pena de 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao art. 121, § 2º, IV, c.c. arts. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP.

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Juiz-Presidente não teria aplicado devidamente a reprimenda do paciente, fixando-a no patamar de 16 anos de reclusão tão somente para não ensejar a prescrição da pretensão punitiva do Estado, visto que os fatos se deram em 1º.01.1983, a denúncia foi recebida em 14.04.1987, a sentença de pronúncia somente transitou em julgado em 22.05.2003, tendo sido levado a julgamento em 19.11.2003, salientando que o magistrado teria consignado como agravante o fato de o delito ter sido cometido na forma prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP, o que entende indevido.

Assevera, outrossim, que o togado singular reconheceu presente a atenuante do art. 65, III, **a**, do CP, pelo que deveria ter aplicado a diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º, do CP.

Informa que ingressará com pedido de revisão criminal em favor do paciente, circunstância que não prejudicará a apreciação do presente *mandamus*.

Assim, e alegando que a manutenção do decreto prisional do paciente não se justificaria, especialmente em se considerando suas condições pessoais favoráveis e o fato de que reclama, no presente *writ*, a redução da sanção que lhe foi imposta, o que poderá levar à extinção da sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, requereu a concessão sumária do remédio constitucional, permitindo-lhe que aguardasse em liberdade o seu julgamento, expedindo-se em favor do paciente alvará de soltura.

No mérito, pugna pela confirmação da medida de urgência, pela anulação da sentença impugnada e pela revogação da preventiva ordenada.

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 676-677.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 681-689.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 691-693, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, “este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus*, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu”, sendo inclusive orientação pacificada que “a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu” (HC n. 77.964-SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.02.2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em análise, constata-se, da leitura da sentença impugnada, que o paciente foi condenado à pena de 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP.

Para melhor análise da questão *sub examine*, cumpre destacar o trecho de sentença condenatória em que o juiz singular fixou a reprimenda-base do paciente, *verbis*:

Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68, ambos da mesma fonte legislativa, passo à dosimetria da pena, estabelecida conforme seja necessária e suficiente para reprovação da conduta.

Trata-se de acusado sadio, apto ao trabalho honesto, perfeitamente imputável, tendo plena noção de que estava agindo de forma contrária ao direito, sendo que outro comportamento era esperado de sua parte, do que disparar contra a vítima Cláudio Bezerra Duarte de forma consciente e livre, causando-lhe a morte. Assim, a sua conduta merece grande censurabilidade. Primário, de bons antecedentes. Motivos injustificados a toda evidência. Deixo de considerar a circunstância do crime, ante o reconhecimento pelo Conselho de Sentença da qualificadora da traição, evitando, assim, incorrer em bis in idem. Consequências gravíssimas, ante a morte da vítima. Vejo que não há nada nos autos que comprove satisfatoriamente que o comportamento da vítima tenha contribuído para o resultado.

Em face de tais dados, e pelo reconhecimento da qualificadora, fixo-lhe a pena acima do mínimo legal, isto é, em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

Considerando o reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal e das atenuantes previstas no artigo 65, inciso III, letras **a** e **d**, todas do Código Penal, diminuí-lhe a pena em 9 (nove) meses.

Na ausência de outras causas modificadoras da pena, fixo-a, definitivamente, em 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, letra **b**, do Código Penal [...]. (fls.)

Contra essa decisão, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi negado provimento, pelos fundamentos a seguir expostos:

[...] a irrisignação prende-se tão somente às qualificadoras do motivo fútil e da traição.

Não abordou o recurso qualquer nulidade possível. E, se tal não foi exercitado, juntamente aos demais atos daquela fase, se viram acobertados pela preclusão objetiva. Preclusa a pronúncia para os sujeitos acusação e defesa, os autos vão a outro juízo natural: o *Júri*. E o que por ele for decidido, estará sujeito a novas inconformações.

É evidente que a matéria alegada é jurisdicionalmente relevante, só que preclusa, ante a ocorrência superveniente do juízo da causa, carecedora, portanto, de, por via própria e adequada, ser devidamente apreciada.

Ultrapassado, portanto, o momento adequado à arguição, preclusa encontra-se a matéria, sendo defeso qualquer modificação nesta fase processual.

Ao mérito.

[...]

O dirigente procedimental, após análise dos elementos da culpabilidade e das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, dosou e fixou a pena de maneira acertada, ou seja, para melhor reprovação e prevenção do crime cometido.

E a análise, mesmo que resumida, dos elementos da culpabilidade não invalida a sentença, desde que dê margem para o exercício da ampla defesa, como no caso.

Face ao exposto, acolhendo a manifestação da douda Procuradoria de Justiça, conheço da apelação para negar-lhe provimento. (fls. 411-413)

Irresignada, a Defesa ingressou com remédio constitucional perante a Corte Estadual, o qual não foi conhecido, determinando-se a remessa dos autos a esta Corte Superior de Justiça, pelas razões abaixo aduzidas:

Compulsando os autos, verifico a inadequação da via eleita, visto que esta Corte já analisou a dosimetria da pena, em grau de apelação [...], cujo trânsito em julgado se deu em data de 13 de abril de 2005 [...].

Desse modo, exaurida a competência desse Sodalício para o julgamento do remédio heróico, conforme bem asseverou a Procuradoria de Justiça Oficiante, falta a este Tribunal competência para apreciar o presente *writ*, pois, ao julgar e improver o referido recurso, tornou-se a verdadeira autoridade coatora.

[...]

Pelo exposto, acolhido o parecer do Órgão Ministerial de Cúpula, não conheço do pedido, por absoluta incompetência deste Tribunal.

Remetam-se, pois, os presentes autos ao Superior Tribunal de Justiça [...]. (fls. 667-669)

De plano, insta destacar que, no que no que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social;

personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o magistrado singular, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente a culpabilidade, os motivos e as conseqüências do delito, sem, contudo, ter indicado qualquer fundamento concreto para justificar as razões pelas quais as teria julgado negativas.

A Corte originária, por sua vez, limitou-se à afirmação de que “o dirigente procedimental, após análise dos elementos de culpabilidade e das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, dosou e fixou a pena de maneira acertada, ou seja, para melhor reprovação e prevenção do crime cometido” (fl. 413), razão pela qual manteve inalterada a reprimenda fixada, incorrendo, dessa forma, ambas as instâncias em flagrante ilegalidade.

Com efeito, o Juiz-Presidente considerou que a conduta do paciente mereceria “*grande censurabilidade*”, em razão de ele, “sadio, apto ao trabalho honesto, perfeitamente imputável, tendo plena noção de que estava agindo de forma contrária ao direito, sendo que outro comportamento era esperado de sua parte, ter disparado contra a vítima Cláudio Bezerra Duarte de forma consciente e livre, causando-lhe a morte” (fl. 319), o que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior pena na primeira etapa da dosimetria, tendo em vista que o aferido pelo magistrado foi, na verdade, a culpabilidade em sentido estrito, elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida, e não aquela em sentido lato - a reprovação social que o crime e seu autor merecem pela conduta criminosa praticada, observadas as suas peculiaridades -, utilizando-se, portanto, de elementos próprios do tipo para aferir negativamente essa circunstância, o que evidencia o constrangimento ilegal apontado.

Ao prosseguir na análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, o juiz de primeiro grau afirmou que os motivos do crime seriam “*injustificados a toda evidência*” (fl. 320), deixando, contudo, de apontar os elementos concretos pelos quais assim entendia, não constituindo, por isso mesmo, argumentação idônea a ensejar maior reprimenda do acusado, segundo a orientação da Quinta Turma deste Sodalício, eis que se trata de fundamento baseado em referências vagas.

A propósito, confira-se:

[...]

4. *A pena-base foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em referências vagas sobre a personalidade e a conduta social do réu, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que as justifiquem, bem com em elementares comuns ao tipo e em maus antecedentes que não restaram devidamente comprovados nos autos.*

5. Recurso desprovido. Habeas corpus concedido de ofício para, mantida a condenação, anular o acórdão de apelação e a sentença condenatória na parte relativa à individualização da pena e determinar a adequação e a proporcionalidade da imposição da pena-base, à luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis sobejamente reconhecidas nas instâncias ordinárias. (RHC n. 25.566-MS, Rel. Laurita Vaz, julgado em 21.05.2009, DJe 15.06.2009). (Grifos próprios)

Na mesma esteira, a Sexta Turma desta Corte Superior:

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Fixação da pena-base acima do mínimo legal. Fundamentação inidônea. Ações penais em curso e circunstâncias inerentes ao tipo penal. Confissão espontânea. Reconhecimento e compensação com a reincidência. Regime inicial de cumprimento da pena. Ordem concedida.

1. Caracteriza constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de motivação idônea, não servindo para tal fim circunstâncias inerentes ao tipo penal.

[...]

4. Ordem concedida para reduzir as penas impostas aos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias multa, garantido a Luiz Carlos Hubeda Barbosa o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena. (HC n. 150.266-MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado, julgado em 19.11.2009, DJe 07.12.2009)

Por fim, afirmou o juiz sentenciante que as consequências do delito seriam “*gravíssimas, ante a morte da vítima*” (fl. 320), o que não é de molde a autorizar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria, especialmente no referente ao homicídio, vez que essa circunstância é inerente ao próprio tipo penal infringido.

Dessa forma, justamente porque verificado que o decreto condenatório carece de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a inexistência de qualquer circunstância judicial desfavorável, merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção-base

do paciente no mínimo legalmente previsto, qual seja, em 12 (doze) anos de reclusão, que nestes moldes resta definitiva, já que as atenuantes reconhecidas em favor do réu não podem ser consideradas para reduzir a pena aquém do mínimo legalmente previsto na segunda etapa da dosimetria, consoante o Enunciado n. 231 deste STJ, e, ausentes causas outras modificativas da reprimenda que lhe foi imposta.

No que se refere à qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP - homicídio cometido à traição, de emboscada -, afirma o impetrante que, “em momento algum, durante a instrução criminal, provou-se que a vítima não sabia o que poderia a ele acontecer em virtude das agressões físicas, morais e psicológicas ao paciente e sua família, tendo o fato ocorrido em local público, e não em emboscada” (fl. 19), razão pela qual entende que deveria ser afastada essa majorante.

Em que pesem os argumentos expendidos na inicial, tem-se que melhor sorte não socorre o impetrante.

No caso em apreço, verifica-se que o Conselho de Sentença, analisando as provas produzidas, de maneira soberana, entendeu, por 5 (cinco) votos a 2 (dois), que estaria caracterizada a qualificadora ora em comento (fl. 317).

E, quando do julgamento do recurso de apelação, o Tribunal Estadual entendeu que não haveria que se falar em decisão manifestamente contrária às provas dos autos, destacando que “é corrente irrefutável que, no caso de subsistirem duas ou mais versões dos fatos, os jurados estão legitimados a acolherem, por íntima convicção, aquela que lhes inspirarem maior credibilidade”, o que é decorrência lógica do próprio princípio da soberania dos veredictos, constitucionalmente assegurado em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c.

Por essas razões, não se pode contestar, na via estreita do *habeas corpus*, a decisão emanada do Conselho de Sentença, tampouco acoimar que ilegal o acórdão impugnado que a manteve, visto que baseados no conjunto fático-probatório existentes nos autos e, para concluir-se de forma diversa, ou seja, para examinar-se se o paciente efetivamente agiu, ou não, à traição, necessário o revolvimento de todo o conjunto probatório amealhado durante a instrução criminal, o que é incabível na via estreita do remédio constitucional, sobretudo quando o debate dessa natureza é atribuição exclusiva do Tribunal do Júri, constitucionalmente competente para dirimir os crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, pode-se colacionar:

[...]

7. O *Habeas Corpus* não é o meio adequado para se rever decisão soberana tomada pelo Júri Popular, pois não comporta dilação probatória; por isso, infirmar os fundamentos consignados no acórdão impugnado com o objetivo de reconhecer que o julgamento foi contrário à prova dos autos é medida que não cabe em sede de *Habeas Corpus*, marcado por cognição sumária e rito célere, motivo pelo qual não comporta o exame de questões que, para seu deslinde, demandem aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento (HC n. 69.567-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 06.08.2007).

[...]

10. Ordem denegada. (HC n. 88.464-PR, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24.11.2008, DJe 19.12.2008)

Penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Motivo fútil. Júri. Soberania dos veredictos.

Não há como na via eleita alterar a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença no que pertine ao reconhecimento da qualificadora do motivo fútil, porquanto, para tanto, seria indispensável ampla dilação probatória. Isso porque, a imputação descrita na acusação traduz uma hipótese que pode caracterizar a futilidade, a depender da prova amealhada.

Ordem denegada. (HC n. 81.101-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 07.02.2008, DJe 31.03.2008)

Relativamente ao almejado reconhecimento do privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP, verifica-se que essa questão não foi suscitada perante o Tribunal de origem, que inclusive afirmou que “a irresignação prendeu-se tão somente às qualificadoras do motivo fútil e da traição”, o que impede a análise dessa matéria por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, verifica-se que o Tribunal Popular entendeu, por 5 (cinco) votos a 2 (dois), que não estaria evidenciado, na espécie, que o paciente tivesse cometido o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, o que, por si só, afasta o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima, tendo em vista que a incumbência de decidir acerca da sua caracterização ou não é atribuída ao Conselho de Sentença.

Por fim, no que se refere à pretendida revogação da prisão cautelar do paciente, constata-se, igualmente, que essa questão não foi apreciada pela Corte de origem, de sorte que a sua análise por este Superior Tribunal de Justiça também implicaria indevida supressão de instância.

Ademais, verifica-se que o juiz singular, ao negar ao paciente o direito de recolher em liberdade, invocou elementos concretos dos autos ensejadores da necessidade da sua segregação antecipada para assegurar a aplicação da lei penal, destacando que, “antes do seu julgamento, ficou foragido por mais de dezenove anos” (fl. 320), argumento que encontra respaldo na jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que a fuga do paciente do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada nos autos, constitui fundamento idôneo a ensejar a manutenção da medida de exceção, conforme precedente a seguir colacionado:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Paciente beneficiado com liberdade provisória. Evasão do distrito da culpa nas vésperas do julgamento pelo Tribunal do Júri. Decretação da prisão preventiva. Necessidade de garantir a aplicação da lei penal. Réu foragido há mais de 2 anos. Segregação cautelar devidamente justificada. Art. 312 do CPP. Precedentes do STJ. Ordem denegada.

[...]

3. A fuga do réu do distrito da culpa ou sua oposição ao chamamento processual são elementos suficientes para a decretação de sua custódia cautelar, tanto pela conveniência da instrução criminal como para garantir a aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

(...)

5. Ordem denegada. (HC n. 95.133-MT, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17.11.2009, DJe 07.12.2009)

De se destacar, por outro lado, que em consulta à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, não há registro da interposição de qualquer ação ou recurso da decisão ora combatida perante aquele Sodalício.

Finalmente, não há o que se falar em prescrição da pretensão punitiva do Estado, em quaisquer de suas modalidades, já que, finalmente estabelecida a pena em 12 anos de reclusão, o lapso prescricional passou a ser de 16 anos, consoante o art. 109, II, do CP, prazo que não transcorreu entre os marcos prescricionais dispostos no art. 117 do CP.

Com efeito, não se passaram 16 anos entre: a) a data dos fatos, que ocorreu em 1º.01.1983 (fl. 33) e a do recebimento da denúncia, que foi em 14.04.1987 (fls. 33); b) entre este último e o dia da pronúncia, prolatada em 07.07.1995 (fl. 105); c) entre esta e a data da confirmação da sentença de pronúncia – 27.02.2003 (fl. 201); d) entre este dia e o da publicação da sentença

condenatória, ocorrida em 19.11.2003 (fl. 320); d) entre esta última e a data do acórdão que a confirmou – 17.02.2005 (fl. 413); e, por fim, e) entre este dia e o de hoje.

Ante o exposto, conhece-se parcialmente do presente *habeas corpus*, e nessa extensão, dá-se parcial provimento tão somente a fim de reduzir a reprimenda do paciente, que resta definitiva em 12 (doze) anos de reclusão, mantida, no mais, a sentença que o condenou como incurso nas sanções previstas no art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 65, III, alíneas **a** e **d**, do CP, e o aresto combatido.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 123.373-RJ (2008/0273251-1)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Alexandre Inglez de Souza - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Demerson da Silva Dias

EMENTA

Habeas corpus. Homicídio e lesões corporais na condução de veículo automotor. Crime culposo. Dosimetria. Circunstâncias judiciais. Favorabilidade. Imposição da pena-base no mínimo. Substituição por restritivas de direitos. Negativa. Consequências dos delitos. Circunstância não elencada no inciso III do art. 44 do CP. Ilegalidade. Constrangimento evidenciado.

1. De acordo com o art. 44, *caput* e inciso I, do CP, “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, em qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”.

2. A análise sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito deve ter por base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, à exceção das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP.

2. Encontrando-se a negativa de substituição fulcrada unicamente em circunstância não elencada no inciso III do art. 44 do CP - as consequências do delito - e verificando-se que a reprimenda básica foi estipulada no mínimo legalmente previsto para os tipos penais violados, diante da favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, devida a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, especialmente porquanto cuida-se de delito culposos.

3. Ordem concedida para substituir a reprimenda do paciente por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da reclusiva, esta última em dia e horários a serem definidos pelo Juízo da Execução.

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 do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

DJe 03.05.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública, em favor *Demerson da Silva Dias*, contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro que, julgando *writ* lá ajuizado, denegou a ordem, mantendo a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, como incurso nas sanções dos arts. 302 e 303, *caput*, da Lei n. 9.503/1997, na forma do art. 70 do Código Penal, sem qualquer substituição (HC n. 0910/07).

Sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, visto que o Tribunal não poderia deixar de reformar a sentença no ponto em que negou ao paciente a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, na medida em que o Juízo inaugural fixou a reprimenda-base no mínimo legal, por entender que eram-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do CP, todavia, negou-lhe a permuta, ao fundamento de que as conseqüências do crime foram graves.

Argumenta que, ao assim agir, o sentenciante incidiu em nítida contradição e também em equívoco, visto que o art. 44, III, do CP, não prevê as conseqüências do crime como elemento para análise da substituição, sendo, no seu entender, irrelevantes referidas conseqüências nos crimes culposos, “eis que nesses delitos a reprovabilidade recai sobre a conduta praticada e não sobre o resultado, isto é, enquanto nos crimes dolosos há um desvalor da finalidade, [...] e nos crimes culposos o desvalor é da ação” (fls. 9).

Requeru, assim, a concessão sumária da ordem, para que fosse recolhido o mandado de prisão expedido contra o paciente, até o julgamento do presente remédio constitucional, postulando, no mérito, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, confirmando-se a medida ao final, quando do julgamento definitivo do *writ*.

A liminar foi indeferida e, estando os autos devidamente instruídos, dispensou-se a solicitação de informações à autoridade impetrada.

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): Dos elementos que instruem os autos, constata-se que o paciente foi condenado ao cumprimento de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e à pena de proibição de condução de veículo

automotor, por ter infringido os arts. 302, *caput*, por quatro vezes, e 303, *caput*, por duas vezes, da Lei n. 9.503/1997, c.c. art. 70 do CP, porque, no dia 21.03.2004, por volta das 2h40min, na rodovia BR 101, no entroncamento das rodovias RJ 162 e RJ 120, em Professor Souza, comarca de Casimiro de Abreu-RJ, conduzindo seu veículo, infringiu seu dever de cuidado objetivo, ingressando na contramão de direção, interceptando a trajetória do automóvel dirigido por Patrick Louzada Pinto, que trafegava em sentido contrário, em sua mão de direção, com este colidindo, vindo a causar lesões corporais naquele e nas vítimas Sheila Muzi Brito, Bruno Martins Rodrigues, Robson de Souza Rodrigues, Breno Martins Rodrigues e Jorge Luiz Azevedo Silva, as quais foram a causa eficiente da morte dos quatro últimos, somente sobrevivendo as duas primeiras, que se encontravam no carro contra o qual o denunciado colidiu (Sentença - fls. 22).

No presente *writ* a Defensoria Pública pleiteia, em suma, a substituição da sanção reclusiva por penas restritivas de direitos, objetivamente viável na espécie, uma vez que se cuida da prática de crimes culposos e, segundo o art. 44, *caput* e inciso I, do CP: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, em qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo”.

Da leitura da sentença condenatória, infere-se que as circunstâncias judiciais foram consideradas todas favoráveis ao paciente, contudo, ao analisar a possibilidade de substituição da sanção reclusiva por penas alternativas, o togado singular assim se manifestou:

Em tese, o condenado faria jus a aplicação do art. 43/48 do Código Penal. No entanto, as consequências do delito foram tão catastróficas e contundentes que entende este Juízo ser totalmente desaconselhável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Não estamos falando de um delito menor, mas sim de quatro homicídios e duas lesões corporais de natureza grave, embora culposas. Estaria o Judiciário prestando um desserviço à comunidade se condenasse ao pagamento de cestas básicas ou prestação de serviços. Assim, deixo de aplicar a substituição da pena. (fls. 26)

O Tribunal impetrado, por seu turno, manteve o entendimento esposado pelo Juízo sentenciante, ao analisar o pleito defensivo em sede de *habeas corpus*, ao assim se pronunciar:

Verifico que o entendimento do magistrado *a quo* se mostra, a meu ver, suficientemente fundamentado, não havendo correção a ser efetuada em sede de *Habeas Corpus*.

[...].

Na verdade, a pena aplicada foi benevolente, dada a natureza gravíssima da conduta delituosa, que extinguiu quatro vidas e lesionou, de forma grave, pela simples imprudência do paciente em conduzir seu automóvel na contramão.

Assim, a substituição requerida somente incentivará o paciente a agir com descaso, e em nada contribuirá para que o mesmo adquira consciência de que deve ter uma conduta diligente e cautelosa em todos os sentidos, principalmente na direção de um veículo. (fls. 28 e 29)

No que pertine à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, dita o art. 44, III, do Código Penal, que a pena privativa de liberdade poderá ser convertida em restritivas de direito somente quando “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Neste dispositivo, infere-se que o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, contudo não se trata de discricionariedade livre, mas vinculada, já que deve ter por base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, à exceção, como bem observado pela impetrante, das consequências do delito e do comportamento da vítima, não reproduzidas no inciso III do art. 44 do CP.

A propósito, desta Corte Superior:

Processo Penal e Penal. *Habeas corpus*. Princípio da identidade física. Inaplicabilidade no Direito Penal. Dosimetria. Maioria das circunstâncias judiciais favoráveis. Réu primário, de bons antecedentes e boa conduta social. Personalidade. Motivação inidônea. Conseqüências não influenciam na substituição da pena privativa de liberdade. Possibilidade substitutiva. Ordem parcialmente concedida.

1- O princípio da identidade física do Juiz não foi consagrado pelo nosso Direito Processual Penal.

2- A circunstância de o réu ocultar a verdade, não produzindo prova em seu desfavor, não pode ser contra ele considerada para entendê-lo como de má personalidade.

3- *As conseqüências do crime não podem ser obstativas da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, porquanto não a contemplou o legislador com tal finalidade (art. 44, III, do CP).*

4- Se a maioria das circunstâncias judiciais milita em favor de réu não-reincidente, a substituição é um seu direito público subjetivo.

5- Ordem parcialmente concedida para determinar refazimento da pena, no que se refere à personalidade do paciente e efetuar a sua substituição.

(HC n. 91.176-RJ, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), Quinta Turma, julgado em 11.12.2007, DJ 07.02.2008 p. 1 - grifamos)

A doutrina aponta na mesma direção, veja-se:

Determina também o texto legal que se mostre suficiente a substituição em face da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado, bem como dos motivos e das circunstâncias do crime (art. 44, III, CP).

O último requisito legal é o de que a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos atenda ao caráter de suficiência para a reprovação e a prevenção do crime. O legislador penal tornou comuns às penas restritivas de direitos as mesmas finalidades e quase todos os mesmos indicadores que deverão nortear o juiz na individualização das penas privativas de liberdade (*excluiu apenas, como dados aferidores, as conseqüências do crime e o comportamento da vítima, que se mostrariam irrelevantes para a formação do juízo de suficiência*). [...]. Cada um desses indicadores será objeto de consideração no art. 59 do Código Penal. (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Alberto Silva Franco e outros. RT:SP, 8ª ed., 2007, p. 292 e 293 - destacamos)

Rogério Greco tem idêntico posicionamento, veja-se:

O requisito de natureza subjetiva encontra-se no inciso III do art. 44 do Código Penal, que, juntamente com os dois anteriores, possibilita a substituição desde que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

[...]

Dessa forma, a fim de encontrar a pena-base para o delito cometido pelo agente, deverá o juiz analisar, uma a uma, todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, primeiro momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do mesmo estatuto. Ao final das três fases, estabelecido o regime prisional, concluindo-se pela aplicação de pena não superior a quatro anos, não sendo o sentenciado reincidente em crime doloso, *o juiz deverá reavaliar as circunstâncias judiciais, à exceção das conseqüências do crime e do comportamento da vítima, cuja*

análise não foi exigida pelo inciso III do art. 44 do Código Penal, a fim de se decidir pela substituição. (Curso de Direito Penal. Parte Geral. Volume I. ed. Impetus: RJ, 9ª ed., 2007, p. 534 - grifamos)

E, na hipótese *sub examine*, como visto, tem-se que as razões expendidas pelo sentenciante, e confirmadas pelo Tribunal impetrado, para manter a negativa de substituição da reprimenda por penas alternativas mostraram-se insuficientes para vedar a permuta, posto que fundadas unicamente nas consequências da ação criminosa em exame, que, embora realmente graves, já que, em razão da conduta imprudente do paciente, houve o falecimento de quatro pessoas e a ocorrência de lesões corporais graves em outras duas, não deveriam ser levadas em conta para a análise da suficiência da medida no caso concreto, especialmente em se considerando que se tratam de crimes culposos.

A simples opinião do magistrado acerca da conveniência da medida, sem mais, não tem o condão de obstar o benefício, já que, como visto, a lei não lhe atribui poder discricionário livre para decidir sobre o assunto; ao contrário, o legislador instituiu parâmetros bem claros para a permuta, consubstanciados em um juízo positivo de sua suficiência para a prevenção e repressão da conduta incriminada, enumerando taxativamente os elementos que devem ser considerados nessa análise e que, sendo positivos, como ocorre na hipótese presente, já que, quando da aplicação da pena-base, todas as circunstâncias judiciais foram sopesadas favoravelmente, inclusive as consequências do delito, mostra-se devida a concessão da permuta.

Nesse contexto, encontrando-se a negativa de substituição fulcrada unicamente em circunstância não elencada no inciso III do art. 44 do CP e verificando-se que a reprimenda básica foi estipulada no mínimo legalmente previsto para os tipos penais violados, de ser concedida a ordem para substituir a reprimenda do paciente por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da reclusiva, e esta última em dia e horários a serem definidos pelo Juízo da Execução.

Diante do exposto, concede-se a ordem para substituir a reprimenda do paciente por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da reclusiva, esta última em dia e horários a serem definidos pelo Juízo da Execução.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 138.089-SC (2009/0106982-9)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Cláudio Gastão da Rosa Filho e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: José Wodzinsky (preso)

EMENTA

Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 396-A do CPP. Lei n. 11.719/2008. Denúncia. Recebimento. Momento processual. Art. 396 do CPP. Resposta do acusado. Preliminares. Motivação. Ausência de constrangimento ilegal.

I - A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário (**Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto**), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal.

II - Apresentada resposta pelo réu nos termos do art. 396-A do mesmo diploma legal, não verificando o julgador ser o caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito, designando data para a audiência a ser realizada.

III - A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejulgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime.

IV - No caso concreto a decisão combatida está fundamentada, ainda que de forma sucinta.

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 Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 22.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *José Wodzinsky*, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Depreende-se dos autos que após ter sido denunciado, foi aberto prazo para que o paciente oferecesse defesa nos termos do art. 396-A do CPP.

Ao assim proceder, a defesa levantou diversas preliminares e requereu, ao final, o não recebimento da peça vestibular, ao argumento de ausência de justa causa para a ação penal.

A Magistrada condutora do feito, não vislumbrando hipótese de absolvição sumária, determinou o prosseguimento do feito.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* alegando, em breve síntese, que a decisão exarada não estaria fundamentada, haja vista que não foram enfrentadas as questões preliminares apontadas na defesa apresentada.

O e. Tribunal de origem denegou a ordem em v. acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Pretendida declaração de nulidade da decisão que recebeu a denúncia. Ausência de fundamentação. Desnecessidade. Decisão interlocutória na qual o magistrado deve analisar a existência dos requisitos do art. 41 do CPP. Obediência, ademais, ao novo procedimento dado pela Lei n. 11.719/2008. Eiva inexistente. Ordem denegada.

“O despacho de recebimento da denúncia, por sua natureza interlocutória simples, prescinde da fundamentação a que alude o art. 93, IX, da CF/1988, até porque o Juiz, ao deflagrar a ação penal, não pode incidir em pré-julgamento da matéria criminal objeto da inicial acusatória” (HC n. 00.004158-0, de Otacílio Costa, rel. Des. Jorge Mussi). (fl. 141).

Daí o presente *writ* por meio do qual os impetrantes renovam as alegações dirigidas anteriormente ao e. Tribunal *a quo*. Desse modo, apontam ausência de fundamentação da decisão quanto ao exame das preliminares destacadas na defesa oferecida.

Asseveram que “é evidente que não basta cumprir a formalidade, abrindo-se o prazo para responder a acusação, disposto no art. 396 do CPP, é necessário que, de maneira fundamentada, sejam analisados todos os argumentos contidos na peça vestibular defensiva, sob pena de renegar ao mundo da ficção legal o art. 396 e o art. 396-A, do mesmo diploma legal.”

Buscam, ao final, a concessão da ordem para que seja anulada a decisão atacada.

O pedido liminar foi indeferido (fl.154-155).

Informações prestadas às fls.163-164.

A d. Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A defesa se insurge contra a r. decisão que, ao determinar o prosseguimento do feito, não teria enfrentado adequadamente as preliminares levantadas na resposta oferecida pelo denunciado.

Com efeito, alegou a defesa:

a) nulidade do feito em razão das investigações terem sido conduzidas pelo Ministério Público e,

b) excesso de prazo na duração das escutas telefônicas.

A magistrada condutora do feito, em contrapartida, consignou:

R.h.

Vistos para despacho

l. A despeito das nulidades argüidas pelas ilustradas defesas em sede de preliminar, consigno que não são de molde a ensejar a absolvição sumária de nenhum dos acusados.

Apenas para registrar, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pelo Min. Felix Fisher no Habeas Corpus n. 123.501-SC (2008/0274096-5) impetrado pela ré Jurema Wulf já se pronunciou quanto à legalidade da investigação conduzida pelo Ministério Público, bem como quanto à suficiência da fundamentação das decisões que concederam a prorrogação das escutas telefônicas, *in verbis*:

Quanto à alegação de nulidade do procedimento administrativo de investigação que embasou a denúncia, por ter sido instaurado e realizado, exclusivamente, no âmbito do Ministério Público, o entendimento assente no âmbito desta Corte é no sentido de que, por força de expressa previsão constitucional e legal, o *Parquet* possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis* (REsp n. 610.072-MG, 5ª Turma, Re. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 24.11.2008; HC n. 94.810-MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 13.10.2008; HC n. 92.952-RN, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJe 08.09.2008; RHC n. 19.136-MG, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 14.05.2007).

No que se refere à alegação de nulidade da decisão judicial que autorizou a realização das escutas telefônicas, bem como de suas sucessivas prorrogações, por carência de fundamentação, em exame perfunctório, não vislumbro qualquer eiva de nulidade, estando as decisões, aparentemente, suficientemente fundamentadas.

II. Desta forma, mister se faz o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos. (fls. 120-121).

Verifica-se, de forma cristalina, que a decisão combatida, ainda que de forma sucinta, analisou as preliminares levantadas pela defesa e, dessa forma, não as acolhendo, determinou o prosseguimento do feito.

Nulidade, portanto, não há.

Vale ressaltar, por oportuno, que com a recente reforma promovida no Código de Processo Penal (Lei n. 11.719/2008) instaurou-se, em sede doutrinária, polêmica relativa ao momento em que se daria o recebimento da denúncia oferecida pelo representante do Ministério Público. Isso porque tanto o art. 396 quanto o 399 fazem menção ao referido ato processual. Aquele, antes da resposta do réu, e este, após.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró bem sintetizou a polêmica:

Definida em quais situações o juiz deve rejeitar a denúncia ou queixa, cabe analisar qual o primeiro momento em que o juiz deverá fazê-lo ou, ao contrário, em que situação a peça acusatória deverá ser recebida.

Exatamente neste ponto, a reforma do Código de Processo Penal tem causado uma grande celeuma: a contradição evidente entre o art. 396, *caput*, e o art. 399, posto que ambos se referem ao recebimento da denúncia, em dois momentos distintos.

O novo art. 396 dispõe: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.” (destacamos)

Por sua vez, depois da resposta (art. 396-A, CPP), não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397, CPP), o novo art. 399 dispõe: “Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.” (destacamos)

Não há como coexistirem dois recebimentos da denúncia. (*in* “Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 76, jan-fev 2009”, Editora RT)

Neste ponto, acompanho a doutrina majoritária que afirma ser o momento adequado ao recebimento da denúncia o previsto no art. 396 do CPP, portanto, tão logo oferecida a acusação, e antes da citação do acusado, ante a previsão expressa, recebê-la-á, insere no dispositivo.

Nesta senda ensina a doutrina:

Assim, uma vez oferecida a denúncia, e não vislumbrando o magistrado as hipóteses de rejeição de que trata o art. 395, ele deverá receber a peça, com todos os seus efeitos, inclusive o de interromper a prescrição. (**Leandro Galluzzi dos Santos** *in* “As reformas no processo penal - As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma”. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Editora RT, São Paulo: 2008, p. 323).

De toda sorte, o melhor mesmo é que, antes mesmo da resposta do acusado, haja a oportunidade para que o juiz se pronuncie, nas apenas pela rejeição como era a proposta original do Executivo, como, igualmente, se for o caso, pelo recebimento da ação penal, o que, aliás, é a regra (**Walter Nunes da Silva Junior** *in* “Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri”, Editora Renovar, Rio de Janeiro: 2009, p. 90).

Além destes: **Andrey Borges de Mendonça** in “*Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*”. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 267-268; **Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto** in “*Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*”. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 338.

Por conseguinte, não há razão lógica para se alterar o entendimento, aliás, de longa data firmado na jurisprudência, tanto desta Corte, quanto a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a decisão que recebe a denúncia dispensa fundamentação.

Neste sentido, *v.g.*:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Roubo circunstanciado. Recebimento da denúncia. Desnecessidade. Ausência de intimação para constituir novo defensor e da defensora dativa para tomar ciência da sentença condenatória. Defesa técnica deficiente. Nulidades. Não-ocorrência. Constrangimento ilegal não-configurado. Ordem denegada.

1. Em virtude de sua natureza interlocutória, o juízo positivo de admissibilidade da acusação penal prescinde de fundamentação, salvo na ação penal de competência originária de Tribunal. Precedentes do STJ e do STF.

(...)

5. Ordem denegada.

(HC n. 119.226-PR, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 08.09.2009).

Nestes termos, foi recebida a denúncia, na fase do art. 396 do CPP, e determinada a citação do paciente para o oferecimento de resposta (fl. 87).

Não obstante, com a inovação trazida ao procedimento, não mais se limita a defesa a apresentar defesa prévia, de conteúdo reduzido que, na prática, não implicava, regra geral, em atuação defensiva relevante. Agora, a teor do disposto no art. 396-A do CPP, poderá o acusado “arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.”

Abre-se, então, ao Magistrado, a possibilidade de absolver sumariamente o réu quando verificar: *i*) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude; *ii*) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; *iii*) que o fato narrado não constitui crime ou *iv*) extinta a punibilidade do agente. Poderá também, segundo preconiza abalizada

doutrina, rever, após as alegações defensivas, a presença das condições da ação e pressupostos processuais.

Dessarte, a nova regulamentação do tema permite concluir que, uma vez não verificadas as hipóteses de absolvição sumária, deverá dar-se, mais uma vez, seguimento ao feito, designado-se data para a audiência a ser realizada.

Chega-se ao ponto nevrálgico da impetração, consistente em definir se a rejeição das teses da defesa veiculadas na resposta necessita ser fundamentada.

Tenho para mim que se não fosse necessário exigir que o Magistrado apreciasse as questões relevantes trazidas pela defesa - sejam preliminares ou questões de mérito - seria inócua a previsão normativa que assegura o oferecimento de resposta ao acusado.

Por outro lado, contudo, não se pode olvidar que a manifestação judicial se dará em fase embrionária do feito, momento em que ainda não terá ocorrido a instrução probatória, revelando que o momento, salvo raras exceções, não permitirá ao juiz externar um juízo conclusivo sobre a *quaestio*.

Por tal motivo, a fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, há de ser concisa, limitando-se a demonstrar, por via oblíqua, a admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejudgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime.

Dessa forma, tenho que no caso concreto não há nulidade por falta de fundamentação, uma vez que a decisão fustigada apreciou, ainda que em juízo de prelibação, as teses defensivas, concluindo, a seguir, pelo prosseguimento do feito.

Ante o exposto, *deneço* a ordem.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 139.667-RJ (2009/0118642-1)

Relator: Ministro Felix Fischer

Impetrante: Márcia Dinis e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Paciente: Nelson Roberto Nogueira Mucury Gracio

EMENTA

Penal e Processual Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Exercício ilegal da medicina. Tráfico de drogas. Trancamento da ação penal quanto ao crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Impossibilidade. Substâncias prescritas previstas na Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista “C1” que trata das substâncias sujeitas a controle especial e que de acordo com os arts. 1º, parágrafo único e 66, caput, ambos da Lei n. 11.343/2006 são consideradas drogas. Prescindibilidade de realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias podem causar dependência. Dado verificado a partir da mera constatação de que tais substâncias encontram-se elencadas na referida listagem administrativa. Possibilidade de *concurso formal* entre os crimes previstos no art. 282 do Código Penal e no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. *Precedente desta Corte.*

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC n. 901.320-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.05.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC n. 87.324-SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 18.05.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC n. 91.634-GO, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC n. 88.139-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17.11.2006).

II - A Lei n. 11.343/2006, diferentemente das anteriores leis de drogas que visavam reprimir e prevenir o tráfico e o uso indevido, frise-se, de *substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica*, expressamente se vale da expressão tráfico de “*drogas*”, *denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde*, definindo como tais as *substâncias ou os produtos capazes de*

causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006), sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998. Ou seja, de acordo com a Lei de Drogas em vigor entende-se por drogas aquelas substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

III - “De acordo com art. 66 da Lei n. 11.343/2006, ampliou-se o rol de substâncias abarcadas pela criminalidade de tóxicos, incluindo-se aquelas sob controle especial.” (HC n. 86.215-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 08.09.2008).

IV - A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista C1, que trata das *substâncias sujeitas a controle especial*, é suficiente para a sua caracterização como *droga*, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais substâncias, *efetivamente*, causam dependência. O exame pericial será necessário para que *outros dados* (*v.g.*: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica, etc), *que não a possibilidade de causar dependência*, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas.

V - Com a mera previsão da substância no complemento da norma penal em branco, afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial aduzir-se se a substância, frise-se, expressamente prevista na *listagem administrativa* (expressão cunhada por **Vicente Greco Filho** in “Lei de Drogas Anotada, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 14) possui ou não capacidade de causar dependência. Esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação é obtida pela interpretação literal do *art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006* onde se lê que “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, *assim*

especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”

VI - Note-se que a própria *Lei de Drogas* quando trata tanto do *laudo de constatação* (art. 50, § 1º), como do *laudo definitivo* (art. 58, § 1º) apenas se refere a *natureza e quantidade da substância apreendida*, é dizer, a própria materialidade do delito, não fazendo qualquer referência a necessidade, por óbvio inexistente, de demonstração da capacidade da substância de causar dependência, porquanto, essa indagação é satisfatoriamente respondida com a constatação de que a substância apreendida encontra-se prevista no *complemento da norma penal em branco*.

VII - O tipo penal previsto no *art. 282 do Código Penal* (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica) pune a conduta daquele que *sem autorização legal*, é dizer, sem qualquer título de habilitação ou sem registro deste na repartição competente (**Nelson Hungria** in “Comentários ao Código Penal - Volume IX”, Ed. Forense, 2ª edição, 1959, p. 145), ou ainda, *exorbitando os limites desta*, exerce, ainda que à título gratuito a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Trata-se de *crime de perigo abstrato, habitual*, que procura tutelar a *saúde pública* do dano que pode resultar do exercício ilegal e abusivo da medicina, bem como da arte dentária ou farmacêutica (**Heleno Cláudio Fragoso** in “Lições de Direito Penal - Parte Especial - Volume II”, Ed. Forense, 1ª edição, 1989, p. 275) cuja prática em concurso formal com o delito de tráfico de drogas é perfeitamente possível.

VIII - Não existe a vinculação necessária, que se pretende estabelecer, da prática do crime previsto no art. 282 do Código Penal com o crime de tráfico de drogas. De fato, não se exige para a configuração do crime de exercício ilegal da medicina que o agente prescreva substância tida pela legislação como droga para os fins da Lei n. 11.343/2006. O vulgar exercício da medicina por parte daquele que não possui autorização legal para tanto é suficiente para a delimitação do tipo em destaque. Se o agente ao exercer irregularmente a medicina ainda prescreve droga, resta configurado, em tese, conforme já reconhecido por esta Corte em outra oportunidade (HC n. 9.126-GO, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.08.2001) o

concurso formal entre o art. 282 do Código Penal e o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

Habeas corpus denegado. Cassada a medida liminar anteriormente concedida.

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, cassar a liminar anteriormente deferida. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Ricardo Cerqueira (p/ pacte)

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

DJe 1º.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de *Nelson Roberto Nogueira Mucury Gracio*, denunciado como incurso nas sanções do *art. 282 do Código Penal* e do *art. 33 da Lei n. 11.343/2006*, em face de v. acórdão prolatado pela c. 4ª Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos do *writ* n. 3119/09 e que restou assim ementado:

Ementa: *Habeas-corpus*. Crimes de exercício ilegal de medicina e de tráfico ilícito de entorpecentes na modalidade de prescrever denúncia recebida. Indeferimento de pedido de prisão preventiva. Pedido de trancamento da ação penal quanto ao crime da Lei de Drogas e ainda de concessão do benefício de transação penal no delito remanescente. Alegação de ausência de justa causa porque as substâncias prescritas não são consideradas capazes de causar dependência física ou psíquica, além de não haver prova da materialidade. Ação penal iniciada com prova documental que contém indícios de autoria e materialidade. Via estreita do *habeas-corpus* que impede o exame aprofundado das provas constrangimento *illegal*. Inexistência. Ordem denegada. (fl. 101).

Nas razões do presente *mandamus* argumentam os impetrantes que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, porquanto

A falta de justa causa dá ação penal impetrada é perceptível *primus ictus oculi*: o tipo previsto no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, que define as modalidades do crime de tráfico de drogas, por ser uma norma penal em branco, é complementado pela Portaria n. 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), do Ministério da Saúde (doc. n. 04), onde estão relacionadas, dentre outras, as substâncias que causam dependência física ou psíquica.

De acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, as substâncias entorpecentes e psicotrópicas, classificadas nas listas A-I, A-2, A-3, B-I, B-2, da Portaria n. 344/1998, são as que podem determinar dependência física ou psíquica.

O art. 1º, da Lei n. 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, define, em seu parágrafo único, o conceito de drogas, nos seguintes termos:

Art. 1º (*omissis*)

Parágrafo único: Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

A expressão “drogas”, tratada no art. 33, da Lei n. 11.343/2006, refere-se, exclusivamente, às substâncias capazes de causar dependência física ou psíquica. Drogas, portanto, são exatamente as substâncias entorpecentes e psicotrópicas listadas na Portaria n. 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

As substâncias supostamente prescritas pelo Paciente, embora submetidas a controle especial pela Portaria n. 344/1998 da Anvisa, não são substâncias que geram dependência química ou psíquica (doc. n. 04). São substâncias controladas somente porque podem causar efeitos colaterais e, portanto, estão classificadas na lista C-1 da referida Portaria e não entre as consideradas entorpecentes e psicotrópicas, para fins da Lei n. 11.343/2006.

A prescrição de “cloridrato de fluoxetina” e “risperidona”, em tese, poderia até caracterizar a conduta típica do crime de exercício ilegal da medicina, mas nunca tráfico de drogas, haja vista que tais substâncias não se enquadram dentre aquelas capazes de causar dependência física ou psíquica, conforme disposto no parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 11.343/2006.

Verifica-se, *in casu*, ao menos em relação à imputação de tráfico de drogas, a manifesta ausência de justa causa para a deflagração de ação penal, em razão da atipicidade da conduta atribuída ao Paciente na denúncia. (fls. 11-12).

Aduzem, ainda, que “o constrangimento ilegal decorrente da instauração de ação penal contra o Paciente por fato atípico toma-se ainda maior diante da ausência da prova da materialidade do delito, consubstanciada na inexistência de laudo pericial, o que viola o princípio constitucional do devido processo legal.” (fl. 12).

Por fim, sustentam que

o que se verifica nos autos da ação penal impugnada é uma única conduta duplamente tipificada. Isto é, o Paciente foi denunciado porque teria, em tese, sem ser médico, receitado medicamento a paciente que estava sob tratamento psicoterapêutico.

De fato, consta da denúncia que o Paciente estaria exercendo a atividade de médico psiquiatra, porém, a única conduta que se narra é a de prescrever remédio em receituário cujo CRM não lhe pertencia. *Não há qualquer descrição de conduta da qual se pudesse inferir o dolo para traficar entorpecentes.* (fl. 14).

Requerem, assim, a concessão da ordem para trancar a ação penal em relação ao delito de tráfico ilícito de drogas.

Medida liminar concedida à fl. 86.

Informações prestadas pela autoridade tida como coatora às fls. 93-94.

A douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pela *denegação da ordem* em parecer assim ementado:

Ementa: Penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Exercício ilegal de medicina. Prescrição ilegal de substância sujeita a controle especial. Conduta que se insere no tipo penal do tráfico de drogas. Portaria/Anvisa n. 344, de 12 de maio de 1998. Inteligência do art. 66 da Lei n. 11.343/2006. Pedido de trancamento da ação penal por de atipicidade da conduta. Improcedência. Precedentes dessa egrégia Corte.

1. Esse Colendo Superior Tribunal entende que “o trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito” (RHC n. 18.477-SP).

2. Ao contrário do asseverado pelo Tribunal *a quo*, verifica-se que analisar a tese de atipicidade da conduta *não* pressupõe *dilação* probatória, porque é necessária apenas a confrontação do tipo penal estabelecido no art. 33 da Lei n.

11.343/2006, bem como o exame das listagens contidas na Portaria/Anvisa n. 244, de 12 de maio de 1998, e a aplicação do disposto no art. 66 da Lei n. 11.343/2006.

3. Do preâmbulo da Lei n. 11.343/2006 consta que esta “institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre *Drogas* - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de **drogas**; define crimes e dá outras providências.”

4. Por sua vez, o tipo penal do tráfico está definido da seguinte maneira: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, *prescrever*, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, *sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.”

5. No que se refere à definição legal da palavra “drogas”, dispõe o art. 66 do citado diploma legal: “para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se **drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998**.”

6. A lei que criminaliza o tráfico não menciona, especificamente, o termo “entorpecentes”, no sentido que tipificar condutas que envolvam apenas esse tipo de substância. Ao contrário, a lei foi mais geral - e não poderia ser de outra maneira - e utiliza do termo “droga” com o intuito de abranger *todas* as substâncias listadas na Portaria/Anvisa n. 344, de 12 de maio de 1998. Precedente desse Colendo STJ (HC n. 86.215-RJ). A conduta do paciente, portanto, é típica para o tráfico de drogas porque prescreveu à vítima, como se médico fosse, substância sujeita a controle especial.

7. Parecer pela denegação da ordem. (fls. 108-109).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Busca-se, no presente *writ*, o reconhecimento de que as substâncias prescritas pelo paciente (cloridrato de fluoxetina e risperidona) por não serem capazes de causar dependência química ou psíquica não são consideradas drogas para os fins da Lei n. 11.343/2006 e que é de se reconhecer a absorção do delito de tráfico de drogas pelo crime de exercício ilegal de medicina, porquanto “a única conduta que se narra é a de prescrever remédio em receituário cujo CRM não lhe pertencia. *Não há qualquer descrição de conduta da qual se pudesse inferir o dolo para traficar entorpecentes*.” (fl. 14)

Pretende-se, assim, a concessão da ordem para que seja determinado o trancamento da ação penal em relação ao delito de tráfico de drogas.

Confirmam-se, inicialmente, os seguintes *excertos doutrinários*:

Marcellus Polastri Lima (*in Curso de Processo Penal*, vol. 1, 2ª edição, Lumen Juris, 2003, p. 205-208) assim trata do tema:

A justa causa, tem sido identificada pela doutrina como o próprio interesse de agir, e mesmo com as demais condições para o exercício do direito de ação, consoante já se via do entendimento de José Barcelos de Souza, *verbis*:

A expressão é útil e cabível, podendo ser usada perfeitamente para exprimir a ausência não apenas daquela condição (falta de interesse de agir), mas de *qualquer das condições para o exercício da ação penal*. (destaque nosso)

Tal interpretação se dá em virtude de que o art. 648, I, do CPP, que trata do *habeas-corpus*, prevê que existirá *coação ilegal* quando não houver *justa causa*.

De acordo com Frederico Marques:

Sem que o *fumus boni juris* ampare a imputação, dando-lhe contornos de imputação razoável, pela existência de justa causa, ou pretensão viável, a denúncia ou a queixa não pode ser admitida ou recebida.

O antigo anteprojeto de Código de Processo Penal (Projeto de Lei n. 1.655 de 1983), sob a influência do citado professor, adotava e identificava a justa causa como fundamento razoável e o legítimo interesse, consoante se vê da exposição de motivos, assim ficando redigido o parágrafo único do art. 7º:

A acusação deve ser rejeitada de plano, por ausência de justa causa, se não tiver fundamento razoável nem revelar legítimo interesse.

Verdade que a justa causa em sentido amplo, na forma do previsto no art. 648 do CPP, serve para designar a existência das condições da ação, de forma a identificar a imputação razoável, por outro lado, porém em *sentido estrito*, parte da doutrina a erige em verdadeira condição autônoma para exercício da ação penal.

E foi o professor Afranio Silva Jardim quem primeiro erigiu a justa causa como condição autônoma para o exercício da ação penal, identificando-a com a exigência do lastro mínimo de prova que fornece arrimo à acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado.

Porém tal é refutado por José Barcelos de Souza:

Também não é justa causa uma condição autônoma, uma quarta condição da ação.

Com efeito, denúncia ou queixa que não descrever fato criminoso em tese se mostra inépta, não podendo a aptidão de uma inicial ser erigida em condições da ação.

Do mesmo modo, a questão da justiça do processo em face da prova, matéria que diz respeito ao processo, não pode ser tratada como condição da ação.

Se parece correto afirmar que, ontologicamente, não seria a justa causa uma quarta condição da ação, no processo penal é incabível o exercício da ação penal sem um lastro probatório mínimo, apesar de não haver tal exigência em lei.

E é o próprio José Barcelos de Souza que reconhece:

...é aí que a justa causa se apresenta no seu sentido próprio de requisito particular de admissibilidade - demanda com causa de pedir não destoante da prova - uma peculiaridade do processo penal sem correspondência no processo civil. A decisão de rejeição, fundada na prova, não é sentença de improcedência. A decisão é simplesmente de admissibilidade.

Portanto, mesmo se não considerada a justa causa como quarta condição da ação, no processo penal, para recebimento da inicial é, como as condições da ação, exigida como condição de admissibilidade.

Obviamente que não se fará aqui exame de mérito, na forma do art. 386 do CPP, pois não se trata de se aferir procedência da imputação com juízo de mérito, e sim de se averiguar se há *suporte probatório mínimo para a imputação*, ou seja se o fato narrado está embasado no *mínimo de prova*, se encontra correspondência em inquérito ou peça de informação.

Destarte, o juiz não poderá fazer confronto de provas, ou averiguar se estas são boas ou não, mas apenas verificar se a imputação foi lastreada em elementos colhidos, mesmo que isolados ou contraditados, sem juízo de mérito, pois, como é evidente, não pode haver imputação gratuita, sem arrimo algum, ou mesmo que narre fato completamente diverso daquele apurado.

Trata-se, na verdade do mesmo *fundamento razoável* a que se referia Frederico Marques, que assim já definia a justa causa, aqui identificada com fundamento em elementos razoáveis ou mínimos.

Guilherme de Souza Nucci (*in Código de Processo Penal Comentado*, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2003, p. 648), sobre a ausência de justa causa, assevera:

Desdobra-se a questão em dois aspectos: a) justa causa para a ordem proferida, que resultou em coação contra alguém; b) justa causa para a existência

de processo ou investigação contra alguém, sem que haja lastro probatório suficiente. Na primeira situação, a falta de justa causa baseia-se na inexistência de provas ou de requisitos legais par que alguém seja detido ou submetido a constrangimento (ex.: decreta-se a preventiva sem que os motivos do art. 312 do CPP estejam nitidamente demonstrados nos autos). Na segunda hipótese, a ausência de justa causa concentra-se na carência de provas a sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal. Se a falta de justa causa envolver apenas uma decisão, contra esta será concedida a ordem de *habeas corpus*. Caso diga respeito à ação ou investigação em si, concede-se a ordem para o trancamento do processo ou procedimento.

Júlio Fabbrini Mirabete (*in Processo Penal*, 14ª edição, Atlas, 2003, p. 138-139) destaca:

Ultimamente tem se incluído como causa de rejeição da denúncia ou da queixa por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir) a inexistência de elementos indiciários que amparem a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja *fumus boni iuris* para que a ação penal tenha condições de viabilidade pois, do contrário, não há justa causa. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e a autoria, para que opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando, por exemplo, o simples oferecimento da versão do queixoso. Evidentemente não se exige prova plena nem um exame aprofundado e valorativo dos elementos contidos no inquérito policial ou peças de informação, sendo suficientes elementos que tornam verossímil a acusação.

Nessa linha, o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC n. 901.320-MG, *Primeira Turma*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25.05.2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC n. 87.324-SP, *Primeira Turma*, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 18.05.2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC n. 91.634-GO, *Segunda Turma*, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05.10.2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC n. 88.139-MG,

Primeira Turma, Rel. *Min. Carlos Britto*, DJU de 17.11.2006), o que não é o caso apresentado nos autos.

Confira-se, por oportuno a *imputatio facti* descrita na denúncia:

Por período de tempo ainda não determinado, mas pelo menos entre o ano de 2006 e até o final do ano de 2007, no consultório situado na Rua Álvaro Alvim, n. 37, sala 1307, no bairro da Cinelândia, nessa comarca, o ora denunciado, livre e conscientemente, exercia a profissão de médico psiquiatra, sem possuir autorização legal.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o ora denunciado, livre e conscientemente, por diversas vezes, em desígnios criminosos autônomos, prescrevia drogas, sem autorização em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consta do presente procedimento que o denunciado exercia a profissão de psiquiatra, atendendo a diversos pacientes, utilizando para tanto, do n. de registro no Conselho Regional de medicina do médico Luiz Tadashi Nakamura e de diversos documentos classificados. Insta observar que, inclusive, o denunciado conseguiu se filiar ao Riostoc (Riostoc é um grupo aberto, de ajuda voluntária, que se propõe a melhorar a qualidade de vida dos pacientes que apresentam Transtorno Obsessivo compulsivo e Síndrome de Tourette), que funciona junto ao Hospital Phillipe Pinnel, localizado no bairro de Botafogo.

Apurou-se ainda, que neste período, o denunciado prescreveu diversos medicamentos controlados aos seus pacientes, através da expedição de receituário de controle especial.

Os fatos somente foram descobertos porque, no mês de junho de 2007, em razão de indicação do Riostoc, Luiz Américo P. Quintiere levou seu irmão, Roberto Henrique P. Quintiere (diagnosticado com Transtorno Obsessivo Compulsivo, desde o ano de 2003), para continuar o tratamento com o denunciado, em seu consultório. Nas consultas realizadas nos meses de junho, julho, agosto, setembro e outubro, o denunciado não só clinicou. Roberto, como também, prescreveu o uso das substâncias “cloridrato de fluoxetina” e “risperidona”, através da expedição de receituário de controle especial, como se médico fosse.

Em decorrência da falta de assistência médica e pelo uso do “remédio”, Roberto teve uma recaída e, inclusive, em um surto psicótico, se atirou pela janela do 2º andar do prédio onde reside, vindo a se lesionar. Em razão desse fato, Luiz América procurou auxílio policial.

As substâncias prescritas pelo denunciado estão elencadas na lista C-1, da Portaria n. 344/1998 da Anvisa.

Dessa forma, está o denunciado incurso nas sanções do artigo 282 do Código Penal e artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. (fls. 24-25).

O *punctum salines* restou devidamente enfrentado no voto vencido do qual se extrai o seguinte excerto:

Embora verdadeiro que a ação penal só deve ser obstada em casos excepcionais, especialmente quando inexistentes vestígios de autoria e do crime, certo é que, na presente hipótese, pode-se afirmar, de antemão, que a substância prescrita pelo paciente, na “suposta” condição de psicólogo, não tem natureza entorpecente, de acordo com a Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, republicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1998, Seção I, não constando a mesma nas listas A1, A2, A3, B1 e B2, mas, unicamente, na lista C-1, que é a lista de substâncias sujeitas a controle especial, em razão de condições sanitárias não esclarecidas, e não por causar dependência.

Além do mais, a prescrição de medicamentos por suposto médico seria artefato impunível do crime de exercício ilegal da medicina, pois conduta essencial do exercício da medicina, entre outras, sem a qual esta não seria possível.

Assim, é abusiva a denúncia e seu recebimento, por absoluta falta de justa causa em relação ao crime de tráfico de entorpecente, e, no Estado Democrático de Direito, a concessão da ordem é uma imposição legal, sem prejuízo da apuração da responsabilidade dos que atuaram contra expressa disposição da lei (fls. 104-105).

A *Lei n. 11.343/2006*, diferentemente das anteriores leis de drogas que visavam reprimir e prevenir o tráfico e o uso indevido, frise-se, de *substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica*, expressamente se vale da expressão tráfico de “*drogas*”, *denominação preferida pela Organização Mundial de Saúde*, definindo como tais as *substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006)*, sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, *denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial*, da Portaria SVS/MS n. 344 de 12 de maio de 1998. Ou seja, de acordo com a *Lei de Drogas* em vigor *entende-se por drogas aquelas substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*.

A propósito, confira-se o que restou dito por **Gilberto Thums** e **Vilmar Pacheco** in “Nova Lei de Drogas - Crimes, Investigação e Processo”, Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 29-30:

A Nova Lei de Drogas modificou a terminologia em relação à lei anterior quanto ao objeto de incriminação. Tecnicamente é melhor, porque a antiga Lei de Tóxicos (n. 6.368/1976) utilizava a expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Estes termos criavam dificuldades em face das listas da Anvisa, pois todas as substâncias das Listas C e D não podiam ser consideradas para o efeito do antigo art. 12, porque não coincide a nomenclatura. O mesmo ocorria com as substâncias que não eram entorpecentes nem psicotrópicas, mas estavam sob controle do poder público.

A nova lei emprega a expressão *drogas*, que significa substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. É pertinente observar que, temendo possíveis controvérsias jurídicas acerca do tema, o legislador tomou a cautela de dispor, ao final da lei, que “até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998”. Neste contexto, continuam valendo as listas e os termos empregados pela Anvisa para a Nova Lei de Drogas, até que sejam adaptadas à nova terminologia.

Os tipos penais contêm normas em branco, porque referem-se à droga (substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica) ou insumo ou produto químico utilizado na preparação de drogas. Quem estabelece a lista de substâncias é o Ministério da Saúde, através da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, criou o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, mas, atualmente, as substâncias constam da Resolução RDC n. 15, de 1º.03.2007, da Anvisa, que discrimina as listas de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS n. 344, de 12.05.1998. O mesmo ocorre com o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes, que são discriminadas por nome científico.

No plano jurisprudencial há precedente da *c. Sexta Turma* desta Corte no qual restou consignado que “De acordo com art. 66 da Lei n. 11.343/2006, ampliou-se o rol de substâncias abarcadas pela criminalidade de tóxicos, incluindo-se aquelas sob controle especial.” (HC n. 86.215-RJ, *6ª Turma*, Rel. *Min. Maria Thereza de Assis Moura*, DJe de 08.09.2008).

A simples verificação de que as substâncias prescritas pelo paciente encontram-se elencadas na Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS) na lista C1, que trata das *substâncias sujeitas a controle especial*, é suficiente para a sua caracterização como *droga*, sendo prescindível a realização de exame pericial para a constatação de que tais

substâncias, *efetivamente*, causam dependência. O exame pericial será necessário para que *outros dados* (v.g.: natureza e quantidade da substância apreendida, potencialidade tóxica, etc), *que não a possibilidade de causar dependência*, sejam aferidos, porquanto esse último ponto já é respondido a partir da previsão da substância nas listas mencionadas.

Com a mera previsão da substância no complemento da norma penal em branco, afasta-se a necessidade, e até mesmo a possibilidade de, a partir da realização de exame pericial aduzir-se se a substância, frise-se, expressamente prevista na *listagem administrativa* (expressão cunhada por **Vicente Greco Filho** in “Lei de Drogas Anotada, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2009, p. 14) possui ou não capacidade de causar dependência. Esse dado é aferido pela simples inclusão de qualquer substância na destacada lista. Essa interpretação é obtida pela interpretação literal do *art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006* onde se lê que “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, *assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.*”

Note-se que a própria *Lei de Drogas* quando trata tanto do *laudo de constatação* (art. 50, § 1º), como do *laudo definitivo* (art. 58, § 1º) apenas se refere a *natureza e quantidade da substância apreendida*, é dizer, a própria materialidade do delito, não fazendo qualquer referência a necessidade, por óbvio inexistente, de demonstração da capacidade da substância de causar dependência, porquanto, essa indagação é satisfatoriamente respondida com a constatação de que a substância apreendida encontra-se prevista no *complemento da norma penal em branco*.

O tipo penal previsto no *art. 282 do Código Penal* (exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica) pune a conduta daquele que *sem autorização legal*, é dizer, sem qualquer título de habilitação ou sem registro deste na repartição competente (**Nelson Hungria** in “Comentários ao Código Penal - Volume IX”, Ed. Forense, 2ª edição, 1959, p. 145), *ou ainda, exorbitando os limites desta*, exerce, ainda que à título gratuito a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Trata-se de *crime de perigo abstrato, habitual*, que procura tutelar a *saúde pública* do dano que pode resultar do exercício ilegal e abusivo da medicina, bem como da arte dentária ou farmacêutica (**Heleno Cláudio Fragoso** in “Lições de Direito Penal - Parte Especial - Volume II”, Ed. Forense, 1ª edição, 1989, p. 275) cuja prática em concurso formal com o delito de tráfico de drogas é perfeitamente possível.

Não existe a vinculação necessária, que se pretende estabelecer, da prática do crime previsto no *art. 282 do Código Penal* com o crime de tráfico de drogas. De fato, não se exige para a configuração do crime de exercício ilegal da medicina que o agente prescreva substância tida pela legislação como droga para os fins da Lei n. 11.343/2006. O vulgar exercício da medicina por parte daquele que não possui autorização legal para tanto é suficiente para a delimitação do tipo em destaque. Se o agente ao exercer irregularmente a medicina ainda prescreve droga, resta configurado, em tese, conforme já reconhecido por esta Corte em outra oportunidade (HC n. 9.126-GO, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 13.08.2001) o *concurso formal* entre o *art. 282 do Código Penal* e o *art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006*.

Ante o exposto, denego a ordem. *Cassada a medida liminar anteriormente concedida.*

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 145.131-PR (2009/0161566-3)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Impetrante: Mauricio Stegemann Dieter
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Felicidade Juventina Emílio
Paciente: Rubia Carla de Aguiar e Silva

EMENTA

Habeas corpus preventivo. Venda não autorizada de camisetas com imagens de personagens infantis. Inocorrência de violação de direito autoral. Idéia já incorporada ao processo de industrialização e registrada como marca pelo proprietário. Hipótese, em tese, de crime contra registro de marca (art. 190, I da Lei n. 9.279/1996). Decadência do direito à queixa, pois passados mais de 9 anos desde a prática do delito. Extinção da punibilidade. Parecer do MPF pela concessão

da ordem. Ordem concedida, para trancar a ação penal proposta em desfavor das pacientes.

1. O inciso I do art. 190 da Lei n. 9.279/1996 dispõe que responderá penalmente o individuo que tiver em estoque produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada de outrem, ou seja, se for verificada a usurpação de marca já existente. Para a configuração do tipo tem-se, portanto, que a marca reproduzida esteja de fato registrada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

2. Depreende-se pela análise dos autos que os desenhos reproduzidos pelas pacientes foram registrados como marca pelo INPI, classificados como marca mista. Dessa forma, apesar de serem fruto da intelectualidade do seu criador, encontram-se incorporados ao processo de industrialização, sendo aplicável, portanto, o art. 8º da Lei n. 9.610/1998, segundo o qual, não são objeto de proteção como direitos autorais o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

3. O art. 199 da referida Lei afirma que para a apuração dos crimes previstos naquele Título somente se procede mediante queixa. *In casu*, configura-se extinta a punibilidade pela decadência do direito de propor a queixa pela titular do registro das marcas, pois passados mais de 9 anos desde a ocorrência dos fatos.

4. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, concede-se a ordem, a fim de trancar a Ação Penal proposta em desfavor das pacientes.

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 do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de *Felicidade Juventina Emílio e Rubia Carla de Aguiar e Silva*, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que denegou a ordem em *writ* em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Ação penal. Violação de direito autoral. Inadequação do tipo. Requisitos. Inocorrência. Princípio da Insignificância. Necessidade de aprofundamento do exame de prova. Impossibilidade. Ordem denegada (fl. 25).

2. Consta-se, pela análise dos autos, que as pacientes foram denunciadas pela prática, em tese, do crime previsto no art. 184, § 2º do CPB (violação de direito autoral).

3. No presente *writ*, alega-se, em síntese, o equívoco quanto à tipificação do delito praticado pelas pacientes, pois, segundo a defesa, o presente caso refere-se ao crime contra registro de marca, regulado em lei específica, e não à violação do direito de autoria, prevista no Código Penal. Portanto, por força do princípio da lei penal específica, o fato típico previsto em lei especial derroga a validade da lei geral. Sendo assim, tendo em vista a decadência do direito de queixa pela realização do crime contra registro de marca, requer a concessão da ordem para trancar a Ação Penal promovida contra as pacientes.

4. Ademais, afirma-se que *ainda que se ignore o absurdo equívoco na imputação e contra a lógica e o princípio da legalidade se mantenha inalterado o ilegal aditamento da denúncia, faltaria punibilidade concreta para o exercício da Ação Penal por incidência da prescrição retroativa antecipada, regulada pelo máximo da pena aplicável ao tipo legal do artigo 184, § 2º, do Código Penal* (fl. 16). Alega-se, por fim, a ausência de tipicidade do fato imputado às pacientes em face do princípio da insignificância, pelo fato de que o valor auferido no material apreendido, totalizado em R\$ 264,00, revela-se absolutamente irrelevante à uma companhia bilionária.

5. Indeferida a liminar (fls. 89-90), prestadas as informações de estilo (fl. 95), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Jair Brandão de Souza Meira, manifestou-se pela concessão da ordem.

6. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. A impetração afirma que o delito supostamente praticado pelas pacientes não é de violação de direito autoral, conforme exposto na exordial acusatória, mas de crime contra registro de marca. Dessa forma, como para a apuração deste último é indispensável a queixa, estaria configurada a decadência, pois passados mais de 9 anos da prática dos fatos, sem que a detentora do registro da marca tomasse qualquer providência. Requer, alternativamente, o impetrante, o reconhecimento da prescrição antecipada ou da atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância.

2. Primeiramente, observamos que a exordial acusatória narra os seguintes fatos:

No dia 27 de maio de 2000, nesta capital, as denunciadas *Felicidade Juventina Emílio Aguiar* e *Rubia Carla Aguiar*, responsáveis pela empresa Confecções Felicité Ltda, quando participavam de um evento no Centro de Exposições do Parque Birigui, mantinham em depósito para fins de comercialização, sem autorização dos proprietários dos direitos autorais e detentor das marcas registradas (Time Warner Entertainment Company, DC Comics, Hanna-Barbera Productions Inc e The Walt Disney Company), obras intelectuais produzidas com violação de direito autoral, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 680-681 dos autos de Busca e Apreensão (fls. 34-35).

3. Dessa forma, foram denunciadas como incurso nas sanções previstas pelo crime descrito no art. 184, § 2º do CPB (violação de direito autoral), *in verbis*:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos.

§ 1º. Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra

intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

4. No entanto, alega o impetrante que a conduta descrita na mencionada denúncia amolda-se, em verdade, ao tipo previsto no art. 190 da Lei n. 9.279/1996 (crime contra registro de marca), que assim dispõe:

Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:

I - produto assinalado com marca licitamente produzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte.

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

5. Depreende-se da análise dos autos, especificamente às fls. 42-46, que os desenhos reproduzidos pelas pacientes foram registrados como marca pelo INPI, classificados, inclusive, como marca mista. Dessa forma, os desenhos infantis, apesar de serem fruto da intelectualidade do criador, encontram-se já incorporados ao processo de industrialização, e são, portanto marcas.

6. Conforme dispõe o art. 8, inciso VII, da Lei n. 9.610/1998:

Art. 8. Não são objetos de proteção como direitos autorais de que se trata esta Lei:

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

7. Logo, resta evidente que a conduta praticada pelas pacientes enquadra-se no tipo de crime contra registro de marca, disposto no art. 190 da Lei n. 9.279/1996.

8. Nesse sentido, o douto parecer ministerial, que detidamente apreciou a controvérsia:

Tem razão o impetrante.

Leciona a doutrina sobre direito autoral:

(...) tem-se utilizado a expressão Direito Moral ou Direitos Morais para designar o aspecto pessoal do autor com relação à sua criação, ou seja, o direito ou prerrogativa que tem aquele que criou uma obra intelectual de defendê-la como atributo de sua própria personalidade (como autor), uma vez que é a emanção da sua mais íntima divagação, de seu pensamento manifestado e compartilhado com o mundo exterior (Deise Fabiana Lange. O impacto da Tecnologia Digital sobre o direito de Autor e Conexos. São Leopoldo: Usininos, 1996, p. 23-24).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci o objeto material é a obra violada, desde que inédita, justamente o que lhe confere o caráter da individualidade (Código Penal Comentado, 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 838). (Grifo nosso). A obra, pois, objeto da proteção do direito autoral é aquela capaz de transmitir dados pessoais do autor, a forma como vê o mundo, sente e percebe a realidade.

Pois bem, esta expressão da interioridade do autor se perde quando a idéia é incorporada ao processo industrial, com a produção em massa e mecanizada de produtos, não mais se vislumbrando a originalidade própria às obras intelectuais (literatura, artes e ciências). Nestas condições, a idéia não mais recebe a proteção do direito autoral, conforme, aliás, está consagrado na Lei n. 9.610/1998:

Art. 8º. Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

(...).

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Ora, é justamente o caso dos autos, em que a idéia foi utilizada não na reprodução de obra intelectual (um livro, um fonograma ou coisa que o valha), mas, sim, como enfeite em camisetas produzidas em série para venda, ou seja, em escala industrial ou comercial, sem qualquer ligação estreita com a interioridade de seu criador. Aliás, foi com intuito industrial e comercial que as personagens foram registradas pela Warner Bros, INC, conforme se constata às fls. 42-46, ressaltando-se que foram registradas como marca mista.

É mesmo caso, portanto, de aplicação da legislação que regula os direitos e as obrigações referentes à propriedade industrial e não ao direito autoral, ou seja, do art. 190, I da Lei n. 9.279/1996.

Delineado o contexto acima, está extinta a punibilidade pela decadência (art. 109, IV do CP), pois o art. 199 da Lei n. 9.279/1996 dispõe que Nos crimes previstos neste Título somente se procede mediante queixa (...), inexistindo, por parte da titular do direito de propriedade industrial, a propositura de ação pena privada contra a paciente, nove após a ocorrência do delito, de modo que há muito foi superado o prazo do art. 103 do Código Penal. (fls. 113-115)

9. Com efeito, *in casu*, configura-se extinta a punibilidade pela decadência do direito de propor a queixa pela Warner Bros, Inc., titular do registro das marcas.

10. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, concedese a ordem, a fim de trancar a Ação Penal proposta em desfavor das pacientes.

HABEAS CORPUS N. 153.423-SP (2009/0222071-1)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Fernando Vernice dos Anjos - Defensor Público

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: André Dias Alves (Preso)

Paciente: Wellington Thompson (Preso)

EMENTA

Habeas corpus. Processual Penal. Roubo. Audiência de instrução. Gravação em meio audiovisual (DVD). Apelação. Conversão do julgamento em diligência. Degravação. Princípio da celeridade processual. Excesso de prazo. Não configuração.

1. O art. 405 do Código de Processo Penal, com a redação atribuída pela Lei n. 11.719/2008, ao possibilitar o registro da audiência de instrução em meio audiovisual, não só acelerou o andamento dos trabalhos, tendo em vista a desnecessidade da redução, a termo, dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, mas, também, possibilitou um registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita.

2. A busca da celeridade na prestação jurisdicional é hoje imperativo constitucional, consubstanciado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

3. A decisão impetrada, ao converter o julgamento da apelação em diligência e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para que fosse feita a degravação e a transcrição dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos acusados, registrados em meio audiovisual, não se alinhou ao espírito da referida norma constitucional.

4. A ordem de degravação, embora tenha aumentado o iter processual, não gerou prejuízo para o Paciente, sem o qual não se declara nulidade, segundo o princípio do *pas de nullité sans grief*, positivado no direito brasileiro pelo art. 563 do Código de Processo Penal.

5. Não obstante a demora no julgamento da apelação, causada pela ordem de degravação, na hipótese concreta, o processo em primeiro grau teve tramitação célere, pelo que o tempo total da prisão cautelar, iniciada em 31 de julho de 2008, não fere os limites da razoabilidade, não havendo motivo a autorizar a concessão da liberdade aos Pacientes.

6. Ordem denegada, com recomendação de urgência no julgamento do recurso.

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, com recomendação, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de abril de 2010 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *André Dias Alves* e *Wellington Thompsom*, condenados, em primeiro grau, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Alega o Impetrante, em suma, a ilegalidade da manutenção da custódia cautelar, tendo em vista a ocorrência de excesso de prazo na instrução criminal. Narra que, oferecida a denúncia em 31 de julho de 2008, prolatou-se a sentença condenatória em 03 de dezembro do mesmo ano. A Defesa, então, interpôs apelação e, subindo os autos ao Tribunal, o Relator determinou a conversão do julgamento em diligência, a fim de que voltassem à Vara de origem para que fosse feita a degravação do interrogatório e dos depoimentos das testemunhas, gravadas em mídia audiovisual (DVD). Em cumprimento à determinação, retornaram os autos à primeira instância.

Sustenta ser flagrante o constrangimento ilegal, tendo em vista que a Defesa não deu causa à demora no julgamento da apelação, mas este decorreria de fato imputável à Autoridade Coatora, mormente porque esta, em sua decisão, não indicou nenhum fundamento específico que justificasse a degravação.

Pede a concessão da ordem “no sentido de impor obrigação de fazer à autoridade coatora, qual seja, que julgue a apelação criminal interposta pelos pacientes, bem como que seja expedido alvará de soltura definitivo em favor dos pacientes para que possam aguardar o julgamento em liberdade.” (fl. 10)

Indeferida a liminar (fl. 50), o Tribunal de origem prestou informações (fls. 56-60).

O Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:

Habeas corpus. Roubo qualificado e resistência. Prisão preventiva. Atraso para o término do processo. Culpa atribuída ao Estado. Alegação de excesso de prazo. Configuração. Interposição de recurso de apelação, há sete meses, sem julgamento. Conversão do julgamento em diligência. Excesso de prazo. *Writ* concedido.

- Já é pacífica a jurisprudência desse Augusto Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o excesso de prazo no julgamento de apelação, quando injustificado, é sanável via *habeas corpus*.

- A defesa não deu causa a nenhum tipo de atraso no desenrolar da instrução, não podendo os pacientes serem penitenciados pelo retardamento atribuído unicamente ao Estado, para a prestação jurisdicional.

- Diante de sua excepcionalidade, a medida só pode permanecer quando revestida de legalidade, razoabilidade e necessidade da punição antecipada.

- É o parecer pela concessão da ordem. (fl. 62)

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora): Inicialmente, cabe ressaltar que, segundo as informações prestadas pela Corte de origem e, conforme andamento processual obtido em consulta ao *site* oficial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual ora faço juntar aos presentes autos, houve o cumprimento da diligência determinada pelo Relator, encontrando-se os autos, atualmente, conclusos para julgamento.

A decisão impetrada, que teria dado causa à demora no julgamento da apelação, tem o seguinte teor:

Vistos.

Cuida-se de apelação interposta por **Wellington Thompson e Andre Dias Alves** contra a r. sentença lançada às fls. 199-205 que os condenou pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, sendo **Andre Dias Alves** às penas de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, em razão de fato ocorrido em 18 de julho de 2008 quando os apelantes, agindo em concurso e com identidade de propósitos, teriam subtraído, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra as vítimas Alexandre Correa e sua esposa, um veículo GM Prisma de placa DZB 3813, bem como um capacete, um DVD Player, dois televisores, um rádio toca-fitas, dois telefones celulares, dois copos, uma jaqueta, um par de óculos de sol e seis relógios de pulso, mantendo as vítimas com a liberdade restringida.

Sustentam os apelantes, em apertada síntese, insuficiência probatória, pleiteando absolvição ou, subsidiariamente, o afastamento da causa de aumento consistente no emprego de arma de fogo, o afastamento da causa de aumento consistente na restrição da liberdade da vítima, o reconhecimento do crime tentado e a fixação do regime prisional semiaberto (razões às fls. 227-230).

Constam as contra-razões (fls. 232-241) e o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (fls. 248-255), que opina pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

De início, vê-se dos autos que o interrogatório dos réus e os depoimentos das testemunhas foram registrados por meio eletrônico, e gravados em mídia digital.

Nessa conformidade, em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 475 do Código de Processo Penal, determina-se a conversão do julgamento em diligência, remetendo-se os autos à origem para que se realize a degravação e transcrição do interrogatório e dos depoimentos, que na espécie dos autos, diante do teor das irresignações recursais, se afigura indispensável.

Após, retornando os autos a esta Corte, remetam-se os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, vindo a seguir conclusos. (fls. 45-46)

O art. 405 do Código de Processo Penal, na redação atribuída pela Lei n. 11.719/2008, sob a égide do qual, no caso concreto, ocorreu a instrução criminal, assim dispõe:

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

Na última década, diversas leis reformaram, pontualmente, o Código de Processo Penal, com o escopo de acelerar a tramitação dos feitos criminais, autorizando para esse mister, inclusive, o uso de várias inovações tecnológicas hoje disponíveis. Nesse contexto surgiu o dispositivo acima transcrito.

Com efeito, o Legislador, ao possibilitar o registro da audiência de instrução em meio audiovisual, não só acelerou o andamento dos trabalhos, tendo em vista a desnecessidade da redução, a termo, dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, mas, também, possibilitou um registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita.

Acerca do dispositivo, transcreve-se lição de Guilherme de Souza Nucci:

A reforma processual penal teve a finalidade de promover a agilização do processo, enaltecendo o princípio constitucional da economia processual, sem ferir direitos e garantias individuais. Por isso, os registros dos depoimentos devem ser feitos, sempre que possível (onde houve instrumento para isso), utilizando meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, com o fim de obter maior fidelidade das informações. Não se menciona ser obrigatória a transcrição em papel de tudo o que foi colhido em audiência. Ao contrário, no § 2º, referindo-se às partes, deixa-se clara a possibilidade de se entregar cópias dos registros originais a elas, pois os originais seguem ao Tribunal. Logo, para que possam manipular a prova colhida em audiovisual, sem necessidade de transcrição, que seria medida incompatível com o tipo de registro, recebem cópia. Por outro lado, não pode haver fidelidade das informações, por completo, se filmado o depoimento de uma testemunha, feita a degravação das palavras, somente o texto escrito chegar ao tribunal. E as expressões corporais da testemunha? E o tom de voz? Nada disso será conhecido. Ademais, imaginar a transcrição em papel de prova colhida em audiovisual seria o mesmo que criar uma “revista em quadrinhos” nos autos do processo, algo caro, complexo e inútil pelo tempo gasto. Por outro lado, pretender a transcrição em papel somente da voz, desprezando a imagem colhida, significa talhar a prova, retirando-lhe justamente a fidelidade apregoada em lei. Se foram colhidas imagens e som, ambos devem ser do conhecimento da instância superior, tanto quanto o foi para o juiz de primeiro grau. Se este fizer referência, na sentença, a determinados gestos da testemunha, que lhe pareceram característicos de

quem mente, como o tribunal saberá o caminho a tomar se não possui o vídeo? Fidelidade + agilização = gravação de voz ou audiovisual. Nenhum outro meio consegue transparecer maior fidelidade, nem conceder maior agilidade. (...) É fundamental que o Brasil avance nesses termos para que a informatização do processo não seja atropelada pela vetusta leitura de depoimentos, quando já se poderia ver e sentir o que as pessoas (testemunhas, vítimas, peritos, etc.) dizem ao Judiciário. Caminha-se para a eliminação do papel (inicial, contestação, impugnação, sentença etc.) como método para agilizar as Varas e os Tribunais, de modo que a captação da prova oral precisa andar lado a lado com esse projeto. Por isso, interpretar a norma restritivamente para obrigar os magistrados de primeiro grau a reduzir a termo tudo o que colheu em audiência é agir em sentido oposto, cultivando o elemento escrito em detrimento de mecanismo tecnológico muito mais dinâmico. Um depoimento armazenado num arquivo de imagem pode ser acessado, com absoluta fidelidade imagem e som, por qualquer computador (da parte, do juiz, do desembargador ou do ministro). A otimização do registro em DVDs, com geração de índices e rápido acesso ao conteúdo dos depoimentos, separados por capítulos, é medida imperiosa para facilitar o acesso dos magistrados de instâncias superiores. A par disso, cabe às partes apontar, em seus recursos, quais os exatos trechos dos depoimentos que lhes parecem interessantes e importantes para a análise das questões de fato. Os juízes de graus superiores poderão seguir diretamente a tais pontos controversos. Enfim, o trabalho de agilização da Justiça é comum a todos os que dela fazem parte, no interesse maior da sociedade brasileira. (*in Código de Processo Penal Comentado*, 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 737-738.)

A busca da celeridade na prestação jurisdicional é hoje imperativo constitucional, consubstanciado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A decisão impetrada, ao converter o julgamento da apelação em diligência e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para que fosse feita a degravação e a transcrição dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos acusados, registrados em meio audiovisual, não se alinhou ao espírito da referida norma constitucional.

Com efeito, se o Relator da apelação viu-se na necessidade de ter acesso ao conteúdo dos depoimentos gravados em meio audiovisual - o que é plenamente natural no exercício do ofício de julgar - poderia tê-lo feito de qualquer computador de seu Gabinete.

A conversão do julgamento em diligência é feita para a realização de algum ato sem o qual o julgamento torna-se inviável ou passível de incorrer em erro. Não é essa a situação. No caso, determinou-se o retorno dos autos à Vara de origem, sob fundamento da necessidade de se ter acesso ao conteúdo dos depoimentos quando, na verdade, esses já estavam nas mãos do Relator. Mais ainda, o resultado obtido com a diligência (depoimento escrito), conteria menos informações do que aquele existente (audiovisual), no qual estava registrada a íntegra da audiência de instrução.

Outrossim, o art. 405, § 2º, do Código de Processo Penal estabelece que “no caso de registro audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.”

É necessário, ainda, consignar que o art. 475 do Código de Processo Penal, invocado como fundamentação do despacho, não é aplicável ao caso em tela, tendo em vista que cuida, especificamente, do registro dos atos de instrução processual ocorridos no Plenário do Tribunal do Júri.

O Poder Judiciário brasileiro, a cada dia, tem buscado nos recursos tecnológicos meios para otimizar a prestação jurisdicional e, com esse diapasão, devem se harmonizar aqueles que nele atuam.

Todavia, a referida ordem, embora tenha aumentado o iter processual, não gerou prejuízo para o Paciente, sem o qual não se declara nulidade, segundo o princípio do *pas de nullité sans grief*, positivado no direito brasileiro pelo art. 563 do Código de Processo Penal.

De outra parte, conforme orientação deste Superior Tribunal de Justiça, o excesso de prazo injustificável e desarrazoado configura constrangimento ilegal, apto a ensejar a imediata soltura do custodiado.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis*:

Habeas Corpus. 2. Estelionato qualificado e quadrilha. Crime continuado. 3. Legitimidade da negativa de apelação em liberdade. 4. Sentença que confirma, de modo fundamentado, a necessidade de prisão preventiva. 5. Transferência a estabelecimento adequado à condição de idoso. Ausência de demonstração no sentido de que a determinação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região tenha sido descumprida. Ausência, ainda, de demonstração, nos autos, da idade do paciente. **6. Alegada demora para o julgamento da apelação perante o TRF da 2ª Região. Justificativa idônea para a referida demora do julgamento. Precedentes.** 7. *Habeas Corpus* indeferido (HC n. 83.834-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 03.06.2005).

E, desta Corte, as seguintes ementas:

[...].

Ação penal. Excesso de prazo. Instrução processual finda. Exame de dependência toxicológica. Aguardo de manifestação da defesa. Iminência da sentença. Princípio da razoabilidade.

1. O prazo para a formação da culpa não é peremptório, podendo ser dilatado, em atenção ao princípio da razoabilidade e dentro de seus limites, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

2. Não se pode falar em coação ilegal decorrente da demora processual quando o processo crime a que responde o paciente está na iminência de ser sentenciado, aguardando-se tão-somente a manifestação da defesa quanto ao incidente de dependência toxicológica.

3. Ordem denegada. (HC n. 99.823-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 06.10.2008)

Habeas corpus. Crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, associação para o tráfico, falsificação de documento público e uso de documento falso. Liberdade provisória. [...]. Excesso de prazo. Não-ocorrência. Princípio da razoabilidade. Inexistência de desídia ou irregularidade pelo Estado-juiz. Feito na fase de memoriais. Súmula n. 52 desta Corte.

1. [...]

2. Na espécie, nenhuma desídia restou demonstrada, de sorte a configurar constrangimento ilegal por excesso de prazo, restando justificada eventual demora na conclusão da instrução, a qual não se mostra injustificável, desarrazoada ou mesmo excessiva, em se considerando, sobretudo, a data da prisão em flagrante do Paciente, bem assim a infração penal imputada.

3. Ordem denegada. (HC n. 102.183-SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 30.06.2008)

Habeas corpus. Direito Processual Penal. Concurso material. Extorsão e extorsão mediante seqüestro. Recurso de apelação. Excesso de prazo. Razoabilidade.

1. "(...) Eventual retardamento no julgamento do recurso de apelação só invalida a prisão se demonstrado que, em razão desse retardamento, o paciente sofre constrangimento ilegal por tempo superior ao que seria razoável em face do dispositivo da sentença condenatória." (HC n. 1.030-DF, Relator Ministro Assis Toledo, in DJ 09.03.1992).

2. Ordem denegada. (HC n. 33.681-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 1º.02.2005)

Na hipótese dos autos a demora em mais de um ano no julgamento da apelação, que ingressou no Tribunal de origem em 06 de fevereiro de 2009, decorreu, basicamente, da ordem de degravação do audiovisual. Contudo, como o processo em primeiro grau teve tramitação célere, observa-se que o tempo total da prisão cautelar, iniciada em 31 de julho de 2008, não fere os limites da razoabilidade, não sendo motivo para autorizar a concessão da liberdade aos Pacientes.

Ante o exposto, *denego* a ordem, com recomendação de urgência no julgamento do recurso.

Oficie-se ao Relator da apelação criminal, enviando-lhe cópia da íntegra do presente acórdão.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 24.503-DF
(2007/0157442-6)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Marcelo Teixeira Gallerani
Advogado: Sebastião José Lessa e outro(s)
Recorrido: União

EMENTA

Direito Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Anulação do ato de nomeação. Fraude ao concurso. Não-comprovação. Laudo estatístico. Insuficiência. Recurso provido.

1. Não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo. Precedentes do STJ.

2. A aplicação da sanção disciplinar deve estar amparada em elementos probatórios contundentes, mormente em se tratando de anulação do ato de nomeação. Não se presta para tal finalidade mera probabilidade construída a partir de laudo estatístico.

3. Recurso ordinário provido. Segurança concedida.

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente: Dr. Sebastião José Lessa (p/ recte)

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

DJe 1º.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por *Marcelo Teixeira Gallerani*, com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado (fl. 1.224):

Mandado de segurança. Direito Constitucional e Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Ato disciplinar. Legalidade. Serviço público. Estabilidade. Prova técnica elaborada por servidor sem formação específica. Possibilidade. Valor de prova indiciária. Desnecessidade de intimação para formular quesitos. Segurança denegada. 1 - A impetração de Mandado de Segurança contra o mérito do ato administrativo disciplinar cinge-se às hipóteses de flagrante ilegalidade, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 2 - A estabilidade se dá no serviço público e não no cargo ocupado pelo servidor público. 3 - O laudo estatístico pode ser elaborado por servidor sem formação específica em estatística, hipótese em que possui valor de indício. 4 - Não há se

falar em violação à ampla defesa na hipótese em que o servidor não é intimado para formular quesitos ao laudo estatístico com valor de prova indiciária. 5 - Segurança denegada.

No acórdão objeto do recurso especial, o Tribunal de origem denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pelo recorrente, no qual postula a invalidação do processo administrativo disciplinar em que foi anulada a sua nomeação para o cargo de Analista Judiciário, especialidade Execução de Mandados, por participação em fraude no concurso público em que foi aprovado.

No presente recurso ordinário, o recorrente sustenta, em síntese, que (a) o processo administrativo disciplinar a que foi submetido é nulo, pois a Comissão Disciplinar foi composta por servidor não-estável, pois Luciano Marcos Pires somente tomou posse no cargo de Analista Judiciário em 07.11.2002; (b) a motivação do ato que anulou a sua nomeação “carece de robustez ideológica, já que não existe prova de que (...) tenha se beneficiado de fraude no recebimento antecipado do gabarito da prova do concurso público” (fl. 1.252); (c) o laudo estatístico que embasou a anulação de sua nomeação foi elaborado por servidores que não possuíam formação específica na área, pelo que imprestável para a instrução do PAD; e (d) houve cerceamento de defesa, pois foi indeferido seu pedido para apresentar quesitos.

A *União* apresentou contrarrazões (fls. 1.292-1.297). Alega que (a) “a Comissão Disciplinar comprovou, em suas razões, a culpabilidade do recorrente, a partir de provas harmônicas de que o mesmo ingressou no concurso público mediante fraude” (fl. 1.295); (b) não houve afronta ao devido processo legal, pois o servidor apontado pelo recorrente já possuía estabilidade no serviço público, tendo em vista que ingressou no Tribunal de origem em 1994, no cargo de Técnico Judiciário; e (c) o laudo estatístico utilizado pela autoridade apontada serviu apenas como parte do conjunto de provas que comprovaram o ingresso do recorrente no serviço público mediante fraude.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República *João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho*, opina pelo não-provimento do recurso (fls. 1.305-1.314).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Conforme relatado, o Tribunal de origem denegou a ordem em mandado de segurança impetrado pelo recorrente, no qual postula a invalidação do processo administrativo disciplinar em que foi anulada a sua nomeação para o cargo de Analista Judiciário, especialidade Execução de Mandados, por participação em fraude no concurso público em que foi aprovado.

O recorrente sustenta, em síntese, que (a) o processo administrativo disciplinar a que foi submetido é nulo, pois a Comissão Disciplinar foi composta por servidor não-estável, pois o servidor Luciano Marcos Pires somente tomou posse no cargo de Analista Judiciário em 07.11.2002; (b) a motivação do ato que anulou a sua nomeação “carece de robustez ideológica, já que não existe prova de que (...) tenha se beneficiado de fraude no recebimento antecipado do gabarito da prova do concurso público” (fl. 1.252); (c) o laudo estatístico que embasou a anulação de sua nomeação foi elaborado por servidores que não possuíam formação específica na área, pelo que imprestável para a instrução do PAD; e (d) houve cerceamento de defesa, pois foi indeferido seu pedido para apresentar quesitos.

De início, cumpre salientar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não há discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, pelo que o controle jurisdicional de tal ato é amplo. Nesse sentido:

Mandado de segurança. Processo disciplinar. Discricionariedade. Inocorrência. Prova pré-constituída ausente. Inadequação da via eleita. Ordem denegada.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido do impetrante, já que não consta, neste *writ*, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de cassação de aposentadoria aplicada, considerando,

especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias. (MS n. 12.983-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ 15.02.2008)

Para melhor esclarecer a questão, cumpre transcrever trecho do voto proferido no citado precedente:

Resta saber se é possível admitir, no ato que impõe sanção a servidor público, espaço para discricionariedade administrativa. Ou melhor, e para nos aproximarmos do caso concreto: o ato de demissão de cargo público viabiliza juízo de conveniência e oportunidade capaz de limitar o respectivo controle jurisdicional? Ao reexaminar essa questão, penso que deve ser afastada a tese de que existiria discricionariedade administrativa no ato que resulta em sanção a servidor público. Valho-me, para tanto, do regime jurídico disciplinar, cujos contornos encontram-se na própria Constituição Republicana de 1988: princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5º, inciso XXXV).

Em recente obra lançada sobre o tema, afirma-se, exatamente em razão do cogitado regime jurídico disciplinar,

que o amplo controle jurisdicional das sanções disciplinares não é só possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa, como constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal e da unicidade de jurisdição. Garante-se, enfim, a efetiva tutela de direitos constitucionais do servidor público e não o mero reconhecimento do processo administrativo disciplinar, cuja decisão final ficaria imune ao reexame do órgão constitucional competente para afirmar, com definitividade, a violação ou não a Direito. (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 169) (grifo nosso)

(...)

Considerando os dispositivos constitucionais a que me reporteí, além do fato de inexistir qualquer amparo constitucional para a limitação do manejo do *mandamus* quando o ato apontado como coator for sanção disciplinar, afasto a alegação de que o controle jurisdicional, mediante mandado de segurança, seria limitado a meros aspectos formais em razão de suposta discricionariedade administrativa. Em síntese: caso haja prova pré-constituída, não cabe inadmitir o uso da garantia fundamental do *writ* (art. 5º, inciso LXIX, CR/1988), pelo simples fato de o ato coator ser disciplinar.

Pontuo, por fim, que a posição ora apresentada não adota as lições da doutrina clássica acerca da matéria (v.g., MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. p. 121; e, GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed., p. 235-236), a qual faz menção à discricionariedade administrativa no exercício do poder disciplinar.

Minha posição, friso, nada mais faz do que sedimentar o que já vem sendo anunciado em precedentes (muitos deles em sede de mandado de segurança) que, com base em princípios constitucionais, anulam sanções disciplinares. Além dos precedentes que já mencionei, a e. 5ª Turma deste c. Tribunal revelou, em autos de mandado de segurança, que o controle jurisdicional acerca de exoneração de agente público (posição perfeitamente ajustável em matéria disciplinar) abarca a devida motivação do ato, o que implica avaliação do motivo (fato) apresentado, a saber:

No tocante à composição da Comissão Disciplinar, não vislumbro a ilegalidade apontada pelo recorrente. Com efeito, o servidor apontado como não-apto para o exercício da função foi nomeado para o cargo de Técnico Judiciário em 1994, pelo que, quando designado para integrar a Comissão Disciplinar em 2005, já havia adquirido a estabilidade no serviço público, nos termos dos arts. 21 e 29, I, da Lei n. 8.112/1990, que assim prescrevem:

Art. 21. O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço público ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício.

(...)

Art. 29. Recondição é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:

I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;

Desta forma, o fato de Luciano Marcos Pires ter sido nomeado para o cargo de Analista Judiciário em 2002 não retira sua condição de servidor estável, tendo em vista que, conforme salientado no acórdão recorrido e definido nos artigos acima transcritos, a estabilidade se dá no serviço público e não no cargo ocupado.

Ademais, nos termos do art. 149 da Lei n. 8.112/1990, apenas o presidente da Comissão Disciplinar deve ser ocupante de cargo efetivo superior ou equivalente ao do servidor indiciado. No caso, para a função de presidente da Comissão Disciplinar foi designada a servidora Glenda Liz de Paula Warmling Vitalino (fl. 40), pelo que eventual recondição do servidor Luciano ao cargo de Técnico Judiciário não invalidaria o PAD.

Também não vislumbro a alegada irregularidade na elaboração do laudo estatístico utilizado pela Comissão Disciplinar, pois, conforme salientado no acórdão recorrido, o referido laudo serviu apenas como instrumento utilizado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal para iniciar as investigações sobre a fraude ocorrida no seu concurso público, identificando os candidatos que apresentaram respostas idênticas.

Por essa mesma razão, não há falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento na formulação de quesitos. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que não enseja cerceamento de defesa o indeferimento motivado de produção de provas, mormente quando se mostram dispensáveis diante do conjunto probatório. Nesse sentido:

Processo Civil. Administrativo. Magistrado. Processo administrativo disciplinar. Aposentadoria compulsória. Mandado de segurança. Decadência. Matéria de ordem pública. Reconhecimento de ofício. Cerceamento de defesa. Não-ocorrência. Recurso ordinário conhecido e improvido.

(...)

4. O indeferimento motivado do pedido de acareação de testemunhas e de perícia grafotécnica não importa em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos tornar desnecessária a produção de tais provas.

5. Recurso ordinário conhecido e improvido. (RMS n. 13.144-BA, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ de 10.04.2006)

Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Nulidades. Inocorrência. Demissão. Proporcionalidade.

(...)

IV - O indeferimento de pedido de produção de provas, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se foi feito de forma suficientemente fundamentada.

(...)

Segurança denegada. (MS n. 8.877-DF, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJ de 15.09.2003)

Já no que se refere à conclusão da Comissão Disciplinar, melhor sorte assiste ao recorrente.

Isso porque, servindo o laudo estatístico como mera prova indiciária, utilizada para separar os candidatos em grupos e identificar aqueles que apresentaram respostas idênticas, eventual aplicação da pena de anulação do

ato de nomeação fundada na participação de fraude ao concurso deveria estar amparada por outros elementos concretos, conforme, inclusive, reconhecido pelo próprio acórdão recorrido.

No entanto, da leitura do relatório final da Comissão Disciplinar (fls. 1.066-1.158), verifico que, não obstante haja menção a existência de outros indícios que comprovem a participação do recorrente na fraude ao concurso, a anulação da sua nomeação se deu exclusivamente com base no laudo estatístico.

Com efeito, após longa narrativa detalhando o funcionamento do esquema de fraude a concursos chefiado por Hélio Garcia Ortiz, são indicados os seguintes indícios que comprovariam a participação do recorrente na fraude: (a) denúncia anônima informando que ele teria comprado o gabarito da prova, que teria sido entregue em um posto de gasolina um dia antes da prova; (b) é amigo de outro servidor investigado (José Reginaldo Reis); (c) cometeu erros primários em sua redação; (d) sua prova contém respostas idênticas a de outros servidores já punidos com a anulação de suas nomeações; (e) nunca foi aprovado em outro concurso público; (f) não participou de curso preparatório para o concurso; e (g) realizou empréstimo bancário logo após sua nomeação.

Ocorre que, em sua defesa (fls. 910-1.026), o recorrente alegou que (a) nenhum dos investigados pela Polícia Civil, nem as testemunhas arroladas pela Comissão Disciplinar mencionou o seu nome ou disse que o conhecia; (b) não foi indicada nenhuma irregularidade na sua redação e que, apesar dos erros de ortografia, obteve pontuação suficiente para aprovação; (c) o empréstimo bancário foi realizado para compra de uma lancha e troca de automóvel, tendo apresentado a documentação e testemunhas que comprovam as transações; (d) se preparou para o concurso estudando em casa durante aproximadamente dois anos, período em que esteve desempregado e se manteve com a ajuda de sua mãe, com quem residia, e com o dinheiro obtido com a venda de uma lancha; (e) no dia anterior à prova ficou em casa estudando e não foi a nenhum posto de gasolina; (f) não conhece nenhuma das pessoas mencionadas no inquérito policial; e (g) o laudo estatístico não serve como prova de sua participação na fraude, por ter sido elaborado por servidores sem formação profissional específica e sem a observância de critérios corretos.

Porém, com exceção do laudo estatístico, nenhum dos outros indícios foi objeto de investigação capaz de infirmar as alegações da defesa apresentada pelo recorrente, tanto que ele sequer foi indiciado no inquérito policial instaurado para apurar a fraude ao concurso. E, conforme salientado acima, por estar

fundado em probabilidades, o tal laudo estatístico não pode servir como único fundamento para a anulação do ato de nomeação do recorrente.

Nesse ponto, esclarecedor o voto proferido pelo Des. *João Mariosi*, vencido na origem (fls. 1.231-1.232):

Quanto ao outro aspecto, já é um voto longo, feito por mim, e fui vencido, mas repito, porque é questão de convencimento. Quando decido, não estou dando aula de Estatística, não estou dando aula de Direito, estou decidindo, sou o Estado em uma forma reservada aqui, um por dezessete, e a validade é justamente o Estado falando e decidindo a matéria. Portanto, quando se trata de prova indiciária em que se busca a Estatística, está havendo um sofisma e sério, porque o cluster, que significa caixa, usado na Estatística, foi usado indevidamente. Seria o caso de dizer que qualquer pessoa que jogou na loteria seja criminosa, porque o criminoso que matou fulano de tal deixou um bilhete da loteria. É o que foi feito neste processo. Pegou-se um jogo da sena e pegaram-se os números utilizados para dizer que há um cluster, uma caixa, que equipara as perguntas. Ora, a Estatística – e note bem que não sou estatístico, estudei Estatística, sou formado em Estatística Educacional, mas não sou estatístico –, quando se estuda e se dá a nota por quartis, evidentemente que aquelas questões que foram respondidas por todos não se contam, e as questões que não foram respondidas por ninguém também não se contam. Agora, estamos em um concurso, em um aspecto amplo, determinado, em que as pessoas se prepararam, e aí se fazem as comparações por dificuldade de questões. Por um acaso, e se a pessoa acerta o mesmo grupo de questões de alguém que fradou o concurso? Note bem que o concurso é válido. Como Corregedor, sou contrário à anulação do concurso como se pretende no Conselho Nacional de Justiça, porque isso é um absurdo. Basta ter uma pessoa honesta fazendo o concurso, em um universo de seis mil, sessenta mil pessoas, que esse concurso é válido. Que se anule para os demais, mas não para essa pessoa. Não se pode pretender anular o concurso somente porque a maioria pode ter tido relacionamento. O que é maioria? E como é que se afere isso em um universo tão grande?

Então, no caso específico, foi utilizado o sistema de cluster, indevidamente: se a questão 9 é uma questão que todos os que compraram o concurso acertaram e mais vinte pessoas também acertaram, então os vinte e os que compraram o concurso vão responder a processo, porque acertaram a questão 9, e assim por diante. E aí, para o cluster ficar mais enigmático, chega lá em uma questão em que a turma que comprou o concurso não acertou e vão pegar também as pessoas que não acertaram aquelas questões. Todas as pessoas que não acertaram essas questões, se estiverem relacionadas com as que acertaram, também vão responder a processo. Isso é que foi feito. Mas este impetrante não foi sequer indiciado pela polícia, que é a especializada. E agora, dizer que as pessoas que deram esse parecer estatístico não estavam usando a Estatística, apenas é uma

prova indiciária que se aperfeiçoa, é lamentável. Quais são os outros indícios? Por enquanto, é uma carta anônima, dizendo que esse indivíduo recebeu, um dia antes da prova, as respostas, em um posto de gasolina, que não diz qual. Há coisa mais fátua, mais vazia do que uma afirmação dessas? Evidentemente que não.

Ademais, conforme se colhe do voto proferido no Mandado de Segurança n. 2008.00.2.001832-3, Rel. Des. *Lecir Manoel da Luz*, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, na esfera administrativa, vem mitigando a força probante do mencionado laudo estatístico, *verbis*:

O cálculo de probabilidades elaborado pela Comissão considerou o evento como um sorteio, no qual as cinco alternativas de cada uma das cinquenta questões objetivas seriam escolhidas de modo aleatório fortuito, ocasional.

Em uma prova de concurso, no entanto, a escolha é norteada para a busca do item correto, e não aleatoriamente, partindo-se do pressuposto de que o candidato se preparou para participar do certame.

Não pode, portanto, ser dado caráter absoluto ao laudo da Comissão Disciplinar.

(...)

Dentro desse quadrante, destaco a decisão prolatada pelo Excelentíssimo Presidente da Corte, e. Desembargador Lécio Resende, em relação a uma das servidoras citadas, Érica Vinhadeli Papadópoli, *verbis*:

“Resumidamente, imputou-se a servidora a aquisição antecipada do gabarito do concurso do TJDFT realizado em junho de 2003, dando causa à fraude que teria contaminado sua aprovação e posse.

(...)

Primeiramente, no que concerne à prova testemunhal produzida, tem-se, na hipótese, que nenhuma das testemunhas ouvidas afirmou que a requerida teria comprado o gabarito do concurso antecipadamente à prova. Ao contrário, afirmaram que não tiveram conhecimento do seu envolvimento na fraude.

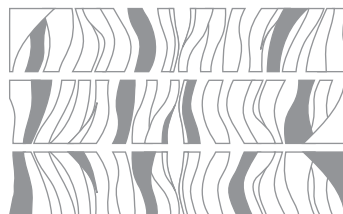
A denúncia anônima oferecida à Polícia Civil tampouco forneceu detalhes suficientes para implicar a servidora no esquema de fraude de concursos, não passando de mera suposição e, no campo das suposições, poderia-se também classificar a denúncia como ato de má-fé.

A análise estatística realizada por este Tribunal, por sua vez, não obstante inexistirem dúvidas a respeito de sua seriedade e da capacidade técnica da comissão que a elaborou, nunca se propôs a servir de elemento probatório suficiente, por si só, para embasar a afirmação de que a servidora comprou o gabarito da prova antes de sua aplicação. Apenas serviu para afirmar que, no campo das estatísticas, a ocorrência de provas idênticas entre os aprovados

no concurso era muito mais rara que acertar sozinho na megasena. Portanto, não descartou totalmente a ocorrência de uma coincidência, quanto mais uma coincidência parcial. Demais disso, como argumentou o ilustre Desembargador Corregedor, em uma prova de concurso a escolha do item correto não é aleatória, e sim direcionada à busca da resposta correta. Por fim, concordo com a defesa da requerida no que tange à possibilidade do estudo ter sido limitado pela escolha de um universo pouco abrangente, qual seja, apenas os gabaritos dos aprovados do concurso de 2003.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário para, reformando o acórdão recorrido, conceder a segurança e determinar a reintegração do recorrente ao cargo de Analista Judiciário, especialidade Execução de Mandados. Efeitos patrimoniais contados da data da impetração. Os efeitos retroativos a tal data devem ser postulados pela via ordinária, conforme Súmulas n. 269 e 271-STF. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula n. 105-STJ.

É o voto.



Jurisprudência da **Sexta Turma**

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 670.453-RJ
(2004/0105745-9)**

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Agravante: União

Agravado: Hudson Lopes Lourenço

Advogado: Rosejane Santos da Silva Pereira

EMENTA

Agravo regimental. Recurso especial. Constitucional e Administrativo. Militar. Remoção. Princípio da Razoabilidade. Transferência de local de serviço. Deferimento. Mora imotivada para efetivação da movimentação. Discricionariedade. Teoria dos Motivos Determinantes. Matéria constitucional. STF. Acórdão conforme a jurisprudência do STJ. Enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

1. A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).

2. Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.

3. No caso, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: “a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade.” (fl. 153).

4. Pretensão e acórdão *a quo*, na via especial, firmados em preceito constitucional elidem o exame do STJ.

5. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado n. 83 da Súmula do STJ).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 08.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se de agravo regimental interposto pela União, contra decisão que negou seguimento ao seu recurso especial, ao determinar a remoção do ora agravado do Rio de Janeiro para o Rio Grande do Sul, assim ementada (fls. 210):

Recurso especial. Constitucional e Administrativo. Militar. Remoção. Princípio da Razoabilidade. Transferência de local de serviço. Deferimento por parte da Administração. Mora imotivada para efetivação da movimentação. Discricionariedade. Teoria dos Motivos Determinantes. Acórdão conforme a jurisprudência do STJ. Enunciado n. 83 da Súmula do STJ. Recurso especial não provido.

Das razões de agravo regimental (fls. 219-238), inferem-se as proposições:

a) o ora agravado solicitou sua transferência funcional do Rio de Janeiro para o Rio Grande do Sul, em razão de questões familiares. O pleito foi

atendido, entretanto, antes de iniciada a movimentação do servidor, a própria Administração revogou o provimento do pedido, “por questões de interesse público o administrador público, em tempo, entendeu que a ausência do militar da Sede (Rio de Janeiro) causaria prejuízo ao serviço público.” (fl. 220);

b) o acórdão *a quo* merece reforma, pois o magistrado não pode substituir as legítimas opções realizadas pelo administrador público, “sob pena de violação do princípio da separação dos poderes expresso no artigo 2º, da Constituição Federal.” (fl. 232); e,

c) no caso “a administração apresentou motivo para não efetivar a movimentação: necessidade administrativa e o interesse público.” (fl. 236).

Dispensou-se a oitiva da parte contrária.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): A irrisignação não merece prosperar.

Essência da Controvérsia

A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).

Principais Ocorrências dos Autos

No caso, o ora agravado solicitou sua transferência funcional do Rio de Janeiro para o Rio Grande do Sul, em razão de questões familiares. *Prima facie*, o pleito foi atendido, entretanto, antes de iniciada a movimentação do ora agravado, a própria Administração revogou o provimento do pedido, “por questões de interesse público o administrador público, em tempo, entendeu que a ausência do militar da Sede (Rio de Janeiro) causaria prejuízo ao serviço público.” (fl. 220).

Diante disso, o Tribunal Regional da 2ª Região, *in casu*, determinou a transferência do servidor, conforme o acórdão abaixo transcrito: (fl. 155)

Administrativo. Mandado de segurança. Militar. Negativa à movimentação anteriormente deferida. Discricionariedade. Ato indevidamente motivado.

- Apelação em mandado de segurança interposta pelo impetrante Hudson Lopes Lourenço, face à sentença que denegou a segurança pleiteada, que objetivava o cumprimento do ato de sua movimentação para o Rio Grande do Sul, com todos os direitos advindos da mudança, conforme deferido anteriormente pela autoridade militar.

- Em que pese a discricionariedade do ato, verifica-se que o motivo apresentado, de caráter genérico, em relação à grave situação social do caso, gerando a separação familiar em momento tão delicado, não fundamenta a negativa do cumprimento do ato anteriormente deferido.

- A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da “Teoria dos Fatos Determinantes”, obedecendo ao princípio da razoabilidade.

- A circunstância dos valores terem sido recebidos de boa-fé pelo servidor ou pensionista não afasta o dever de reposição, o que somente ocorreria no caso de mudança de interpretação de lei pela Administração, considerando que o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999 veda a aplicação retroativa de nova interpretação.

4. Apelo e remessa providos.

Contra o *decisum* regional, o ora agravante interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, em função de suposta violação dos arts. 535, inciso II, do CPC; 1º, da Lei n. 1.533/1951; 2º; e 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, ao sustentar, em síntese: “por necessidade de serviço, com base nos princípios acima invocados, a Administração necessita manter o ora recorrido desempenhando as suas atividades na base naval da Ilha de Cobras, no estado do Rio de Janeiro.” (fl. 183).

Efetuada breve relato, passe-se ao exame da controvérsia.

Violação do art. 535 do CPC: Inexistência

Sobre a suposta omissão do acórdão *a quo*, objeto da presente insurgência, conveniente a transcrição da lição de Rui Barbosa, *in verbis*: “em presença de um texto claro, preciso, inequívoco, não há que estar argumentando como se nos achássemos ante um enunciado incompleto ou indistinto, do qual houvéssemos de extrair por ilações ou deduções a interpretação mais plausível” (Parecer, na Revista do Supremo Tribunal 9/305, *apud* Paulo Bonavides, “Participação da OAB em todas as fases do concurso de acesso à magistratura”, RTDP 12/41).

Por esse aspecto, não merece seguimento o recurso no tocante à violação ao art. 535, incisos I e II, do Código Processo Civil, porque o Tribunal de origem se

manifestou sobre toda a *quaestio*, não obstante desfavorável à pretensão da parte recorrente.

Confira-se o precedente da Sexta Turma:

Embargos de declaração. Obscuridade, contradição ou omissão. Inexistência. Matéria constitucional. Prequestionamento. Impossibilidade.

1. Inviáveis os declaratórios quando ausentes as hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

[...]

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no Ag n. 673.151-PE, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6ª Turma, DJe 1º.07.2009)

Teoria dos Motivos Determinantes

“Já dizia o Juiz Holmes: ‘Uma palavra não é um cristal transparente e imutável; ela é a pele de um pensamento vivo e pode variar intensamente em cor e conteúdo de acordo com as circunstâncias e o tempo em que são usadas’ (Towne V. Eisner, 245 US, p. 425)”. (SCHNAID, David. *A Interpretação Jurídica Constitucional (e Legal)*, in RT. 733:35).

Nesse contexto, para adequada compreensão da lide, oportuna breve digressão acerca dos fenômenos jurídicos dispostos nos autos.

Primeiramente, ato administrativo, segundo a doutrina, “é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2007).

Assim, indispensável, para a validade do ato administrativo, a motivação, isto é, demonstração, por escrito, do conjunto de argumentos ou de pressupostos autorizadores para a realização de determinado procedimento. Sobre o tema, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no art. 50, estabelece:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
 - II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
 - III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
 - IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
 - V - decidam recursos administrativos;
 - VI - decorram de reexame de ofício;
 - VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
 - VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
- § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.
- § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.
- § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito (Lei n. 9.784, de 1999).

Nesse passo, pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada a existência e a veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar a Administração aos seus termos. Precedente: “Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada.” (RMS n. 20.565-MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 21.05.2007)

De feito, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: “a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade.” (fls. 153).

Sobre a relevância do Princípio da Razoabilidade, na esfera administrativa, destaque-se a manifestação doutrinária: “um ato não é razoável quando não

existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.” (ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, dezembro, 2001).

Jurisprudência do STJ Contrária à Insurgência

No caso, contravindo aos argumentos recursais, inexistente suposta invasão judicial em relação à discricionariedade do administrador, pois este também se submete à norma legal. Jurisprudência da Primeira Seção do STJ: “A administração vincula-se aos motivos que determinaram o ato impugnado (teoria dos motivos determinantes)” (MS n. 12.227-DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 1º.09.2008)

Em acréscimo, em sentido contrário à irresignação *sub judice*, o ato administrativo é nulo quando dissociado da situação de direito ou de fato que determinou ou autorizou a sua realização. Precedente: “2. O ato administrativo é nulo quando o motivo se encontrar dissociado da situação de direito ou de fato que determinou ou autorizou a sua realização. A vinculação dos motivos à validade do ato é representada pela teoria dos motivos determinantes.” (REsp n. 708.030-RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 21.11.2005)

Matéria Constitucional

De igual forma, não merece seguimento o recurso, pois o acórdão *a quo* se firmou em preceitos constitucionais. Nessa linha de raciocínio, frise-se a manifestação doutrinária: “a rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. (...) Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Ed. Ref. Ampl. e Atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003).

Além disso, consoante o disposto nos autos, os argumentos recursais firmaram-se à luz de matéria constitucional (arts. 2º; e 5º, inciso LXIX, ambos da Constituição da República), *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode

conhecer do recurso especial, nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, inciso III, da Constituição da República.

Confira-se o precedente da Sexta Turma deste Tribunal:

Agravo regimental. Administrativo. Artigo 535 do Código de Processo Civil. Alegação genérica. Enunciado n. 284-STF. Complementação de pensão. Viúva. Ferroviário. RFFSA. Lei n. 8.186/1991. Dispositivos constitucionais. Violação. Exame. Impossibilidade. Juros moratórios. Percentual. Matéria não alegada nas razões do recurso especial.

[...]

3. A violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, não pode ser apreciada em sede de recurso especial, matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal pela via do extraordinário.

(AgRg no REsp n. 1.108.665-SC, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 23.06.2009, DJe 10.08.2009)

Enunciado n. 83 da Súmula do STJ

Não assiste razão à recorrente, porque o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência assente do STJ, assim sendo, aplica-se, no caso vertente, o Enunciado 83 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Jurisprudência:

Agravo regimental em recurso especial. Processual Civil e locação. Fraude à execução. Inexistência. Ausência de má-fé do terceiro adquirente. Incidência do Enunciado n. 83 da Súmula desta Corte Superior. Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Enunciado n. 7 da Súmula do STJ

O *decisum* exarado pelo Tribunal de origem, bem assim os argumentos da insurgência em exame, se firmaram em matéria fático-probatória, logo, para se aferir a discricionariedade do ato administrativo, ter-se-ia de reexaminar o acervo de provas dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor do Enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Nesse sentido, oportuna a transcrição dos julgados:

Agravo regimental em recurso especial. Violação dos artigos 535 e 458 do Código de Processo Civil. Omissão e ausência de fundamentação. Inocorrência. Reajuste geral de vencimentos. Mora legislativa. Indenização. Período. Dano moral. Reexame da prova.

[...]

5. O acolhimento da pretensão de indenização por dano moral implica o reexame do acervo fático-probatório, no sentido de se aferir a efetiva existência e a extensão do dano sofrido, vedado no Enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 840.669-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 15.09.2008)

Agravo regimental. Recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Embargos à execução. Reajuste de 28,86%. Portaria MARE n. 2.179/1998. Excesso de execução e compensação. Integralidade. Ausência de demonstração. Súmula n. 7-STJ.

[...]

2. Consignado no acórdão recorrido que a Recorrente, ora Agravante, não demonstrou que o percentual de 28,86% foi efetivamente integralizado, para alcançar conclusão diversa, a fim de se reputar incorretos os cálculos apresentados pelos exequêntes, bem como eventual afronta à coisa julgada em decorrência da não aplicação da Portaria MARE n. 2.179/1998, ter-se-ia que reexaminar o acervo fático-probatório dos autos, o que é incabível em tema de recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do STJ.

[...]

(AgRg no REsp n. 763.836-RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), 6ª Turma, DJe 08.06.2009)

Agravo regimental. Recurso especial. Comprovação do dano material e valor do dano moral. Súmula n. 7-STJ.

1. A irrisignação que busca desconstituir os pressupostos fáticos adotados pelo acórdão recorrido para decidir a controvérsia encontra óbice no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 1.014.354-RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJe 06.10.2008)

Em face do exposto, nego provimento ao agravo interno.

HABEAS CORPUS N. 41.655-AC (2005/0019800-8)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: Antônio José Braña Muniz

Impetrado: Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre

Paciente: Antônio José de Araújo Carneiro (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Julgamento da apelação. Abandono (ou renúncia) do advogado. Ausência de comunicação ao cliente ou ao tribunal. Certificação de trânsito em julgado. Nulidade absoluta. Constrangimento ilegal caracterizado. Devolução do prazo. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação a um dos delitos.

1. Segundo o disposto no art. 261 do CPP, nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

2. “Constitui nulidade absoluta, por evidente cerceamento de defesa, a falta de intimação do réu sobre a renúncia de seu advogado, para que possa substituí-lo por outro de sua confiança ou, ao menos, caso assim não proceda, para que lhe possa ser nomeado um defensor dativo” (HC n. 69.644-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 28.05.2007).

3. No caso, o patrono do paciente foi nomeado em cargo público incompatível com o exercício da advocacia (agente de Polícia Federal). Ele, entretanto, não comunicou tal fato ao cliente ou ao Tribunal.

4. Em consequência, quando do julgamento da apelação, o paciente se encontrava desassistido. Assim, a certificação do trânsito em julgado, em razão de o prazo recursal ter transcorrido *in albis*, evidencia constrangimento ilegal.

5. Considerando que, com a anulação aqui procedida, afasta-se o trânsito em julgado da ação penal, cumpre reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de formação de quadrilha armada, pois superado o prazo de 8 (oito) anos, previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

6. Também em razão da necessidade de reabertura do prazo recursal, de rigor se assegure ao paciente que aguarde em liberdade o desfecho do processo, sob pena de violação ao princípio da razoável duração do processo.

7. Ordem concedida para, de um lado, anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja realizado, após intimação do paciente para constituir novo patrono (ou, em caso de inércia, que lhe seja nomeado dativo); de outro lado, reconhecer, em relação ao crime de formação de quadrilha, a prescrição da pretensão punitiva. Expeça-se alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo.

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 Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 1º.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Antônio José de Araújo Carneiro, contra acórdão proferido pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, que negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a condenação do paciente, pela prática dos crimes de formação de quadrilha armada e roubo (três vezes), à pena de 15 (quinze) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, nos termos desta ementa (fls. 16):

Apelação. Roubo qualificado. Concurso de pessoas. Menor participação. Réu que não praticava atos de execução. Condenação mantida. Inadmissível a diminuição da pena.

O réu que, embora não tenha praticado atos de execução, mas, deu cobertura aos demais co-réus na prática de vários roubos duplamente qualificados, não pode ser beneficiado com causa a causa de diminuição de participação de menor importância, se sua culpabilidade é tão intensa quanto a dos demais.

Alega o impetrante constrangimento ilegal, uma vez que do acórdão de apelação *não tomou ciência nem o Paciente, tampouco o seu patrono, Dr. Wilson Chiste Fleming, o que ocasionou a baixa dos autos ao Juízo da 2ª Vara Criminal para cumprimento da sentença, confirmada pelo Acórdão guerreado.* (fl. 4).

Afirma, ainda: *agrava-se o fato de que o seu advogado, como é público e notório, não obstante ter sido nomeado no cargo de Agente da Polícia Federal, sequer enviou ao Paciente qualquer Carta de renúncia de mandato, conforme estabelece o Estatuto dos Advogados, tampouco comunicou ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Acre que não patrocinava mais a causa, conforme se observa dos documentos juntados provenientes da tramitação naquele Douto Tribunal* (fl. 4).

Aduz, de resto, que, *se o Paciente tivesse sido intimado pessoalmente em sua residência, por carta precatória, ou mesmo se o seu patrono houvesse sido intimado pessoalmente do v. acórdão, jamais o Paciente concordaria com essa decisão, uma vez que além de ser inocente, é uma pessoa de bem, conforme faz prova as manifestações de apoio recebidas de autoridades constituídas, entidades de classes e religiosos e do próprio Delegado de Polícia, pois possui família, tem dois filhos, é pequeno pecuarista, comerciante e ainda, nas horas vagas, trabalha como taxista* (fl. 5).

Pede, ao final, seja tornada sem efeito a certidão de trânsito em julgado da apelação criminal, além da expedição de alvará de soltura.

Em 1º.03.2005, a liminar foi indeferida pelo então Relator, Ministro Hamilton Carvalhido.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem. Após a juntada de novos documentos, o parecerista modificou posicionamento anterior, manifestando-se pelo acolhimento do pedido.

Atribuído o feito em 04.07.2008, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Como visto, busca o impetrante seja reaberto o prazo para interposição de recurso, após afastamento da certidão de trânsito em julgado. Sustenta que, quando do julgamento da apelação, o advogado constituído não poderia desenvolver suas funções (no caso, interpor recurso), por ter sido nomeado como agente de polícia federal, cargo incompatível com o exercício da advocacia.

Aponta, também, que o patrono não havia comunicado renúncia, nem ao cliente, nem ao Tribunal.

Quando de sua primeira manifestação, o ilustre representante do Ministério Público Federal assentou o seguinte (fls. 187-8):

O princípio da ampla defesa, constante no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Conseqüência deste princípio é o devido processo legal, garantia individual inserta no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna.

A legislação processual penal pátria já consagra tais princípios, com os meios a ela inerentes, dentre os quais insere-se o direito do réu de se valer do concurso de advogado de sua confiança. O princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio do devido processo legal estão traduzidos no art. 261 da Lei Adjetiva Penal, que assim dispõe:

Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Desse modo, havendo renúncia ao mandato, é mister que o réu seja intimado para que constitua novo advogado de sua preferência, para proceder sua defesa em juízo.

Levantada a hipótese de que o paciente não tenha tomado conhecimento da renúncia de seu advogado, bem como o Tribunal Estadual, que não recebeu qualquer comunicação, obedecendo aos trâmites legais, faz-se imprescindível a declaração de nulidade do v. acórdão em questão. *Em sendo demonstrado o abandono por parte do causídico, sem a intimação do acusado, padece de nulidade absoluta o processo, no intuito de assegurar ao réu o inafastável direito de defesa.*

Ocorre que, não há como analisar o pedido deduzido no presente writ, porquanto não foi comprovada nos autos, pelo impetrante, a existência de abandono da causa pelo patrono constituído naquela ocasião.

Na hipótese vertente, a impetração informa que o antigo patrono do paciente passou a exercer atividade incompatível com a advocacia, em face

de sua aprovação e nomeação no cargo de Agente da Polícia Federal. Todavia, compulsando-se os autos, verifica-se que a defesa não logrou êxito em demonstrar se realmente houve abandono do feito pelo motivo acima explicitado.

Nos autos não constam elementos que esclareçam se houve, de fato, a desistência do advogado constituído pelo paciente. Ademais, a Corte *a quo* não foi cientificada da renúncia, restando, portanto, configurada a regular intimação do advogado para o julgamento da apelação e da publicação do acórdão. Tais assertivas podem ser confirmadas observando o teor das certidões constantes às fls. 105 e 108.

Considerando que o causídico tenha renunciado ao mandato, por estar exercendo atividade incompatível com o exercício da advocacia, e não tenha cientificado o paciente e nem o Tribunal, é causa de nulidade absoluta, cuja declaração pode ser feita de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação, cabendo à parte, contudo, sua inequívoca comprovação, o que efetivamente não aconteceu nos autos.

O impetrante, então, trouxe aos autos novos documentos. Entre eles, consta termo de posse do advogado à época constituído, que teria sido nomeado para o cargo de agente de polícia federal no dia 06.01.1999.

Há também informações, prestadas pelo Tribunal de origem, noticiando o seguinte (fls. 206):

... compulsando-se os autos da Ação Penal n. 001.98.007813-9, que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Rio Branco, verifiquei que a súmula do v. acórdão n. 1.112, foi publicada no Diário de Justiça n. 1.656, de 21.11.1999, à fl. 07, com trânsito em julgado em 07.12.1999. Certifico ainda que *figurou o Doutor Wilson Criste Fleming, OAB-AC 1722, como advogado do réu Antônio José de Araújo Carneiro, nos autos da referida Ação Penal e Apelação Criminal n. 1998.000766-6, não apresentando o citado Advogado, renúncia ao mandato nos autos.*

Os autos seguiram novamente para o *Parquet* Federal. Nessa oportunidade, o parecerista assim se manifestou:

2. Em parecer anterior (fls. 183-190), o *Parquet* Federal opinou pela denegação da ordem, porque: 1) ausente comprovação do não-conhecimento, pelo paciente e pela eg. Corte Estadual, do abandono da causa pelo patrono constituído, em razão do exercício de atividade incompatível com a prática da advocacia e; 2) desnecessária a intimação pessoal do réu, em se tratando de advogado constituído, bastando a publicação do acórdão no órgão oficial.

3. Diante da omissão supra mencionada, a defesa juntou cópia do termo de posse do anterior causídico, Wilson Chiste Fleming, no cargo de Agente da Polícia

Federal em 06.01.1999, e certidão da Diretoria Judiciária do eg. Tribunal Local da não-apresentação da renúncia ao mandato, pelo referido patrono, nos autos.

4. O Ministério Público Federal, diante dos demais documentos juntados, entende que a situação fática referente ao writ em espeque se alterou, eis que as informações trazidas à baila modificam o posicionamento esposado por este Órgão ministerial.

5. Assim a irresignação merece prosperar.

6. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo indispensável a participação do advogado para garantir a atuação desses princípios constitucionais.

7. No caso em tela, o abandono da causa pela patrono sem a devida comunicação, quer à parte quer ao eg. Tribunal a quo, impossibilitou o exercício do direito irrenunciável à ampla defesa, o que importa na nulidade do feito, a partir do momento em que o paciente se encontrou desassistido.

8. Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem.

De fato, à época do julgamento da apelação (22.10.1999), o paciente se encontrava sem defensor, já que o patrono constituído havia sido nomeado para o cargo de agente de polícia federal em 06.01.1999, sabidamente incompatível com o exercício da advocacia. Daí, caracterizado o cerceamento de defesa.

Em consequência, deve-se anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja realizado, após intimação do paciente para constituição de outro advogado (ou, em caso de inércia, que lhe seja nomeado dativo).

Para casos análogos, esta Corte vem assim decidindo:

Habeas corpus. Liberdade provisória conferida à acusada em primeira instância e cassada pelo Tribunal de Justiça. Abandono da causa pelo advogado constituído. Ausência de nomeação de defensor dativo. Prejuízo para a ré. Cerceamento de defesa. Elementos do art. 312, do Diploma Processual Penal, não configurados. Manifesta ilegalidade.

É assente, nesse Augusto Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, se da eiva resulta prejuízo, caracterizada está a nulidade processual. Outro, aliás, não é o que soa o princípio da pas de nullité sans grief.

No mais, não havendo motivos concretos para que se decrete a prisão preventiva, deve a acusada responder ao processo em liberdade, sob pena de flagrante ofensa ao *status libertatis*, garantia abrigada na Constituição Federal.

Ordem concedida. (HC n. 43.964-SC, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 26.09.2005)

Habeas corpus. Processual Penal. Crime de concussão. Renúncia do advogado do réu. Julgamento realizado sem defensor. Cerceamento de defesa. Nulidade.

1. *Constitui nulidade absoluta, por evidente cerceamento de defesa, a falta de intimação do Réu sobre a renúncia de seu advogado, para que possa substituí-lo por outro de sua confiança ou, ao menos, caso assim não proceda, para que lhe possa ser nomeado um defensor dativo. Precedentes.*

2. Ordem concedida para anular o julgamento da apelação criminal e todos os atos processuais subseqüentes, tão-somente com relação ao ora Paciente, e determinar que outro julgamento seja proferido com a presença de seu advogado constituído ou, caso não venha a indicar um de sua confiança, após ser devidamente intimado para tanto, que lhe seja designado um defensor dativo. (HC n. 69.644-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 28.05.2007)

Processo Penal. Apelação. Falta de intimação do acusado para constituir novo patrono, em face da renúncia do advogado. Não nomeação de defensor dativo, ante a ausência do defensor constituído. Julgamento realizado sem defensor. Cerceamento de defesa.

Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (art. 71 do CPPM).

Consoante reiterado entendimento jurisprudencial, a falta de intimação do acusado sobre a renúncia de seu patrono, para que possa substituí-lo por outro de sua confiança, configura ofensa ao devido processo legal.

Do mesmo modo, “a falta de intimação pessoal do advogado do réu para a sessão de julgamento da apelação, configura cerceamento de defesa, importando em constrangimento ilegal susceptível de revisão por meio de *habeas corpus*” (HC n. 15.397-SP).

A frustração da sustentação oral viola as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ordem concedida para anular o acórdão proferido na Apelação Criminal n. 2.646/2001-050 e todos os atos processuais subseqüentes, para que outro julgamento seja proferido com a presença do Defensor. (HC n. 21.415-RJ, Relator Ministro Paulo Medina, DJ de 02.06.2003)

Habeas corpus. Roubo. Renúncia do advogado constituído para a defesa. Intimação por edital do réu não localizado pelo oficial de justiça. Necessidade. Ordem concedida.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a falta de intimação do acusado sobre a renúncia dos seus advogados constitui constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio do processo legal. Frustrada essa*

intimação por mandato, cabe procedê-la por edital, para só então, se for o caso, determinar a nomeação de defensor público.

2. Ordem concedida para anular a certidão de trânsito em julgado do acórdão que julgou a apelação, com o recolhimento do respectivo mandado de prisão, determinando ao Tribunal de origem que proceda à intimação do réu, inclusive por edital, se necessário for, sobre a renúncia dos procuradores até então constituídos, para só então, se o caso, nomear defensor público e inaugurar o prazo recursal. (HC n. 94.197-RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 02.06.2008)

Com a anulação aqui procedida, cumpre analisar a possibilidade de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Considerando:

- a)* que o último marco interruptivo é a sentença, proferida em 05.08.1998;
- b)* que, em relação ao crime de formação de quadrilha, a pena foi definitivamente fixada em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão;
- c)* que, para cada crime de roubo, isoladamente, estabeleceu-se a reprimenda de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão.

De rigor se reconheça a prescrição da pretensão punitiva no que tange ao crime de quadrilha, uma vez que superado o prazo de 8 (oito) anos, previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

Deve ser ressaltado que a prescrição não alcance os delitos de roubo, pois seria necessário o lapso de 12 (doze) anos, em compasso com o que prescreve o art. 109, III, do Código Penal.

Há, também, de se assegurar possa ele aguardar em liberdade o desfecho do processo, sob pena de afronta ao princípio da razoável duração do processo.

Pelo exposto, concedo a ordem para, de um lado, anular o julgamento da apelação, determinando que outro seja realizado, após intimação do paciente para constituir novo patrono (ou, em caso de inércia, que lhe seja nomeado dativo); de outro lado, reconhecer, em relação ao crime de formação de quadrilha, a prescrição da pretensão punitiva. Expeça-se alvará de soltura, salvo prisão por outro motivo.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 48.412-SP (2005/0161289-1)

Relator: Ministro Og Fernandes

Impetrante: João Antônio

Impetrado: Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Paciente: João Antônio (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Estelionato praticado contra a Previdência Social. Obtenção de aposentadoria. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Termo inicial do lapso prescricional. Recebimento da primeira parcela indevida. Prescrição da pretensão punitiva. Reconhecimento.

1. O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que o crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, no caso, consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos, reveste-se de natureza permanente. Nestes casos, a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir da cessação do recebimento do benefício indevido, que é a data da interrupção do auferimento das prestações.

2. Em recente orientação, a Sexta Turma decidiu que o crime em questão é instantâneo de efeitos permanentes, tomando, assim, como *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional, a data do início do pagamento do benefício fraudulento. (*Habeas Corpus* n. 121.336-SP, Relator Ministro Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ-SP, DJe 30.03.2009).

3. No caso, o paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 171, § 1º, do Código Penal, supostamente cometido no dia 26.06.1984.

4. Considerando que a pena aplicada na sentença não alcança 4 (quatro) anos, e que, entre a data dos fatos (26.06.1984) e a do recebimento da denúncia (30.08.2002) transcorreu lapso superior a 8 (oito) anos, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, a teor do que dispõe o art. 109, IV, do Código Penal.

5. Ordem concedida para, reconhecendo tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, declarar extinta a punibilidade na ação penal de que aqui se cuida, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

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 Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 22.03.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: De próprio punho, João Antônio, condenado, por estelionato cometido contra o antigo Instituto Nacional da Previdência Social, à pena de 2 (dois) anos 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, mais pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa), impetrou este *habeas corpus*, mediante o qual alega, em resumo, o seguinte:

- que não cometeu o delito a ele imputado;
- ainda que tivesse praticado algum delito, estaria prescrita a pretensão punitiva estatal, sustentando que o crime a ele imputado é instantâneo de efeitos permanentes (e não permanente);
- que a fixação da pena-base acima do mínimo legal não foi devidamente justificada;

– que, “com a condenação imposta no regime fechado, o impetrante-paciente foi sumariamente prejudicado, vez que sacrificadamente, já estava cumprindo pena no regime semiaberto”.

Ao final, formulou estes pedidos: absolvição; reconhecimento da prescrição; subsidiariamente, redução da pena e modificação de regime prisional.

Originariamente impetrado junto ao Tribunal Regional Federal, os autos foram remetidos a esta Corte.

Ouvido, o Subprocurador-Geral Alcides Martins, o Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento da ordem. Eis a ementa do parecer (fls. 62):

Ementa: *Habeas corpus*. Aresto condenatório que já transitou em julgado. Impossibilidade de reparação via *mandamus*. Exame aprofundado da prova. Inadmissível na via estreita do *writ*. Acórdão que deve ser mantido *in totum*. Pelo não-conhecimento da presente ordem.

1. O *Habeas Corpus* não é a via idônea para desconstituir decisão transitada em julgado, sendo a Revisão Criminal a via correta para tanto, mormente em se tratando de pedido cuja análise envolva estudo detalhado de todo o conjunto de provas.

2. A via estreita do remédio heróico não é adequada para o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório.

3. Pelo não-conhecimento do presente *writ*.

Atribuído o feito em 10.07.2008, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Das alegações constantes na inicial, ater-me-ei à de que o crime seria instantâneo de efeitos permanentes, e não permanente.

Não descuido que a jurisprudência desta Corte perfilhava o entendimento de que o estelionato cometido contra a Previdência Social seria crime permanente. Assim, para fins de cálculo da prescrição, tomar-se-ia por base não a apresentação dos documentos que deram início aos pagamentos indevidos, mas, sim, o final da obtenção das vantagens, quando, normalmente, a prática delitativa é descoberta. Por todos, veja-se este precedente:

Habeas corpus. Estelionato contra o INSS. Percepção de aposentadoria indevida. Art. 171, § 3º do CPB. Crime permanente. Prescrição. Termo inicial. Cessação do recebimento do benefício indevido. Ordem denegada.

1. Não há divergência, nesta Corte Superior, quanto ao caráter permanente do crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, protraindo-se no tempo enquanto durar a percepção do benefício.

2. O termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício previdenciário indevido, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal.

3. Não se admite o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base em pena virtual, a dizer, aquela que provavelmente seria fixada em caso de condenação, hipótese não contemplada na legislação de regência.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC n. 90.451-RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 19.12.2008)

Entretanto, recentemente, o ilustre Desembargador Celso Limongi nos trouxe um *habeas corpus*, no qual encampou a tese de que o caso seria de crime instantâneo de efeitos permanentes. Na ocasião, S. Exa. escreveu o seguinte:

Em julho de 2003, o Ministério Público Federal denunciou a paciente como incurso no artigo 171, § 3º, do Código Penal, porque, mediante a apresentação de documentação falsa perante o INSS, teria ela, de julho de 1983 até dezembro de 1997, recebido auxílio-doença da Previdência Social, importando os valores recebidos em R\$ 119.865,19.

O MM. Juiz não recebeu a denúncia, porque considerou o crime instantâneo, mas de efeitos permanentes, e o prejuízo causado à vítima data de 1983, quando foi recebido o primeiro benefício. Considerando a pena abstratamente cominada para espécie, seis anos e oito meses, prescreveria em doze anos, entre o primeiro benefício e a data da denúncia, prazo já decorrido.

Ocorre que o Ministério Público recorreu em sentido estrito e o Tribunal *a quo* deu provimento, para receber a denúncia e determinar o regular prosseguimento do feito.

Postula, por meio do presente *writ*, o restabelecimento da decisão de primeiro grau, insistindo em que o delito é instantâneo, de efeitos permanentes.

E assiste razão à Defensoria Pública, porque a espécie realmente se caracteriza por ser crime instantâneo de efeitos permanentes. Verdade é que os precedentes desta E. Corte são diametralmente opostos a este entendimento, como o demonstram os seguintes acórdãos:

(...)

Todavia, é preciso considerar, em primeiro lugar, que a vantagem ilícita foi auferida em razão de um -- e apenas um -- único ato, a apresentação de documentação falsa.

É preciso enfatizar: o sujeito ativo executou uma única vez o núcleo do artigo 171 do Código Penal, isto é, os verbos induzir ou manter em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento (na espécie, o uso de documentação falsa) o INSS.

A apresentação de documento falso ocorreu por uma única vez e se esgotou nisso. A falsidade consistiu em dizer que a paciente trabalhara na Maternidade São Paulo no período entre 30 de janeiro de 1970 a 15 de julho de 1983, apresentando documentação falsa, beneficiando-se do auxílio-doença pelo período de julho de 1983 a dezembro de 1997. E, na verdade, a paciente trabalhou na Maternidade São Paulo somente durante o período entre janeiro e maio de 1970.

O crime permanente, como se sabe, protraí no tempo sua consumação. Exemplo típico é o crime de sequestro: enquanto o sequestrador não liberta a vítima, o delito está sendo consumado e, pois, é delito permanente, pelo que o sujeito ativo pode ser preso em flagrante. Sobre "o elemento subjetivo, nos crimes permanentes, cumpre lembrar que a permanência decorre de um *non facere quod debetur*, pelo que o agente está, sem sombra de dúvida, desobedecendo a norma que o manda remover a situação antijurídica que criou. O agente deve, assim, ter a possibilidade de alterar essa situação ilícita. Tanto isto é exato que na bigamia não há crime de caráter permanente porque a situação criada pelo agente não pode ser desfeita por ato ou comportamento seu", como ensinava o saudoso José Frederico Marques ("Tratado de Direito Penal", vol. II, ed. Bookseller, 1ª edição atualizada, Campinas, 1997, p. 366).

O delito instantâneo de efeitos permanentes, diferentemente do que ocorre com o crime permanente, não enseja ao sujeito ativo coarctar seus efeitos, pois estes são permanentes, como no crime de bigamia. Não há como retornar, como fazer cessar os efeitos da ação produzida, não há como cessar a ação, pois esta já se esgotou. Em suma, não há como retroceder...

Na espécie, como se viu, a ação foi única, instantânea. O que se reveste do caráter de permanência é a fruição da vantagem pecuniária, recebida mês a mês, o que aconteceu por vários anos. Mas a fruição é o exaurimento do crime, exaurimento que pode ocorrer de uma só vez ou em trato sucessivo, de tempo em tempo. Poderia ocorrer o recebimento de uma só vez, se, por exemplo, o sujeito passivo fosse uma seguradora, que pagaria de uma só vez quantia vultosa.

De qualquer forma, é preciso considerar que a paciente não estava falsificando documento a cada pagamento e isto é suficiente para mostrar que o crime foi instantâneo, com a devida vênua de quem possa entender de outro modo.

Da mesma forma ocorre no crime de concussão: a consumação ocorre com a simples exigência pelo agente de vantagem indevida; o recebimento posterior

é mero exaurimento da infração, como ensina Celso Delmanto (“Código Penal Comentado”, p. 791, 7ª edição, 2007).

Parece, ainda, curial que, na espécie, não caberia prisão em flagrante da paciente, exatamente porque o crime é instantâneo de efeitos permanentes, e não crime permanente, que admitiria a prisão em flagrante. Como admitir-se flagrante de um crime consumado em 1983?

Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 82.965-1-RN, Rel. Min. Cezar Peluso:

No crime instantâneo, o fato que, reproduzindo o tipo, consuma o delito, realize-se num só instante e neste se esgota, podendo a situação criada prolongar-se no tempo, ou não. No permanente, o momento de consumação é que se prolonga mais ou menos dilatado, durante o qual se encontra ainda em estado de consumação.

Não se deve, pois confundir a execução mesma do crime com a sua conseqüência: esta, como a situação criada pela conduta delituosa, pode prolongar-se depois da consumação instantânea, mas, aí, o que dura – e, como tal, se diz permanente – não é o delito, mas seu efeito. É esta, aliás, a clara razão por que, neste caso, em que perdura só a conseqüência, se tem o chamado crime instantâneo de efeito permanente, que difere do crime permanente, porque, neste, é o próprio momento consumativo, e não o efeito da ação, que persiste no tempo:

Pode a situação por ele (crime instantâneo) criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação. Fala-se, então, em crime instantâneo de feito permanente.

Nota característica do crime permanente é a possibilidade de o agente fazer cessar, a qualquer tempo, a atividade delituosa, porque o estado de consumação persiste e continua indefinidamente, até que ato do agente ou outra circunstância faça cessar. No caso de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes, a consumação ocorre em determinado instante, após o qual já não pode fazê-la cessar o agente (...).

Confira-se, no mesmo sentido, Precedente de relatoria do Min. Marco Aurélio:

Prescrição. Aposentadoria. Fraude perpetrada. Crime instantâneo de resultados permanentes versus crime permanente. Dados falsos. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos - artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: *Habeas Corpus* n.

75.053-2-SP, 79.744-0-SP e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 83.446-9-RS, por mim relatados perante a Segunda Turma - os dois primeiros - e a Primeira Turma - o último -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002 e de 28 de novembro de 2003, respectivamente.

(HC n. 84.998-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 16.09.2005)

Esses fundamentos servem, igualmente, para afastar a ideia de crime continuado, pois continuada é a fruição da vantagem e não a ação da paciente.

Em face do exposto, concedo a ordem, reconhecendo tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes e, em consequência, declaro extinta a punibilidade da espécie pela prescrição da pretensão punitiva, tal como decidido em primeiro grau de jurisdição. (HC n. 121.336-SP, DJ de 30.03.2009)

Como bem asseverou o Relator do *leading case*, seu voto está em compasso com a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal. Também eu já trouxe a julgamento caso análogo, quando escrevi esta ementa:

Recurso em sentido estrito. Estelionato praticado contra a previdência social. Obtenção de aposentadoria. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Termo inicial do lapso prescricional. Recebimento da primeira parcela indevida. Prescrição da pretensão punitiva. Pena *in abstracto*.

1. O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que o crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, no caso, consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos, reveste-se de natureza permanente. Nestes casos, a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir da cessação do recebimento do benefício indevido, que é a data da interrupção do auferimento das prestações.

2. Em recente orientação, a Sexta Turma decidiu que o crime em questão é instantâneo de efeitos permanentes, tomando, assim, como *dies a quo* para a contagem do prazo prescricional, a data do início do pagamento do benefício fraudulento. (*Habeas Corpus* n. 121.336-SP, Relator Ministro Celso Limongi – Desembargador convocado do TJ-SP, DJe 30.03.2009)

3. No caso, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 171, § 1º, do Código Penal, ao qual é cominada a pena em abstrato de a 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Nos termos do art. 109, inciso III, do Código Penal, o lapso de tempo em que se opera a prescrição da pretensão punitiva nessa hipótese é de 12 (doze) anos.

4. Considerando a data da percepção do primeiro benefício (29.02.1996), momento de consumação do crime, e o recebimento da denúncia, que ocorreu em 03.03.2008, já transcorreu tempo suficiente para se verificar a extinção da

punibilidade, com amparo no art. 107, IV, c.c. o art. 109, III, ambos do Código Penal.

5. *Habeas corpus* concedido para, reconhecendo tratar-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, declarar extinta a punibilidade na ação penal de que aqui se cuida, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Prejudicadas as demais alegações. (HC n. 135.443-SP, sessão de 13.08.2009)

Assim, falta agora apreciar a ocorrência – ou não – da prescrição da pretensão punitiva no caso concreto. Considerando: *a)* a data do fato (26.06.1984), conforme fls. 27; *b)* a do recebimento da denúncia (30.08.2002); e *c)* a pena aplicada – 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão –, dúvidas não há quanto à presença da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, a teor do que dispõe o art. 109, IV, do Código Penal.

Com isso, ficam prejudicadas as outras matérias constantes na inicial.

Pelo exposto, concedo a ordem para, reconhecendo se tratar de crime instantâneo de efeitos permanentes, declarar extinta a punibilidade na ação penal de que aqui se cuida, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ficando prejudicadas as demais alegações.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 101.796-MT (2008/0053501-8)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Karine Faria Braga de Carvalho e outro

Advogado: Sady Pereira de Abreu Júnior

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso

Paciente: Nelson Siqueira Lopes (preso)

EMENTA

Processo Penal. Instrução processual. Irregularidade. Falta de defesa. Nulidade.

1. De tão relevante que é a defesa, ninguém será processado ou julgado sem defensor (Cód. de Pr. Penal, art. 261); é indisponível; “consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais” (Rui Barbosa).

2. No processo penal, dúvidas não há, a citação pessoal será, sempre e sempre, a regra.

3. Circunstâncias como as dos autos, a saber, de revelia, defensor nomeado pelo juiz, testemunhas de defesa as mesmas de acusação, audiência não realizada, depoimentos juntados, diligências não requeridas e utilização de provas emprestadas, apresentam-se como as de um processo ao qual faltou defesa: da mais simples defesa à ampla defesa.

4. Sendo a defesa de ordem pública (Carrara), meramente formal é que não poder ser, pois o seu exercício é indeclinável imposição da lei.

5. A falta de defesa constitui nulidade absoluta (Súmula n. 523-STF, de 1969).

6. *Habeas corpus* concedido.

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, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Celso Limongi, que acompanhou o voto do Sr. Ministro Relator, por maioria, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, bem como o Sr. Ministro Og Fernandes, que a denegavam. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator



RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Data a denúncia por latrocínio de 1984, contra nove pessoas, nestes termos, resumidamente:

Consta do incluso inquérito policial, que os ora denunciados, todos policiais civis, sponte própria, *ut* Ofício n. 0432/84-Del. Esp./CIOP/SSP/MT, fls. 132, no dia 29 de outubro de 1984, por volta das 18:00 horas, no trevo do Lagarto, em Várzea Grande, início da BR-364, montaram uma barreira, efetuando prisões e apreensões.

Os policiais dispunham de uma viatura Veraneio e de um camburão Gurgel, além de um Opala vermelho que se encontrava estacionado junto à barreira.

(...)

Os ocupantes revelaram que procediam da “Ponta do Aterro” onde venderam alguns veículos e estavam dirigindo-se para Cuiabá onde comprariam outros carros, que seriam revendidos na “Ponta do Aterro”.

(...)

Não há dúvida que as vítimas Minamar, Adelson e José Laurentino Carlos portavam grande soma em dólares, pois os carros vendidos na “Ponta do Aterro” o são para bolivianos que efetuam o pagamento em dólares a exemplo de Nilton que também lá vendera seu carro e retornava com US\$ 2.500 dólares.

Assim que, em vista dos elementos portarem grande soma de dólares, os policiais que montavam barreira acordaram entre si a morte de Minamar, Adelson e José Carlos para subtraírem os dólares.

(...)

Assim, não há dúvida que os ora denunciados de comum acordo, ajuste e execução entre eles, mataram as vítimas Minamar, Adelson e Zé Carlos para roubarem os dólares que portavam consigo no momento em que foram presas na barreira montada no Trevo do Lagarto na noite de 29 de outubro de 1984.

Assim, denunciando-os, requeiro seja contra os mesmos instaurada a competente Ação Penal, citando-os para interrogatórios e ouvindo-se, oportunamente, as testemunhas abaixo arroladas, aplicando-se-lhes medida de segurança, condenando-os na pena máxima.

Quanto a dois dos denunciados, foi então o processo separado, data a sentença de 1994 – dela não se recorreu –, e eis a sua conclusão, principalmente quanto ao aqui paciente (Nelson Siqueira Lopes):

Por todo o exposto e considerando o mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia contra Nelson Siqueira Lopes e Etalívio Viegas, atribuindo-

lhes a conduta descrita no art. 157 § 3º (3 vezes), c.c. 29 do C.P.B. e a co-autoria das mortes de Minamar Leite da Costa, Adelson Luiz de Carvalho e José Laurentino Carlos, mortos na madrugada de 30.10.1984, e em consequência, condeno Nelson Siqueira Lopes a 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, regime fechado e multa de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, fixada a unidade em 1/6 (um sexto) do maior salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, com valor atualizado na data do pagamento, pelos índices de correção monetária e pagamento proporcional das custas processuais; e condeno Etalvíio Viegas a 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, regime fechado, e multa de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, fixada a unidade em 1/5 (um quinto) do maior salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato, com valor atualizado na data do pagamento, pelos índices de correção monetária e pagamento proporcional das custas processuais.

Para o cálculo da pena de Nelson Siqueira Lopes, considere que agiu com dolo intenso, comandava uma das equipes de policiais na barreira, é primário sem antecedentes criminais, sua conduta social não demonstra aspectos relevantes, sua personalidade, entretanto, demonstra insensibilidade e distorção completa de valores sociais e morais; o motivo do crime foi a ambição desmedida em obter valores de posse das vítimas, ainda que em prejuízo de suas vidas para que não revelassem quais os autores; as circunstâncias eram totalmente desfavoráveis às vítimas que não tiveram como desobedecer à ordem policial de parada na barreira, até porque, os acusados estavam devidamente paramentados de policiais, com viaturas oficiais e em local onde há posto policial de fiscalização de veículos e pessoas; as consequências foram gravíssimas e irreparáveis, não tendo, as vítimas, em nada contribuído para que fossem sacrificadas.

Assim, parti, da pena base de 27 (vinte e sete) anos, devido à multiplicidade de circunstâncias previstas no art. 59 do C.P.B. desfavoráveis ao acusado, não encontrando circunstâncias atenuantes a considerar, agravei-a de 2/3 (dois terços) com base nos arts. 61, II, **c** (recurso que tornou impossível a defesa das vítimas, pois, foram amarradas antes de ser executadas) e art. 61, II, **g** (violação de dever inerente à profissão, já que, como policial era pago para promover a segurança pública e não para assassinar inocentes) e, ainda, aumentei-a de 1/3 (um terço) por reconhecer a prática do crime continuado (art. 71 C.P.B.), tornando-se definitiva, como constou da condenação.

É de 2008 o acórdão do *habeas corpus* de origem, de ementa seguinte:

Constitucional. Processual Penal. *Habeas corpus*. Triplo latrocínio. Alegada nulidade do processo por ausência de citação válida, violação da ampla defesa e do contraditório e violação ao inciso IX do artigo 93 da CF e artigos 59 e 68 do Código Penal. Inocorrências. Instrução criminal realizada de acordo com o preceito legal. Sentença condenatória devidamente fundamentada. Ordem denegada.

Não é nula a citação editalícia se a fuga do réu encontrava-se patente nos autos. *In casu*, estando o defensor público constituído presente em todos os atos processuais, não denota prejuízo por falta de citação pessoal.

Não há cerceamento de defesa, mas preclusão consumativa a defensor público que, regularmente intimado, tanto para os fins do art. 499 quanto do art. 500 do CPP, não se refere ou alega qualquer nulidade, fixando-se na defesa do paciente com alusão de prova já recolhida.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal resta suficientemente justificada na sentença penal condenatória, quando reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Com os mesmos fundamentos de origem, vieram ter ao Superior Tribunal os impetrantes do atual *habeas* com estas conclusões:

01. Declarar a nulidade do processo por falta de citação válida, haja vista não se encontrar nos autos nada que firme o esgotamento do chamamento judicial, invalidando o decreto de revelia, com a conseqüente renovação dos atos processuais a partir da citação anotada, determinando-se no caso, a expedição do competente alvará de soltura se por al; e,

02. Ultrapassado o acima anotado, em vista da inobservância do devido processo legal, com violação da ampla defesa e do contraditório penal, haja vista o cerceamento da defesa inerente a juntada da prova acusatória sem obediência ao contraditório pleno, e ainda, a não realização da prova defensiva pertinente as mesmas testemunhas arroladas pela acusação, consoante se verifica na defesa prévia formulada pela ilustrada Defensoria Pública, traduzindo verdadeiro cerceamento de defesa, haja vista a prova emprestada sem valor plausível em nosso ordenamento processual e constitucional, devendo, neste ponto, caso ultrapassado o tópico anterior, ser declarada a nulidade da ação penal, com a conseqüente renovação dos atos processuais, determinando-se, no ponto a anulação da prova juntada sem o devido processo legal, determinando-se a expedição do competente "alvará de soltura se por al"; e

03. Finalizando, ultrapassados os tópicos acima anotados, entende a impetração, com apoio na doutrina e na jurisprudência devidamente anotada, tendo em vista a exasperação da pena-base aplicada quase ao máximo legalmente permitido para o injusto tipificado, afastando-se do mínimo legalmente estabelecido em 15 (quinze) anos à época do injusto praticado, e ainda a exasperação de 2/3 quanto as agravantes anotadas no artigo 61, do Código Penal, sendo certo que tal aumento, segundo doutrina, não pode conduzir a pena reclusiva ao máximo legalmente estabelecido para o tipo penal infringido, consoante entendimento anotado em Celso Delmanto, em Código Penal Comentado, 2007, Editora Renovar, p. 200, devendo, no caso, exasperação da pena-base e aumento de 2/3 (dois terços) das agravantes anotadas, agravante

esta não formulada na peça exordial nem tampouco aplicada aos co-réus em número de 07 (sete) e na mesma situação fática da co-autoria, ser declarado nula a r. sentença proferida em sua dosimetria e decotação das agravantes anotadas, determinando-se, neste aspecto a expedição de alvará de soltura se por al, no sentido de que a mesma seja cassada e desconstituindo-se o trânsito em julgado caso certificado nos autos.

Parecer ministerial pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): São três as questões vindas ao Superior Tribunal, duas, abaixo examinadas, eu as estou, sucessivamente, acolhendo. Rejeito, assim, desde logo, a primeira das três, exatamente a que diz respeito à citação, porquanto, no pormenor, estou em conformidade, tintim por tintim, com o acórdão do *habeas* local.

Sobre a defesa, relativamente à qual se aponta cerceio, também sobre a prova, a propósito da qual se aponta empréstimo, aqui vão tópicos da sentença (dela não se apelou, como se viu do relatório):

Por despacho de fls. 202, o feito foi desdobrado, com fundamento no art. 80 do C.P.P., prosseguindo-se nos autos originais, apenas com relação aos réus presos, cuja ação penal já chegou ao seu término, com prolação de sentença que se encontra às fls. 355 a 389, sendo todos condenados à pena de multa de Cz\$ 30,00 (trinta cruzados) e 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão (Laury e Moacir), 40 (quarenta) anos de reclusão (Aguinaldo, Oswaldo, Ezio e Roberto), 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, para Sérgio Rogério Borges. Decisão mantida pelo T.J. conforme acórdão às fls. 390-391.

Os acusados Nelson Siqueira Lopes e Etalvío Viegas foram citados, conforme editais de fls. 205-206, por se encontrarem em local ignorado (fls. 203v).

Não comparecendo para ser interrogado, aos 31.05.1985, às 14:30 horas (fls. 206v), tiveram decretada a revelia, nomeando-se-lhes defensor dativo, que ofereceu às fl. 208, defesa prévia, arrolando as mesmas testemunhas que o M.P.

Designou-se o dia 20.11.1985, às 13:30 horas, para inquirição das testemunhas arroladas na denúncia, não se realizando a audiência e juntando-se aos autos cópias dos respectivos depoimentos, prestados nos autos originais, que se encontram às fls. 210-B a 218 (Nilton José Curvo) e fls. 219 a 221 (Geraldo Puziol), bem como, cópias da acareação feita com Nilton José Curvo, às fls. 222 a 231.

Na fase do art. 499 do C.P.P., nada foi requerido, como se vê, às fls. 348 e 348v.

As alegações finais do M.P., propugnando pela condenação dos acusados, encontram-se às fls. 349-350, e as da defesa, às fls. 352-353, pretendendo a absolvição por falta de provas.

A denúncia foi instruída com inquérito policial que se iniciou por ordem do Secretário de Segurança Pública, e tramitou pela Delegacia Especial de Polícia - CIOP/SSP/MT, do qual constam as cópias dos Laudos de Exames de Necrópsia...

Observem: revela, defensor nomeado pelo juiz, testemunhas de defesa as mesmas de acusação, audiência não realizada, depoimentos juntados, diligências não requeridas. Tais circunstâncias se me apresentam como as de um processo ao qual faltou defesa: a simples, a corriqueira, quero crer que sim, a ampla defesa, de dúvida alguma padeço eu. Caso, portanto, de nulidade do processo.

Ainda que aqui se tenha por admissível o empréstimo já que as provas vieram dos autos originais – de minha parte, sempre vi, com restrições, a utilização de provas emprestadas, e tal deixei registrado no RMS n. 12.057, de 2008 –, o que o caso apresenta mesmo é falta de defesa. Vejam que, admitindo-se aqui, repito, o empréstimo da prova, a colheita de tal prova nos autos originais verificou-se, obviamente, sem a presença da defesa do ora paciente e, mais obviamente, sem a presença do próprio paciente. E foi essa toda a prova oral, porquanto, nos autos desmembrados, o que o defensor nomeado arrolou como testemunha de defesa foi a prova lá atrás já produzida. Estranho comportamento! Observem, ainda, que, após, diligência alguma se requereu.

Em alguns momentos, já escrevi sobre a defesa – meramente formal é que não pode ser, pois o seu exercício é indeclinável imposição da lei –, por exemplo, observem estas duas lições, uma de Carrara e outra de Rui:

(I) A este princípio se associa o outro, de que a sociedade também tem direito interesse na defesa do acusado, por necessitar, não de uma pena que recaia sobre qualquer cabeça, mas da punição do verdadeiro culpado. Assim, a defesa não é apenas de ordem pública secundária, mas também de ordem pública primária. (“Programa do curso de Direito Criminal”, Parte Geral. Campinas: LZN, vol. II, p. 450.)

(II) Ora, quando quer e como quer que se cometa um atentado, a ordem legal se manifesta necessariamente por duas exigências, a acusação e a defesa, das quais a segunda, por mais execrando que seja o delito, não é menos especial à satisfação da moralidade pública do que a primeira. A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais.

Se a enormidade da infração reveste caracteres tais, que o sentimento geral recue horrorizado, ou se levante contra ela em violenta revolta, nem por isto essa voz deve emudecer. Voz do Direito no meio da paixão pública, tão susceptível de se demasiar, às vezes pela própria exaltação da sua nobreza, tem a missão sagrada, nesses casos, de não consentir que a indignação degenera em ferocidade e a expiação jurídica em extermínio cruel. (“O dever do advogado”. Rio de Janeiro: Aide, p. 40-41.)

Foi, em tal sentido, a ementa que escrevi para o HC n. 44.165, de 2006:

Inquérito policial (acesso aos autos). Sigilo das investigações (relatividade). Incompatibilidade de normas (antinomia de princípio). Defesa (ordem pública primária).

1. Há, no nosso ordenamento jurídico, normas sobre sigilo, bem como normas sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

2. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade. Afinal, somente se considera alguém culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

3. A defesa é de ordem pública primária (Carrara); sua função consiste em ser a voz dos direitos legais – inocente ou criminoso o acusado.

4. De mais a mais, é direito do advogado examinar autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento (Lei n. 8.906/1994, art. 7º, inciso XIV).

5. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de permitir ao advogado vista, em cartório, dos autos de inquérito.

Relativamente à defesa pessoal, aquela exercida pelo próprio acusado, foi no HC n. 110.242 que recordei brilhante lição de Leitão de Abreu, e-la conforme o RHC n. 54.439, de 1976:

Como é natural, o titular do direito de defesa é o acusado, não o defensor. A este se atribui, como ensina a doutrina, o exercício desse direito. Posto a ordem jurídica admita o defensor, de confiança ou dativo, ao exercício desse direito, o titular dele não é despojado, de nenhum modo, da faculdade de exercer esse direito, de que se acha intitulado a fazer uso contemporaneamente com o defensor técnico. Não é unicamente pelo fato em si de sua presença à inquirição das testemunhas que o imputado exerce esse direito. É inegável que a sua presença exerce influência sobre os depoentes, que, sob os olhos daquele a respeito de cujo comportamento são inquiridos, serão naturalmente levados a medir suas palavras, a fim de mais se aproximarem, na versão dos fatos, da sua exata configuração. Além daquilo que representa a sua presença ao interrogatório,

no que respeita à sua defesa, poderá ainda, na tutela do seu direito de liberdade, formular perguntas ou reperguntas às testemunhas, ou sugerir ao defensor que tais perguntas ou reperguntas sejam feitas, bem como exercer vigilância pela maneira como na sua defesa, se está havendo o defensor que haja escolhido, para, se for o caso, revogar-lhe o mandato, a fim de constituir outro procurador que, a seu juízo, melhor sirva ao interesse da defesa. Tanto bastaria para que se concluisse que estão em pé de igualdade, quanto ao concurso para a defesa do acusado, este mesmo, como titular desse direito, capacitado, nessa qualidade, para também exercê-lo, e o defensor técnico, admitido, contemporaneamente com o réu, ao exercício desse mesmo direito.

(...)

Por estes fundamentos, entendo que tão importante é para a tutela do direito de liberdade do acusado a defesa material por ele mesmo exercida, a sua defesa pessoal, como a defesa formal ou técnica, confiada a advogado de confiança ou a defensor dativo. Desta sorte, assim como a não intimação do advogado, de confiança ou não, para a audiência de inquirição de testemunhas, viola o princípio da ampla defesa, consagrado na Constituição Federal, infringe também esse princípio a não intimação do réu para ato processual dessa mesma natureza.

Nessas condições, *data venia* das douts opiniões em contrário, acompanho o voto do eminente Relator: dou provimento ao recurso.

Em suma, Srs. Ministros, o caso se me revela caso de falta de defesa – decerto que não de deficiência (ver Súmula n. 523-STF) –, razão pela qual estou votando no sentido de proclamar a nulidade do processo desde quando, lá na origem, o Juiz do processo nomeou defensor para ambos os acusados. Certamente que os efeitos da ordem alcançam o corréu, Etalívio Viegas.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Pedi vista dos autos para melhor análise dos fatos e de molde a melhor refletir sobre algumas das questões postas pelo impetrante.

O paciente foi denunciado, conjuntamente com outros 8 acusados, por latrocínio ocorrido em 29 de outubro de 1984. Eis como foram descritos os fatos pela denúncia:

Consta do incluso inquérito policial, que os ora denunciados, todos policiais civis, *sponte propria*, (...) no dia 29 de outubro de 1984, por volta das 18:00 horas, no trevo do Lagarto, em Várzea Grande, início da BR-364, montaram uma barreira, efetuando prisões e apreensões.

(...)

A viagem transcorreu normalmente quando no trevo que dá entrada à cidade de Várzea Grande foram abordados pelos policiais que montavam ali uma barreira.

(...)

Os ocupantes revelaram que procediam da "Ponta do Aterro" onde venderam alguns veículos e estavam dirigindo-se para Cuiabá onde comprariam outros carros, que seriam revendidos na "Ponta do Aterro".

Sem que nada fosse encontrado no carro ou com seus ocupantes, os policiais determinaram que o taxista retornasse para Cáceres, prendendo os 4 ocupantes no camburão Gurgel, juntamente com mais 2 mulheres e um elemento conhecido de *Nilton* pela alcunha de "*Tio Patinhas*". Em seguida, as mulheres foram transferidas para o interior da viatura Veraneio que se encontrava naquele local. Após serem recolhidos no Camburão permanecerem ali por mais ou menos 3 horas, quando foram retirados um por um e interrogados.

(...)

Não há dúvida que as vítimas *Minamar*, *Adelson* e *José Laurentino Carlos* portavam grande soma em dólares, pois os carros vendidos na "Ponta do Aterro" o são para *Bolivianos* que efetuam pagamento em dólares a exemplo de *Nilton* que também lá vendera e retornava com US\$ 2.500 dólares.

Assim que, em vista dos elementos portarem grande soma de dólares, os policiais que montavam a barreira acordaram entre si a morte de *Minamar*, *Adelson* e *José Carlos*, para subtraírem os dólares.

Assim, de comum acordo e ajuste entre os denunciados, mediante disparos de arma de fogo, eliminaram as indefesas vítimas, sendo que *Minamar* foi encontrado com as mãos amarradas para trás, com tira de toalha azul.

Os cadáveres das vítimas foram encontrados nos lugares denominados "*Pazrinhpo*" (dois cadáveres) e três cadáveres na estrada que demanda a cidade de Nossa Senhora da Guia.

Porém, ao todo foram encontrados sete cadáveres, sendo mais dois encontrados à margem da Rodovia Cuiabá-Cáceres. Com referência aos cadáveres das vítimas Delso Pereira de Araújo e João Batista Zaccoro e dos não identificados, serão objetos de outra denúncia, posteriormente.

Após as vítimas serem eliminadas, o denunciado *Ézio Guimarães Santiago*, no dia 30.10.1984, vendeu ao Banco do Brasil S/A, agência de Cuiabá, US\$ 480 (quatrocentos e oitenta dólares). No dia 31.10.1984, o denunciado *Roberto Magalhães Pinto* vendeu também ao mesmo estabelecimento Bancário já referido US\$900 (novecentos dólares), recebendo a importância de CR\$ 2.348.100,00 conforme boleto de compra n. 147542, tudo conforme notícia o documento de fls. 130.

Pelo auto de exibição e apreensão de fls. 139 foram apreendidos em poder de *Maria José Genaro* - esposa do denunciado *Aguinaldo Godoy* US\$440,00.

Assim, não há dúvida que os ora denunciados de comum acordo, ajuste e execução entre eles, mataram as vítimas *Minamar*, *Adelson* e *Zé Carlos* para roubarem os dólares que portavam consigo no momento em que foram presas na barreira montada no Trevo do Lagarto na noite de 29 de outubro de 1984.

Não sendo encontrados alguns dos acusados, dentre eles o paciente, os autos foram desmembrados, prosseguindo-se com relação aos presos nos mesmos autos (fl. 137).

Citado o paciente por edital (fl. 141), não compareceu à audiência de interrogatório, pelo que lhe foi nomeado defensor dativo (fl. 142), que apresentou defesa prévia, arrolando como testemunhas as mesmas da acusação (fl. 143).

Foi designada a data de 20 de novembro de 1985 para a oitiva das testemunhas de acusação, que não se realizou, porque não foi expedido o mandado (fl. 144).

À fl. 145-166, encontram-se os termos de oitiva das testemunhas da acusação e audiência de acareação. Não há o número do processo aos quais se referem, não se sabendo precisar, portanto, se a audiência teria sido redesignada, ouvindo-se as testemunhas de acusação arroladas no processo desmembrado ou nos autos originais. Apenas na sentença é que o magistrado esclarece o que ocorreu, como adiante se verá.

Na fase a que se referia a antiga redação do artigo 499 do Código de Processo Penal, a defesa do paciente nada requereu (fl. 128).

Em alegações finais, a defesa protestou pela absolvição do paciente, diante da falta de provas (fls. 173-174).

A sentença foi proferida em 12 de maio de 1994, podendo-se ressaltar os seguintes trechos, de relevância para a análise da matéria ora sob exame:

(...)

Por despacho de fl. 202, o feito foi denunciado, com fundamento no art. 80 do CPP, prosseguindo-se nos autos originais, apenas com relação aos réus presos, cuja ação penal já chegou ao seu término, com prolação de sentença que se encontra às fls. 355 e 389, sendo todos condenados à pena de multa de CZ\$ 30,00 (trinta cruzados) e 45 (quarenta e cinco) anos de reclusão (*Laury* e *Moacir*), 40 (quarenta) anos de reclusão (*Aguinaldo*, *Oswaldo*, *Ézio* e *Roberto*), 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, para *Sérgio Rogério Borges*. Decisão mantida pelo T.J. conforme acórdão às fls. 390-391.

Os acusados Nelson Siqueira Lopes e Etalvío Viegas foram citados, conforme editais de fls. 205-206, por se encontrarem em local ignorado (fls. 203v).

Não comparecendo para serem interrogados, aos 31.05.1985, às 14:30 horas (fls. 206v), tiveram decretada a revelia, nomeando-se-lhe defensor dativo, que ofereceu, às fls. 208, defesa prévia, arrolando as mesmas testemunhas que o M.P.

Designou-se o dia 20.11.1985, às 13:30 horas, para inquirição das testemunhas arroladas na denúncia, não se realizando a audiência e juntando-se aos autos cópias dos respectivos depoimentos, prestados nos autos originais, que se encontram às fls. 210-B a 218 (Nilton José Curvo) e fls. 219 a 221 (Geraldo Puziol), bem como cópias da acareação feita com Nilton José Curvo, às fls. 222 a 231.

Na fase do art. 499 do CPP, nada foi requerido, como se vê, às fls. 348 e 348v.

As alegações finais do MP propugnando pela condenação dos acusados, encontram-se às fls. 349-350, e as da defesa, às fls. 352-353, pretendendo a absolvição por falta de provas.

A denúncia foi instruída com inquérito policial que se iniciou por ordem do Secretário de Segurança Pública, e tramitou pela Delegacia Especial de Polícia – CIOP/SSP/MT.

(...)

Para o cálculo da pena de Nelson Siqueira Lopes, considerei que agiu com dolo intenso, comandava uma das equipes de policiais na barreira, é primário sem antecedentes criminais, sua conduta social não demonstra aspectos relevantes, sua personalidade, entretanto, demonstra insensibilidade e distorção completa de valores sociais e morais; o motivo do crime foi a ambição desmedida em obter valores de posse das vítimas, ainda que em prejuízo de suas vidas para que não revelassem quais os autores; as circunstâncias eram totalmente desfavoráveis às vítimas que não tiveram como desobedecer à ordem policial de parada na barreira, até porque, o acusados estavam devidamente paramentados de policiais, com viaturas policiais e em local onde há posto policial de fiscalização de veículos e pessoas; as conseqüências foram gravíssimas e irreparáveis, não tendo as vítimas, em nada, contribuído para que fosse sacrificadas.

Assim, parti da pena-base de 27 anos, devido à multiplicidade de circunstâncias previstas no art. 59 do CPB desfavoráveis ao acusado, não encontrando circunstâncias atenuantes a considerar, agravei-a de 2/3, com base nos arts. 61, II, **c** (recurso que tornou impossível a defesa das vítimas, pois foram amarradas antes de ser executadas) e art. 61, II, **g** (violação de dever inerente à profissão, já que, como policial, era pago para promover a segurança pública e não para assassinar inocentes) e, ainda, aumentei-a de 1/3 por reconhecer a prática do crime continuado (art. 71 do CPB), tornando-se definitiva, como constou da condenação. (fls. 214-229)

A defesa não apelou desta decisão, transitando em julgado a condenação.

Apenas em 13.07.2007 é que o mandado de prisão foi cumprido (fl. 240). Impetrou-se, então, ordem de *habeas corpus* perante o tribunal *a quo* alegando-se a nulidade da citação por edital do paciente, a nulidade em razão do empréstimo de prova dos autos originais, produzida sem o crivo do contraditório da defesa do paciente, e a nulidade em razão da falta de fundamentação para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. A ordem foi denegada com base nos seguintes argumentos:

I - Da alegada nulidade por ausência de citação válida.

Vergastam os impetrantes contra citação realizada por edital, ao argumento de que o paciente é natural de Rezende, Cidade do interior do Estado do Rio de Janeiro, e que a Justiça Matogrossense não enredou esforços em localizá-lo naquela cidade.

Buscam, por essa razão, a nulidade da citação editalícia por ausência de esgotamento para o chamamento do réu ao processo.

(...)

Relativamente à citação ficta, além das formalidades essenciais, ainda se exigem, obrigatoriamente, aquelas outras decorrentes dos pressupostos da *in jus vocatio* por edital.

Nos termos do artigo 361 do Código de Processo Penal, cita-se o réu por edital se não for encontrado.

Muito embora os impetrantes não tenham apresentado, como prova pré-constituída, toda a *persecutio criminis*, apenas extraindo cópia de parte do processo original, afinal, não há uma cronologia numérica lógica que, ao meu sentir, *data venia*, agiram com astúcia, à fl. 69-TJ conta *mandado de prisão* em desfavor do paciente, em razão de provável deferimento da representação pela prisão preventiva do mesmo, formulada pelo DD. Delegado de Polícia, Bel. José Francisco de Oliveira Filho, pois segundo narra o relatório do inquérito policial:

(...) Ante as evidências dos fatos, com o conseqüente aparecimento dos corpos das vítimas em locais diversos, os quais pela última vez foram deixados sob responsabilidade dos policiais civis que compunham a barreira Trevo do Lagarto, em data supra, conforme depoimento de Nilton José Curvo, via da Portaria n. 035/84/GS/Interna, baixada por S. Exa., o Secretário de Segurança Pública, fora determinada a abertura do presente I.P. e, consoante Ordem de Serviço, às fls. fora determinado pelo Senhor Secretário a detenção Administrativa dos Policiais relacionados, 'Tendo em vista os veementes indícios de estarem envolvidos no massacre de 05 ou 07 pessoas, ocorridos na noite de 29 de outubro passado.

Cumprida a referida O.S., foram os policiais: (...) encontram-se em local incerto e não sabido: *Nelson Siqueira Lopes* e *Etalvio Viegas*, com qualificação indireta no bojo destes autos (...) (Sic fl. 67-TJ)

O esgotamento dos meios de comunicação da imputação que pesa contra alguém tem seu início quando da instauração do inquérito policial, ainda na fase inquisitiva. Dessarte, por se tratar o paciente, à época dos fatos, de servidor público, convictamente, que possuía endereço fixo no distrito da culpa, porém, evadindo-se do local donde praticara o delito, poder-se-ia muito bem se instalar em qualquer lugar diverso deste.

Ademais, é anormal que um servidor público, atuante na corporação, que aduz não ter participado do crime de latrocínio, efetue a mudança de endereço para o Estado do Rio de Janeiro sem ao menos comunicar seu superior. Na espécie, é perfeitamente aplicável o artigo 565 do CPP, afinal, o paciente evitou que a citação fosse realizada pessoalmente, desaparecendo de Mato Grosso. Logo, não pode alegar nulidade de tal ato para se servir de objetivos impossíveis.

Por conseguinte, não basta que venha agora em juízo alegar que sempre esteve em sua cidade natal (Resende-RJ), no afã de convencer o Estado, como poder punitivo, à obtenção da nulidade do processo; afinal, não há quaisquer outras evidências nestes autos, senão as parcas argumentações dos impetrantes. Inobstante a contenda, os documentos de fls. 36-52-TJ são todos recentes, o que nem de longe comprova que o mesmo residia em sua cidade natal desde 1984.

Ademais, não vislumbrei neste *mandamus* sequer a Certidão do Oficial que se esforçou para encontrá-lo, o que não permite uma conclusão diversa, senão de que a citação editalícia foi perfeitamente realizada. Logo, não há evidência de nulidades a serem sanadas.

(...)

Por derradeiro, a citação editalícia no processo penal deriva da necessidade em que se encontra o Estado de promover a persecução penal contra os que violaram a ordem jurídico-penal, independentemente das circunstâncias de poderem, ou não, ter notícia da acusação intentada.

Assim sendo, tendo o paciente foragido do distrito da culpa, não sendo permitido ser citado *in faciem*, nem por isso ficou o Estado impedido de dar andamento ao procedimento penal condenatório, resguardando o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que foi devidamente respeitado pelo juízo coator.

Por essas razões, na verifiquei nulidade da citação editalícia pela 4ª Vara Criminal da Capital - MT, consubstanciando em citação perfeitamente válida, o que vincula o paciente em todos os termos do processo condenatório.

II - Da alegada violação da ampla defesa e do contraditório relativamente à oitiva das testemunhas de defesa em processo desmembrado.

Os impetrantes sustentam haver uma segunda nulidade presente nos autos. Alega, em suma, que:

(...)

Pois bem, acredito que os impetrantes não aplicaram cuidadosamente a mente quanto à realidade do processo que subsidiou a verdade real dos fatos com relação ao paciente *Nelson Siqueira Lopes*.

Fazendo uma retrospectiva processual, em 27 de novembro de 1984, o Juiz de Direito então à época dos fatos, hoje emérito Desembargador desta Corte, Paulo Inácio Dias Lessa, proferiu a seguinte decisão, *verbis*:

(...)

O feito foi desmembrado justamente após o interrogatório dos 7 réus presos, permanecendo o paciente entre os 02 (dois) réu foragidos, que teve seu processamento apartado dos demais, sendo que estes tiveram seus ulteriores termos continuados.

Conclui-se, então, que as testemunhas arroladas nas defesas prévias dos réus presos (autos originais) não aproveitam ao paciente, salvo aquelas arroladas pela acusação na denúncia. Nisso, até os impetrantes concordam, *verbis*:

(...)

Ora, se a defesa prévia do paciente arrolou como suas testemunhas de defesa as mesmas inventariadas na denúncia, não há que se falar em cerceamento de defesa ou contraditório, afinal, à fl. 104-TJ encontra-se o Termo de Assentada de *Nilton José Curvo* e, à fl. 113-TJ, o Termo de Assentada de *Geraldo Puziol*. Inclusive, às fls. 116 *usque* 125-TJ resta comprovada a acareação judicial realizada entre as duas testemunhas do processo.

De mais a mais, não logrei encontrar, como prova pré-constituída do mandamus, qualquer pedido formulado pela defesa de que gostaria que fosse aproveitada a assentada de alguma testemunha arrolada no processo original, afinal, à fl. 128-TJ consta manifestação do Procurador do Estado - Defensoria Pública - na fase do artigo 499 do CPP, assim exprimindo: "(...) Nada a requerer. Cuiabá, 21.05.1986 (...)".

Ora, à defesa do paciente fora oportunizada indicar ao juiz alguma diligência complementar que, na sua visão, seria indispensável à busca da verdade real, todavia, não o fez, decorrendo preclusão consumativa de seu direito.

Na oportunidade, já assentou o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

(...)

Assim, não se visualizou "qualquer acordo entre as partes para não realização de prova acusatória ou a suposta desistência da oitiva de testemunhas" (fl. 18-

TJ), porque, efetivamente, não houve tais manobras no processo que condenou o paciente.

Diante da ausência de prejuízo, não há o que ser anulado; logo, inexistente constrangimento ilegal por inexatidão do procedimento criminal.

III - Da alegada nulidade da sentença por violação ao inciso IX do artigo 93 da CF e artigos 59 e 68 do Código Penal.

Os impetrantes fustigam, por fim, a falta de proporcionalidade quanto à fixação da pena-base e a exasperação da agravante prevista no artigo 61 do Código Penal.

Desde que a decisão guerreada forneça elementos para análise, e sem adentrar no conjunto fático-probatório, é possível examinar a dosimetria da pena.

Cediço que o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento, devendo se atentar circunstâncias judiciais que envolvem o crime, nos aspectos objetivos e subjetivos, constituindo efeito residual das circunstâncias legais.

(...)

Em que pesem às argumentações dos impetrantes, entendo que a razoabilidade e a proporcionalidade como meios necessários à fixação da pena-base foi, *in casu*, adequados e proporcionais aos fins colimados (prevenção e repressão). Afinal, o Magistrado fixou-a pela soma das condutas do paciente, ou seja, 03 (três) autorias e mais 03 (três) co-autorias de latrocínio. Na esteira, o STJ:

(...)

Houve justificativa racional na atuação, enquadrando-a no conjunto de regras e princípios albergados pela Constituição, como imprescindível derivação do princípio do devido processo, baseado no princípio da razoabilidade.

Alçou, outrossim, a proporcionalidade, adequando o necessário à finalidade e ao objetivo, bem como verificou, no cotejo dos interesses protegidos e atingidos pela atuação estatal, a dosimetria que devesse prevalecer no caso concreto; portanto, não é objeto de nulidade a parte dispositiva da sentença, porque está formal e constitucionalmente fundamentada, bem como está dosada na medida da conduta do paciente.

Do conseguinte, o mesmo raciocínio translada-se para as circunstâncias agravantes, constantes no artigo 61, inciso II, alínea **c** (recurso que tornou impossível a defesa da vítima) e **g** (violação de dever inerente à profissão), do Código Penal, não havendo que se falar em exacerbação sem fundamentação legal, consubstanciando na transgressão ao inciso IX do artigo 93 da Carta Magna.

Com esses fundamentos, em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, *denego* a ordem, diante da não ocorrência de qualquer nulidade

no processo-crime que condenou o paciente à pena privativa de liberdade de 54 anos de reclusão, a ser cumprido em regime fechado, e ao pagamento de 360 salários-mínimos, à razão de 1/6 do maior salário mínimo mensal vigente à época dos fatos. (fls. 267-279)

No que se refere, portanto, à alegada nulidade da citação por edital acompanhado o voto do Ministro Nilson Naves, porque efetivamente entendo que, estando o paciente reconhecidamente foragido à época da citação, não se poderia exigir do Estado que efetuasse outros tipos de diligência além daquelas já levadas a cabo para o cumprimento do mandado de prisão. Aliás, a dificuldade para encontrá-lo, de mais de treze anos, mesmo havendo contra ele mandado de prisão expedido, aponta para a regularidade da citação por edital.

No que se refere à alegada nulidade por violação ao contraditório e ampla defesa em razão do empréstimo de prova produzida nos autos originais sem a presença da defesa, o fator que me torna resistente ao seu reconhecimento é o momento em que suscitada.

No caso, é de se ressaltar que o paciente foi assistido por defensor público em todos os atos do processo e que, sentenciado em 12 de maio de 1994, não houve interposição de recurso, transitando em julgado a condenação. Inacreditáveis 14 anos depois de absoluto silêncio, impetrou-se ordem de *habeas corpus* perante o tribunal *a quo* visando ao reconhecimento da nulidade em nenhum outro momento invocada.

Tenho votado no sentido de não reconhecer nulidades em situações tais como a falta de intimação pessoal do defensor público e a falta de intimação para a apresentação de defesa prévia, quando, após o trânsito em julgado, e geralmente passado longo tempo, a defesa se apercebe de determinada irregularidade e passa a suscitar nulidade que em nenhum momento foi invocada no curso do processo. Eis alguns casos em que votei entendendo dessa forma:

Processo Penal. *Habeas corpus*. 1. Intimação pessoal da data de sessão de julgamento de apelação. Defensor dativo. Necessidade. Nulidade. Precedentes. 2. Excepcionalidade do caso. Ciência pela imprensa oficial. Posterior ciência pessoal do acórdão. Silêncio de cinco anos sem qualquer impugnação. Nulidade. Não reconhecimento. 3. Ordem denegada.

1. A falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da sessão de julgamento do recurso de apelação torna nulo o acórdão proferido, por cerceamento de defesa. Precedentes.

2. Todavia, não é de reconhecer referida nulidade em casos excepcionais, como o presente, em que houve a intimação de defensor dativo da data de sessão de julgamento de apelação pela Imprensa Oficial, seguida de ciência pessoal do causídico do acórdão, sem qualquer impugnação, por mais de cinco anos.

3. Ordem denegada. (STJ, Sexta Turma, HC n. 68.167-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.02.2009, DJ de 16.03.2009)

Processo Penal. *Habeas corpus*. Nulidade. Intimação da data de sessão de julgamento de apelação. Defensor dativo. Ciência pela imprensa oficial. Posterior ciência pessoal do acórdão. Silêncio. Nove meses. Preclusão.

1. A intimação de Defensor dativo da data de sessão de julgamento de apelação pela Imprensa Oficial, seguida de ciência pessoal do causídico do acórdão, sem qualquer recurso, por nove meses, enseja a preclusão da arguição da nulidade.

2. Ordem denegada. (STJ, Sexta Turma, HC n. 46.599-SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.08.2007, DJ de 03.12.2007, p. 365)

Também tenho a ressaltar que a defesa do paciente se deu quando ainda não existia a previsão de suspensão do processo, que apenas passou a integrar o ordenamento jurídico em 1996, com a Lei n. 9.271. Correndo o processo à revelia, não havia como produzir a prova na presença do acusado, assim como não consta que a defesa tivesse outras provas a produzir em seu favor.

Ademais, particularidades do caso fazem-me discordar do voto condutor, com a devida vênia do Eminentíssimo Ministro Relator, já que se trata de crime bastante grave, em que policiais civis montaram uma “barreira policial” no início da BR-364, em Várzea Grande, com o fim de subtrair o dinheiro de pessoas que haviam vendido automóveis em uma feira livre na cidade de Cárceres. Para isso, teriam executado sete pessoas, todas da mesma maneira - com os pés e mãos amarrados - e abandonado seus corpos à margem da Rodovia.

No caso, se for reconhecida a nulidade, fatalmente estará prescrito o crime, pois desde o momento de constituição do defensor dativo, em 25 de junho de 1985, até a presente data, já transcorreram mais de 20 anos. Destaque-se, ademais, que o paciente apenas veio a ser preso no ano de 2007, tendo cumprido pouco mais de 1 ano da pena que lhe fora imposta.

No que se refere à alegação de falta de fundamentação para a imposição da reprimenda em patamar tão elevado, reservo a minha manifestação, dependendo do resultado da votação, para momento posterior ao voto do Ministro Relator, que ainda não chegou a se pronunciar sobre a matéria.

Ante o exposto, com o devido respeito aos votos dos eminentes Ministros Nilson Naves e Paulo Galotti, voto pela denegação da ordem.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Nelson Siqueira Lopes, policial civil, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que denegou o *writ* ali manejado.

O paciente foi denunciado, juntamente com outros 8 (oito) policiais, pela prática do delito descrito nos arts. 157, § 3º – três vezes –, c.c. o 29, ambos do Código Penal.

Narra a denúncia que os acusados, em 29 de outubro de 1984, montaram uma barreira policial, no início da BR-364, em Várzea Grande, no Mato Grosso, objetivando subtrair o dinheiro de certas pessoas que haviam vendido automóveis em uma feria livre na cidade de Cárceres. Para tanto, teriam executado cinco homens e duas mulheres, todas da mesma maneira – com pés e mãos amarrados –, abandonado-as à margem da Rodovia.

Os policiais foram julgados e condenados pela morte de três pessoas – Minamar, Adelson e José Laurentino. As outras quatro mortes estão sendo apuradas em outro processo.

Os autos foram desmembrados em relação aos réus Nelson Siqueira Lopes e Etalívio Viegas, por se encontrarem foragidos do distrito da culpa, tendo sido realizadas suas citações por meio de editais e decretada suas prisões preventivas, efetivadas contra o paciente apenas em 13.07.2007.

Sobreveio a sentença que condenou o ora paciente à pena de 54 (cinquenta e quatro) anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. A Defensoria Pública, apesar de intimada, deixou transcorrer *in albis* o prazo recursal.

Em sede de *habeas corpus*, alegou-se a nulidade da citação editalícia, a nulidade do processo por violação do contraditório e da ampla defesa, em razão do empréstimo de prova dos autos originais, produzida sem a presença da defesa, bem como ausência de fundamentação na dosimetria da pena.

O Ministro Nilson Naves, Relator, concedeu a ordem para anular o processo por ausência de defesa técnica, sendo acompanhado pelo Ministro Paulo Gallotti. A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, divergiu, denegando-a.

Após, pedi vista dos autos, para melhor análise da questão relativa à ausência de observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

É o relatório.

Não há, pois, que se falar em nulidade do processo.

Decretada a revelia e não tendo o réu defensor constituído, o Juízo de primeiro grau, em atendimento às normas processuais, nomeou defensor público ao paciente para a sua defesa até o final do processo.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento sumulado de que, 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. Tendo sido nomeado defensor público que teve oportunidade de se manifestar em todas as fases processuais – e, de fato, o fez –, não há que se falar em falta de defesa.

Como bem ressaltou a Ministra Maria Thereza, as provas dos autos demonstram que foi apresentada a defesa prévia (fl. 143), arrolando-se as mesmas testemunhas de acusação, bem como oferecidas as alegações finais (fls. 173-174), as quais, apesar de sucintas, defendem a tese da ausência de prova de autoria e pedem a absolvição do paciente.

É certo ainda que, na fase do art. 499 do CPP – hoje revogado pela Lei n. 11.719/2008 –, a defesa do paciente não requereu nenhuma diligência, faculdade assegurada tanto à acusação quanto à defesa.

De outra parte, a juntada dos depoimentos das testemunhas de acusação, inquiridas no processo principal, aos autos desmembrados, não constitui nulidade por prova emprestada, mas prova comum, pois dizem respeito aos mesmos fatos e às mesmas partes. Além do mais, a defesa do paciente teve a oportunidade de contraditá-las, como dito acima, por todos os meios admissíveis.

Em tais circunstâncias, a prova oral produzida sob contraditório, proveniente de processo cujos autos foram desmembrados em relação ao réu, é legítima e pode ser admitida para fundamentar a condenação, notadamente quando está embasada em outros elementos de convicção, o que parece ser a hipótese dos autos.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado. Reabertura da ação penal. Novos indícios de autoria. Prova emprestada. Depoimentos de

testemunhas presenciais do crime, colhido em outro processo, contra o mesmo acusado. Contraditório preservado. Precedentes.

1. Não há nulidade em se admitir prova emprestada como indício de autoria, para a reabertura da ação penal, sobretudo como na espécie, onde foi colhida originariamente, sob o crivo do contraditório, em processo no qual o Paciente figura como acusado por crimes de igual natureza.

2. Precedentes desta Corte Superior.

3. Ordem denegada. (HC n. 68.155-RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 06.08.2007)

Convém ressaltar, somente a título de argumentação, que o direito de defesa é absoluto, indisponível e incontestável, todavia, quem dá causa à sua afronta não pode, posteriormente, dele se beneficiar, devendo o Poder Judiciário avaliar cada caso concreto com todas as suas particularidades.

No caso, a alegação de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório mais se revela como estratégia de defesa, até porque não foi suscitada em qualquer fase do processo, o qual correu à revelia, mas somente após o paciente ser preso em 2007, ou seja, dezoito anos após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A propósito, colho e seguinte precedente:

(...)

2. O direito constitucional à ampla defesa, um dos pilares inarredáveis do Estado Democrático de Direito, não pode ser desvirtuado para convalidar a própria torpeza de quem, em seu nome, se vale de estratégias para obstaculizar ao trâmite regular do processo.

(HC n. 36.107-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 05.03.2007)

Diante do exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Um dos temas desta ação se prende à nulidade da citação. Mas, nesse ponto, houve convergência de votos, todos arrendando-a. Meu voto igualmente não vê nulidade de citação.

O outro tema diz respeito à nulidade do processo por violação ao princípio da ampla defesa.

De feito, aqui está a divergência entre os votos do eminente Relator e dos ilustrados Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes. O Relator reconhece a nulidade, ao passo que os dois outros votos a afastam.

A questão está no valor da prova emprestada, produzida sem a presença do réu e de seu defensor.

A Ministra Maria Thereza considera que o processo seguiu regular, pois nenhuma reclamação foi feita nem na fase do antigo artigo 499 do Código de Processo Penal, nem nas alegações finais. Além disso, somente depois de trinta e oito anos do trânsito em julgado da sentença é que vem o paciente reclamar de violação a seu direito de ampla defesa.

O que me parece relevante, com a vênua sempre devida, é a incontroversa circunstância de que a prova emprestada foi produzida sem a presença do réu e de seu defensor. O juízo limitou-se a juntar cópia dos depoimentos tomados na ação penal de corrêu, e, com essa simples providência, considerou cumprida a prova da acusação, sem perceber que estaria cerceando o direito de defesa.

Claro está, que, sem acompanhamento de defensor, não houve reperguntas nem se coletou a prova com a regularidade que o princípio constitucional da ampla defesa exige.

A ausência de oportuna arguição, seja na fase de diligências previstas na antiga redação do artigo 499 do estatuto processual penal, seja nas alegações finais, só agrava a lesividade causada ao paciente, a mostrar que defesa efetiva realmente não houve.

O decurso de dezoito anos de tempo após o trânsito em julgado não me impressiona: o paciente não é técnico em direito, ao passo que um profissional pode, examinando os autos dezoito anos depois, divisar uma nulidade absoluta e apontá-la somente agora, cuidando então de tomar as providências em defesa do acusado.

Esta Corte, por outro lado, já decidiu que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, pois não se sujeitam à preclusão, podendo ser arguidas mesmo após o trânsito em julgado da condenação.

Nesse sentido:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Leis n. 10.409/2002 e 11.343/2006. Rito procedimental. Inobservância. Defesa prévia. Recebimento da denúncia. Nulidade absoluta.

1. Não obstante a existência de precedentes em sentido contrário à orientação expedida no provimento atacado, não se vislumbram razões que justifiquem o acolhimento da pretensão recursal.

2. Com a ressalva do ponto de vista do Relator, a orientação firmada pela Sexta Turma do Superior Tribunal é no sentido de que configura nulidade absoluta a ausência de notificação para defesa preliminar prevista no art. 38 da Lei n. 10.409/2002.

3. De outra parte, com razão o *parquet* federal ao afirmar que o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito da alegada nulidade do processo, por descumprimento da referida exigência legal.

4. Entretanto, como dito na decisão agravada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, tratando-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida em sede de apelação, não há falar em supressão de instância, em face da devolutividade integral da causa à instância superior.

5. Ademais, é certo que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, ou seja, não se sujeitam à preclusão, podendo ser declaradas de ofício e a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado da condenação.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 83.112-SP, Ministro Og Fernandes, DJe 08.06.2009) (Grifo nosso);

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. Crime de parcelamento irregular de solo urbano. Pleito de anular condenação, após três anos do seu trânsito em julgado e do cumprimento integral do *sursis*. Nulidades relativas. Preclusão.

1. É bem verdade que as nulidades absolutas não se convalidam com o tempo, não se sujeitando à preclusão. Todavia, os vícios apontados pelo Impetrante não denotam essa natureza, não importando em ferimento de nenhuma das garantias constitucionais, na medida em que se tratam, de fato, de mero juízo valorativo sobre a materialidade e autoria do crime, e a respeito de irregularidades processuais que não trouxeram quaisquer prejuízos à defesa.

2. Refoge à via do *habeas corpus* o exame de alegações difusas e desconexas, sem suporte probatório dos autos, que demonstram apenas o interesse em anular condenação penal há muito transitada em julgado, que em mais nada ameaça a liberdade de locomoção do Paciente.

3. Sobrevindo o trânsito em julgado da condenação do ora Paciente, sem que houvesse qualquer irrisignação da defesa acerca das alegadas nulidades até a impetração do presente *habeas corpus*, impõe-se o reconhecimento da preclusão.

4. Ordem denegada.

(HC n. 61.982-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15.12.2008) (Grifo nosso).

Não se pode deixar de consignar que o direito de defesa não deve transformar-se em um direito meramente formal, um “simulacro” de defesa, mas uma defesa efetiva, concreta, em que o defensor exerça mesmo um trabalho em favor do acusado. Abrir prazos para o exercício da defesa, arrolar testemunhas que não são ouvidas, ou que são ouvidas sem a presença do réu e de seu defensor, ou apresentar alegações finais sem o mínimo de idéias concatenadas, dispersivas, apenas para constar defesa, equivale à ausência de defesa, não só simples deficiência de defesa.

Atento a essa situação peculiar neste autos, anulo o processo, a partir da nomeação de defensor dativo para o paciente, com extensão ao corréu Etalvívio Viegas, que se encontra na mesma situação.

É como voto, sempre com o máximo respeito aos votos contrários.

HABEAS CORPUS N. 112.799-SP (2008/0172426-1)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Calebe Valença Ferreira da Silva

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: E. A. de O. I. (internado)

EMENTA

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao delito de roubo qualificado. Estudo multidisciplinar do caso (art. 186 do ECA). Possibilidade do magistrado indeferir sua realização. Medida socioeducativa. Internação. Gravidade abstrata. Ausência de fundamentação concreta. Apelação. Efeito suspensivo. Revogação do inc. VI do art. 198 do ECA. Ordem concedida em parte, inclusive de ofício.

1. Hipótese em que se alega cerceamento de defesa por não ter sido realizado o estudo de caso determinado no art. 186, § 2º, do ECA, bem como seja concedido ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado do procedimento em liberdade, respeitado o princípio da não culpabilidade.

2. O Juiz não está obrigado a realizar o estudo multidisciplinar, podendo, diante das peculiaridades do caso concreto e de forma fundamentada, indeferir o pedido para a sua realização.

3. Em que pese a possibilidade de imposição da medida socioeducativa de internação para os atos infracionais praticados com violência ou grave ameaça, nos termos do disposto no art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990, no presente caso verifica-se que a medida foi aplicada ao paciente sem que fosse demonstrada a devida e concreta fundamentação.

4. A medida de internação foi imposta com base na gravidade abstrata do ato infracional e considerações genéricas sobre a possibilidade de a segregação contribuir para a recuperação do menor, revelando-se evidente o constrangimento a que está submetido o paciente.

5. Deixando de existir regramento específico sobre os efeitos com que a apelação deve ser recebida nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, impõe-se a aplicação a regra do *caput* do artigo 198, que determina a utilização do sistema recursal do Código de Processo Civil.

6. A aplicação temporária da medida socioeducativa da liberdade assistida para o paciente se mostra a mais adequada na presente hipótese, pois assegura ao menor o direito de responder ao procedimento em meio aberto, contudo, permite o seu acompanhamento por pessoa capacitada para auxiliá-lo e orientá-lo de forma a reduzir a possibilidade de novo envolvimento em atos infracionais.

7. *Habeas corpus* concedido em parte, inclusive de ofício, para anular a decisão de primeiro grau que aplicou ao paciente a medida de internação por prazo indeterminado e determinar que outra seja proferida, com a aplicação de compatível medida socioeducativa, assegurado ao paciente o direito de aguardar a nova medida socioeducativa em liberdade assistida.

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, conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 05.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de E. A. de O. I., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Busca a impetrante a anulação do feito, afirmando ter havido “cerceamento de defesa por não ter realizado o estudo de caso determinado no art. 186, 2º, do ECA”, bem como seja concedido ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado do procedimento em liberdade, respeitado o princípio da não culpabilidade.

As informações foram prestadas pela Juíza de primeiro grau às fls. 36-37 e pela autoridade coatora às fls. 46-47.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (fls. 85-87), opinou pelo denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): Ao indeferir o pedido de realização de estudo do caso, disse o Magistrado:

Indefiro a realização de estudo social, uma vez que referido requerimento quando formulado em defesa prévia não foi devidamente justificado. Ademais, observe-se que, ao contrário do aduzido pela Defesa, desnecessária a realização de estudo social do caso, a uma, porque referido estudo não decorre de norma impositiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, a duas, porque as próprias testemunhas arroladas pela Defesa fizeram-se claras ao asseverar que o menor em sua residência não experimentava nenhum tipo de problema, a três, porque a toda evidência que mesmo possuindo família estruturada não foi capaz de resistir ao mundo infracional e, finalmente, a quatro, porque, constante dispõe a Súmula n. 108, do STJ: "A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ator infracional, é da competência exclusiva do Juiz" que, por sua vez, adiante-se, no caso exige a de internação. Assim, não há que falar-se em nulidade ou cerceamento do direito de defesa. (fls. 18-19)

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o provimento em acórdão que ficou assim resumido:

Habeas corpus. Ato infracional equiparado ao delito de roubo. Alega nulidade por cerceamento de defesa, em razão da ausência de elaboração de estudo técnico e violação do princípio da presunção de inocência. O estudo psicossocial não é indispensável à livre convicção do julgador. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência, diante do disposto no inciso VI do art. 198 do ECA. Não ocorrência de ilegalidade a ensejar nulidade dos autos.

Ordem denegada. (fl. 114)

O artigo 186, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim prevê:

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

(...)

§ 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso. (g. n.)

Extraí-se da simples leitura do aludido parágrafo que o Juiz não está obrigado a realizar o estudo multidisciplinar, podendo, diante das peculiaridades do caso concreto, indeferir o pedido para a sua realização, notadamente como no presente procedimento em que a decisão de indeferimento do estudo se mostrou

devidamente fundamentada, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao delito de furto qualificado. Opinião de profissional qualificado (art. 186 do ECA). Prescindibilidade. Semiliberdade. Ausência de fundamentação.

I - Pelo disposto no art. 186 do ECA, o magistrado não está obrigado a solicitar a opinião de profissional qualificado em todos os procedimentos para apuração de ato infracional. Assim, face à sua prescindibilidade, não padece de qualquer nulidade o procedimento em que não houve a realização de estudo técnico (Precedente).

II - Também não se verifica constrangimento ilegal na imposição da medida sócio-educativa de semiliberdade, se aplicada em observância ao disposto no art. 112, § 1º, da Lei n. 8.069/1990 e atentando para as peculiaridades do caso concreto.

III - Contudo, *in casu*, verifica-se que o acórdão recorrido não demonstrou a necessidade de imposição da medida sócio-educativa de semiliberdade, uma vez que não teceu quaisquer considerações acerca do caso concreto, ficando a medida imposta baseada apenas na gravidade da infração praticada.

Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 140.339-MG, Relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 1º.02.2010)

De outro lado, em que pese a possibilidade de imposição da medida socioeducativa de internação para os atos infracionais praticados com violência ou grave ameaça, nos termos do disposto no art. 122, I, da Lei n. 8.069/1990, verifico que a medida foi aplicada ao paciente sem que fosse demonstrada a devida e concreta fundamentação.

No ponto, consignou o Magistrado:

A materialidade do ato vem confirmada, além da prova oral amealhada, pelo Boletim de Ocorrência (fls. 11-12) e auto prisão e apreensão em flagrante delito de fls. 4-10, neste diapasão, tem-se que a medida sócio-educativa mais adequada ao caso, considerando-se a gravidade de ato infracional, a fraca justificativa apresentada pelo representando para referida atitude, aliás, neste contexto é de ressaltar-se que as testemunhas arroladas pela Defesa e inquiridas em audiência asseveraram que o adolescente não experimentava nenhum tipo de privação, bem como de que revelou ter personalidade fraca, facilmente envolvido e aliciado para o crime, quando afirmou: “que Sérgio ameaçou de chacotá-lo diante dos outros amigos se não participasse da empreitada”, indicam que a única medida capaz de

ressocializá-lo, reeducá-lo e impedir que envolva-se em outro ato infracional para sua própria proteção é a internação. Ressalte-se, que o ato praticado é gravíssimo e requer resposta pronta e efetiva por parte de Estado, que não pode permitir a subversão da ordem pública diante da criminalidade atualmente e infelizmente corrente. Subtrair bens de quem quer que ela seja, em concurso de agentes, mediante ameaça de morte realizada com a utilização de arma de fogo é ato que coloca em risco a segurança dos demais integrantes da sociedade. Outrossim, tem-se que a Fundação Casa é o local adequado para o cumprimento de medida sócio-educativa de internação e se, ao ganhar a liberdade o adolescente voltar a infracional, referida situação apenas revelará o quanto o comprometimento com o mundo infracional já se encontra Everton. Finalmente, a medida sócio-educativa em contento encontra-se amparada no artigo 122, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, em que pese as combativas alegações da Defesa, repita-se, deve ser submetido à medida sócio-educativa de internação.

Como visto, foi aplicada a medida de internação com base na gravidade abstrata do ato infracional e considerações genéricas sobre a possibilidade de a segregação contribuir para a recuperação do menor, revelando-se evidente o constrangimento a que está submetido o paciente, justificando a concessão da ordem, inclusive de ofício, para determinar que seja fixada outra medida socioeducativa compatível e adequada ao caso.

Vejam-se os precedentes:

A - Habeas corpus. ECA. Ato infracional equiparado a roubo duplamente circunstanciado. Concurso de agentes. Medida de internação. Motivação inidônea. Gravidade abstrata do delito. Ausência de análise das condições pessoais do menor. Ilegalidade. Ordem concedida. Similitude fático-processual do co-réu. Aplicação do princípio da isonomia processual. Concessão da extensão dos efeitos da presente decisão, de ofício.

1. A medida de internação por prazo indeterminado é de aplicação excepcional, de modo que somente pode ser imposta ou mantida nos casos taxativamente previstos no art. 122 do ECA, e quando evidenciada sua real necessidade.

2. Sua aplicação, no entanto, deve estar efetivamente pautada nas circunstâncias peculiares do caso concreto, nos casos em que o Julgador reputar imperiosa a adoção da medida extrema para a proteção integral do adolescente, finalidade precípua da Lei n. 8.069/1990, a qual visa à reintegração do menor na sociedade.

3. A fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias, no caso concreto, revelou-se genérica, sem a necessária individualização e particularização ao caso concreto. Ao revés, reportou-se o Julgador apenas à gravidade abstrata do delito que, como cediço, não serve como critério único para fixação da medida restritiva de liberdade ao menor infrator.

4. A identidade da situação fático-processual entre os co-réus permite a extensão do benefício concedido a um deles, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, a teor do art. 580 do CPP. Assim, em obediência ao princípio da isonomia processual, impõe-se, de ofício, a concessão da extensão dos efeitos da presente decisão ao agente remanescente, uma vez que a mesma fundamentação genérica foi utilizada para fixar-lhe a medida de internação.

5. Ordem concedida, para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à medida de internação, a fim de que outro *decisum* seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado.

Concede-se, ainda, de ofício, a ordem para estender os efeitos deste julgado ao co-réu *Raphael de Oliveira Nunes*.

(HC n. 86.941-SP, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 10.03.2008)

B - Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais análogos aos crimes de homicídio qualificado tentado e consumado. Internação por prazo indeterminado. Aplicação fundamentada na gravidade genérica do ato infracional. Excepcionalidade da medida. Ordem concedida.

1. Conquanto seja firme o magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o ato infracional cometido com violência ou grave ameaça a pessoa é passível de aplicação da medida socioeducativa de internação (art. 122, inc. I, da Lei n. 8.069/1990), tal orientação não afasta a necessidade de que sejam observados os princípios adotados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na aferição da medida mais adequada à recuperação, formação e reeducação do adolescente infrator.

2. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei n. 8.069/1990, art. 4º).

3. *Para a aferição da medida socioeducativa mais adequada às finalidades do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ser consideradas as condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto, não sendo automática a aplicação da internação a adolescente representado pela prática de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida mais severa (art. 122, § 2º, do ECA).*

4. *No caso, evidencia-se a existência de constrangimento ilegal na decisão que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação ao paciente baseada na gravidade abstrata do ato, sem apontar relevante motivo concreto que justificasse a imposição de medida mais gravosa.*

5. Ordem concedida para anular a sentença e o acórdão recorrido no tocante à medida imposta, determinando-se ao juiz sentenciante que profira nova decisão, devidamente fundamentada, aguardando o paciente em liberdade assistida.

(HC n. 83.315-DF, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 26.05.2008)

C - *Habeas corpus*. ECA. Ato infracional análogo ao crime de roubo. Agravo de instrumento. Concessão de efeito suspensivo. Via imprópria. Medida sócio-educativa de liberdade assistida. Provimento do apelo ministerial. Substituição por internação por prazo indeterminado. Baseada apenas na gravidade abstrata do ato infracional cometido pelo menor. Ausência de fundamentação. Constrangimento ilegal evidenciado. Concessão de ordem de ofício.

1. O *habeas corpus* não é a via adequada para se atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento, recurso especial ou recurso extraordinário, pedido que normalmente é veiculado por medida cautelar inominada e somente é acolhido em casos excepcionalíssimos. Precedentes.

2. A decisão que insere o menor infrator em internação por prazo indeterminado deve estar fundamentada em elementos concretos, sob pena de nulidade, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida sócio-educativa.

3. A gravidade do ato infracional cometido não é suficiente para, de per si, justificar a inserção do adolescente em medida sócio-educativa de internação por prazo indeterminado, porque a finalidade principal do Estatuto da Criança e do Adolescente não é retributiva, mas reeducar e conferir proteção integral ao menor infrator.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de primeiro grau que inseriu o Paciente em medida sócio-educativa de liberdade assistida, cumulada com prestação de serviços à comunidade. Estendo os efeitos da presente decisão ao menor R. de O. R., por se encontrar em idêntica situação, com respaldo no art. 580 do Código de Processo Penal.

(HC n. 64.861-SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU de 1º.10.2007)

No que diz respeito ao direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da apelação, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecia, como regra geral, que a apelação seria recebida somente com o efeito devolutivo, podendo ser conferido o efeito suspensivo, a critério da Magistrado, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, nos termos do art. 198, VI, da Lei n. 8.069/1990, *verbis*:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

(...)

VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação;

Ocorre que o referido inciso foi expressamente revogado pela Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.

Deixando de existir regramento específico sobre os efeitos com que a apelação deve ser recebida nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, impõe-se a aplicação a regra do *caput* do artigo 198, que determina a utilização do sistema recursal do Código de Processo Civil. Este, por sua vez, prevê no seu art. 520, como regra geral, que a apelação será recebida em seu duplo efeito.

Dessa forma, considerando a revogação do inciso VI do art. 198 do ECA e atento ao caráter protetivo do referido Estatuto, entendo que a melhor solução ao caso concreto é permitir que o paciente aguarde em liberdade assistida a nova medida socioeducativa a ser fixada pelo Magistrado.

Justifico a adoção temporária da medida socioeducativa da liberdade assistida para o menor porque ela é a que se mostra a mais adequada na presente hipótese, pois assegura ao paciente o direito de responder ao procedimento em meio aberto, contudo, permite o seu acompanhamento por pessoa capacitada para auxiliá-lo e orientá-lo de forma a reduzir a possibilidade de um novo envolvimento em atos infracionais.

Diante do exposto, concedo em parte o *habeas corpus*, inclusive de ofício, para anular a decisão de primeiro grau que aplicou a medida e internação por prazo indeterminado, determinando que outra seja proferida, com a aplicação de compatível medida socioeducativa, assegurado ao paciente o direito de aguardar a nova decisão em liberdade assistida.

É como voto.

Impetrado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Paciente: Tales Donato Scisínio

Paciente: Mateus Donato Scisínio

EMENTA

Penal. Processual Penal. *Habeas corpus*. Artigos 297, 299, 304, 342 e 288, todos do Código Penal. Prisão preventiva. Revogação do decreto pelo Tribunal de origem condicionada ao acautelamento das carteiras da OAB. Impossibilidade. Ordem concedida.

1. Inexiste previsão legal sobre a possibilidade de revogação do cárcere provisório mediante a retenção de documentos.

2. *In casu*, determinado pelo Tribunal de origem, por ocasião da revogação da prisão preventiva decretada, o acautelamento das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil, pertencentes aos pacientes, configura-se em evidente constrangimento ilegal.

3. Ordem concedida a fim de determinar que o Juízo da origem proceda a devolução das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.

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, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) e Nilson Naves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Tales Donato Scisínio* e *Mateus Donato Scisínio*, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (HC n. 2008.02.01.010014-9).

Consta dos autos que foi decretada a prisão preventiva dos pacientes, nos autos da Ação Penal n. 2007.51.05.001867-3, em curso na Vara Federal de Nova Friburgo-RJ.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *writ*, cuja ordem foi concedida, pelo Tribunal *a quo*, a fim de revogar o encarceramento provisório dos pacientes, “condicionada ao acautelamento, pelo Juízo impetrado, das carteiras da OAB, devendo os pacientes se abster de qualquer contato com as testemunhas, por si, por terceiros ou qualquer outro meio” (fl. 18).

Entendendo não estar claro o acórdão proferido nos autos do mencionado *mandamus*, em razão da imposição da restrição ao exercício da advocacia, com o acautelamento das carteiras funcionais, a defesa opôs embargos de declaração, aos quais foi dado parcial provimento para “fazer constar da ementa que a revogação da prisão preventiva está condicionada ao acautelamento das carteiras da OAB pelo MM. Juízo impetrado, até a prolação da sentença de 1º grau, conforme discussão constante das notas taquigráficas que são parte integrante do voto condutor do acórdão embargado e devem ser juntadas aos autos” (fl. 33).

Daí o presente *mandamus*, no qual os impetrantes alegam que a condição imposta, além de ser flagrantemente ilegal, coage a liberdade de ir e vir dos pacientes, pois os impede de trabalhar, sob ameaça de prisão.

Sustentam que o direito ao trabalho é essencial à dignidade humana, invocando a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Salientam que foi retirado dos pacientes o direito ao trabalho, sem qualquer condenação criminal, “num rigor que o legislador não permitiu sequer para o pior dos criminosos, preso em regime de cumprimento de pena integralmente fechado, ao qual se assegura o direito ao trabalho” (fl. 8).

Aduzem que “a imposição de condições para a revogação de prisão preventiva, deve ser precedida da devida fundamentação que justifique a necessidade da cautela (CF, art. 93, IX) – fundamentação inexistente na decisão atacada” (fl. 8).

Requerem, liminarmente, “seja suspensa a condição ilegal atacada, restabelecendo-se aos pacientes o livre direito de exercer a única profissão que possuem” (fl. 14). No mérito, pretendem a confirmação do pleito liminar.

A análise do pedido liminar foi postergada (fls. 48-50), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, encarecendo-se o envio de cópia das notas taquigráficas da sessão de julgamento do HC n. 2008.02.01.010014-9, realizada em 19.08.2008. A solicitação foi atendida (Apenso I).

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Eugênio de Aragão (fls. 60-61), pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora): A princípio, cumpre salientar que estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao HC n. 102.297-RJ, impetrado em favor dos pacientes, visando à concessão, a esses, da liberdade provisória. O pleito liminar restou indeferido e a ordem foi julgada prejudicada, em 11.05.2009, diante da notícia da concessão da ordem, por decisão proferida em novo *writ* impetrado perante a Corte *a quo*. Passa-se, então, à análise da questão posta na presente impetração.

O objeto deste *mandamus* cinge-se à verificação sobre a necessidade do acautelamento das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.

Depreende-se dos autos que a prisão preventiva, decretada pelo Juízo de origem, fora revogada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mediante a entrega das carteiras profissionais dos acusados. A sugestão desse procedimento partiu do Desembargador Sérgio Schwaitzer, em seu voto vencido, por ocasião da análise do primeiro prévio *writ* impetrado na Corte de origem.

Veja-se o seguinte trecho da transcrição fonográfica referente ao HC n. 2008.02.01.010014-9, o qual originou a presente impetração (fl. 273 - Apenso I):

(...) tendo sido ouvidas todas as testemunhas de acusação, o que implica dizer que a instrução criminal estaria encerrada - principalmente em se tomando a

precaução sugerida, naquele momento em que foi impetrado o primeiro *habeas corpus*, pelo Desembargador *Sérgio Schwaitzer* da entrega da carteira da OAB para que ficassem acauteladas com o Juízo de Primeiro Grau - não me parece necessário dar margem a que se confunda cumprimento de pena, se é que virá, com a prisão cautelar.

(...)

No julgamento do HC n. 2008.02.01.010014-9, a ordem foi concedida, com a restrição sugerida, conforme o voto vencedor do Desembargador Messod Azulay. Por ocasião da prolação dos votos, a Desembargadora Liliane Roriz assim se manifestou (fl. 277 - Apenso I):

(...)

A questão da garantia da ordem pública de que eles poderiam voltar a delinquir também não se subsiste se eles não puderem advogar. Então, acho que eles podem permanecer em liberdade, responder aos demais atos processuais em liberdade, desde que cumpram as condições fixadas por esta Corte: não só entregar a carteira da OAB, mas também se comprometer a não advogar, porque nós todos sabemos que o advogado não tem que apresentar a carteira da Ordem em todos os atos a que comparecerem. Então, eles têm que se comprometer a não advogar enquanto estiverem respondendo ao processo.

(...)

Da leitura das transcrições fonográficas dos julgados, vê-se que o acautelamento das carteiras profissionais foi determinado na origem como condicionante à revogação do encarceramento.

Ressalte-se, inclusive, que notícias colhidas na Vara Federal de Nova Friburgo-RJ dão conta de que as identificações encontram-se acauteladas no Juízo *a quo* e que ainda não há previsão para a prolação da sentença.

Ao que se me afigura, estabelecer condições para a revogação da custódia cautelar somente poderia decorrer de lei, visto que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da Constituição Federal).

Desse modo, observa-se que inexistente previsão legal, na questão ora em apreço, acerca da retenção de documentos, tais como carteiras profissionais.

No caso, os pacientes foram acusados de supostos crimes cometidos contra o INSS, quando atuavam no exercício da advocacia. O Tribunal de origem determinou o acautelamento das identidades profissionais sob os seguintes argumentos (fl. 18):

Em ocasião anterior esta turma já se manifestou pela legalidade da custódia decretada, como forma de resguardo da instrução criminal, tendo sido concedida a ordem, parcialmente, para decretar a prisão domiciliar.

Hoje se tem notícia de que a instrução, ao menos no que diz respeito à acusação, está encerrada.

A este respeito, o MM. Juízo impetrado fez a seguinte ponderação:

Vale dizer, ainda, que por experiência deste Magistrado, certamente aparecerão outras pessoas que deverão ser convocadas a juízo para prestar declarações, seja como testemunha do juízo, sejam como testemunhas referidas. Assim, não se saberá, nem mesmo após a apresentação da defesa, qual será o quantitativo de pessoas a serem inquiridas pelo Juízo.

Ora, já não me parece razoável querer se resguardar uma instrução que não se sabe, ainda, sequer se ocorrerá. O Juiz fundamentou o decreto prisional na suposição de que outras testemunhas aparecerão e que elas, que ainda não existem, poderão ser corrompidas pelos réus.

Não comungo do entendimento de que o prazo de cento e oitenta dias já se constitui, por si só, em um excesso de prazo. Aplica-se aqui o princípio da razoabilidade.

Uma vez ouvidas todas as testemunhas de acusação, tomando-se o cuidado de recolher as carteiras da OAB para que fiquem acauteladas com o MM. Juízo de 1º grau, cessam os motivos para a segregação cautelar, não se afigurando razoável que os pacientes continuem presos.

Isto posto, *concedo a ordem* para revogar a prisão preventiva dos pacientes, decretada nos autos da Ação Penal n. 2007.51.001867-3, condicionada ao acautelamento, pelo Juízo impetrado, das carteiras da OAB, devendo os pacientes se abster de qualquer contato com as testemunhas, por si, por terceiros ou qualquer outro meio.

Vejam-se, ainda, o voto proferido por ocasião do julgamento dos embargos de declaração (fls. 32-33):

Do exame das notas taquigráficas, verifica-se que a questão da proibição do exercício da advocacia, em que pese não ter sido abordada na inicial do presente *Habeas Corpus*, foi colocada em discussão no decorrer da sessão de julgamento, tendo sido inclusive questionada pelo ilustre impetrante.

Assim é que ao proferir meu voto fiz menção ao fato de que, em julgamento anterior, onde a Turma se reuniu com composição diferente, estando de férias o Desembargador André Fontes, o Desembargador Sérgio Schwaitzer, manifestou-se no sentido do recolhimento das carteiras e da concessão de plano da ordem.

Naquela ocasião prevaleceu a decisão que concedia parcialmente a ordem para a concessão da prisão domiciliar.

Concluí meu voto afirmando que uma vez ouvidas todas as testemunhas de acusação e tomando-se a precaução sugerida anteriormente pelo Desembargador Sérgio Schwaitzer, com relação à entrega das carteiras da OAB, não havia necessidade da segregação cautelar.

Quanto a este aspecto houve a concordância da Desembargadora Liliane Roriz, que acrescentou a necessidade de que os impetrantes não só entregassem as carteiras como se comprometessem a não advogar, visto que o advogado não precisa apresentar a carteira da ordem em todos os atos a que comparece.

Ao final do julgamento o impetrante suscitou dúvida com relação à extensão da proibição do exercício da advocacia, propondo que esta se desse tão somente nas comarcas envolvidas e com relação ao Poder Público, ao que fui expresso no sentido de que a proibição seria integral, até a prolação da sentença de primeiro grau.

Todas essas manifestações restam explícitas nas notas taquigráficas, que são parte integrante do voto condutor do acórdão embargado e inclusive prevalecem sobre o acórdão, nos termos do art. 94, § 1º do Regimento Interno desta Corte, c.c. o art. 618 do CPP.

Entretanto, a condição imposta para a revogação da prisão preventiva dos pacientes não constou, expressamente, na ementa de fl. 316, razão pela qual os presentes embargos merecem ser parcialmente acolhidos.

Assim, dou parcial provimento aos embargos declaratórios tão somente para fazer constar da ementa que a revogação da prisão preventiva está condicionada ao acautelamento das carteiras da OAB pelo MM. Juízo impetrado, até a prolação da sentença de 1º grau, conforme discussão constante das notas taquigráficas que são parte integrante do voto condutor do acórdão embargado e devem ser juntadas aos autos.

Assim, é de ver que o Tribunal *a quo* procurou fundamentar o *decisum* na necessidade da proibição ao exercício da advocacia ante aos delitos imputados, o que transcende ao princípio da legalidade.

A propósito, em casos análogos, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

Habeas corpus. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva do paciente revogada pelo Supremo Tribunal Federal mediante condições especificadas pelo juízo de primeiro grau. Dentre estas, o compromisso de depositar em juízo o passaporte. Coação ilegal reconhecida. Termo que não reitera essa obrigação. Ordem concedida para devolver ao paciente seu documento internacional de viagem.

1. O paciente, devidamente autorizado, viajou para a Suíça e cumpriu, no retorno, o compromisso de comparecer à Justiça Federal e apresentar seu passaporte.

2. É indevida a retenção desse documento, porquanto não há lei que a autorize, ao mesmo tempo que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XV, preceitua que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

3. O novo termo de compromisso assinado pelo paciente não reitera a obrigação de devolver à Justiça Federal seu passaporte, de modo que o presente remédio é hábil a reparar essa coação ilegal violadora do direito de ir e vir, ainda que de modo oblíquo.

4. Ordem concedida, para determinar a entrega definitiva do passaporte.

(HC n. 128.938-SP, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Sexta Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 24.08.2009)

Habeas corpus. Prisão em flagrante. Concessão de liberdade provisória. Imposição de medidas cautelares. Poder geral de cautela do magistrado. Critérios de razoabilidade. Constrangimento ilegal evidenciado.

1. Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado, arts. 798 do CPC c.c. art. 3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

2. Impostas as medidas de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor e restritiva de direitos consistente em deixar de residir e/ou transitar no local dos fatos, revela-se evidenciado o constrangimento se estas perduram por quase dois anos, além do que já se encerrou a instrução processual.

3. *Habeas corpus* concedido.

(HC n. 114.734-ES, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 17.03.2009, DJe 30.03.2009)

Processual Penal. Inquérito policial. Crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional. Prisão preventiva. Liberdade provisória. Concessão. Juízo de primeiro grau. Imposição. Retenção de passaporte. Viagem. Autorização judicial. Fundamentação. Ausência. Fuga. Mera conjectura. Direito de ir e vir. Restrição. Constrangimento ilegal. Evidenciado.

1. Se o Juiz de primeiro grau entendeu que não havia como manter a prisão preventiva do indiciado, por conseguinte, não há como reter o passaporte de cidadão estrangeiro, notadamente por tempo indeterminado, ante a ausência de previsão legal.

2. A medida constritiva de retenção de passaporte imposta com base em mera conjectura caracteriza injustificada restrição à liberdade de ir e vir do paciente, direito garantido constitucionalmente.

3. Ordem concedida para determinar a restituição do passaporte e afastar a exigência de autorização judicial para viagem ao exterior, mediante compromisso do paciente de comparecer aos atos relativos à elucidação dos fatos delituosos.

(HC n. 103.394-RN, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 17.11.2008)

Habeas corpus. Crime de moeda falsa. Direito de apelar em liberdade concedido pelo Tribunal *a quo*, mediante retenção do passaporte. Ausência de demonstração da necessidade da medida. Réu com fortes vínculos no distrito da culpa, que viajou ao exterior durante a instrução criminal, e não demonstra intenção de se furtar à aplicação da lei penal. Constrangimento ilegal. Ordem denegada.

1. A imposição de condições para a concessão do benefício da liberdade provisória ou para a revogação de prisão preventiva, embora não ofenda os princípios da presunção de inocência e da reserva legal, demanda devida fundamentação que justifique a necessidade da cautela, à luz do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2. A retenção do passaporte do Paciente, determinada pelo acórdão impugnado para permitir-lhe o apelo em liberdade, além de carecer de fundamentação concreta sobre sua necessidade, não encontra respaldo nas peculiaridades do caso concreto, mormente por se tratar de condenado que viajou ao exterior durante a instrução criminal, sem criar qualquer obstáculo à marcha regular do processo e nem foi demonstrado que pretende se furtar à aplicação da lei penal.

3. *Habeas corpus* concedido para que seja restituído ao Paciente o passaporte reclamado.

(HC n. 106.839-AM, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21.10.2008, DJe 24.11.2008)

Militar (da reserva). Advocacia (atividade). Disciplina (militar). Inviolabilidade (advogado). *Habeas corpus* (cabimento).

1. Os membros das Forças Armadas estão sujeitos, é claro, à hierarquia e à disciplina militares.

2. Todavia o militar da reserva remunerada no exercício da profissão de advogado há de estar protegido pela inviolabilidade a que se referem os arts. 133 da Constituição e 2º, §§ 2º e 3º, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 1994).

3. A imunidade, é bem verdade, não é ampla nem é absoluta. Protege, isto sim, os razoáveis atos e as razoáveis manifestações no salutar exercício da profissão.

4. Há ilegalidade ou abuso de poder ao se pretender punir administrativamente o militar que, no exercício da profissão de advogado, praticou atos e fez manifestações, num e noutra caso, sem excesso de linguagem nas petições por ele assinadas.

5. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

6. *Habeas corpus* deferido a fim de se determinar o trancamento da sindicância.

(HC n. 44.085-RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 18.10.2005, DJ 15.05.2006, p. 293)

Ante o exposto, *concedo* a ordem, acolhendo o parecer, a fim de determinar que o Juízo da origem proceda a devolução das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 142.060-BA (2009/0137844-7)

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE)

Impetrante: Sérgio Habib e outros

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Paciente: Vanildo Silva Batista (preso)

EMENTA

Habeas corpus. Sequestro. Homicídio qualificado. Excesso de prazo. Réu pronunciado há 5 anos. Pendência de recurso excepcional. Configuração. Ordem concedida.

1. Embora se reconheça tratar-se de crime extremamente grave, o paciente se encontra preso desde 23 de março de 2005, ou seja, há exatos 5 anos e ainda não foi submetido ao Júri Popular, sendo certo que a interposição sucessiva de recursos contra a pronúncia - estando a discussão em sede excepcional - não impede que se dê prosseguimento

ao seu julgamento pelo Tribunal do Júri, restando configurado o constrangimento ilegal por excesso de prazo na manutenção da custódia provisória.

2. *Habeas corpus* concedido para que o paciente aguarde em liberdade o seu julgamento pelo Júri Popular, devendo, contudo, comparecer aos atos processuais restantes, sob pena de nova prisão.

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, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 23 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE),
Relator

DJe 26.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE): A hipótese é de *habeas corpus* impetrado em favor de Vanildo Silva Batista, pronunciado como incurso nos artigos 148, § 2º, e 121, § 2º, I, III e IV, ambos do Código Penal, indicada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça da Bahia.

Afirmam os impetrantes que a defesa, conquanto tenha manejado contra a sentença de pronúncia recurso em sentido estrito, seguindo-se embargos de declaração, recursos especial e extraordinário, e agravo de instrumento, acabou por formular “pedido de desistência de todos os recursos que foram interpostos tendo em vista que deseja que o paciente seja levado a Júri Popular”,

tendo o pleito sido indeferido pelo Desembargador 2º Vice Presidente por existir “agravo de instrumento pendente de apreciação no Superior Tribunal de Justiça”. Entretanto, o agravo de instrumento, segundo alegam, encontrar-se-ia na Secretaria Especial de Recursos do Tribunal de Justiça da Bahia e não no Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta ser flagrante “a ilegalidade cometida contra o paciente, pois se encontra impossibilitado de ser julgado em virtude de despacho equivocado preferido pelo TJ-BA”, estando configurado o excesso de prazo na manutenção da sua custódia cautelar.

Busca, assim, seja o paciente colocado em liberdade, bem como “determinada a baixa dos autos ao Juízo de origem, reconhecendo-se a desistência de todos os recursos, a fim de que seja realizado o julgamento pelo Tribunal do Júri”.

A liminar foi indeferida pelo Ministro João Otávio de Noronha, no eventual exercício da Presidência (fls. 189-190).

Notificado, o Tribunal de origem prestou informações às fls. 196-218.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, ao manifestar-se (220-222), opinou pelo “parcial deferimento da ordem apenas para que seja homologado pedido de desistência dos recursos defensivos, com conseqüente confirmação da pronúncia e remessa dos autos à origem, a fim de que o paciente seja submetido a julgamento pelo Júri”.

Os autos foram a mim atribuídos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) (Relator): O crime descrito na denúncia pelo Ministério Público é bárbaro, permeado de requintes de crueldade. Basta irmos à peça vestibular para que sobrevenha grande perplexidade. Senão vejamos estas passagens:

Ao localizar o Sr. João Alves de Moraes, o primeiro denunciado saiu em sua perseguição, disparando alguns tiros para o alto, como forma de intimidação, no intuito de impedir qualquer ato de defesa por parte da vítima ou de qualquer outra pessoa que viesse ao seu socorro (fls. 11-12). Assim, a vítima foi cercada pelos denunciados, os quais passaram a espancá-la com um pedaço de pau, ao tempo que lhe eram dados, também, socos e pontapés (vide fls. 13-14) - o primeiro denunciado foi quem mais bateu naquela, xingando-a de “velho safado”.

Após dominarem a vítima, os denunciados, sob o comando do primeiro, passaram a privá-la de sua liberdade, mediante sequestro, eis que jogaram a vítima, amarrada de corda, em cima da carroceria do caminhão marca Ford 4000, de cor verde, e placa JOV 3497, veículo que o primeiro denunciado conduzia – retirando aquela de sua esfera de proteção (fls. 15-16). Durante todo o trajeto percorrido, vários quilômetros, a vítima continuou sendo espancada e exposta para que todos vissem o que acontecia com todos aqueles se interpusessem no caminho dele, Joãozinho – sucessor da carreira criminoso do seu falecido pai, Domingos Batista.

(...)

O primeiro denunciado e seus comparsas seguiram viagem com a vítima sequestrada e, adiante, pararam no bar de Sinvaldo, próximo ao local denominado Ponto do Maneca onde novamente a vítima foi exposta ao público naquele estado lastimável em que se encontrava: amarrada de corda dos pés ao pescoço e bastante lesionada. Os órgãos internos do corpo da vítima, como o fígado, já estavam comprometidos pelo espancamento desumano que sofrera, por isto a intensa sede que sofria, levando-a a constantemente a pedir água, porém sempre que assim procedia, ou gritava por socorro, era novamente espancada por seus algozes na frente dos que se encontravam presentes.

(...)

Consta ainda de depoimentos colhidos que o primeiro denunciado, enquanto a vítima lhe pedia água, chegou a urinar na sua boca.

(...)

A vítima ainda chegou a ser jogada do caminhão pelos denunciados e abandonada a sua própria sorte para morrer lentamente (fls. 18-23).

Entretanto, mesmo diante desse quadro fático sinistro, sendo certo que a questão principal de que se cuida – excesso de prazo – já foi analisada em outro *writ* manejado no Tribunal de origem, observo que o paciente encontra-se preso desde 23 de março de 2005, ou seja, há exatos 5 anos e ainda não foi realizado o Júri Popular. É bem verdade que contra a decisão de pronúncia vem a defesa recorrendo incansavelmente, estando pendente de apreciação, no momento, agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial. Registre-se, por oportuno, que foram apresentados, em sequência, recurso em sentido estrito, embargos de declaração, recurso especial, recurso extraordinário, outros embargos de declaração, agravo regimental e agravo de instrumento, este último distribuído, em 16.10.2009, equivocadamente, ao que parece, para o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

De qualquer forma, tal circunstância, vale dizer, a interposição sucessiva

de recursos contra a pronúncia - estando a discussão em sede excepcional - não impede que se dê prosseguimento ao julgamento do paciente pelo Júri Popular, conforme entendimento desta Corte, senão vejamos:

A - Recurso em *habeas corpus*. Homicídio. Pronúncia. Oferecimento do libelo. Inauguração da segunda fase do procedimento do Júri. Pendência de recursos de índole excepcional. Possibilidade. Cerceamento de defesa. Ausência de oitiva do assistente da acusação para oferecimento de contrariedade ao libelo. Constrangimento ilegal inexistente.

1. *Ainda que estejam pendentes de apreciação recursos de índole excepcional – especial e extraordinário – interpostos contra a decisão que confirma a pronúncia, não há impedimento a que se passe à segunda fase do procedimento escalonado do júri, uma vez que esses recursos não são dotados de efeito suspensivo.*

2. (...).

3. Recurso a que se nega provimento. (RHC n. 22.317-PR, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 15.06.2009)

B - Recurso especial. Ausência de contrariedade à lei federal. Violação do artigo 619.

- Tribunal do Júri. Nulidade do julgamento. Inexistência de trânsito em julgado da sentença de pronúncia.

- (...).

1. (...).

2. *Segundo reiterado entendimento desta Corte, a inexistência do trânsito em julgado da sentença de pronúncia não é motivo suficiente para impedir o julgamento pelo Júri se a discussão encontra-se em sede excepcional.*

3. (...).

4. (...).

5. (...).

6. (...).

7. (...).

8. (...).

9. (...).

10. Recurso especial parcialmente provido pelo voto médio da Relatora, apenas para redimensionar a reprimenda penal ao quantum de 15 anos de reclusão. (REsp n. 1.012.187-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 20.10.2008)

Daí que a estática processual não pode ser atribuída a defesa. Na verdade, nada justifica que a realização do Júri tenha tamanha demora. Com isso, o paciente ultrapassa os 5 anos preso cautelarmente e, em caso de eventual condenação, muito provavelmente já terá direito à progressão de regime – nesse particular impõe ressaltar que o crime foi cometido antes do advento da Lei n. 11.464/2007, que prevê o lapso de 2/5 para a progressão. Ou seja, se condenado, deverá ou poderá ser conduzido diretamente ao regime semiaberto.

Não vejo sentido algum, portanto, em se manter preso o paciente. Faço minhas as palavras do ilustre Ministro Nilson Naves quando disse, em recente julgamento, que “Estando preso o réu, impõe-se seja rápido o seu julgamento, isto é, que seja julgado dentro de prazo razoável. Foi escrito o seguinte: toda pessoa detida tem direito de ser julgada dentro de prazo razoável (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º); a todos é assegurada a razoável duração do processo (Constituição, art. 5º, LXXVIII). Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei, o caso é de coação ilegal”. (HC n. 129.774-CE, DJe de 1º.02.2010)

Nesse sentido, ainda:

A - Recurso em *habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Crime cometido em 1986. Decisão de pronúncia, no ano de 1994, com decretação da prisão. Recorrente que permaneceu foragido até o ano de 2004. Alegação de falta de fundamentação. Improcedência. Prisão lastreada na necessidade de resguardar aplicação da lei penal. Réu custodiado em outra unidade da Federação. Necessidade de recambiamento. Excesso de prazo na segregação. Constrangimento ilegal configurado.

1. (...).

2. (...).

3. *Entretanto, a ordem comporta concessão de ofício, pois o recorrente se encontra preso desde 27.09.2004 – ou seja, há quase 5 (cinco) anos – sem que tenha sido submetido a júri. Embora não se descuide de que as providências administrativas indispensáveis ao recambiamento do acusado demandem certo período, mostra-se desarrazoada a manutenção da prisão por tamanho lapso temporal.*

4. (...).

5. Recurso ordinário a que se nega provimento. *Habeas corpus* concedido de ofício para, reconhecendo excesso de prazo na formação da culpa, determinar se expeça alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso o recorrente. (RHC n. 17.524-PR, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 08.09.2009)

B - Penal Processual Penal. Homicídio qualificado. 1. Prisão relaxada excesso de prazo. Ulterior prisão. Decisão de pronúncia. Fato concreto superveniente a justificar a custódia. Inocorrência. Constrangimento ilegal. Ocorrência. 2. Excesso de prazo. Paciente pronunciado há 3 anos e meio. Ocorrência 3. Ordem concedida.

1. (...).

2. A Súmula n. 21 deste Tribunal não impede o reconhecimento do excesso de prazo nos casos em que a demora para o julgamento revela-se irrazoável. O paciente preso, pronunciado há 3 anos e meio não pode suportar o ônus da demora estatal.

3. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, sob o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo. (HC n. 70.562-SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º.07.2009)

Assim, forçoso é o reconhecimento do excesso de prazo, no caso, o que o faço na oportunidade.

Por fim, cabe salientar que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho já determinou a remessa do aludido agravo de instrumento - Ag n. 1.205.997-BA - ao meu gabinete, consultando acerca de eventual prevenção com o presente *writ*, prevista a publicação do despacho para o próximo dia 25 de março, devendo ser analisado brevemente.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para que o paciente aguarde em liberdade o seu julgamento pelo Júri Popular, devendo, contudo, comparecer aos atos processuais restantes, sob pena de nova prisão.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 25.228-RS (2009/0004888-1)

Relator: Ministro Nilson Naves
Recorrente: Munir Chiquie Dippo
Recorrente: Marco Antônio Fonseca Chiquie
Recorrente: Jean Paulo Fonseca Chiquie
Recorrente: Eduardo Marques Villas Boas
Recorrente: Marcelo Timoni

Advogado: Walter Borges Carneiro e outro(s)
Recorrido: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

EMENTA

Descaminho (caso). *Habeas corpus* (cabimento). Matéria de prova (distinção). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Processo administrativo-fiscal (pendência). Ação penal (extinção).

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. Assim, não procedem censuras a que nele se faça exame de provas. Precedentes do STJ.

2. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, há de se entender que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade, e tal entendimento também se aplica ao crime de descaminho (Cód. Penal, art. 334).

3. Em hipótese que tal, o descaminho se identifica com o crime contra a ordem tributária. Precedentes do STJ: HCs n. 48.805, de 2007, e 109.205, de 2008.

4. Na pendência de processo administrativo no qual se discute a exigibilidade do débito fiscal, não há falar em procedimento penal.

5. Recurso ordinário provido para se extinguir, relativamente ao crime de descaminho, a ação penal.

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, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

O Dr. Walter Borges Carneiro fez sustentação oral em favor de Munir Chiquie Dippo, Marco Antonio Fonseca Chiquie, Jean Paulo Fonseca Chiquie, Eduardo Marques Villas Boas e Marcelo Timoni.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJe 08.02.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Foi o presente recurso ordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que denegara lá a ordem consoante a seguinte ementa:

Processual Penal. *Habeas corpus*. Ação penal. Trancamento. Impossibilidade. Descaminho. Crime contra a ordem tributária. Objetividade jurídica distinta. Crédito tributário. Constituição definitiva. Independência das instâncias.

O trancamento de ação penal por meio da angusta via do *habeas corpus* consiste em medida excepcional, somente aceita pelos Tribunais pátrios quando demonstrada, inequivocamente, a ausência de justa causa hábil à instauração da *persecutio criminis in judicio*.

Há inequivocamente diferença entre o crime de descaminho e o contra a ordem tributária. São tipos penais com objetividade jurídica distinta, não podendo ser aplicado o mesmo entendimento para ambos, no que se refere à condição objetiva de punibilidade. O delito de contrabando ou descaminho tutela a Administração Pública, em especial o erário, protegendo também a saúde, a moral, a ordem pública. De outro modo, no crime do artigo 1º da Lei n. 8.137/1990, o bem jurídico protegido é a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Neste delito, exige-se o resultado naturalístico, tanto que o pagamento do tributo extingue a punibilidade (artigo 34 da Lei n. 9.249/1995), ao contrário do descaminho, no qual, mesmo que declarado o perdimento da mercadoria ou tendo sido paga a exação tributária, não há qualquer conseqüência no âmbito penal.

A conclusão do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a deflagração do processo-crime pela prática de delito do artigo 334 do CP, tampouco a constituição definitiva do crédito tributário é, no caso, pressuposto ou condição objetiva de punibilidade.

Os tributos exigidos, na hipótese de descaminho, cumprem função extrafiscal, ao contrário, do crime contra a ordem tributária. A extrafiscalidade, nas palavras de Hugo de Brito Machado, configura-se “quando seu objetivo principal (do tributo) é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros” (*in Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 61).

Sustentam os recorrentes que a ação penal contra eles intentada deve ser extinta por falta de justa causa, visto que, relativamente ao débito fiscal, ainda não houve decisão definitiva no âmbito administrativo, o que impediria o recebimento da denúncia, conforme a atual jurisprudência. Aduzem, ainda, que, apesar de se encontrar tipificado no Cód. Penal, o crime de descaminho possui a mesma natureza daqueles previstos na lei que define os crimes contra a ordem tributária, razão pela qual não há motivos para tratamento diferenciado entre eles.

O Ministério Público Federal (Subprocurador-Geral Francisco Sobrinho) opinou pelo desprovimento do recurso. Eis a ementa do parecer:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Ação penal. Trancamento. Descaminho e sonegação fiscal. Encerramento do processo administrativo. Condição de procedibilidade e de punibilidade. Inexistência.

1) O crime de descaminho difere do crime tributário. A política tributária relacionada ao comércio exterior objetiva regular, por um lado, a disponibilidade de produtos, bens e serviços disponíveis à população, e, por outro, o estoque das reservas de divisas nacionais; também visa à proteção do parque produtivo e do mercado de trabalho nacionais. A conduta do descaminho, ao iludir o pagamento do tributo devido pela importação ou exportação, acaba por elidir essa política, causando lesão àqueles bens jurídicos já mencionados.

2) “Se a principal função dos tributos devidos por ocasião de importação ou exportação de mercadorias não é o aporte de recursos ao Tesouro, então não se pode conceber uma relação direta entre a tipicidade da conduta e a dispensa, pelo fisco, da cobrança respectiva, de modo que, elevado o montante da renúncia fiscal, ficaria também redimensionado o critério para aferição do enquadramento típico da conduta.”

3) “Se a mercadoria é proibida de ingressar ou sair do país, o simples fato de fazê-lo consuma o crime, embora não se tenha produzido um resultado passível de realização fática.”

Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Ultimamente, veio aos autos esta petição:

Munir Chique Dippe e outros, por seu advogado infra-assinado, nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente, requer se digne agendar, se possível, com a devida brevidade, senão de imediato, a apreciação e julgamento do remédio constitucional em epígrafe, tendo em vista que o feito encontra-se concluso desde fevereiro e considerando o quadro a seguir:

1. Os pacientes estão na iminência de padecerem gravosos, precários e injustos prejuízos, na proporção em que a decisão de primeiro grau, na Ação Penal n. 2007.70.00.016026-7 (PR), já se encontra na iminência de ser prolatada, antes da necessária constituição definitiva do pretense crédito tributário, conforme fazem certas as certidões expedidas pela Receita Federal em anexo *in* Docs. 1 e 2.

2. Em verdade, já experimentam efeitos concretos de decisão prematura, com infinitas medidas assecuratórias, hipotecas legais, apreensão de estoques com as quais se afetam o seu capital de giro e o necessário crédito para o prosseguimento da empresa que concede próximo de 200 (duzentos) empregos diretos, recolhe mais de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) anuais, enquanto que não participou das atividades aduaneiras aventadas, na espécie, não dispendo de habilitação do Siscomex, dependendo apenas de 5% (cinco) por cento de produtos de origem estrangeira para a sua atividade, adquiridos no mercado interno após nacionalizados e com pagamentos após as efetivas entregas, mediante a expedição de notas fiscais.

3. Nesta oportunidade, oferece, também, *in* Doc. 3, cópia do “Termo de Verificação Fiscal”, comprovando que só na data recente de 02.06.2009, dois anos após o recebimento da denúncia, se iniciou o Procedimento Administrativo, em relação ao qual estima demandar, no mínimo, mais de 12 (doze) meses para se concluir, considerando as inúmeras instâncias previstas na legislação regente, conquanto se tem esperança do acatamento de seus recursos por manifesta boa fé, tratando-se de compras na ordem interna através de notas fiscais.

Parece oportuno lembrar que o eminente Relator Doutor Nilson Naves, acompanhou o voto da Ministra Jane Silva, nos julgados dos *Habeas Corpus* n. 109.205-PR e 123.342-PR, nesse próprio sodalício, Superior Tribunal de Justiça, conforme cópias em anexo *in* Docs. 4 e 5, em quadros fáticos jurídicos idênticos ao da espécie, nos quais se houve por bem de acolhê-los, decretando o trancamento das ações penais por ausência de prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa.

A propósito, no mesmo sentido, veja por fineza decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 81.611-DF, que alterou sua jurisprudência de então, a fim de entender que o crime definido no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, por ser material, depende do prévio lançamento definitivo do tributo devido, seja por considerar esse fato uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo. Vejamos:

(...)

Termos em que J. esta nos autos, com os inclusos documentos, em homenagem a segurança jurídica das decisões e a economia processual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Segundo o recurso ordinário, o que se sustentou, no Tribunal Regional, foi o seguinte: “... ser impossível a instauração da ação penal pelo ilícito de descaminho sem a prévia apuração da ilicitude fiscal.” Todavia eis o que ali se decidiu: “A conclusão do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a deflagração do processo-crime pela prática de delito do artigo 334 do CP, tampouco a constituição definitiva do crédito tributário é, no caso, pressuposto ou condição objetiva de punibilidade.” Se tal se decidiu, ficou, também, assentado que o “trancamento de ação penal por meio da angusta via do *habeas corpus* consiste em medida excepcional”.

O emprego do *habeas corpus* em casos dessa ordem tem-me sempre parecido exato, a exemplo do que venho dizendo em alguns julgados, exemplificativamente:

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. (HC n. 36.824, Ministro Nilson Naves, DJ de 06.06.2005)

A propósito dos crimes contra a ordem tributária, recordaria dois outros momentos, um quando do HC n. 31.205, de 2004, outro quando do HC n. 73.353, de 2008, de ementa seguinte:

Crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal). Esfera administrativa (Lei n. 9.430/1996). Processo administrativo (inexistência). Recebimento da denúncia (impossibilidade).

1. A propósito da natureza e do conteúdo da norma inscrita no art. 83 da Lei n. 9.430/1996, o prevalente entendimento é o de que a condição ali existente é condição objetiva de punibilidade.

2. Na inexistência de processo administrativo no qual se discuta a exigibilidade de crédito tributário, não há falar em procedimento penal, menos ainda em recebimento de denúncia ofertada.

3. Ainda que possua natureza formal a prática atribuída ao paciente – aquela descrita no art. 2º, I, da Lei n. 8.137/1990 –, em casos que tais, de igual forma, o procedimento penal não prescinde do prévio esgotamento da esfera administrativa, ou seja, também se faz necessária a constituição definitiva do crédito tributário.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida para serem subtraídos da denúncia os crimes contra a ordem tributária (arts. 1º, I, e 2º, I, da Lei n. 8.137/1990).

Quanto a se identificarem tais crimes com o descaminho, são da Ministra Maria Thereza estas palavras (HC n. 48.805, de 2007): “Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.” E, no voto, S. Exa. escreveu o seguinte:

Para o deslinde da questão jurídica apresentada no presente remédio heróico é imprescindível o cotejo analítico de dois tipos penais: sonegação fiscal e descaminho.

(...)

Da apreciação conjunta de ambos os tipos penais, tenho que tanto a sonegação fiscal quanto o descaminho têm como bem jurídico tutelado a ordem tributária.

Como já estabeleciam os romanos: *ubi eadem ratio, ibi idem ius*. Ora, se há a previsão da causa de extinção de punibilidade do art. 34 da Lei n. 9.249/1995 para a sonegação fiscal, evitá-la no tocante ao descaminho representa uma quebra lógica do sistema, haja vista que a opção político-criminal da eximente é-lhe plenamente aplicável.

Este foi, por muito tempo, o entendimento do Pretório Excelso que, de tão reiterado, culminou na edição da Súmula n. 560.

Nessa oportunidade, votei da seguinte forma:

Quero crer até que a insignificância poderia ser convocada (o tributo foi pago), de sorte que não seria necessário o Penal, como lembra Roxin, isto é, “é

desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas" ("Estudos...", Renovar, 2006, p. 33). Vejam que a Relatora trata o caso como pitoresco – suposta compra de calcinhas por meio do correio. Diz ainda faltar "utilidade e presteza do emprego do processo penal".

Estou, ainda, de acordo com S. Exa. quando invoca o princípio da Súmula n. 560. De fato, o texto de 1967 foi declarando inconstitucional, primeiramente, no extinto Tribunal Federal de Recursos. Também acho que o descaminho é de cunho tributário.

Voto, pois, com S. Exa., concedendo a ordem para ter por extinta a punibilidade.

É de Jane Silva esta ementa, escrita para o HC n. 109.205, de 2008:

Penal. *Habeas corpus*. Descaminho. Trancamento da ação penal. Ausência de prévia constituição do crédito tributário na esfera administrativa. Natureza tributária do delito. Ordem concedida.

1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa.

2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.

Há, entre nós, como se vê, vozes opostas à orientação do acórdão regional.

Recordaria, também, o que escrevi para o HC n. 31.205, de 2004. Diria, ainda, que as garantias constitucionais – e estamos versando a de o contribuinte somente estar obrigado a pagar o tributo nos termos da lei – devem ser observadas. É inadmissível a utilização da ação penal como forma de compelir o acusado a pagar tributo antes da conclusão do procedimento administrativo fiscal. Ademais, há outra circunstância a impor a necessidade do prévio exaurimento da via administrativa, a saber, a garantia da ampla defesa. Ora, caso se admita a instauração da ação penal antes da conclusão final no âmbito administrativo, o processo penal – que possui a função de proteção dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos imprescindíveis à sua coexistência – se transmudará em instrumento de cobrança. Estou aqui garantindo um direito

– diria, sagrado direito – de todos, a saber, o direito a um processo legal, a um processo legítimo, enfim, a um processo justo. Ora, constranger alguém a render-se incondicionalmente às exigências do fisco significa exigir que renuncie não só à faculdade de impugnar o lançamento administrativo do crédito, mas também às garantias inerentes ao devido processo legal.

Voto, pois, pelo provimento do recurso ordinário a fim de extinguir, relativamente ao crime de descaminho, a Ação Penal n. 2007.70.00.016026-7, é claro, sem prejuízo doutra no pormenor, se e quando oportuna.

RECURSO ESPECIAL N. 503.960-SP (2003/0004872-8)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP)

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Bley do Nascimento de Amorim

Advogado: Euro Bento Maciel Filho

EMENTA

Recurso especial. Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Aposição de fita isolante na placa. Falsificação grosseira. Absoluta impropriedade do meio utilizado. Fé pública que permanece incólume. Nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado. Atipicidade da conduta.

1. A aposição de fita isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado.

2. O delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e, especialmente, a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel.

3. No caso concreto, observa-se que a colocação de fita isolante para alterar letra da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer cidadão, por mais incauto que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida.

4. Extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo se ocupar de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido.

5. Não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. A crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto *o meio utilizado é absolutamente inócuo* ao delito de adulteração de veículo automotor.

6. A punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada.

7. Recurso especial ao qual se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), Nilson Naves, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília (DF), 16 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), Relator

DJe 19.04.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP): Trata-se, na origem, de *habeas corpus* impetrado em favor do recorrido Bley do Nascimento de Amorim, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal de São Paulo.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedeu a ordem, em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus objetivando o trancamento de ação penal, por falta de justa causa, promovida contra proprietário de automóvel que teria modificado letra da chapa individualizadora de veículo. Fato atípico. Mera infração administrativa. Ordem conhecida e concedida para travar o persecutório, ante a inexistência de sustentação fático-jurídica.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República.

Alega o recorrente que o acórdão impugnado divergiu do entendimento deste Superior Tribunal, no julgamento do HC n. 8.949-SP, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJ de 25.10.1999. Sustenta, em síntese, que a conduta é típica, pois o recorrido alterou a placa do veículo, ato que se insere no tipo penal descrito no artigo 311, *caput*, do Código Penal.

Com contrarrazões, o recurso foi admitido.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP) (Relator): Em meu ver o acórdão vergastado não merece reparos.

Primeiramente observo que a aposição de fita adesiva ou isolante na placa de veículo automotor é facilmente perceptível, o que torna o crime de falsidade impossível, por absoluta impropriedade do meio utilizado.

Ressalte-se que o delito descrito no artigo 311 do Código Penal prevê no seu preceito secundário pena severa de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa. Dentro desse contexto, não se pode perder de vista o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador, qual seja, a fé pública e especialmente a proteção da propriedade e da segurança no registro de automóvel.

Nesse sentido é o escólio de Paulo José da Costa Júnior, *in Código Penal Comentado*, Ed. Saraiva, 7ª edição, pág.:

1. Conceito

Os veículos automotores dispõem, em seu chassi, ou em alguma parte visível do motor, de número e sinal identificador. Para proceder à revenda do veículo subtraído, os meliantes principiam pela remarcação dos sinais identificadores do mesmo, sobretudo o chassi.

2. Objetividade Jurídica

O dispositivo em foco destina-se precipuamente a impedir ou dificultar a remarcação ou adulteração do chassi ou de qualquer sinal identificador do veículo automotor, na luta contra a criminalidade do furto e do roubo de carros. Assim, empresta-se tutela igualmente ao patrimônio. (p. 976-977)

Na mesma esteira, sob a coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stocco, *in Código Penal e sua Interpretação*, Editora Revista dos Tribunais, 8ª edição, p. 1.429, José Silva Júnior e Guilherme Madeira Dezem, ao comentar o delito imputado ao paciente lembram os motivos que levaram à sua criação:

A “Exposição de Motivos”, acostada à Mensagem 784-MJ, da Presidência da República, encarece que “procurando coibir a adulteração ou remarcação de chassi ou sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento”, foi criado tipo autônomo – Lei n. 9.426, de 24.12.1996, ora sob análise - no Capítulo IV De outras falsidades., do Título X (Dos crimes contra a fé pública). Para tanto, o legislador alterou os artigos antecedentes - o art. 310 passou a parágrafo do art. 309, enquanto o 311 (primitivo veio a ocupar aquele lugar. No espaço aberto, insere-se o novo dispositivo sob a rubrica: “*Adulteração de sinal identificador de veículo automotor. Aos órgãos de persecução penal, deferem-se instrumentos legais adequados à repressão de uma grave e crescente forma de criminalidade no momento em que avultam os prejuízos patrimoniais, acompanhados, em grande número de casos de violência, contra pessoa, corrupção e criminalidade organizada*”. Está clara a finalidade de proteger a confiança que o

público em geral deposita em sinais a que a lei atribui valor jurídico. Objetiva o legislador resguardar a intangibilidade desses sinais. (grifamos)

No caso concreto, observa-se que a colocação de fita adesiva ou isolante para alterar letra ou número da placa de identificação do veículo é perceptível a olho nu. O meio empregado para a adulteração não se presta à ocultação de veículo objeto de crime contra o patrimônio. Qualquer pessoa, por mais incauta que seja, tem condições de identificar a falsidade que, de tão grosseira, a ninguém pode iludir. Em suma, a fraude é risível, grotesca. Logo, a fé pública não é sequer atingida.

Na realidade, extrai-se da conduta do denunciado a intenção de ludibriar a fiscalização eletrônica - radar com dispositivo fotográfico, também chamado de pardal - e obstar, assim, o recebimento de multas por infrações administrativas. Contudo, o direito penal tem caráter fragmentário não devendo ocupar-se de condutas que não danificam o bem jurídico penalmente protegido.

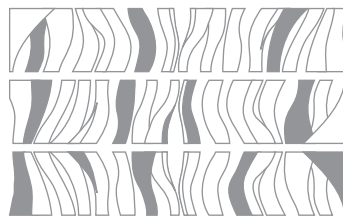
Sabe-se que a doutrina e jurisprudência são refratárias à aplicação do princípio da insignificância aos crimes praticados contra a fé pública. Entretanto, friso que não se está a defender a atipicidade em razão de suposta bagatela. De fato, a crença na veracidade dos sinais públicos merece proteção penal mesmo se minimamente arranhada. Porém, a situação é outra. Verifica-se atipicidade da conduta praticada porquanto *o meio utilizado é absolutamente inócuo* ao delito de adulteração de veículo automotor.

Cabe, de tal arte, a preciosíssima lição de Ruperto Nunez Barbero: *“A norma penal não vige na abstração, mas opera na concreta realidade dos fatos, e no contexto efetivo e real destes, deve ser examinada, para eventual aplicabilidade, à vista da idoneidade de meio empregado ou impossibilidade de incidência na hipótese de inaptidão da conduta para ofender o bem jurídico tutelado.”* (“El delito imposible”, p. 110).

Por derradeiro, observo que a punição de mera infração administrativa com a sanção criminal prevista tipo descrito no artigo 311 do Diploma Penal desafia a razoabilidade e proporcionalidade, porquanto a fé pública permaneceu incólume e, à míngua de lesividade ao bem jurídico tutelado, a conduta praticada pelo recorrido é atípica. Não é possível que se dê a uma molecagem - que merece sanção administrativa - o mesmo tratamento dispensado à criminalidade organizada.

Posto isso, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.



Súmulas

SÚMULA N. 417

Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.

Referências:

CPC, arts. 620 e 655.

Lei n. 6.830/1980, art. 11.

Precedentes:

AgRg no Ag 265.932-GO (3ª T, 20.08.2001 – DJ 24.09.2001)

AgRg no Ag 447.126-SP (1ª T, 05.12.2002 – DJ 03.02.2003)

AgRg no Ag 551.386-RS (1ª T, 1º.04.2004 – DJ 10.05.2004)

AgRg no Ag 633.357-RS (3ª T, 28.06.2005 – DJ 1º.08.2005)

AgRg no REsp 817.188-RN (3ª T, 03.12.2007 – DJ 14.12.2007)

EAg 746.184-SP (1ª S, 27.06.2007 – DJ 06.08.2007)

EREsp 399.557-PR (1ª S, 08.10.2003 – DJ 03.11.2003)

RMS 47-SP (2ª T, 07.05.1990 – DJ 21.05.1990)

REsp 262.158-RJ (4ª T, 22.08.2000 – DJ 09.10.2000)

REsp 299.439-MT (4ª T, 07.08.2008 – DJe 18.08.2008)

REsp 323.540-MT (4ª T, 18.09.2001 – DJ 04.03.2002)

REsp 325.868-SP (1ª T, 07.08.2001 – DJ 10.09.2001)

REsp 445.684-SP (5ª T, 05.12.2002 – DJ 24.02.2003)

REsp 450.860-RS (2ª T, 18.05.2006 – DJ 1º.08.2006)

REsp 472.723-SP (5ª T, 15.04.2004 – DJ 17.05.2004)

REsp 725.587-PR (1ª T, 13.09.2005 – DJ 26.09.2005)

REsp 911.303-SP (2ª T, 24.04.2007 – DJ 21.05.2007)

REsp 939.294-SP (2ª T, 02.08.2007 – DJ 15.08.2007)

Corte Especial, em 03.03.2010

DJe 11.03.2010

SÚMULA N. 418

É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

Referências:

CF/1988, art. 105, III.

CPC, art. 538.

Precedentes:

AgRg no Ag 479.830-SP (3ª T, 22.05.2003 – DJ 30.06.2003)

AgRg no Ag 643.825-MG (3ª T, 29.11.2005 – DJ 19.12.2005)

AgRg no Ag 896.558-CE (2ª T, 14.08.2007 – DJ 21.09.2007)

AgRg no Ag 906.352-SP (5ª T, 20.11.2007 – DJ 10.12.2007)

AgRg no Ag 948.303-RS (4ª T, 27.11.2007 – DJ 17.12.2007)

AgRg no Ag 949.677-SP (4ª T, 18.12.2007 – DJ 11.02.2008)

AgRg no Ag 992.922-MG (2ª T, 15.04.2008 – DJe 29.04.2008)

AgRg no AgRg no REsp 989.043-SP (1ª T, 21.02.2008 – DJe 07.04.2008)

AgRg no REsp 573.080-RS (6ª T, 17.02.2004 – DJ 22.03.2004)

AgRg nos EREsp 877.640-SP (1ª S, 10.06.2009 – DJe 18.06.2009)

EREsp 796.854-DF (CE, 20.06.2007 – DJ 06.08.2007)

REsp 673.601-RS (5ª T, 17.12.2007 – DJ 07.02.2008)

REsp 681.227-RS (4ª T, 16.08.2007 – DJ 12.11.2007)

REsp 706.998-RS (4ª T, 15.03.2005 – DJ 23.05.2005)

REsp 776.265-SC (CE, 18.04.2007 – DJ 06.08.2007)

REsp 852.069-SC (1ª T, 06.09.2007 – DJ 1º.10.2007)

REsp 854.235-SP (2ª T, 08.04.2008 – DJe 18.04.2008)

REsp 877.106-MG (2ª T, 18.08.2009 – DJe 10.09.2009)

REsp 939.436-SC (5ª T, 11.12.2007 – DJ 07.02.2008)

REsp 984.187-DF (1ª T, 11.03.2008 – DJe 07.04.2008)

REsp 1.000.710-RS (1ª T, 06.08.2009 – DJe 25.09.2009)

Corte Especial, em 03.03.2010

DJe 11.03.2010

SÚMULA N. 419

Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel.

Referências:

CF/1988, art. 5º, LXVII.

CPC, art. 543-C.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 1.135.369-SP (4ª T, 18.08.2009 – DJe 28.09.2009)

HC 96.180-SP (5ª T, 18.12.2008 – DJe 09.02.2009)

HC 113.956-SP (4ª T, 02.10.2008 – DJe 13.10.2008)

HC 115.892-RS (4ª T, 19.02.2009 – DJe 09.03.2009)

HC 126.457-SP (3ª T, 16.04.2009 – DJe 05.05.2009)

HC 130.443-PI (2ª T, 04.06.2009 – DJe 23.06.2009)

HC 139.812-RS (4ª T, 08.09.2009 – DJe 14.09.2009)

RHC 25.071-RS (3ª T, 18.08.2009 – DJe 14.10.2009)

RHC 25.786-MT (3ª T, 19.05.2009 – DJe 04.06.2009)

RHC 26.120-SP (2ª T, 1º.10.2009 – DJe 15.10.2009)

REsp 914.253-SP (CE, 02.12.2009 – DJe 04.02.2010)

Corte Especial, em 03.03.2010

DJe 11.03.2010

SÚMULA N. 420

Incabível, em embargos de divergência, discutir o valor de indenização por danos morais.

Precedentes:

AgRg nos EREsp 506.808-MG (1ª S, 12.03.2008 – DJe 07.04.2008)
AgRg nos EREsp 507.120-CE (1ª S, 27.04.2005 – DJ 30.05.2005)
AgRg nos EREsp 510.299-TO (CE, 07.11.2007 – DJ 03.12.2007)
AgRg nos EREsp 613.036-RJ (1ª S, 09.03.2005 – DJ 04.05.2005)
AgRg nos EREsp 614.831-PI (2ª S, 08.02.2006 – DJ 15.03.2006)
AgRg nos EREsp 735.574-PE (2ª S, 14.12.2005 – DJ 13.02.2006)
AgRg nos EREsp 791.595-PE (2ª S, 13.12.2006 – DJ 12.04.2007)
AgRg nos EREsp 838.550-RS (2ª S, 24.09.2008 – DJe 06.10.2008)
AgRg nos EREsp 866.458-DF (CE, 11.02.2008 – DJe 03.03.2008)
AgRg nos EREsp 965.703-SP (2ª S, 24.09.2008 – DJe 10.10.2008)
AgRg nos EREsp 970.260-SP (2ª S, 12.03.2008 – DJe 07.04.2008)
AgRg nos EAg 646.532-RJ (CE, 07.06.2006 – DJ 1º.08.2006)
EREsp 663.196-PR (2ª S, 14.09.2005 – DJ 26.09.2005)

Corte Especial, em 03.03.2010

DJe 11.03.2010

SÚMULA N. 421

Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

Referências:

CF/1988, art. 134.

CC/2002, art. 381.

Precedentes:

AgRg no REsp 755.631-MG (1ª T, 10.06.2008 – DJe 25.06.2008)

AgRg no REsp 1.028.463-RJ (6ª T, 25.09.2008 – DJe 13.10.2008)

AgRg no REsp 1.039.387-MG (1ª T, 03.06.2008 – DJe 23.06.2008)

AgRg no REsp 1.054.873-RS (1ª T, 11.11.2008 – DJe 15.12.2008)

AgRg no REsp 1.084.534-MG (2ª T, 18.12.2008 – DJe 12.02.2009)

EREsp 480.598-RS (1ª S, 13.04.2005 – DJ 16.05.2005)

EREsp 566.551-RS (1ª S, 10.11.2004 – DJ 17.12.2004)

REsp 740.568-RS (2ª T, 16.10.2008 – DJe 10.11.2008)

REsp 852.459-RJ (1ª T, 11.12.2007 – DJe 03.03.2008)

REsp 1.052.920-MS (1ª T, 17.06.2008 – DJe 26.06.2008)

REsp 1.108.013-RJ (CE, 03.06.2009 – DJe 22.06.2009)

Corte Especial, em 03.03.2010

DJe 11.03.2010

SÚMULA N. 422

O art. 6º, e, da Lei n. 4.380/1964 não estabelece limitação aos juros remuneratórios nos contratos vinculados ao SFH.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 4.380/1964, art. 6º, e.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp 943.347-AL (4ª T, 28.04.2009 – DJe 11.05.2009)

AgRg no REsp 957.604-RS (3ª T, 18.11.2008 – DJe 1º.12.2008)

AgRg no REsp 1.036.303-RS (3ª T, 02.12.2008 – DJe 03.02.2009)

AgRg nos EDcl no REsp 1.015.770-RS (3ª T, 26.05.2009 – DJe 10.06.2009)

REsp 415.588-SC (2ª S, 24.09.2003 – DJ 1º.12.2003)

REsp 464.191-SC (2ª S, 24.09.2003 – DJ 24.11.2003)

REsp 501.134-SC (4ª T, 04.06.2009 – DJe 29.06.2009)

REsp 838.372-RS (4ª T, 06.12.2007 – DJ 17.12.2007)

REsp 855.700-PR (1ª T, 18.03.2008 – DJe 24.04.2008)

REsp 866.277-PR (1ª T, 18.03.2008 – DJe 14.04.2008)

REsp 1.013.562-SC (2ª T, 07.10.2008 – DJe 05.11.2008)

REsp 1.070.297-PR (2ª S, 09.09.2009 – DJe 18.09.2009)

Corte Especial, em 03.03.2010

DJe 24.05.2010

Republicação DJe 27.05.2010

SÚMULA N. 423

A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins incide sobre as receitas provenientes das operações de locação de bens móveis.

Referências:

CPC, art. 543-C.

LC n. 70/1991, art. 2º.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 846.958-MG (1ª T, 05.06.2007 – DJ 29.06.2007)

AgRg no Ag 1.067.748-RS (2ª T, 19.05.2009 – DJe 1º.06.2009)

AgRg no Ag 1.136.371-PR (2ª T, 04.08.2009 – DJe 27.08.2009)

REsp 929.521-SP (1ª S, 23.09.2009 – DJe 13.10.2009)

REsp 1.010.388-PR (1ª T, 03.02.2009 – DJe 11.02.2009)

Primeira Seção, em 10.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 424

É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987.

Referências:

CPC, art. 543-C.

LC n. 56/1987.

LC n. 116/2003.

DL n. 406/1968.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp 800.031-MG (2ª T, 04.12.2007 – DJ 11.12.2007)

AgRg no REsp 903.714-RS (2ª T, 09.09.2008 – DJe 10.10.2008)

EREsp 916.785-MG (1ª S, 23.04.2008 – DJe 12.05.2008)

REsp 766.050-PR (1ª S, 28.11.2007 – DJ 25.02.2008)

REsp 866.851-RJ (1ª T, 12.08.2008 – DJe 15.09.2008)

REsp 939.761-GO (1ª T, 17.04.2008 – DJe 15.05.2008)

REsp 1.111.234-PR (1ª S, 23.09.2009 – DJe 08.10.2009)

Primeira Seção, em 10.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 425

A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 8.212/1991, art. 31.

Lei n. 9.317/1996, arts. 3º e 4º.

Lei n. 9.711/1998, art. 23.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 918.369-RS (1ª T, 23.10.2007 – DJ 08.11.2007)

EDcl no REsp 806.226-RJ (2ª T, 04.03.2008 – DJe 26.03.2008)

EREsp 511.001-MG (1ª S, 09.03.2005 – DJ 11.04.2005)

EREsp 523.841-MG (1ª S, 24.05.2006 – DJ 19.06.2006)

EREsp 584.506-MG (1ª S, 09.11.2005 – DJ 05.12.2005)

REsp 511.201-MG (2ª T, 12.09.2006 – DJ 10.10.2006)

REsp 826.180-MG (2ª T, 13.02.2007 – DJ 28.02.2007)

REsp 855.160-SP (1ª T, 05.09.2006 – DJ 25.09.2006)

REsp 1.112.467-DF (1ª S, 12.08.2009 – DJe 21.08.2009)

Primeira Seção, em 10.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 426

Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação.

Referências:

CPC, art. 219, *caput*.

CPC, art. 543-C.

CC/2002, arts. 405 e 757.

Lei n. 6.194/1974, art. 3º, na redação da Lei n. 11.945/2009, art. 31.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 998.663-PR (4ª T, 07.10.2008 – DJe 03.11.2008)

AgRg no REsp 707.801-MG (3ª T, 25.09.2007 – DJ 15.10.2007)

AgRg no REsp 936.053-SP (3ª T, 15.04.2008 – DJe 07.05.2008)

AgRg no REsp 955.345-SP (3ª T, 06.12.2007 – DJ 18.12.2007)

REsp 546.392-MG (4ª T, 18.08.2005 – DJ 12.09.2005)

REsp 1.004.919-SP (4ª T, 22.04.2008 – DJe 26.05.2008)

REsp 1.098.365-PR (2ª S, 28.10.2009 – DJe 26.11.2009)

Segunda Seção, em 10.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 427

A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CC/1916, art. 178, § 10, II.

LC n. 109/2001, arts. 14 e 75.

Lei n. 6.435/1977, art. 36.

Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único.

Súmula n. 291-STJ.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 989.917-DF (4ª T, 19.06.2008 – DJe 30.06.2008)

AgRg no REsp 681.326-MG (3ª T, 28.06.2007 – DJ 03.09.2007)

AgRg no REsp 858.978-MG (3ª T, 14.04.2009 – DJe 28.04.2009)

AgRg no REsp 903.092-MG (3ª T, 18.09.2008 – DJe 03.10.2008)

AgRg no REsp 954.935-DF (4ª T, 06.09.2007 – DJ 12.11.2007)

AgRg no REsp 1.041.207-RN (4ª T, 23.06.2009 – DJe 1º.07.2009)

AgRg nos EDcl no Ag 915.362-GO (3ª T, 05.03.2009 – DJe 19.03.2009)

EDcl no Ag 638.077-GO (4ª T, 13.11.2007 – DJ 03.12.2007)

EDcl no AgRg no Ag 690.041-MS (4ª T, 11.12.2007 – DJ 11.02.2008)

REsp 678.689-MG (3ª T, 26.10.2006 – DJ 20.11.2006)

REsp 771.638-MG (2ª S, 28.09.2005 – DJ 12.12.2005)

REsp 1.110.561-SP (2ª S, 09.09.2009 – DJe 06.11.2009)

REsp 1.111.973-SP (2ª S, 09.09.2009 – DJe 06.11.2009)

Segunda Seção, em 10.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 428

Compete ao Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária.

Precedentes:

CC 105.947-SP (2ª S, 14.10.2009 – DJe 05.11.2009)

EDcl no AgRg no CC 99.086-SC (1ª S, 28.10.2009 – DJe 06.11.2009)

EDcl no AgRg no CC 102.647-SC (1ª S, 23.09.2009 – DJe 1º.10.2009)

EDcl no AgRg no CC 103.083-SC (1ª S, 28.10.2009 – DJe 16.11.2009)

EDcl no AgRg no CC 103.085-SC (1ª S, 09.09.2009 – DJe 18.09.2009)

EDcl no AgRg no CC 104.332-RJ (3ª S, 23.09.2009 – DJe 28.10.2009)

EDcl no AgRg no CC 104.426-SC (1ª S, 23.09.2009 – DJe 1º.10.2009)

EDcl no AgRg no CC 104.429-SC (1ª S, 14.10.2009 – DJe 22.10.2009)

EDcl no CC 104.544-RS (1ª S, 28.10.2009 – DJe 06.11.2009)

Corte Especial, em 17.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 429

A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento.

Referências:

CPC, art. 215 c.c. o art. 223, parágrafo único.

Precedentes:

REsp 117.949-SP (CE, 03.08.2005 – DJ 26.09.2005)

RMS 12.123-ES (3ª T, 05.09.2002 – DJ 04.11.2002)

REsp 57.370-RS (1ª T, 26.04.1995 – DJ 22.05.1995)

REsp 80.068-GO (4ª T, 09.04.1996 – DJ 24.06.1996)

REsp 129.867-DF (3ª T, 13.05.1999 – DJ 28.06.1999)

REsp 164.661-SP (4ª T, 03.12.1998 – DJ 16.08.1999)

REsp 208.791-SP (3ª T, 25.05.1999 – DJ 23.08.1999)

REsp 712.609-SP (5ª T, 15.03.2007 – DJ 23.04.2007)

REsp 810.934-RS (4ª T, 04.04.2006 – DJ 17.04.2006)

REsp 884.164-SP (3ª T, 27.03.2007 – DJ 16.04.2007)

REsp 1.073.369-PR (2ª T, 21.10.2008 – DJe 21.11.2008)

Corte Especial, em 17.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 430

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Referências:

CTN, art. 135, III.

Precedentes:

AgRg no Ag 1.093.097-MS (2ª T, 09.06.2009 – DJe 23.06.2009)
AgRg no Ag 1.247.859-PR (1ª T, 18.02.2010 – DJe 25.02.2010)
AgRg no REsp 586.020-MG (1ª T, 11.05.2004 – DJ 31.05.2004)
AgRg no REsp 920.470-MG (1ª T, 21.08.2007 – DJ 06.09.2007)
AgRg no REsp 952.762-SP (2ª T, 25.09.2007 – DJ 05.10.2007)
AgRg no REsp 1.082.881-PB (2ª T, 18.08.2009 – DJe 27.08.2009)
AgRg nos EREsp 471.107-MG (1ª S, 22.09.2004 – DJ 25.10.2004)
EREsp 174.532-PR (1ª S, 18.06.2001 – DJ 20.08.2001)
EREsp 374.139-RS (1ª S, 10.11.2004 – DJ 28.02.2005)
REsp 513.912-MG (2ª T, 07.06.2005 – DJ 1º.08.2005)
REsp 573.849-PR (2ª T, 26.09.2006 – DJ 20.10.2006)
REsp 801.659-MG (2ª T, 10.04.2007 – DJ 20.04.2007)
REsp 804.441-MG (1ª T, 16.08.2007 – DJ 24.09.2007)
REsp 887.411-RJ (1ª T, 10.04.2007 – DJ 23.04.2007)

Primeira Seção, em 24.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 431

É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Referências:

CTN, arts. 2º, I, e 148.

Decreto-Lei n. 406/1968, art. 2º, I e II.

Precedentes:

AgRg no REsp 1.021.744-MA (2ª T, 19.05.2009 – DJe 1º.06.2009)

EREsp 33.808-SP (1ª S, 10.09.1997 – DJ 20.10.1997)

RMS 13.294-MA (2ª T, 04.06.2002 – DJ 19.12.2002)

RMS 16.810-PA (1ª T, 03.10.2006 – DJ 23.11.2006)

RMS 25.605-SE (1ª T, 22.04.2008 – DJe 21.05.2008)

REsp 1.041.216-AM (2ª T, 20.11.2008 – DJe 17.12.2008)

Primeira Seção, em 24.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 432

As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.

Precedentes:

AgRg no Ag 889.766-RR (1ª T, 25.09.2007 – DJ 08.11.2007)

AgRg no Ag 1.070.809-RR (2ª T, 03.03.2009 – DJe 02.04.2009)

AgRg no REsp 977.245-RR (2ª T, 28.04.2009 – DJe 15.05.2009)

EREsp 149.946-MS (1ª S, 06.12.1999 – DJ 20.03.2000)

REsp 40.356-SP (2ª T, 29.11.1995 – DJ 03.06.1996)

REsp 422.168-AM (2ª T, 1º.06.2006 – DJ 02.08.2006)

REsp 557.040-MT (2ª T, 26.10.2004 – DJ 28.03.2005)

REsp 620.112-MT (2ª T, 07.05.2009 – DJe 21.08.2009)

REsp 909.343-DF (1ª T, 03.05.2007 – DJ 17.05.2007)

REsp 919.769-DF (2ª T, 11.09.2007 – DJ 25.09.2007)

REsp 1.135.489-AL (1ª S, 09.12.2009 – DJe 1º.02.2010)

Primeira Seção, em 24.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 433

O produto semi-elaborado, para fins de incidência de ICMS, é aquele que preenche cumulativamente os três requisitos do art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991.

Referências:

LC n. 65/1991, art. 1º, I, II e III.

Precedentes:

AgRg no REsp 979.992-MG (1ª T, 06.11.2007 – DJ 17.12.2007)

REsp 631.886-MG (1ª T, 18.05.2004 – DJ 07.06.2004)

REsp 686.925-RS (2ª T, 28.11.2006 – DJ 11.12.2006)

REsp 759.190-MT (1ª T, 11.03.2008 – DJe 23.04.2008)

REsp 784.552-MS (2ª T, 03.08.2006 – DJ 17.08.2006)

REsp 866.367-MG (1ª T, 21.05.2009 – DJe 24.08.2009)

REsp 1.130.140-SP (2ª T, 17.09.2009 – DJe 30.09.2009)

Primeira Seção, em 24.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 434

O pagamento da multa por infração de trânsito não inibe a discussão judicial do débito.

Referências:

CTB, arts. 286, § 2º, e 288.

Precedentes:

REsp 614.957-RS (1ª T, 08.06.2004 – DJ 28.06.2004)
REsp 721.937-RS (1ª T, 24.05.2005 – DJ 06.06.2005)
REsp 755.001-RS (2ª T, 09.09.2008 – DJe 13.10.2008)
REsp 757.421-RS (1ª T, 16.12.2008 – DJe 04.02.2009)
REsp 758.179-RS (2ª T, 17.08.2006 – DJ 31.08.2006)
REsp 759.406-RS (2ª T, 1º.04.2008 – DJe 17.04.2008)
REsp 793.568-RS (1ª T, 28.03.2006 – DJ 15.05.2006)
REsp 809.170-RS (2ª T, 20.06.2006 – DJ 1º.08.2006)
REsp 810.175-RS (2ª T, 17.11.2009 – DJe 02.12.2009)
REsp 854.213-RS (2ª T, 12.09.2006 – DJ 09.10.2006)
REsp 970.957-RS (1ª T, 13.11.2007 – DJ 13.12.2007)

Primeira Seção, em 24.03.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 435

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Precedentes:

AgRg no Ag 1.247.879-PR (1ª T, 18.02.2010 – DJe 25.02.2010)

AgRg no REsp 1.023.213-SC (1ª T, 24.11.2009 – DJe 02.12.2009)

EREsp 716.412-PR (1ª S, 12.09.2007 – DJe 22.09.2008)

EREsp 852.437-RS (1ª S, 22.10.2008 – DJe 03.11.2008)

REsp 738.502-SC (1ª T, 18.10.2005 – DJ 14.11.2005)

REsp 944.872-RS (1ª T, 04.09.2007 – DJ 08.10.2007)

REsp 953.956-PR (2ª T, 12.08.2008 – DJe 26.08.2008)

REsp 980.150-SP (2ª T, 22.04.2008 – DJe 12.05.2008)

REsp 1.129.244-PR (2ª T, 05.11.2009 – DJe 20.11.2009)

Primeira Seção, em 14.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 436

A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 150.

Lei n. 9.779/1999, art. 16.

IN n. 129/1986-SRF, regulada pela IN8 n. 395/2004-SRF (com fulcro no art. 5º do DL n. 2.124/1984).

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 937.706-MG (2ª T, 06.03.2008 – DJe 04.03.2009)

AgRg no Ag 1.146.516-SP (2ª T, 04.03.2010 – DJe 22.03.2010)

REsp 510.802-SP (1ª T, 1º.04.2004 – DJ 14.06.2004)

REsp 603.448-PE (2ª T, 07.11.2006 – DJ 04.12.2006)

REsp 823.953-SP (1ª T, 09.09.2008 – DJe 1º.10.2008)

REsp 1.090.248-SP (2ª T, 02.12.2008 – DJe 18.12.2008)

REsp 1.101.728-SP (1ª S, 11.03.2009 – DJe 23.03.2009)

Primeira Seção, em 14.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 437

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário superior a quinhentos mil reais para opção pelo Refis pressupõe a homologação expressa do comitê gestor e a constituição de garantia por meio do arrolamento de bens.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp 917.432-PR (1ª T, 16.08.2007 – DJ 20.09.2007)

AgRg no REsp 956.516-RJ (2ª T, 21.10.2008 – DJe 21.11.2008)

AgRg no REsp 1.079.942-SP (2ª T, 25.11.2008 – DJe 18.12.2008)

AgRg nos EREsp 388.570-SC (1ª S, 12.12.2005 – DJ 06.03.2006)

EDcl no AgRg nos EREsp 415.587-SC (1ª S, 18.10.2004 – DJ 03.11.2004)

EREsp 447.184-PR (1ª S, 23.06.2004 – DJ 02.08.2004)

EREsp 449.292-RS (1ª S, 12.11.2003 – DJ 19.12.2003)

EREsp 715.759-SC (1ª S, 09.05.2007 – DJ 08.10.2007)

REsp 871.758-PR (1ª T, 26.08.2008 – DJe 04.09.2008)

REsp 1.133.710-GO (1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009)

Primeira Seção, em 14.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 438

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Referências:

CP, arts. 109 e 110.

Precedentes:

HC 30.368-SP (6ª T, 10.08.2004 – DJ 13.12.2004)

HC 53.349-BA (5ª T, 03.08.2006 – DJ 04.09.2006)

HC 69.859-MS (5ª T, 12.12.2006 – DJ 12.02.2007)

HC 85.137-PE (5ª T, 11.12.2007 – DJ 07.02.2008)

HC 102.292-SP (6ª T, 02.09.2008 – DJe 22.09.2008)

RHC 12.360-BA (5ª T, 06.08.2002 – DJ 16.09.2002)

RHC 18.569-MG (6ª T, 25.09.2008 – DJe 13.10.2008)

RHC 20.554-RJ (6ª T, 18.09.2007 – DJ 08.10.2007)

RHC 21.929-PR (5ª T, 20.11.2007 – DJ 10.12.2007)

REsp 634.265-RS (6ª T, 04.04.2006 – DJ 02.05.2006)

REsp 880.774-RS (5ª T, 10.05.2007 – DJ 29.06.2007)

REsp 991.860-RS (5ª T, 04.09.2008 – DJe 13.10.2008)

Terceira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 439

Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Referências:

Lei n. 10.792/2003.

Precedentes:

AgRg no Ag 691.619-RS (6ª T, 12.06.2008 – DJe 30.06.2008)

HC 94.577-SP (6ª T, 15.05.2008 – DJe 02.06.2008)

HC 103.352-RS (5ª T, 11.11.2008 – DJe 15.12.2008)

HC 105.337-RS (6ª T, 26.08.2008 – DJe 08.09.2008)

HC 114.882-SP (5ª T, 27.04.2009 – DJe 25.05.2009)

HC 122.850-RS (5ª T, 14.04.2009 – DJe 1º.06.2009)

Terceira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 440

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Referências:

CP, arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59.

Precedentes:

AgRg no HC 96.322-SP (6ª T, 18.03.2008 – DJ 14.03.2008)

HC 34.573-SP (6ª T, 22.03.2005 – DJ 05.12.2005)

HC 36.112-RJ (6ª T, 25.06.2004 – DJ 16.08.2004)

HC 45.875-SP (5ª T, 07.03.2006 – DJ 27.03.2006)

HC 76.919-RJ (5ª T, 20.11.2007 – DJ 17.12.2007)

HC 79.684-SP (6ª T, 06.12.2007 – DJ 19.12.2007)

HC 90.503-SP (6ª T, 13.12.2007 – DJ 18.02.2008)

HC 99.366-SP (5ª T, 29.10.2009 – DJe 14.12.2009)

HC 123.216-SP (5ª T, 16.04.2009 – DJe 18.05.2009)

HC 134.665-MS (5ª T, 06.08.2009 – DJe 08.09.2009)

Terceira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 441

A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional.

Referências:

CP, art. 83, II.

Precedentes:

AgRg no Ag 763.184-RS (5ª T, 10.10.2006 – DJ 13.11.2006)

HC 34.840-RJ (6ª T, 16.11.2004 – DJ 17.12.2004)

HC 71.139-SP (6ª T, 27.03.2008 – DJe 22.04.2008)

HC 74.889-SP (5ª T, 14.08.2007 – DJ 17.09.2007)

HC 82.809-SP (6ª T, 11.12.2007 – DJe 26.05.2008)

HC 98.394-SP (6ª T, 08.04.2008 – DJe 29.09.2008)

HC 118.365-SP (5ª T, 14.04.2009 – DJe 25.05.2009)

HC 122.229-SP (5ª T, 19.11.2009 – DJe 14.12.2009)

HC 139.090-SP (5ª T, 06.10.2009 – DJe 07.12.2009)

HC 141.241-SP (5ª T, 29.10.2009 – DJe 30.11.2009)

HC 145.217-SP (6ª T, 02.02.2010 – DJe 22.02.2010)

Terceira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 442

É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.

Referências:

CP, arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II.

Precedentes:

AgRg no REsp 737.991-RS (6ª T, 12.06.2008 – DJe 29.09.2008)
AgRg no REsp 949.454-RS (5ª T, 29.11.2007 – DJ 17.12.2007)
AgRg no REsp 981.990-RS (5ª T, 29.05.2008 – DJe 30.06.2008)
AgRg no REsp 1.031.494-RS (6ª T, 11.11.2008 – DJe 24.11.2008)
REsp 690.706-RS (6ª T, 19.05.2005 – DJ 12.11.2007)
REsp 730.352-RS (6ª T, 29.09.2009 – DJe 19.10.2009)
REsp 842.535-RS (5ª T, 17.10.2006 – DJ 13.11.2006)
REsp 856.225-RS (5ª T, 07.10.2008 – DJe 28.10.2008)
REsp 899.482-RS (6ª T, 09.10.2007 – DJ 29.10.2007)
REsp 1.008.913-RS (5ª T, 05.02.2009 – DJe 09.03.2009)
REsp 1.101.779-RS (5ª T, 29.09.2009 – DJe 30.11.2009)
REsp 1.106.223-RS (5ª T, 08.09.2009 – DJe 13.10.2009)

Terceira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 443

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Precedentes:

HC 34.658-SP (5ª T, 21.09.2004 – DJ 03.11.2004)

HC 34.992-RJ (6ª T, 12.04.2005 – DJe 15.06.2009)

HC 54.683-RJ (6ª T, 17.08.2006 – DJ 04.06.2007)

HC 97.134-SP (5ª T, 27.11.2008 – DJe 19.12.2008)

HC 97.857-SP (6ª T, 21.10.2008 – DJe 10.11.2008)

HC 103.701-SP (5ª T, 28.10.2008 – DJe 24.11.2008)

HC 123.216-SP (5ª T, 16.04.2009 – DJe 18.05.2009)

HC 124.581-SP (5ª T, 26.05.2009 – DJe 29.06.2009)

Terceira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 444

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Precedentes:

HC 81.866-DF (5ª T, 25.09.2007 – DJ 15.10.2007)

HC 96.670-DF (5ª T, 15.12.2009 – DJe 08.02.2010)

HC 97.857-SP (6ª T, 21.10.2008 – DJe 10.11.2008)

HC 106.089-MS (5ª T, 03.11.2009 – DJe 30.11.2009)

HC 128.800-MS (5ª T, 15.12.2009 – DJe 22.02.2010)

HC 142.241-RJ (5ª T, 15.12.2009 – DJe 1º.02.2010)

HC 150.266-MS (6ª T, 19.11.2009 – DJe 07.12.2009)

REsp 730.352-RS (6ª T, 29.09.2009 – DJe 19.10.2009)

REsp 898.854-PR (5ª T, 22.05.2007 – DJ 29.06.2007)

Terceira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 445

As diferenças de correção monetária resultantes de expurgos inflacionários sobre os saldos de FGTS têm como termo inicial a data em que deveriam ter sido creditadas.

Referências:

CPC, art. 543-C.

Lei n. 5.958/1973.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

REsp 641.490-RJ (2ª T, 03.02.2005 – DJ 11.04.2005)

REsp 713.793-RJ (2ª T, 15.03.2005 – DJ 16.05.2005)

REsp 1.112.413-AL (1ª S, 23.09.2009 – DJe 1º.10.2009)

Primeira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 446

Declarado e não pago o débito tributário pelo contribuinte, é legítima a recusa de expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, arts. 150, 205 e 206.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no Ag 937.706-MG (2ª T, 06.03.2008 – DJe 04.03.2009)

AgRg no REsp 1.070.969-SP (1ª T, 12.05.2009 – DJe 25.05.2009)

REsp 505.804-RS (2ª T, 09.08.2005 – DJ 05.09.2005)

REsp 507.069-RS (2ª T, 03.06.2004 – DJ 30.08.2004)

REsp 600.769-PR (1ª T, 14.09.2004 – DJ 27.09.2004)

REsp 603.448-PE (2ª T, 07.11.2006 – DJ 04.12.2006)

REsp 1.050.947-MG (2ª T, 13.05.2008 – DJe 21.05.2008)

REsp 1.123.557-RS (1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009)

Primeira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 447

Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores.

Referências:

CF/1988, art. 157, I.

CTN, art. 43.

CPC, art. 543-C.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp 1.045.709-RS (2ª T, 03.09.2009 – DJe 21.09.2009)

RMS 10.044-RJ (1ª T, 16.03.2000 – DJ 17.04.2000)

REsp 594.689-MG (2ª T, 02.08.2005 – DJ 05.09.2005)

REsp 694.087-RJ (2ª T, 07.08.2007 – DJ 21.08.2007)

REsp 818.709-RO (2ª T, 04.09.2008 – DJe 11.03.2009)

REsp 874.759-SE (1ª T, 07.11.2006 – DJ 23.11.2006)

REsp 884.046-PE (2ª T, 19.08.2008 – DJe 24.09.2008)

REsp 989.419-RS (1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009)

Primeira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010

SÚMULA N. 448

A opção pelo Simples de estabelecimentos dedicados às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental é admitida somente a partir de 24.10.2000, data de vigência da Lei n. 10.034/2000.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 106.

LC n. 123/2006.

Lei n. 9.317/1996, art. 9º, XIII.

Lei n. 10.034/2000, art. 1º.

Lei n. 10.684/2003, art. 24.

Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º.

Precedentes:

AgRg no REsp 1.043.154-SP (2ª T, 18.12.2008 – DJe 16.02.2009)

REsp 721.675-ES (2ª T, 23.08.2005 – DJ 19.09.2005)

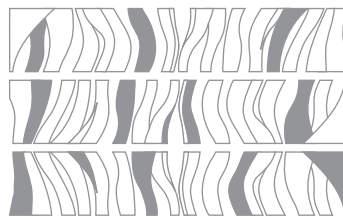
REsp 829.059-RJ (1ª T, 18.12.2007 – DJ 07.02.2008)

REsp 1.021.263-SP (1ª S, 25.11.2009 – DJe 18.12.2009)

REsp 1.042.793-RJ (1ª T, 22.04.2008 – DJe 21.05.2008)

Primeira Seção, em 28.04.2010

DJe 13.05.2010



Índice Analítico

A

- PrCv **Ação civil pública** - *Astreintes* - Cabimento - CPC, art. 461, §§ 1º e 6º - *Internet* - Mensagens ofensivas - Bloqueio de novas comunidades - Não-ocorrência - *Orkut* - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.117.633 - RO. RSTJ 218/213.
- PrCv **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Interesses individuais homogêneos - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- PrCv **Ação civil pública** - Reparação de danos causados aos consumidores - CDC, art. 6º, VIII - Inversão do ônus da prova - Fundamentação - Necessidade. REsp n. 773.171 - RN. RSTJ 218/170.
- PrCv **Ação coletiva** - Execução de julgado - CF/1988, art. 8º, III - CPC, art. 6º - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Lei n. 8.073/1990, art. 3º - Substituição processual. EREsp n. 941.108 - RS. RSTJ 218/54.
- Trbt Ação coletiva - Execução de sentença - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Lei n. 9.527/1997 - Termo inicial - Serviço público - Função comissionada. REsp n. 859.691 - RS. RSTJ 218/141.

- PrCv **Ação de abstenção do uso de nome comercial** - Arquivamento do contrato na junta comercial - Termo inicial - CC/1916, art. 177 - Prescrição - Prazo decenal. REsp n. 826.818 - RJ. RSTJ 218/428.
- PrCv **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- PrCv **Ação de investigação de paternidade** - Improcedência - Exame de DNA - Recusa do investigado - Relacionamento íntimo - Provas indiciárias - Ausência - Súmula n. 301-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 1.068.836 - RJ. RSTJ 218/481.
- PrCv **Ação de prestação de contas** - CC/2002, art. 682, II - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - Mandatário - Falecimento - Mandato - Contrato personalíssimo - Prequestionamento - Ausência - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.
- PrCv **Ação de responsabilidade civil** - Procedimentos - Juízo de delibação - Não-cabimento - Lei n. 8.429/1992, arts. 12 e 17, §§ 8º e 9º - Inaplicabilidade. REsp n. 1.163.643 - SP. RSTJ 218/131.
- PrCv **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CF/1988, art. 157, I - CPC, art. 543-C - CTN, art. 43 - Legitimidade passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Servidor público. Súmula n. 447-STJ. RSTJ 218/715.
- PrCv **Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária** - Repetição do indébito tributário - Desistência - CPC, art. 26, *caput* - Honorários advocatícios - Lei n. 11.941/2009, art. 6º, § 1º - Inaplicabilidade - Parte desistente - Pagamento. AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.009.559 - SP. RSTJ 218/35.
- PrCv Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - CPP, art. 40 - Crime de ação penal pública - Interesse processual - Configuração - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.400 - DF. RSTJ 218/326.
- PrCv Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - Interesse processual - Configuração - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.376 - DF. RSTJ 218/306.
- PrCv **Ação indenizatória** - Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - CPC, art. 267, VI - Dano moral - Direito próprio dos herdeiros - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - Negativação do nome do falecido - Responsabilidade civil. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.

- PrCv **Ação monitória** - Cabimento - Adimplemento voluntário - Não-ocorrência - CPC, art. 1.102-C, § 1º - Custas processuais e honorários advocatícios - Isenção - Não-cabimento - Embargos do devedor - Ausência - Fazenda Pública - Súmula n. 339-STJ. REsp n. 1.170.037 - RJ. RSTJ 218/246.
- PrCv Ação ordinária - Adjudicação - Cancelamento - CPC, art. 259, V - Decreto-Lei n. 70/1966 - Execução de título extrajudicial - Peça essencial - Ausência - **Valor da causa**. REsp n. 815.884 - RJ. RSTJ 218/282.
- PrPn Ação penal - Extinção - Crime de contrabando ou descaminho - **Habeas corpus** - Cabimento - Lei n. 9.430/1996, art. 83 - Processo administrativo - Pendência. RHC n. 25.228 - RS. RSTJ 218/669.
- Pn Ação penal - Trancamento - CP, art. 184, § 2º - **Crime contra registro de marca** - Decadência do direito à queixa - Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.279/1996, art. 190, I - Lei n. 9.610/1998, art. 8º. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.
- Pn Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- PrCv **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabela - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.
- Pn Acidente automobilístico - CP, arts. 44, *caput*, I e III, e 59 - **Crime de homicídio culposo** - Pena privativa de liberdade - Substituição - Possibilidade - Pena restritiva de direito - Aplicabilidade. HC n. 123.373 - RJ. RSTJ 218/544.
- Cv Acidente automobilístico - Caminhão e semi-reboque - **Responsabilidade civil** - Não-caracterização - Semi-reboque - Proprietário - Responsabilidade - Não-configuração - Súmula n. 492-STF - Inaplicabilidade. REsp n. 494.372 - MG. RSTJ 218/389.
- Cv Acidente de trânsito - Constituição de capital - Substituição pela consignação em folha de pagamento - Impossibilidade - Dano moral - Dano estético - Cumulação - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Citação - *Quantum* indenizatório - Majoração - Possibilidade. REsp n. 1.176.265 - MG. RSTJ 218/379.

- PrCv Adimplemento voluntário - Não-ocorrência - **Ação monitoria** - Cabimento - CPC, art. 1.102-C, § 1º - Custas processuais e honorários advocatícios - Isenção - Não-cabimento - Embargos do devedor - Ausência - Fazenda Pública - Súmula n. 339-STJ. REsp n. 1.170.037 - RJ. RSTJ 218/246.
- PrCv Adjudicação - Cancelamento - Ação ordinária - CPC, art. 259, V - Decreto-Lei n. 70/1966 - Execução de título extrajudicial - Peça essencial - Ausência - **Valor da causa**. REsp n. 815.884 - RJ. RSTJ 218/282.
- Adm Administração Pública - Rescisão contratual - **Contrato administrativo** - Obra pública - Decreto-Lei n. 2.300/1986, art. 69, § 2º - Interesse público - Configuração - Nova Casa de Detenção do Carandiru - Não-construção. REsp n. 710.078 - SP. RSTJ 218/163.
- PrPn Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Caracterização - CP, art. 109, IV - CPP, art. 261 - Crime de quadrilha ou bando - Julgamento - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- Pn Agravamento - Vedação - **Pena-base** - Utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso - Não-cabimento. Súmula n. 444-STJ. RSTJ 218/712.
- Trbt Alíquota zero - Inaplicabilidade - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Entidades hospitalares - Clínicas médicas - Lei n. 10.147/2000, arts. 1º, I, e 2º - Programa de Integração Social (PIS) - Receitas relativas aos medicamentos utilizados na prestação do serviço. REsp n. 1.133.895 - RN. RSTJ 218/155.
- Adm Analista judiciário - Execução de mandados - **Concurso público** - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Fraude ao concurso - Não-comprovação - Lei n. 8.112/1990, arts. 21 e 29, I, e 149 - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - Cabimento - Sanção disciplinar - Não-cabimento. RMS n. 24.503 - DF. RSTJ 218/583.
- PrPn **Apelação** - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - Constrangimento ilegal - Caracterização - CP, art. 109, IV - CPP, art. 261 - Crime de quadrilha ou bando - Julgamento - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- PrPn Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.

- PrPn Apelação em liberdade assistida - Possibilidade - **Ato infracional** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de roubo qualificado - Equiparação - ECA, art. 186 - Estudo multidisciplinar - Não-obrigatoriedade - Medida de internação - Não-cabimento. HC n. 112.799 - SP. RSTJ 218/646.
- Pn Aplicação da pena - Aumento na terceira fase - Fundamentação concreta - Necessidade - **Crime de roubo circunstanciado** - Mera indicação do número de majorantes - Não-cabimento. Súmula n. 443-STJ. RSTJ 218/711.
- PrCv Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - **Ação de cobrança** - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- Trbt Área de preservação permanente - Limitação na utilização do imóvel - Irrelevância - CTN, art. 32 - Imóvel urbano - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Exigibilidade. REsp n. 1.128.981 - SP. RSTJ 218/150.
- PrCv Arquivamento do contrato na junta comercial - Termo inicial - **Ação de abstenção do uso de nome comercial** - CC/1916, art. 177 - Prescrição - Prazo decenal. REsp n. 826.818 - RJ. RSTJ 218/428.
- PrCv *Astreintes* - Cabimento - **Ação civil pública** - CPC, art. 461, §§ 1º e 6º - *Internet* - Mensagens ofensivas - Bloqueio de novas comunidades - Não-ocorrência - *Orkut* - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.117.633 - RO. RSTJ 218/213.
- Adm Ato administrativo - Controle judicial - Cabimento - **Militar** - Princípio da razoabilidade - Remoção - Morosidade imotivada - Súmula n. 83-STJ - Teoria dos motivos determinantes - Aplicabilidade. AgRg no REsp n. 670.453 - RJ. RSTJ 218/599.
- PrPn **Ato infracional** - Apelação em liberdade assistida - Possibilidade - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de roubo qualificado - Equiparação - ECA, art. 186 - Estudo multidisciplinar - Não-obrigatoriedade - Medida de internação - Não-cabimento. HC n. 112.799 - SP. RSTJ 218/646.
- PrPn Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.

PrCv Aviso de recebimento - Necessidade - **Citação postal** - CPC, arts. 215 e 223, parágrafo único. Súmula n. 429-STJ. RSTJ 218/697.

B

PrCv Bem útil ou necessário - Impenhorabilidade - CPC, art. 649, VI - **Execução** - Pequena empresa. REsp n. 864.962 - RS. RSTJ 218/178.

Cv Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Lei n. 6.717/1979 - **Loteria federal** - Aposta - Súmula n. 99-STJ - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.

Cv Bloqueio de talonário de cheques - Constrangimento - Caracterização - CC/1916, art. 159 - **Indenização** - Cabimento - *Quantum* indenizatório - Redução. REsp n. 732.189 - RS. RSTJ 218/402.

C

PrPn **Carta rogatória** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Decreto n. 1.320/1994, art. 5º, c - Documentos - Ausência. AgRg na CR n. 3.998 - EX. RSTJ 218/17.

PrCv Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - **Ação indenizatória** - CPC, art. 267, VI - Dano moral - Direito próprio dos herdeiros - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - Negativação do nome do falecido - Responsabilidade civil. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.

PrCv Causas idênticas - Prejulgamento - Impossibilidade - CF/1988, ADCT, art. 47 - Coisa julgada - Efeitos - Afastamento - **Execução** - Prevenção do órgão julgador. REsp n. 780.758 - SP. RSTJ 218/277.

Cv CC/1916, art. 159 - Bloqueio de talonário de cheques - Constrangimento - Caracterização - **Indenização** - Cabimento - *Quantum* indenizatório - Redução. REsp n. 732.189 - RS. RSTJ 218/402.

PrCv CC/1916, art. 177 - **Ação de abstenção do uso de nome comercial** - Arquivamento do contrato na junta comercial - Termo inicial - Prescrição - Prazo decenal. REsp n. 826.818 - RJ. RSTJ 218/428.

PrCv CC/1916, art. 178, § 10, II - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.

- PrCv CC/2002, art. 381 - CF/1988, art. 134 - Confusão - Defensoria Pública - **Honorários advocatícios** - Não-cabimento. Súmula n. 421-STJ. RSTJ 218/689.
- Cv CC/2002, arts. 405 e 757 - CPC, arts. 219 e 543-C - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores (DPVAT). Súmula n. 426-STJ. RSTJ 218/694.
- PrCv CC/2002, art. 682, II - **Ação de prestação de contas** - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - Mandatário - Falecimento - Mandato - Contrato personalíssimo - Prequestionamento - Ausência - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.
- Cv CC/2002, arts. 1.640, 1.790 e 1.829, I - Inventário - *De cujus* falecido após cônjuge - **Sucessão** - Vocação hereditária - Interpretação aplicável - União estável - Regime de comunhão parcial de bens. REsp n. 1.117.563 - SP. RSTJ 218/355.
- PrCv CDC, art. 6º, VIII - **Ação civil pública** - Reparação de danos causados aos consumidores - Inversão do ônus da prova - Fundamentação - Necessidade. REsp n. 773.171 - RN. RSTJ 218/170.
- PrPn Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Apelação em liberdade assistida - Possibilidade - **Ato infracional** - Crime de roubo qualificado - Equiparação - ECA, art. 186 - Estudo multidisciplinar - Não-obrigatoriedade - Medida de internação - Não-cabimento. HC n. 112.799 - SP. RSTJ 218/646.
- PrPn Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - **Carta rogatória** - Decreto n. 1.320/1994, art. 5º, c - Documentos - Ausência. AgRg na CR n. 3.998 - EX. RSTJ 218/17.
- PrCv CF/1988, ADCT, art. 47 - Causas idênticas - Prejulgamento - Impossibilidade - Coisa julgada - Efeitos - Afastamento - **Execução** - Prevenção do órgão julgador. REsp n. 780.758 - SP. RSTJ 218/277.
- PrCv CF/1988, art. 5º, LXVII - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º - CPC, art. 543-C - Depositário judicial infiel - **Prisão civil** - Não-cabimento - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 419-STJ. RSTJ 218/687.
- PrPn CF/1988, art. 5º, LXXVIII - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.

- PrCv CF/1988, art. 8º, III - **Ação coletiva** - Execução de julgado - CPC, art. 6º - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Lei n. 8.073/1990, art. 3º - Substituição processual. EREsp n. 941.108 - RS. RSTJ 218/54.
- Adm CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Convocação - Mera expectativa de direito - Decadência - Ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 1.533/1951, art. 18 - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - **Mandado de segurança** - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- PrCv CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 538 - Embargos declaratórios - Publicação - Ausência - Ratificação - Não-ocorrência - **Recurso especial** - Inadmissibilidade. Súmula n. 418-STJ. RSTJ 218/686.
- PrCv CF/1988, art. 134 - CC/2002, art. 381 - Confusão - Defensoria Pública - **Honorários advocatícios** - Não-cabimento. Súmula n. 421-STJ. RSTJ 218/689.
- Trbt CF/1988, art. 155, § 2º, XII - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 87/1996, art. 11, III, b, e 12, § 1º - Obrigação tributária - Critério espacial - Sede do estabelecimento da concessionária - Telefonia - Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados. REsp n. 1.119.517 - MG. RSTJ 218/221.
- PrCv CF/1988, art. 157, I - **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CPC, art. 543-C - CTN, art. 43 - Legitimidade passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Servidor público. Súmula n. 447-STJ. RSTJ 218/715.
- Adm CF/1988, art. 170, IV - Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - **Cooperativa de saúde** - Lei n. 5.764/1971, art. 29, § 4º - Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - Médicos cooperados - Princípio da livre concorrência - Ofensa. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- Adm CF/1988, art. 197 - **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º - Resolução n. 1.666/2003-CFM. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- PrCv CF/1988, art. 236, § 3º - **Ação rescisória** - Cabimento - Concurso público - Tabela - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.

- Cv Cirurgia bariátrica - Cirurgia de remoção de tecido epitelial - Recusa de cobertura - Impossibilidade - Lei n. 9.656/1998, art. 10 - **Plano de saúde**. REsp n. 1.136.475 - RS. RSTJ 218/371.
- Cv Cirurgia de remoção de tecido epitelial - Recusa de cobertura - Impossibilidade - Cirurgia bariátrica - Lei n. 9.656/1998, art. 10 - **Plano de saúde**. REsp n. 1.136.475 - RS. RSTJ 218/371.
- PrCv **Citação postal** - Aviso de recebimento - Necessidade - CPC, arts. 215 e 223, parágrafo único. Súmula n. 429-STJ. RSTJ 218/697.
- Adm Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - CF/1988, art. 170, IV - **Cooperativa de saúde** - Lei n. 5.764/1971, art. 29, § 4º - Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - Médicos cooperados - Princípio da livre concorrência - Ofensa. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- PrCv Coisa julgada - Efeitos - Afastamento - Causas idênticas - Prejulgamento - Impossibilidade - CF/1988, ADCT, art. 47 - **Execução** - Prevenção do órgão julgador. REsp n. 780.758 - SP. RSTJ 218/277.
- Trbt Comitê gestor - Homologação - Necessidade - Constituição de garantia - Arrolamento de bens - Necessidade - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º - Opção pelo Refis - Valor superior. Súmula n. 437-STJ. RSTJ 218/705.
- PrCv Competência - **Conflito de competência** - Juizado Especial Federal e Juízo Federal - Tribunal Regional Federal. Súmula n. 428-STJ. RSTJ 218/696.
- Pn Concurso de agentes - Majorante do roubo - Inadmissibilidade - CP, arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II - **Crime de furto qualificado**. Súmula n. 442-STJ. RSTJ 218/710.
- Pn Concurso formal - Aplicabilidade - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - CP, art. 282 - Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- Adm Concurso público - Diplomata - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Convocação - Mera expectativa de direito - Decadência - Ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 1.533/1951, art. 18 - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - **Mandado de segurança** - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- PrCv Concurso público - Tabela - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Julgado -

- Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.
- Adm **Concurso público** - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Analista judiciário - Execução de mandados - Fraude ao concurso - Não-comprovação - Lei n. 8.112/1990, arts. 21 e 29, I, e 149 - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - Cabimento - Sanção disciplinar - Não-cabimento. RMS n. 24.503 - DF. RSTJ 218/583.
- Cv Conduta danosa - Não-demonstração - Instituição financeira - Transferência entre contas correntes - Autorização verbal - Lei n. 8.078/1990, art. 14 - **Responsabilidade civil objetiva** - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 1.021.605 - SP. RSTJ 218/471.
- PrCv **Conflito de competência** - Competência - Juizado Especial Federal e Juízo Federal - Tribunal Regional Federal. Súmula n. 428-STJ. RSTJ 218/696.
- PrCv Confusão - CC/2002, art. 381 - CF/1988, art. 134 - Defensoria Pública - **Honorários advocatícios** - Não-cabimento. Súmula n. 421-STJ. RSTJ 218/689.
- Pn Conselho de Sentença - CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.
- Adm **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - CF/1988, art. 197 - Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º - Resolução n. 1.666/2003-CFM. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- Cv Constituição de capital - Substituição pela consignação em folha de pagamento - Impossibilidade - Acidente de trânsito - Dano moral - Dano estético - Cumulação - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Citação - *Quantum* indenizatório - Majoração - Possibilidade. REsp n. 1.176.265 - MG. RSTJ 218/379.
- Trbt Constituição de garantia - Arrolamento de bens - Necessidade - Comitê gestor - Homologação - Necessidade - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º - Opção pelo Refis - Valor superior. Súmula n. 437-STJ. RSTJ 218/705.

- PrPn Constrangimento ilegal - Caracterização - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - CP, art. 109, IV - CPP, art. 261 - Crime de quadrilha ou bando - Julgamento - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- PrPn Constrangimento ilegal - Configuração - CP, arts. 288, 297, 299, 304 e 342 - Princípio da legalidade - **Prisão preventiva** - Revogação condicionada ao acautelamento de carteira da OAB - Ilegalidade. HC n. 135.183 - RJ. RSTJ 218/654.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não-configuração - CPP, arts. 396 e 396-A - **Denúncia** - Recebimento - Momento processual - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 138.089 - SC. RSTJ 218/551.
- PrPn Constrangimento ilegal - Ocorrência - CP, arts. 59; 65, III, **a** e **d**, e 121, § 2º, IV - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Cabimento - Pena - Dosimetria - Revisão - Possibilidade - Qualificadora - Exclusão - Impossibilidade. HC n. 122.442 - GO. RSTJ 218/533.
- PrPn Constrangimento ilegal - Ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Excesso de prazo - Configuração - Réu pronunciado - Tribunal do Júri - Não-ocorrência. HC n. 142.060 - BA. RSTJ 218/663.
- Adm **Contrato administrativo** - Obra pública - Administração Pública - Rescisão contratual - Decreto-Lei n. 2.300/1986, art. 69, § 2º - Interesse público - Configuração - Nova Casa de Detenção do Carandiru - Não-construção. REsp n. 710.078 - SP. RSTJ 218/163.
- Adm **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Trbt **Contribuição para a Seguridade Social** - CPC, art. 543-C - Empresas optantes pelo Simples - Retenção - Impossibilidade - Lei n. 8.212/1991, art. 31 - Lei n. 9.711/1998, art. 23 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 425-STJ. RSTJ 218/693.
- Trbt **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Alíquota zero - Inaplicabilidade - Entidades hospitalares - Clínicas médicas - Lei n. 10.147/2000, arts. 1º, I, e 2º - Programa de Integração Social (PIS) - Receitas relativas aos medicamentos utilizados na prestação do serviço. REsp n. 1.133.895 - RN. RSTJ 218/155.

- Trbt **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Incidência - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 70/1991, art. 2º - Operações de locação de bens móveis - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 423-STJ. RSTJ 218/691.
- Trbt **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Ação coletiva - Execução de sentença - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Lei n. 9.527/1997 - Termo inicial - Serviço público - Função comissionada. REsp n. 859.691 - RS. RSTJ 218/141.
- Trbt **Contribuinte** - Débito fiscal - Reconhecimento - Crédito tributário - Constituição - CTN, art. 150 - Fisco - Atuação - Desnecessidade - Lei n. 9.779/1999, art. 16. Súmula n. 436-STJ. RSTJ 218/704.
- PrCv Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º - CF/1988, art. 5º, LXVII - CPC, art. 543-C - Depositário judicial infiel - **Prisão civil** - Não-cabimento - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 419-STJ. RSTJ 218/687.
- Adm Convocação - Mera expectativa de direito - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Decadência - Ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 1.533/1951, art. 18 - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - **Mandado de segurança** - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- PrCv **Cooperativa** - Execução - Suspensão - Possibilidade - Lei n. 5.764/1971, art. 76 - Liquidação extrajudicial. REsp n. 815.099 - MG. RSTJ 218/425.
- Adm **Cooperativa de saúde** - CF/1988, art. 170, IV - Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - Lei n. 5.764/1971, art. 29, § 4º - Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - Médicos cooperados - Princípio da livre concorrência - Ofensa. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- Trbt Correção monetária - Termo inicial - Data em que as diferenças deveriam ter sido creditadas - CPC, art. 543-C - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Expurgos inflacionários - Lei n. 5.958/1973 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 445-STJ. RSTJ 218/713.
- Pn CP, arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 - Gravidade abstrata do delito - Irrelevância - **Pena-base** - Fixação no mínimo legal - Regime prisional mais gravoso - Não-cabimento. Súmula n. 440-STJ. RSTJ 218/708.
- Pn CP, arts. 44, *caput*, I e III, e 59 - Acidente automobilístico - **Crime de homicídio culposo** - Pena privativa de liberdade - Substituição - Possibilidade - Pena restritiva de direito - Aplicabilidade. HC n. 123.373 - RJ. RSTJ 218/544.

- PrPn CP, arts. 59; 65, III, **a e d**, e 121, § 2º, IV - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Cabimento - Pena - Dosimetria - Revisão - Possibilidade - Qualificadora - Exclusão - Impossibilidade. HC n. 122.442 - GO. RSTJ 218/533.
- Pn CP, art. 71, parágrafo único - Crime continuado - Configuração - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Crime hediondo - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Lei n. 11.464/2007 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.
- Pn CP, art. 83, II - **Falta grave** - Interrupção do prazo - Não-ocorrência - Livramento condicional - Possibilidade. Súmula n. 441-STJ. RSTJ 218/709.
- Pn CP, arts. 109 e 110 - Extinção da punibilidade - Inadmissibilidade - **Prescrição da pretensão punitiva** - Pena hipotética. Súmula n. 438-STJ. RSTJ 218/706.
- PrPn CP, art. 109, IV - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Caracterização - CPP, art. 261 - Crime de quadrilha ou bando - Julgamento - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- Pn CP, arts. 109, IV, e 171, § 1º - **Crime de estelionato previdenciário** - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva - Prescrição - Termo inicial. HC n. 48.412 - SP. RSTJ 218/616.
- Pn CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - Conselho de Sentença - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.
- Pn CP, arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II - Concurso de agentes - Majorante do roubo - Inadmissibilidade - **Crime de furto qualificado**. Súmula n. 442-STJ. RSTJ 218/710.
- Pn CP, art. 184, § 2º - Ação penal - Trancamento - **Crime contra registro de marca** - Decadência do direito à queixa - Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.279/1996, art. 190, I - Lei n. 9.610/1998, art. 8º. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.
- Pn CP, art. 282 - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - Crime de exercício ilegal da medicina, arte

- dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- PrPn CP, arts. 288, 297, 299, 304 e 342 - Constrangimento ilegal - Configuração - Princípio da legalidade - **Prisão preventiva** - Revogação condicionada ao acautelamento de carteira da OAB - Ilegalidade. HC n. 135.183 - RJ. RSTJ 218/654.
- Pn CP, art. 311 - **Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor** - Atipicidade - Falsificação grosseira - Aposição de fita isolante na placa - Infração administrativa - Caracterização - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade. REsp n. 503.960 - SP. RSTJ 218/677.
- PrCv CPC, art. 6º - **Ação coletiva** - Execução de julgado - CF/1988, art. 8º, III - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Lei n. 8.073/1990, art. 3º - Substituição processual. EREsp n. 941.108 - RS. RSTJ 218/54.
- PrCv CPC, art. 26, *caput* - **Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária** - Repetição do indébito tributário - Desistência - Honorários advocatícios - Lei n. 11.941/2009, art. 6º, § 1º - Inaplicabilidade - Parte desistente - Pagamento. AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.009.559 - SP. RSTJ 218/35.
- Cv CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Lei n. 6.717/1979 - **Loteria federal** - Aposta - Súmula n. 99-STJ - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.
- PrCv CPC, arts. 215 e 223, parágrafo único - Aviso de recebimento - Necessidade - **Citação postal**. Súmula n. 429-STJ. RSTJ 218/697.
- Cv CPC, arts. 219 e 543-C - CC/2002, arts. 405 e 757 - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores (DPVAT). Súmula n. 426-STJ. RSTJ 218/694.
- PrCv CPC, art. 259, V - Ação ordinária - Adjudicação - Cancelamento - Decreto-Lei n. 70/1966 - Execução de título extrajudicial - Peça essencial - Ausência - **Valor da causa**. REsp n. 815.884 - RJ. RSTJ 218/282.
- PrCv CPC, art. 267, VI - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPP, art. 40 - Crime de ação penal pública - Interesse processual - Configuração - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.400 - DF. RSTJ 218/326.

- PrCv CPC, art. 267, VI - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - Interesse processual - Configuração - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.376 - DF. RSTJ 218/306.
- PrCv CPC, art. 267, VI - **Ação indenizatória** - Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - Dano moral - Direito próprio dos herdeiros - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - Negativação do nome do falecido - Responsabilidade civil. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.
- PrCv CPC, art. 461, §§ 1º e 6º - **Ação civil pública** - *Astreintes* - Cabimento - *Internet* - Mensagens ofensivas - Bloqueio de novas comunidades - Não-ocorrência - *Orkut* - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.117.633 - RO. RSTJ 218/213.
- PrCv CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabela - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.
- PrCv CPC, art. 511, § 2º - Inaplicabilidade - Deserção - **Embargos de divergência em recurso especial** - Improcedência - Lei n. 11.636/2007 - Recolhimento de custas - Não-comprovação - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EAg n. 1.123.550 - SP. RSTJ 218/39.
- PrCv CPC, art. 538 - CF/1988, art. 105, III - Embargos declaratórios - Publicação - Ausência - Ratificação - Não-ocorrência - **Recurso especial** - Inadmissibilidade. Súmula n. 418-STJ. RSTJ 218/686.
- PrCv CPC, art. 543-C - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- PrCv CPC, art. 543-C - **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CF/1988, art. 157, I - CTN, art. 43 - Legitimidade passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Servidor público. Súmula n. 447-STJ. RSTJ 218/715.
- PrCv CPC, art. 543-C - CF/1988, art. 5º, LXVII - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º - Depositário judicial infiel - **Prisão civil** - Não-cabimento - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 419-STJ. RSTJ 218/687.
- Trbt CPC, art. 543-C - **Contribuição para a Seguridade Social** - Empresas optantes pelo Simples - Retenção - Impossibilidade - Lei n. 8.212/1991,

- art. 31 - Lei n. 9.711/1998, art. 23 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 425-STJ. RSTJ 218/693.
- Trbt CPC, art. 543-C - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Incidência - Lei Complementar n. 70/1991, art. 2º - Operações de locação de bens móveis - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 423-STJ. RSTJ 218/691.
- Trbt CPC, art. 543-C - Correção monetária - Termo inicial - Data em que as diferenças deveriam ter sido creditadas - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Expurgos inflacionários - Lei n. 5.958/1973 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 445-STJ. RSTJ 218/713.
- Trbt CPC, art. 543-C - Creche, pré-escola e ensino fundamental - CTN, art. 106 - Lei n. 10.034/2000, art. 1º - **Simples** - Opção - Termo inicial. Súmula n. 448-STJ. RSTJ 218/716.
- Trbt CPC, art. 543-C - CTN, arts. 150, 205 e 206 - **Débito tributário** - Não-pagamento - Expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa - Recusa - Legitimidade - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 446-STJ. RSTJ 218/714.
- Trbt CPC, art. 543-C - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Lei Complementar n. 116/2003 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Serviços bancários. Súmula n. 424-STJ. RSTJ 218/692.
- PrCv CPC, arts. 620 e 655 - **Execução civil** - Lei n. 6.830/1980, art. 11 - Ordem de nomeação de bens - Caráter absoluto - Ausência - Penhora - Dinheiro. Súmula n. 417-STJ. RSTJ 218/685.
- PrCv CPC, art. 649, VI - Bem útil ou necessário - Impenhorabilidade - **Execução** - Pequena empresa. REsp n. 864.962 - RS. RSTJ 218/178.
- PrCv CPC, art. 1.102-C, § 1º - **Ação monitória** - Cabimento - Adimplemento voluntário - Não-ocorrência - Custas processuais e honorários advocatícios - Isenção - Não-cabimento - Embargos do devedor - Ausência - Fazenda Pública - Súmula n. 339-STJ. REsp n. 1.170.037 - RJ. RSTJ 218/246.
- PrCv CPP, art. 40 - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - Crime de ação penal pública - Interesse processual - Configuração - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.400 - DF. RSTJ 218/326.
- PrPn CPP, art. 261 - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Caracterização - CP, art. 109, IV - Crime de quadrilha ou bando - Julgamento - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.

- PrPn CPP, arts. 396 e 396-A - Constrangimento ilegal - Não-configuração - **Denúncia** - Recebimento - Momento processual - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 138.089 - SC. RSTJ 218/551.
- PrPn CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.
- Trbt Creche, pré-escola e ensino fundamental - CPC, art. 543-C - CTN, art. 106 - Lei n. 10.034/2000, art. 1º - **Simples** - Opção - Termo inicial. Súmula n. 448-STJ. RSTJ 218/716.
- Trbt Crédito tributário - Constituição - **Contribuinte** - Débito fiscal - Reconhecimento - CTN, art. 150 - Fisco - Atuação - Desnecessidade - Lei n. 9.779/1999, art. 16. Súmula n. 436-STJ. RSTJ 218/704.
- Trbt **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Comitê gestor - Homologação - Necessidade - Constituição de garantia - Arrolamento de bens - Necessidade - Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º - Opção pelo Refis - Valor superior. Súmula n. 437-STJ. RSTJ 218/705.
- Pn Crime continuado - Configuração - CP, art. 71, parágrafo único - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Crime hediondo - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Lei n. 11.464/2007 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.
- Pn **Crime contra registro de marca** - Ação penal - Trancamento - CP, art. 184, § 2º - Decadência do direito à queixa - Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.279/1996, art. 190, I - Lei n. 9.610/1998, art. 8º. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.
- PrCv Crime de ação penal pública - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - CPP, art. 40 - Interesse processual - Configuração - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.400 - DF. RSTJ 218/326.
- Pn **Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor** - Atipicidade - CP, art. 311 - Falsificação grosseira - Aposição de fita isolante na placa - Infração administrativa - Caracterização - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade. REsp n. 503.960 - SP. RSTJ 218/677.

- PrPn Crime de contrabando ou descaminho - Ação penal - Extinção - **Habeas corpus** - Cabimento - Lei n. 9.430/1996, art. 83 - Processo administrativo - Pendência. RHC n. 25.228 - RS. RSTJ 218/669.
- Pn **Crime de estelionato previdenciário** - CP, arts. 109, IV, e 171, § 1º - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva - Prescrição - Termo inicial. HC n. 48.412 - SP. RSTJ 218/616.
- Pn Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- Pn **Crime de furto qualificado** - Concurso de agentes - Majorante do roubo - Inadmissibilidade - CP, arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II. Súmula n. 442-STJ. RSTJ 218/710.
- Pn **Crime de homicídio culposo** - Acidente automobilístico - CP, arts. 44, *caput*, I e III, e 59 - Pena privativa de liberdade - Substituição - Possibilidade - Pena restritiva de direito - Aplicabilidade. HC n. 123.373 - RJ. RSTJ 218/544.
- PrPn Crime de homicídio qualificado - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CP, arts. 59; 65, III, **a** e **d**, e 121, § 2º, IV - **Habeas corpus** - Cabimento - Pena - Dosimetria - Revisão - Possibilidade - Qualificadora - Exclusão - Impossibilidade. HC n. 122.442 - GO. RSTJ 218/533.
- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Constrangimento ilegal - Ocorrência - Excesso de prazo - Configuração - Réu pronunciado - Tribunal do Júri - Não-ocorrência. HC n. 142.060 - BA. RSTJ 218/663.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Conselho de Sentença - CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - CP, art. 71, parágrafo único - Crime continuado - Configuração - Crime hediondo - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Lei n. 11.464/2007 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.

- PrPn Crime de quadrilha ou bando - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Caracterização - CP, art. 109, IV - CPP, art. 261 - Julgamento - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- PrPn Crime de roubo - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.
- Pn **Crime de roubo circunstanciado** - Aplicação da pena - Aumento na terceira fase - Fundamentação concreta - Necessidade - Mera indicação do número de majorantes - Não-cabimento. Súmula n. 443-STJ. RSTJ 218/711.
- PrPn Crime de roubo qualificado - Equiparação - Apelação em liberdade assistida - Possibilidade - **Ato infracional** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - ECA, art. 186 - Estudo multidisciplinar - Não-obrigatoriedade - Medida de internação - Não-cabimento. HC n. 112.799 - SP. RSTJ 218/646.
- Pn **Crime de tráfico de entorpecente** - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- Pn Crime hediondo - CP, art. 71, parágrafo único - Crime continuado - Configuração - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Lei n. 11.464/2007 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.
- Pn Crime instantâneo de efeitos permanentes - CP, arts. 109, IV, e 171, § 1º - **Crime de estelionato previdenciário** - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva - Prescrição - Termo inicial. HC n. 48.412 - SP. RSTJ 218/616.
- Adm CTB, arts. 286, § 2º, e 288 - Discussão judicial do débito - Possibilidade - **Infração de trânsito** - Multa - Pagamento - Irrelevância. Súmula n. 434-STJ. RSTJ 218/702.

- Trbt CTN, arts. 2º, I, e 148 - Decreto-Lei n. 406/1968, art. 2º, I e II - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Ilegalidade - Regime de pauta fiscal. Súmula n. 431-STJ. RSTJ 218/699.
- Trbt CTN, art. 32 - Área de preservação permanente - Limitação na utilização do imóvel - Irrelevância - Imóvel urbano - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Exigibilidade. REsp n. 1.128.981 - SP. RSTJ 218/150.
- PrCv CTN, art. 43 - **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CF/1988, art. 157, I - CPC, art. 543-C - Legitimidade passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Servidor público. Súmula n. 447-STJ. RSTJ 218/715.
- PrCv CTN, arts. 46, II; 47, II, a; 51, II; 165 e 166 - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Distribuidora de bebidas - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - Lei n. 4.502/1965, art. 14, na redação da Lei n. 7.798/1989 - **Mandado de segurança coletivo** - Substituto processual - Restituição do indébito. REsp n. 903.394 - AL. RSTJ 218/91.
- Trbt CTN, art. 106 - CPC, art. 543-C - Creche, pré-escola e ensino fundamental - Lei n. 10.034/2000, art. 1º - **Simples** - Opção - Termo inicial. Súmula n. 448-STJ. RSTJ 218/716.
- Trbt CTN, art. 135, III - **Obrigaçãõ tributária** - Inadimplemento - Sociedade - Responsabilidade solidária - Sócio-gerente - Caso concreto. Súmula n. 430-STJ. RSTJ 218/698.
- Trbt CTN, art. 150 - **Contribuinte** - Débito fiscal - Reconhecimento - Crédito tributário - Constituição - Fisco - Atuação - Desnecessidade - Lei n. 9.779/1999, art. 16. Súmula n. 436-STJ. RSTJ 218/704.
- Trbt CTN, arts. 150, 205 e 206 - CPC, art. 543-C - **Débito tributário** - Não-pagamento - Expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa - Recusa - Legitimidade - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 446-STJ. RSTJ 218/714.
- PrCv Custas processuais e honorários advocatícios - Isenção - Não-cabimento - **Ação monitória** - Cabimento - Adimplemento voluntário - Não-ocorrência - CPC, art. 1.102-C, § 1º - Embargos do devedor - Ausência - Fazenda Pública - Súmula n. 339-STJ. REsp n. 1.170.037 - RJ. RSTJ 218/246.

D

- Adm Dano material ao erário - Desnecessidade - Improbidade administrativa - Configuração - Lei n. 8.429/1992, art. 11 - **Nepotismo** - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade administrativa - Resolução n. 7/2005-CNJ. REsp n. 1.009.926 - SC. RSTJ 218/191.

- PrCv Dano moral - **Ação indenizatória** - Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - CPC, art. 267, VI - Direito próprio dos herdeiros - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - Negativação do nome do falecido - Responsabilidade civil. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.
- Cv Dano moral - Dano estético - Cumulação - Acidente de trânsito - Constituição de capital - Substituição pela consignação em folha de pagamento - Impossibilidade - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Citação - *Quantum* indenizatório - Majoração - Possibilidade. REsp n. 1.176.265 - MG. RSTJ 218/379.
- PrCv Dano moral - *Quantum* - Discussão - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-cabimento - Indenização. Súmula n. 420-STJ. RSTJ 218/688.
- Trbt **Débito tributário** - Não-pagamento - CPC, art. 543-C - CTN, arts. 150, 205 e 206 - Expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa - Recusa - Legitimidade - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 446-STJ. RSTJ 218/714.
- PrCv Decadência - Não-ocorrência - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabela - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Erro de fato - Irrelevância - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.
- Adm Decadência - Ocorrência - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Convocação - Mera expectativa de direito - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 1.533/1951, art. 18 - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - **Mandado de segurança** - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- Pn Decadência do direito à queixa - Ação penal - Trancamento - CP, art. 184, § 2º - **Crime contra registro de marca** - Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.279/1996, art. 190, I - Lei n. 9.610/1998, art. 8º. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.
- Pn Decisão - Motivação - Necessidade - **Exame criminológico** - Possibilidade - Lei n. 10.792/2003. Súmula n. 439-STJ. RSTJ 218/707.
- Pn Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Conselho de Sentença - CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.

- Pn Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Conselho de Sentença - CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.
- PrPn Decreto n. 1.320/1994, art. 5º, c - **Carta rogatória** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Documentos - Ausência. AgRg na CR n. 3.998 - EX. RSTJ 218/17.
- PrCv Decreto-Lei n. 70/1966 - Ação ordinária - Adjudicação - Cancelamento - CPC, art. 259, V - Execução de título extrajudicial - Peça essencial - Ausência - **Valor da causa**. REsp n. 815.884 - RJ. RSTJ 218/282.
- Cv Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Lei n. 6.717/1979 - **Loteria federal** - Aposta - Súmula n. 99-STJ - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.
- Trbt Decreto-Lei n. 406/1968 - CPC, art. 543-C - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Lei Complementar n. 116/2003 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Serviços bancários. Súmula n. 424-STJ. RSTJ 218/692.
- Trbt Decreto-Lei n. 406/1968, art. 2º, I e II - CTN, arts. 2º, I, e 148 - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Ilegalidade - Regime de pauta fiscal. Súmula n. 431-STJ. RSTJ 218/699.
- Adm Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - **Contrato de mútuo** - Duplo financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Adm Decreto-Lei n. 2.300/1986, art. 69, § 2º - Administração Pública - Rescisão contratual - **Contrato administrativo** - Obra pública - Interesse público - Configuração - Nova Casa de Detenção do Carandiru - Não-construção. REsp n. 710.078 - SP. RSTJ 218/163.
- PrCv Defensoria Pública - CC/2002, art. 381 - CF/1988, art. 134 - Confusão - **Honorários advocatícios** - Não-cabimento. Súmula n. 421-STJ. RSTJ 218/689.

- PrPn Defesa - Ausência - **Instrução processual** - Irregularidade - Nulidade absoluta - Configuração - Súmula n. 523-STF. HC n. 101.796 - MT. RSTJ 218/623.
- Adm Demissão - Não-cabimento - Lei n. 8.112/1990, art. 142 - Prescrição da pretensão punitiva - **Processo administrativo disciplinar** - Servidor público federal. MS n. 13.703 - DF. RSTJ 218/491.
- PrPn **Denúncia** - Recebimento - Momento processual - Constrangimento ilegal - Não-configuração - CPP, arts. 396 e 396-A - Nulidade - Não-ocorrência. HC n. 138.089 - SC. RSTJ 218/551.
- PrCv Depositário judicial infiel - CF/1988, art. 5º, LXVII - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º - CPC, art. 543-C - **Prisão civil** - Não-cabimento - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 419-STJ. RSTJ 218/687.
- PrCv Deserção - CPC, art. 511, § 2º - Inaplicabilidade - **Embargos de divergência em recurso especial** - Improcedência - Lei n. 11.636/2007 - Recolhimento de custas - Não-comprovação - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EAg n. 1.123.550 - SP. RSTJ 218/39.
- Cv **Direito autoral** - Cobrança - Legalidade - Lei n. 9.610/1998, art. 109 - Motet - Reprodução musical - Multa - Exclusão - Súmula n. 63-STJ. REsp n. 704.459 - RJ. RSTJ 218/394.
- Pn Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Ação penal - Trancamento - CP, art. 184, § 2º - **Crime contra registro de marca** - Decadência do direito à queixa - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.279/1996, art. 190, I - Lei n. 9.610/1998, art. 8º. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.
- Adm Direito líquido e certo - Ausência - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Convocação - Mera expectativa de direito - Decadência - Ocorrência - Lei n. 1.533/1951, art. 18 - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - **Mandado de segurança** - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- PrCv Direito próprio dos herdeiros - **Ação indenizatória** - Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - CPC, art. 267, VI - Dano moral - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - Negativação do nome do falecido - Responsabilidade civil. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.
- Adm Discussão judicial do débito - Possibilidade - CTB, arts. 286, § 2º, e 288 - **Infração de trânsito** - Multa - Pagamento - Irrelevância. Súmula n. 434-STJ. RSTJ 218/702.
- PrPn Documentos - Ausência - **Carta rogatória** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Decreto n. 1.320/1994, art. 5º, c. AgRg na CR n. 3.998 - EX. RSTJ 218/17.

- PrCv Domicílio fiscal - Empresa - Não-localização - Empresa - Dissolução irregular - Presunção - **Execução fiscal** - Redirecionamento - Sócio-gerente. Súmula n. 435-STJ. RSTJ 218/703.
- Adm Duplo financiamento - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.

E

- PrPn ECA, art. 186 - Apelação em liberdade assistida - Possibilidade - **Ato infracional** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de roubo qualificado - Equiparação - Estudo multidisciplinar - Não-obrigatoriedade - Medida de internação - Não-cabimento. HC n. 112.799 - SP. RSTJ 218/646.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Improcedência - CPC, art. 511, § 2º - Inaplicabilidade - Deserção - Lei n. 11.636/2007 - Recolhimento de custas - Não-comprovação - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EAg n. 1.123.550 - SP. RSTJ 218/39.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-cabimento - Dano moral - *Quantum* - Discussão - Indenização. Súmula n. 420-STJ. RSTJ 218/688.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-conhecimento - Execução - Renovação - Possibilidade - Título executivo judicial - Executividade - Ausência. EREsp n. 934.731 - AL. RSTJ 218/42.
- PrCv **Embargos de divergência em recurso especial** - Via eleita inadequada - Exceção de pré-executividade - Honorários advocatícios - Revisão - Impossibilidade. AgRg no AgRg nos EREsp n. 696.177 - PB. RSTJ 218/27.
- PrCv Embargos declaratórios - Publicação - Ausência - CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 538 - Ratificação - Não-ocorrência - **Recurso especial** - Inadmissibilidade. Súmula n. 418-STJ. RSTJ 218/686.
- PrCv Embargos do devedor - Ausência - **Ação monitória** - Cabimento - Adimplemento voluntário - Não-ocorrência - CPC, art. 1.102-C, § 1º - Custas processuais e honorários advocatícios - Isenção - Não-cabimento - Fazenda Pública - Súmula n. 339-STJ. REsp n. 1.170.037 - RJ. RSTJ 218/246.

- PrCv Empresa - Dissolução irregular - Presunção - Domicílio fiscal - Empresa - Não-localização - **Execução fiscal** - Redirecionamento - Sócio-gerente. Súmula n. 435-STJ. RSTJ 218/703.
- Trbt Empresas de construção civil - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência - Insumos em operações interestaduais. Súmula n. 432-STJ. RSTJ 218/700.
- Trbt Empresas optantes pelo Simples - Retenção - Impossibilidade - **Contribuição para a Seguridade Social** - CPC, art. 543-C - Lei n. 8.212/1991, art. 31 - Lei n. 9.711/1998, art. 23 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 425-STJ. RSTJ 218/693.
- PrCv Enriquecimento sem causa - Configuração - **Ação civil pública** - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Interesses individuais homogêneos - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- Trbt Entidades hospitalares - Clínicas médicas - Alíquota zero - Inaplicabilidade - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Lei n. 10.147/2000, arts. 1º, I, e 2º - Programa de Integração Social (PIS) - Receitas relativas aos medicamentos utilizados na prestação do serviço. REsp n. 1.133.895 - RN. RSTJ 218/155.
- PrCv Erro de fato - Irrelevância - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabela - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.
- Adm **Escola pública** - Lei n. 8.069/1990, art. 53, I e V - Matrícula - Localidade diversa da residência - Possibilidade - Prevalência do interesse privado - Não-ocorrência. REsp n. 1.178.854 - PR. RSTJ 218/268.
- PrPn Estudo multidisciplinar - Não-obrigatoriedade - Apelação em liberdade assistida - Possibilidade - **Ato infracional** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de roubo qualificado - Equiparação - ECA, art. 186 - Medida de internação - Não-cabimento. HC n. 112.799 - SP. RSTJ 218/646.
- Pn **Exame criminológico** - Possibilidade - Decisão - Motivação - Necessidade - Lei n. 10.792/2003. Súmula n. 439-STJ. RSTJ 218/707.

- PrCv Exame de DNA - Recusa do investigado - **Ação de investigação de paternidade** - Improcedência - Relacionamento íntimo - Provas indiciárias - Ausência - Súmula n. 301-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 1.068.836 - RJ. RSTJ 218/481.
- Pn Exame pericial - Prescindibilidade - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- PrCv Exceção de pré-executividade - **Embargos de divergência em recurso especial** - Via eleita inadequada - Honorários advocatícios - Revisão - Impossibilidade. AgRg no AgRg nos EREsp n. 696.177 - PB. RSTJ 218/27.
- PrPn Excesso de prazo - Configuração - Constrangimento ilegal - Ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Réu pronunciado - Tribunal do Júri - Não-ocorrência. HC n. 142.060 - BA. RSTJ 218/663.
- PrPn Excesso de prazo - Não-ocorrência - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.
- PrCv **Execução** - Bem útil ou necessário - Impenhorabilidade - CPC, art. 649, VI - Pequena empresa. REsp n. 864.962 - RS. RSTJ 218/178.
- PrCv **Execução** - Causas idênticas - Prejulgamento - Impossibilidade - CF/1988, ADCT, art. 47 - Coisa julgada - Efeitos - Afastamento - Prevenção do órgão julgador. REsp n. 780.758 - SP. RSTJ 218/277.
- PrCv Execução - Renovação - Possibilidade - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-conhecimento - Título executivo judicial - Executividade - Ausência. EREsp n. 934.731 - AL. RSTJ 218/42.
- PrCv Execução - Suspensão - Possibilidade - **Cooperativa** - Lei n. 5.764/1971, art. 76 - Liquidação extrajudicial. REsp n. 815.099 - MG. RSTJ 218/425.
- PrCv **Execução civil** - CPC, arts. 620 e 655 - Lei n. 6.830/1980, art. 11 - Ordem de nomeação de bens - Caráter absoluto - Ausência - Penhora - Dinheiro. Súmula n. 417-STJ. RSTJ 218/685.
- PrCv Execução de título extrajudicial - Ação ordinária - Adjudicação - Cancelamento - CPC, art. 259, V - Decreto-Lei n. 70/1966 - Peça essencial - Ausência - **Valor da causa**. REsp n. 815.884 - RJ. RSTJ 218/282.

- PrCv **Execução fiscal** - Redirecionamento - Sócio-gerente - Domicílio fiscal - Empresa - Não-localização - Empresa - Dissolução irregular - Presunção. Súmula n. 435-STJ. RSTJ 218/703.
- Trbt Expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa - Recusa - Legitimidade - CPC, art. 543-C - CTN, arts. 150, 205 e 206 - **Débito tributário** - Não-pagamento - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 446-STJ. RSTJ 218/714.
- Pn Extinção da punibilidade - Ação penal - Trancamento - CP, art. 184, § 2º - **Crime contra registro de marca** - Decadência do direito à queixa - Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Lei n. 9.279/1996, art. 190, I - Lei n. 9.610/1998, art. 8º. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.
- Pn Extinção da punibilidade - Inadmissibilidade - CP, arts. 109 e 110 - **Prescrição da pretensão punitiva** - Pena hipotética. Súmula n. 438-STJ. RSTJ 218/706.
- Pn Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva - CP, arts. 109, IV, e 171, § 1º - **Crime de estelionato previdenciário** - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Prescrição - Termo inicial. HC n. 48.412 - SP. RSTJ 218/616.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Ação de prestação de contas** - CC/2002, art. 682, II - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - Mandatário - Falecimento - Mandato - Contrato personalíssimo - Prequestionamento - Ausência - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.

F

- Pn Falsificação grosseira - Aposição de fita isolante na placa - CP, art. 311 - **Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor** - Atipicidade - Infração administrativa - Caracterização - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade. REsp n. 503.960 - SP. RSTJ 218/677.
- Pn **Falta grave** - CP, art. 83, II - Interrupção do prazo - Não-ocorrência - Livramento condicional - Possibilidade. Súmula n. 441-STJ. RSTJ 218/709.
- PrCv Fazenda Pública - **Ação monitória** - Cabimento - Adimplemento voluntário - Não-ocorrência - CPC, art. 1.102-C, § 1º - Custas processuais e honorários advocatícios - Isenção - Não-cabimento - Embargos do devedor - Ausência - Súmula n. 339-STJ. REsp n. 1.170.037 - RJ. RSTJ 218/246.
- Trbt Fisco - Atuação - Desnecessidade - **Contribuinte** - Débito fiscal - Reconhecimento - Crédito tributário - Constituição - CTN, art. 150 - Lei n. 9.779/1999, art. 16. Súmula n. 436-STJ. RSTJ 218/704.

- Adm Fraude ao concurso - Não-comprovação - Analista judiciário - Execução de mandados - **Concurso público** - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Lei n. 8.112/1990, arts. 21 e 29, I, e 149 - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - Cabimento - Sanção disciplinar - Não-cabimento. RMS n. 24.503 - DF. RSTJ 218/583.
- Adm Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo financiamento - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Trbt **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Expurgos inflacionários - Correção monetária - Termo inicial - Data em que as diferenças deveriam ter sido creditadas - CPC, art. 543-C - Lei n. 5.958/1973 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 445-STJ. RSTJ 218/713.

G

- Pn Gravidade abstrata do delito - Irrelevância - CP, arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 - **Pena-base** - Fixação no mínimo legal - Regime prisional mais gravoso - Não-cabimento. Súmula n. 440-STJ. RSTJ 218/708.

H

- PrPn **Habeas corpus** - Cabimento - Ação penal - Extinção - Crime de contrabando ou descaminho - Lei n. 9.430/1996, art. 83 - Processo administrativo - Pendência. RHC n. 25.228 - RS. RSTJ 218/669.
- PrPn **Habeas corpus** - Cabimento - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CP, arts. 59; 65, III, **a e d**, e 121, § 2º, IV - Crime de homicídio qualificado - Pena - Dosimetria - Revisão - Possibilidade - Qualificadora - Exclusão - Impossibilidade. HC n. 122.442 - GO. RSTJ 218/533.
- PrPn **Habeas corpus** - Improcedência - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.
- PrCv Honorários advocatícios - **Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária** - Repetição do indébito tributário - Desistência - CPC, art. 26, *caput* - Lei n. 11.941/2009, art. 6º, § 1º - Inaplicabilidade - Parte

- desistente - Pagamento. AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.009.559 - SP. RSTJ 218/35.
- PrCv **Honorários advocatícios** - Não-cabimento - CC/2002, art. 381 - CF/1988, art. 134 - Confusão - Defensoria Pública. Súmula n. 421-STJ. RSTJ 218/689.
- PrCv Honorários advocatícios - Revisão - Impossibilidade - **Embargos de divergência em recurso especial** - Via eleita inadequada - Exceção de pré-executividade. AgRg no AgRg nos EREsp n. 696.177 - PB. RSTJ 218/27.

- PrCv Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Distribuidora de bebidas - CTN, arts. 46, II; 47, II, **a**; 51, II; 165 e 166 - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - Lei n. 4.502/1965, art. 14, na redação da Lei n. 7.798/1989 - **Mandado de segurança coletivo** - Substituto processual - Restituição do indébito. REsp n. 903.394 - AL. RSTJ 218/91.
- PrCv Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - **Ação indenizatória** - Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - CPC, art. 267, VI - Dano moral - Direito próprio dos herdeiros - Negativação do nome do falecido - Responsabilidade civil. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.
- PrCv Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - **Ação de prestação de contas** - CC/2002, art. 682, II - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Mandatário - Falecimento - Mandato - Contrato personalíssimo - Prequestionamento - Ausência - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.
- Cv **Imóvel** - Alienação em duplicidade - Segunda alienação - Manutenção - Título translativo da propriedade - Transcrição - Ocorrência. REsp n. 1.113.390 - PR. RSTJ 218/350.
- Trbt Imóvel urbano - Área de preservação permanente - Limitação na utilização do imóvel - Irrelevância - CTN, art. 32 - **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Exigibilidade. REsp n. 1.128.981 - SP. RSTJ 218/150.
- Trbt **Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)** - Exigibilidade - Área de preservação permanente - Limitação na utilização do imóvel - Irrelevância - CTN, art. 32 - Imóvel urbano. REsp n. 1.128.981 - SP. RSTJ 218/150.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - CF/1988, art. 155, § 2º, XII - Lei Complementar n. 87/1996, art. 11, III, **b**, e 12, § 1º - Obrigação tributária - Critério espacial - Sede do estabelecimento da concessionária - Telefonia - Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados. REsp n. 1.119.517 - MG. RSTJ 218/221.

- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Ilegalidade - CTN, arts. 2º, I, e 148 - Decreto-Lei n. 406/1968, art. 2º, I e II - Regime de pauta fiscal. Súmula n. 431-STJ. RSTJ 218/699.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Lei Complementar n. 65/1991, art. 1º, I, II e III - Produto semi-elaborado - Requisitos - Preenchimento cumulativo. Súmula n. 433-STJ. RSTJ 218/701.
- Trbt **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência - Empresas de construção civil - Insumos em operações interestaduais. Súmula n. 432-STJ. RSTJ 218/700.
- PrCv Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - CTN, arts. 46, II; 47, II, a; 51, II; 165 e 166 - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Distribuidora de bebidas - Lei n. 4.502/1965, art. 14, na redação da Lei n. 7.798/1989 - **Mandado de segurança coletivo** - Substituto processual - Restituição do indébito. REsp n. 903.394 - AL. RSTJ 218/91.
- Trbt **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - CPC, art. 543-C - Decreto-Lei n. 406/1968 - Lei Complementar n. 56/1987 - Lei Complementar n. 116/2003 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Serviços bancários. Súmula n. 424-STJ. RSTJ 218/692.
- Adm Improbidade administrativa - Configuração - Dano material ao erário - Desnecessidade - Lei n. 8.429/1992, art. 11 - **Nepotismo** - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade administrativa - Resolução n. 7/2005-CNJ. REsp n. 1.009.926 - SC. RSTJ 218/191.
- Cv **Indenização** - Acidente de trânsito - Constituição de capital - Substituição pela consignação em folha de pagamento - Impossibilidade - Dano moral - Dano estético - Cumulação - Juros moratórios - Termo inicial - Citação - *Quantum* indenizatório - Majoração - Possibilidade. REsp n. 1.176.265 - MG. RSTJ 218/379.
- Cv **Indenização** - CC/2002, arts. 405 e 757 - CPC, arts. 219 e 543-C - Juros moratórios - Termo inicial - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores (DPVAT). Súmula n. 426-STJ. RSTJ 218/694.
- PrCv Indenização - Dano moral - *Quantum* - Discussão - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-cabimento. Súmula n. 420-STJ. RSTJ 218/688.
- Cv **Indenização** - Cabimento - Bloqueio de talonário de cheques - Constrangimento - Caracterização - CC/1916, art. 159 - *Quantum* indenizatório - Redução. REsp n. 732.189 - RS. RSTJ 218/402.

- PrCv Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Interesses individuais homogêneos - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- Pn Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Conselho de Sentença - CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência - Tribunal do Júri. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.
- Pn Infração administrativa - Caracterização - CP, art. 311 - **Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor** - Atipicidade - Falsificação grosseira - Aposição de fita isolante na placa - Princípio da proporcionalidade - Princípio da razoabilidade. REsp n. 503.960 - SP. RSTJ 218/677.
- Adm **Infração de trânsito** - CTB, arts. 286, § 2º, e 288 - Discussão judicial do débito - Possibilidade - Multa - Pagamento - Irrelevância. Súmula n. 434-STJ. RSTJ 218/702.
- Cv Instituição financeira - Transferência entre contas correntes - Autorização verbal - Conduta danosa - Não-demonstração - Lei n. 8.078/1990, art. 14 - **Responsabilidade civil objetiva** - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 1.021.605 - SP. RSTJ 218/471.
- PrPn **Instrução processual** - Irregularidade - Defesa - Ausência - Nulidade absoluta - Configuração - Súmula n. 523-STF. HC n. 101.796 - MT. RSTJ 218/623.
- Trbt Insumos em operações interestaduais - Empresas de construção civil - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência. Súmula n. 432-STJ. RSTJ 218/700.
- PrCv Interesse processual - Configuração - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - CPP, art. 40 - Crime de ação penal pública - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.400 - DF. RSTJ 218/326.
- PrCv Interesse processual - Configuração - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - **Recurso especial** - Cabimento. REsp n. 1.051.376 - DF. RSTJ 218/306.
- Adm Interesse público - Configuração - Administração Pública - Rescisão contratual - **Contrato administrativo** - Obra pública - Decreto-Lei n.

2.300/1986, art. 69, § 2º - Nova Casa de Detenção do Carandiru - Não-construção. REsp n. 710.078 - SP. RSTJ 218/163.

- PrCv Interesses individuais homogêneos - **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- PrCv *Internet* - **Ação civil pública** - *Astreintes* - Cabimento - CPC, art. 461, §§ 1º e 6º - Mensagens ofensivas - Bloqueio de novas comunidades - Não-ocorrência - *Orkut* - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.117.633 - RO. RSTJ 218/213.
- Pn Interrupção do prazo - Não-ocorrência - CP, art. 83, II - **Falta grave** - Livramento condicional - Possibilidade. Súmula n. 441-STJ. RSTJ 218/709.
- Cv Inventário - *De cuius* falecido após cônjuge - CC/2002, arts. 1.640, 1.790 e 1.829, I - **Sucessão** - Vocação hereditária - Interpretação aplicável - União estável - Regime de comunhão parcial de bens. REsp n. 1.117.563 - SP. RSTJ 218/355.
- PrCv Inversão do ônus da prova - Fundamentação - Necessidade - **Ação civil pública** - Reparação de danos causados aos consumidores - CDC, art. 6º, VIII. REsp n. 773.171 - RN. RSTJ 218/170.

J

- PrCv Juizado Especial Federal e Juízo Federal - Competência - **Conflito de competência** - Tribunal Regional Federal. Súmula n. 428-STJ. RSTJ 218/696.
- PrCv Juízo de deliberação - Não-cabimento - **Ação de responsabilidade civil** - Procedimentos - Lei n. 8.429/1992, arts. 12 e 17, §§ 8º e 9º - Inaplicabilidade. REsp n. 1.163.643 - SP. RSTJ 218/131.
- PrCv Julgado - Rescisão - Não-cabimento - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabela - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.

- PrPn Julgamento - Nulidade - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Caracterização - CP, art. 109, IV - CPP, art. 261 - Crime de quadrilha ou bando - Prescrição da pretensão punitiva - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- Cv Juros moratórios - Termo inicial - CC/2002, arts. 405 e 757 - CPC, arts. 219 e 543-C - **Indenização** - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores (DPVAT). Súmula n. 426-STJ. RSTJ 218/694.
- Cv Juros moratórios - Termo inicial - Citação - Acidente de trânsito - Constituição de capital - Substituição pela consignação em folha de pagamento - Impossibilidade - Dano moral - Dano estético - Cumulação - **Indenização** - *Quantum* indenizatório - Majoração - Possibilidade. REsp n. 1.176.265 - MG. RSTJ 218/379.
- Cv Juros remuneratórios - Limitação - Ausência - Lei n. 4.380/1964, art. 6º, e - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. Súmula n. 422-STJ. RSTJ 218/690.

L

- PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Interesses individuais homogêneos - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- Cv Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Lei n. 6.717/1979 - **Loteria federal** - Aposta - Súmula n. 99-STJ - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.
- PrCv Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - **Ação coletiva** - Execução de julgado - CF/1988, art. 8º, III - CPC, art. 6º - Lei n. 8.073/1990, art. 3º - Substituição processual. EREsp n. 941.108 - RS. RSTJ 218/54.
- Trbt Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Ação coletiva - Execução de sentença - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Lei n. 9.527/1997 - Termo inicial - Serviço público - Função comissionada. REsp n. 859.691 - RS. RSTJ 218/141.
- Adm Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo

- financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- PrCv Legitimidade passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CF/1988, art. 157, I - CPC, art. 543-C - CTN, art. 43 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Servidor público. Súmula n. 447-STJ. RSTJ 218/715.
- Trbt Lei Complementar n. 56/1987 - CPC, art. 543-C - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lei Complementar n. 116/2003 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Serviços bancários. Súmula n. 424-STJ. RSTJ 218/692.
- Trbt Lei Complementar n. 65/1991, art. 1º, I, II e III - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Produto semi-elaborado - Requisitos - Preenchimento cumulativo. Súmula n. 433-STJ. RSTJ 218/701.
- Trbt Lei Complementar n. 70/1991, art. 2º - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Incidência - CPC, art. 543-C - Operações de locação de bens móveis - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 423-STJ. RSTJ 218/691.
- Trbt Lei Complementar n. 87/1996, art. 11, III, b, e 12, § 1º - CF/1988, art. 155, § 2º, XII - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Obrigação tributária - Critério espacial - Sede do estabelecimento da concessionária - Telefonia - Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados. REsp n. 1.119.517 - MG. RSTJ 218/221.
- PrCv Lei Complementar n. 109/2001, arts. 2º, 20, § 2º, e 32 - Lesão à ordem, à economia e ao interesse público - Não-configuração - **Plano de previdência privada** - *Superavit* - Destinação - Resolução n. 3.456/2007-CMN, art. 65, I - Suspensão de liminar e de sentença. AgRg na SLS n. 1.041 - DF. RSTJ 218/21.
- PrCv Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- Trbt Lei Complementar n. 116/2003 - CPC, art. 543-C - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Serviços bancários. Súmula n. 424-STJ. RSTJ 218/692.

- Adm Lei n. 1.533/1951, art. 18 - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Convocação - Mera expectativa de direito - Decadência - Ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - **Mandado de segurança** - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- Adm Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - CF/1988, art. 197 - **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º - Resolução n. 1.666/2003-CFM. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- Cv Lei n. 4.380/1964, art. 6º, e - Juros remuneratórios - Limitação - Ausência - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. Súmula n. 422-STJ. RSTJ 218/690.
- PrCv Lei n. 4.502/1965, art. 14, na redação da Lei n. 7.798/1989 - CTN, arts. 46, II; 47, II, a; 51, II; 165 e 166 - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Distribuidora de bebidas - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - **Mandado de segurança coletivo** - Substituto processual - Restituição do indébito. REsp n. 903.394 - AL. RSTJ 218/91.
- PrCv Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabelião - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Prova falsa - Não-configuração - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.
- Adm Lei n. 5.764/1971, art. 29, § 4º - CF/1988, art. 170, IV - Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - **Cooperativa de saúde** - Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - Médicos cooperados - Princípio da livre concorrência - Ofensa. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- PrCv Lei n. 5.764/1971, art. 76 - **Cooperativa** - Execução - Suspensão - Possibilidade - Liquidação extrajudicial. REsp n. 815.099 - MG. RSTJ 218/425.
- Trbt Lei n. 5.958/1973 - Correção monetária - Termo inicial - Data em que as diferenças deveriam ter sido creditadas - CPC, art. 543-C - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Expurgos inflacionários - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 445-STJ. RSTJ 218/713.
- Cv Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.717/1979 - **Loteria federal** - Aposta - Súmula n. 99-STJ - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.

- PrCv Lei n. 6.435/1977, art. 36 - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- Cv Lei n. 6.717/1979 - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - **Loteria federal** - Aposta - Súmula n. 99-STJ - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.
- PrCv Lei n. 6.830/1980, art. 11 - CPC, arts. 620 e 655 - **Execução civil** - Ordem de nomeação de bens - Caráter absoluto - Ausência - Penhora - Dinheiro. Súmula n. 417-STJ. RSTJ 218/685.
- Adm Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - CF/1988, art. 197 - **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º - Resolução n. 1.666/2003-CFM. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- Pn Lei n. 7.210/1984, art. 112 - CP, art. 71, parágrafo único - Crime continuado - Configuração - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Crime hediondo - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Lei n. 11.464/2007 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.
- PrCv Lei n. 7.347/1985, art. 13 - **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Interesses individuais homogêneos - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- Adm Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Adm Lei n. 8.069/1990, art. 53, I e V - **Escola pública** - Matrícula - Localidade diversa da residência - Possibilidade - Prevalência do interesse privado - Não-ocorrência. REsp n. 1.178.854 - PR. RSTJ 218/268.

- Pn Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - CP, art. 71, parágrafo único - Crime continuado - Configuração - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Crime hediondo - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Lei n. 11.464/2007 - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.
- PrCv Lei n. 8.073/1990, art. 3º - **Ação coletiva** - Execução de julgado - CF/1988, art. 8º, III - CPC, art. 6º - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Substituição processual. EREsp n. 941.108 - RS. RSTJ 218/54.
- Cv Lei n. 8.078/1990, art. 14 - Conduta danosa - Não-demonstração - Instituição financeira - Transferência entre contas correntes - Autorização verbal - **Responsabilidade civil objetiva** - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 1.021.605 - SP. RSTJ 218/471.
- PrCv Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Interesses individuais homogêneos - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- Adm Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Adm Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Convocação - Mera expectativa de direito - Decadência - Ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 1.533/1951, art. 18 - **Mandado de segurança** - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- Adm Lei n. 8.112/1990, arts. 21 e 29, I, e 149 - Analista judiciário - Execução de mandados - **Concurso público** - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Fraude ao concurso - Não-comprovação - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - Cabimento - Sanção disciplinar - Não-cabimento. RMS n. 24.503 - DF. RSTJ 218/583.
- Adm Lei n. 8.112/1990, art. 142 - Demissão - Não-cabimento - Prescrição da pretensão punitiva - **Processo administrativo disciplinar** - Servidor público federal. MS n. 13.703 - DF. RSTJ 218/491.
- Trbt Lei n. 8.212/1991, art. 31 - **Contribuição para a Seguridade Social** - CPC, art. 543-C - Empresas optantes pelo Simples - Retenção - Impossibilidade

- Lei n. 9.711/1998, art. 23 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 425-STJ. RSTJ 218/693.
- Cv Lei n. 8.213/1991, art. 16 - Pensão *post mortem* - Cabimento - Previdência privada complementar - Benefícios - Complementação - Princípios fundamentais - Observância - União estável - Configuração - **União homoafetiva** - Analogia - Aplicabilidade. REsp n. 1.026.981 - RJ. RSTJ 218/289.
- PrCv Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- Adm Lei n. 8.429/1992, art. 11 - Dano material ao erário - Desnecessidade - Improbidade administrativa - Configuração - **Nepotismo** - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade administrativa - Resolução n. 7/2005-CNJ. REsp n. 1.009.926 - SC. RSTJ 218/191.
- PrCv Lei n. 8.429/1992, arts. 12 e 17, §§ 8º e 9º - Inaplicabilidade - **Ação de responsabilidade civil** - Procedimentos - Juízo de deliberação - Não-cabimento. REsp n. 1.163.643 - SP. RSTJ 218/131.
- Adm Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - CF/1988, art. 170, IV - Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - **Cooperativa de saúde** - Lei n. 5.764/1971, art. 29, § 4º - Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - Médicos cooperados - Princípio da livre concorrência - Ofensa. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- Pn Lei n. 9.279/1996, art. 190, I - Ação penal - Trancamento - CP, art. 184, § 2º - **Crime contra registro de marca** - Decadência do direito à queixa - Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.610/1998, art. 8º. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.
- PrPn Lei n. 9.430/1996, art. 83 - Ação penal - Extinção - Crime de contrabando ou descaminho - **Habeas corpus** - Cabimento - Processo administrativo - Pendência. RHC n. 25.228 - RS. RSTJ 218/669.
- Trbt Lei n. 9.527/1997 - Termo inicial - Ação coletiva - Execução de sentença - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Serviço público - Função comissionada. REsp n. 859.691 - RS. RSTJ 218/141.
- Pn Lei n. 9.610/1998, art. 8º - Ação penal - Trancamento - CP, art. 184, § 2º - **Crime contra registro de marca** - Decadência do direito à queixa - Direito autoral - Violação - Não-ocorrência - Extinção da punibilidade - Lei n. 9.279/1996, art. 190, I. HC n. 145.131 - PR. RSTJ 218/572.

- Cv Lei n. 9.610/1998, art. 109 - **Direito autoral** - Cobrança - Legalidade - Motel - Reprodução musical - Multa - Exclusão - Súmula n. 63-STJ. REsp n. 704.459 - RJ. RSTJ 218/394.
- Cv Lei n. 9.656/1998, art. 10 - Cirurgia bariátrica - Cirurgia de remoção de tecido epitelial - Recusa de cobertura - Impossibilidade - **Plano de saúde**. REsp n. 1.136.475 - RS. RSTJ 218/371.
- Adm Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - CF/1988, art. 170, IV - Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - **Cooperativa de saúde** - Lei n. 5.764/1971, art. 29, § 4º - Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - Médicos cooperados - Princípio da livre concorrência - Ofensa. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- Trbt Lei n. 9.711/1998, art. 23 - **Contribuição para a Seguridade Social** - CPC, art. 543-C - Empresas optantes pelo Simples - Retenção - Impossibilidade - Lei n. 8.212/1991, art. 31 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 425-STJ. RSTJ 218/693.
- Trbt Lei n. 9.779/1999, art. 16 - **Contribuinte** - Débito fiscal - Reconhecimento - Crédito tributário - Constituição - CTN, art. 150 - Fisco - Atuação - Desnecessidade. Súmula n. 436-STJ. RSTJ 218/704.
- Trbt Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º - Comitê gestor - Homologação - Necessidade - Constituição de garantia - Arrolamento de bens - Necessidade - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Opção pelo Refis - Valor superior. Súmula n. 437-STJ. RSTJ 218/705.
- Trbt Lei n. 10.034/2000, art. 1º - CPC, art. 543-C - Creche, pré-escola e ensino fundamental - CTN, art. 106 - **Simples** - Opção - Termo inicial. Súmula n. 448-STJ. RSTJ 218/716.
- Trbt Lei n. 10.147/2000, arts. 1º, I, e 2º - Alíquota zero - Inaplicabilidade - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Entidades hospitalares - Clínicas médicas - Programa de Integração Social (PIS) - Receitas relativas aos medicamentos utilizados na prestação do serviço. REsp n. 1.133.895 - RN. RSTJ 218/155.
- Adm Lei n. 10.150/2000 - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Saldo devedor - Liquidação - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Pn Lei n. 10.792/2003 - Decisão - Motivação - Necessidade - **Exame criminológico** - Possibilidade. Súmula n. 439-STJ. RSTJ 218/707.
- Pn Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - Crime

- de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- Pn Lei n. 11.464/2007 - CP, art. 71, parágrafo único - Crime continuado - Configuração - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Crime hediondo - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Regime prisional - Progressão - Possibilidade. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.
- PrCv Lei n. 11.636/2007 - CPC, art. 511, § 2º - Inaplicabilidade - Deserção - **Embargos de divergência em recurso especial** - Improcedência - Recolhimento de custas - Não-comprovação - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EAg n. 1.123.550 - SP. RSTJ 218/39.
- PrCv Lei n. 11.941/2009, art. 6º, § 1º - Inaplicabilidade - **Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária** - Repetição do indébito tributário - Desistência - CPC, art. 26, *caput* - Honorários advocatícios - Parte desistente - Pagamento. AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.009.559 - SP. RSTJ 218/35.
- PrCv Lesão à ordem, à economia e ao interesse público - Não-configuração - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 2º, 20, § 2º, e 32 - **Plano de previdência privada** - *Superavit* - Destinação - Resolução n. 3.456/2007-CMN, art. 65, I - Suspensão de liminar e de sentença. AgRg na SLS n. 1.041 - DF. RSTJ 218/21.
- PrCv Liquidação extrajudicial - **Cooperativa** - Execução - Suspensão - Possibilidade - Lei n. 5.764/1971, art. 76. REsp n. 815.099 - MG. RSTJ 218/425.
- Pn Livramento condicional - Possibilidade - CP, art. 83, II - **Falta grave** - Interrupção do prazo - Não-ocorrência. Súmula n. 441-STJ. RSTJ 218/709.
- Cv **Loteria federal** - Aposta - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Lei n. 6.717/1979 - Súmula n. 99-STJ - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.

M

- Adm **Mandado de segurança** - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Convocação - Mera expectativa de direito - Decadência - Ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 1.533/1951, art.

- 18 - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - Novo concurso público - Possibilidade. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- PrCv **Mandado de segurança coletivo** - Substituto processual - CTN, arts. 46, II; 47, II, a; 51, II; 165 e 166 - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Distribuidora de bebidas - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - Lei n. 4.502/1965, art. 14, na redação da Lei n. 7.798/1989 - Restituição do indébito. REsp n. 903.394 - AL. RSTJ 218/91.
- PrCv Mandatário - Falecimento - **Ação de prestação de contas** - CC/2002, art. 682, II - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - Mandato - Contrato personalíssimo - Prequestionamento - Ausência - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.
- PrCv Mandato - Contrato personalíssimo - **Ação de prestação de contas** - CC/2002, art. 682, II - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - Mandatário - Falecimento - Prequestionamento - Ausência - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.
- Adm Matrícula - Localidade diversa da residência - Possibilidade - **Escola pública** - Lei n. 8.069/1990, art. 53, I e V - Prevalência do interesse privado - Não-ocorrência. REsp n. 1.178.854 - PR. RSTJ 218/268.
- Adm Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - CF/1988, art. 197 - **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º - Resolução n. 1.666/2003-CFM. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- Adm Médicos cooperados - CF/1988, art. 170, IV - Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - **Cooperativa de saúde** - Lei n. 5.764/1971, art. 29, § 4º - Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - Princípio da livre concorrência - Ofensa. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- PrPn Medida de internação - Não-cabimento - Apelação em liberdade assistida - Possibilidade - **Ato infracional** - Cerceamento de defesa - Não-ocorrência - Crime de roubo qualificado - Equiparação - ECA, art. 186 - Estudo multidisciplinar - Não-obrigatoriedade. HC n. 112.799 - SP. RSTJ 218/646.
- PrCv Mensagens ofensivas - Bloqueio de novas comunidades - Não-ocorrência - **Ação civil pública** - *Astreintes* - Cabimento - CPC, art. 461, §§ 1º e 6º - *Internet* - *Orkut* - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.117.633 - RO. RSTJ 218/213.

- Pn Mera indicação do número de majorantes - Não-cabimento - Aplicação da pena - Aumento na terceira fase - Fundamentação concreta - Necessidade - **Crime de roubo circunstanciado**. Súmula n. 443-STJ. RSTJ 218/711.
- Adm **Militar** - Ato administrativo - Controle judicial - Cabimento - Princípio da razoabilidade - Remoção - Morosidade imotivada - Súmula n. 83-STJ - Teoria dos motivos determinantes - Aplicabilidade. AgRg no REsp n. 670.453 - RJ. RSTJ 218/599.
- Cv Motel - Reprodução musical - **Direito autoral** - Cobrança - Legalidade - Lei n. 9.610/1998, art. 109 - Multa - Exclusão - Súmula n. 63-STJ. REsp n. 704.459 - RJ. RSTJ 218/394.
- Cv Multa - Exclusão - **Direito autoral** - Cobrança - Legalidade - Lei n. 9.610/1998, art. 109 - Motel - Reprodução musical - Súmula n. 63-STJ. REsp n. 704.459 - RJ. RSTJ 218/394.
- Adm Multa - Pagamento - Irrelevância - CTB, arts. 286, § 2º, e 288 - Discussão judicial do débito - Possibilidade - **Infração de trânsito**. Súmula n. 434-STJ. RSTJ 218/702.
- PrCv Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público - **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Interesses individuais homogêneos - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.

N

- PrCv Negativação do nome do falecido - **Ação indenizatória** - Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - CPC, art. 267, VI - Dano moral - Direito próprio dos herdeiros - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - Responsabilidade civil. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.
- Adm **Nepotismo** - Dano material ao erário - Desnecessidade - Improbidade administrativa - Configuração - Lei n. 8.429/1992, art. 11 - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade administrativa - Resolução n. 7/2005-CNJ. REsp n. 1.009.926 - SC. RSTJ 218/191.
- Pn Norma penal em branco - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.

- Adm Nova Casa de Detenção do Carandiru - Não-construção - Administração Pública - Rescisão contratual - **Contrato administrativo** - Obra pública - Decreto-Lei n. 2.300/1986, art. 69, § 2º - Interesse público - Configuração. REsp n. 710.078 - SP. RSTJ 218/163.
- Adm Novo concurso público - Possibilidade - CF/1988, art. 37, II, III e IV - Concurso público - Diplomata - Convocação - Mera expectativa de direito - Decadência - Ocorrência - Direito líquido e certo - Ausência - Lei n. 1.533/1951, art. 18 - Lei n. 8.112/1990, arts. 11, 12, §§ 1º e 2º - **Mandado de segurança**. MS n. 14.149 - DF. RSTJ 218/499.
- PrPn Nulidade - Não-ocorrência - Constrangimento ilegal - Não-configuração - CPP, arts. 396 e 396-A - **Denúncia** - Recebimento - Momento processual. HC n. 138.089 - SC. RSTJ 218/551.
- PrPn Nulidade absoluta - Configuração - Defesa - Ausência - **Instrução processual** - Irregularidade - Súmula n. 523-STF. HC n. 101.796 - MT. RSTJ 218/623.

O

- Trbt Obrigação tributária - Critério espacial - CF/1988, art. 155, § 2º, XII - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 87/1996, art. 11, III, **b**, e 12, § 1º - Sede do estabelecimento da concessionária - Telefonia - Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados. REsp n. 1.119.517 - MG. RSTJ 218/221.
- Trbt **Obrigação tributária** - Inadimplemento - Sociedade - CTN, art. 135, III - Responsabilidade solidária - Sócio-gerente - Caso concreto. Súmula n. 430-STJ. RSTJ 218/698.
- Trbt Opção pelo Refis - Valor superior - Comitê gestor - Homologação - Necessidade - Constituição de garantia - Arrolamento de bens - Necessidade - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º. Súmula n. 437-STJ. RSTJ 218/705.
- Trbt Operações de locação de bens móveis - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Incidência - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 70/1991, art. 2º - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 423-STJ. RSTJ 218/691.
- PrCv Ordem de nomeação de bens - Caráter absoluto - Ausência - CPC, arts. 620 e 655 - **Execução civil** - Lei n. 6.830/1980, art. 11 - Penhora - Dinheiro. Súmula n. 417-STJ. RSTJ 218/685.
- PrCv *Orkut* - **Ação civil pública** - *Astreintes* - Cabimento - CPC, art. 461, §§ 1º e 6º - *Internet* - Mensagens ofensivas - Bloqueio de novas comunidades - Não-ocorrência - Princípio da dignidade da pessoa humana. REsp n. 1.117.633 - RO. RSTJ 218/213.

P

- PrCv Parte desistente - Pagamento - **Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária** - Repetição do indébito tributário - Desistência - CPC, art. 26, *caput* - Honorários advocatícios - Lei n. 11.941/2009, art. 6º, § 1º - Inaplicabilidade. AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.009.559 - SP. RSTJ 218/35.
- PrCv Peça essencial - Ausência - Ação ordinária - Adjudicação - Cancelamento - CPC, art. 259, V - Decreto-Lei n. 70/1966 - Execução de título extrajudicial - **Valor da causa**. REsp n. 815.884 - RJ. RSTJ 218/282.
- PrPn Pena - Dosimetria - Revisão - Possibilidade - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CP, arts. 59; 65, III, **a** e **d**, e 121, § 2º, IV - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Cabimento - Qualificadora - Exclusão - Impossibilidade. HC n. 122.442 - GO. RSTJ 218/533.
- Pn Pena privativa de liberdade - Substituição - Possibilidade - Acidente automobilístico - CP, arts. 44, *caput*, I e III, e 59 - **Crime de homicídio culposo** - Pena restritiva de direito - Aplicabilidade. HC n. 123.373 - RJ. RSTJ 218/544.
- Pn Pena restritiva de direito - Aplicabilidade - Acidente automobilístico - CP, arts. 44, *caput*, I e III, e 59 - **Crime de homicídio culposo** - Pena privativa de liberdade - Substituição - Possibilidade. HC n. 123.373 - RJ. RSTJ 218/544.
- Pn **Pena-base** - Fixação no mínimo legal - CP, arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 - Gravidade abstrata do delito - Irrelevância - Regime prisional mais gravoso - Não-cabimento. Súmula n. 440-STJ. RSTJ 218/708.
- Pn **Pena-base** - Utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso - Não-cabimento - Agravamento - Vedação. Súmula n. 444-STJ. RSTJ 218/712.
- PrCv Penhora - Dinheiro - CPC, arts. 620 e 655 - **Execução civil** - Lei n. 6.830/1980, art. 11 - Ordem de nomeação de bens - Caráter absoluto - Ausência. Súmula n. 417-STJ. RSTJ 218/685.
- Cv Pensão *post mortem* - Cabimento - Lei n. 8.213/1991, art. 16 - Previdência privada complementar - Benefícios - Complementação - Princípios fundamentais - Observância - União estável - Configuração - **União homoafetiva** - Analogia - Aplicabilidade. REsp n. 1.026.981 - RJ. RSTJ 218/289.
- PrCv Pequena empresa - Bem útil ou necessário - Impenhorabilidade - CPC, art. 649, VI - **Execução**. REsp n. 864.962 - RS. RSTJ 218/178.

- PrCv **Plano de previdência privada - Superavit** - Destinação - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 2º, 20, § 2º, e 32 - Lesão à ordem, à economia e ao interesse público - Não-configuração - Resolução n. 3.456/2007-CMN, art. 65, I - Suspensão de liminar e de sentença. AgRg na SLS n. 1.041 - DF. RSTJ 218/21.
- Cv **Plano de saúde** - Cirurgia bariátrica - Cirurgia de remoção de tecido epitelial - Recusa de cobertura - Impossibilidade - Lei n. 9.656/1998, art. 10. REsp n. 1.136.475 - RS. RSTJ 218/371.
- Pn Portaria n. 344/1998-SVS-MS - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Substância sujeita a controle especial - Caracterização. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- PrPn Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Princípio da celeridade processual - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.
- PrCv Prequestionamento - Ausência - **Ação de prestação de contas** - CC/2002, art. 682, II - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - Mandatário - Falecimento - Mandato - Contrato personalíssimo - Súmula n. 211-STJ. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.
- PrCv Prescrição - Prazo decenal - **Ação de abstenção do uso de nome comercial** - Arquivamento do contrato na junta comercial - Termo inicial - CC/1916, art. 177. REsp n. 826.818 - RJ. RSTJ 218/428.
- PrCv Prescrição - Termo final - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- Pn Prescrição - Termo inicial - CP, arts. 109, IV, e 171, § 1º - **Crime de estelionato previdenciário** - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva. HC n. 48.412 - SP. RSTJ 218/616.
- PrPn Prescrição da pretensão punitiva - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Caracterização - CP, art. 109, IV - CPP, art.

- 261 - Crime de quadrilha ou bando - Julgamento - Nulidade - Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- Adm Prescrição da pretensão punitiva - Demissão - Não-cabimento - Lei n. 8.112/1990, art. 142 - **Processo administrativo disciplinar** - Servidor público federal. MS n. 13.703 - DF. RSTJ 218/491.
- Pn **Prescrição da pretensão punitiva** - Pena hipotética - CP, arts. 109 e 110 - Extinção da punibilidade - Inadmissibilidade. Súmula n. 438-STJ. RSTJ 218/706.
- Adm Prevalência do interesse privado - Não-ocorrência - **Escola pública** - Lei n. 8.069/1990, art. 53, I e V - Matrícula - Localidade diversa da residência - Possibilidade. REsp n. 1.178.854 - PR. RSTJ 218/268.
- PrCv Prevenção do órgão julgador - Causas idênticas - Prejulgamento - Impossibilidade - CF/1988, ADCT, art. 47 - Coisa julgada - Efeitos - Afastamento - **Execução**. REsp n. 780.758 - SP. RSTJ 218/277.
- Cv Previdência privada complementar - Benefícios - Complementação - Lei n. 8.213/1991, art. 16 - Pensão *post mortem* - Cabimento - Princípios fundamentais - Observância - União estável - Configuração - **União homoafetiva** - Analogia - Aplicabilidade. REsp n. 1.026.981 - RJ. RSTJ 218/289.
- PrPn Princípio da celeridade processual - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio do *pas de nullité sans grief*. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.
- PrCv Princípio da dignidade da pessoa humana - **Ação civil pública** - *Astreintes* - Cabimento - CPC, art. 461, §§ 1º e 6º - *Internet* - Mensagens ofensivas - Bloqueio de novas comunidades - Não-ocorrência - *Orkut*. REsp n. 1.117.633 - RO. RSTJ 218/213.
- Adm Princípio da impessoalidade - Dano material ao erário - Desnecessidade - Improbidade administrativa - Configuração - Lei n. 8.429/1992, art. 11 - **Nepotismo** - Princípio da moralidade administrativa - Resolução n. 7/2005-CNJ. REsp n. 1.009.926 - SC. RSTJ 218/191.
- PrPn Princípio da legalidade - Constrangimento ilegal - Configuração - CP, arts. 288, 297, 299, 304 e 342 - **Prisão preventiva** - Revogação condicionada ao acautelamento de carteira da OAB - Ilegalidade. HC n. 135.183 - RJ. RSTJ 218/654.
- Adm Princípio da livre concorrência - Ofensa - CF/1988, art. 170, IV - Cláusula de exclusividade - Impossibilidade - **Cooperativa de saúde** - Lei n.

- 5.764/1971, art. 29, § 4º - Lei n. 8.884/1994, arts. 20, I, II e IV, e 21, IV, e V - Lei n. 9.656/1998, art. 18, III - Médicos cooperados. REsp n. 1.172.603 - RS. RSTJ 218/252.
- Adm Princípio da moralidade administrativa - Dano material ao erário - Desnecessidade - Improbidade administrativa - Configuração - Lei n. 8.429/1992, art. 11 - **Nepotismo** - Princípio da impessoalidade - Resolução n. 7/2005-CNJ. REsp n. 1.009.926 - SC. RSTJ 218/191.
- Pn Princípio da proporcionalidade - CP, art. 311 - **Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor** - Atipicidade - Falsificação grosseira - Aposição de fita isolante na placa - Infração administrativa - Caracterização - Princípio da razoabilidade. REsp n. 503.960 - SP. RSTJ 218/677.
- Adm Princípio da razoabilidade - Ato administrativo - Controle judicial - Cabimento - **Militar** - Remoção - Morosidade imotivada - Súmula n. 83-STJ - Teoria dos motivos determinantes - Aplicabilidade. AgRg no REsp n. 670.453 - RJ. RSTJ 218/599.
- Pn Princípio da razoabilidade - CP, art. 311 - **Crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor** - Atipicidade - Falsificação grosseira - Aposição de fita isolante na placa - Infração administrativa - Caracterização - Princípio da proporcionalidade. REsp n. 503.960 - SP. RSTJ 218/677.
- Pn Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência - Conselho de Sentença - CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Tribunal do Júri. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.
- PrPn Princípio do *pas de nullité sans grief* - Apelação - Julgamento - Conversão em diligência - Audiência de instrução - Gravação em meio audiovisual - CF/1988, art. 5º, LXXVIII - CPP, art. 405, na redação da Lei n. 11.719/2008, e art. 563 - Crime de roubo - Excesso de prazo - Não-ocorrência - **Habeas corpus** - Improcedência - Prejuízo para o paciente - Não-ocorrência - Princípio da celeridade processual. HC n. 153.423 - SP. RSTJ 218/578.
- Cv Princípios fundamentais - Observância - Lei n. 8.213/1991, art. 16 - Pensão *post mortem* - Cabimento - Previdência privada complementar - Benefícios - Complementação - União estável - Configuração - **União homoafetiva** - Analogia - Aplicabilidade. REsp n. 1.026.981 - RJ. RSTJ 218/289.
- PrCv **Prisão civil** - Não-cabimento - CF/1988, art. 5º, LXVII - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º - CPC, art. 543-C - Depositário judicial infiel - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 419-STJ. RSTJ 218/687.

- PrPn **Prisão preventiva** - Revogação condicionada ao acautelamento de carteira da OAB - Ilegalidade - Constrangimento ilegal - Configuração - CP, arts. 288, 297, 299, 304 e 342 - Princípio da legalidade. HC n. 135.183 - RJ. RSTJ 218/654.
- PrPn Processo administrativo - Pendência - Ação penal - Extinção - Crime de contrabando ou descaminho - **Habeas corpus** - Cabimento - Lei n. 9.430/1996, art. 83. RHC n. 25.228 - RS. RSTJ 218/669.
- Adm Processo administrativo disciplinar - Analista judiciário - Execução de mandados - **Concurso público** - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Fraude ao concurso - Não-comprovação - Lei n. 8.112/1990, arts. 21 e 29, I, e 149 - Reintegração - Cabimento - Sanção disciplinar - Não-cabimento. RMS n. 24.503 - DF. RSTJ 218/583.
- Adm **Processo administrativo disciplinar** - Demissão - Não-cabimento - Lei n. 8.112/1990, art. 142 - Prescrição da pretensão punitiva - Servidor público federal. MS n. 13.703 - DF. RSTJ 218/491.
- Trbt Produto semi-elaborado - Requisitos - Preenchimento cumulativo - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Lei Complementar n. 65/1991, art. 1º, I, II e III. Súmula n. 433-STJ. RSTJ 218/701.
- Trbt Programa de Integração Social (PIS) - Alíquota zero - Inaplicabilidade - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Entidades hospitalares - Clínicas médicas - Lei n. 10.147/2000, arts. 1º, I, e 2º - Receitas relativas aos medicamentos utilizados na prestação do serviço. REsp n. 1.133.895 - RN. RSTJ 218/155.
- PrCv Prova falsa - Não-configuração - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabela - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.

Q

- PrPn Qualificadora - Exclusão - Impossibilidade - Constrangimento ilegal - Ocorrência - CP, arts. 59; 65, III, **a** e **d**, e 121, § 2º, IV - Crime de homicídio qualificado - **Habeas corpus** - Cabimento - Pena - Dosimetria - Revisão - Possibilidade. HC n. 122.442 - GO. RSTJ 218/533.

- Cv *Quantum* indenizatório - Majoração - Possibilidade - Acidente de trânsito - Constituição de capital - Substituição pela consignação em folha de pagamento - Impossibilidade - Dano moral - Dano estético - Cumulação - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Citação. REsp n. 1.176.265 - MG. RSTJ 218/379.
- Cv *Quantum* indenizatório - Redução - Bloqueio de talonário de cheques - Constrangimento - Caracterização - CC/1916, art. 159 - **Indenização** - Cabimento. REsp n. 732.189 - RS. RSTJ 218/402.

R

- PrCv Ratificação - Não-ocorrência - CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 538 - Embargos declaratórios - Publicação - Ausência - **Recurso especial** - Inadmissibilidade. Súmula n. 418-STJ. RSTJ 218/686.
- Trbt Receitas relativas aos medicamentos utilizados na prestação do serviço - Alíquota zero - Inaplicabilidade - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Entidades hospitalares - Clínicas médicas - Lei n. 10.147/2000, arts. 1º, I, e 2º - Programa de Integração Social (PIS). REsp n. 1.133.895 - RN. RSTJ 218/155.
- PrCv Recolhimento de custas - Não-comprovação - CPC, art. 511, § 2º - Inaplicabilidade - Deserção - **Embargos de divergência em recurso especial** - Improcedência - Lei n. 11.636/2007 - Resolução n. 1/2008-STJ. AgRg nos EAg n. 1.123.550 - SP. RSTJ 218/39.
- PrCv **Recurso especial** - Cabimento - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - CPP, art. 40 - Crime de ação penal pública - Interesse processual - Configuração. REsp n. 1.051.400 - DF. RSTJ 218/326.
- PrCv **Recurso especial** - Cabimento - Ação declaratória de nulidade e alteração contratual - CPC, art. 267, VI - Interesse processual - Configuração. REsp n. 1.051.376 - DF. RSTJ 218/306.
- PrCv **Recurso especial** - Inadmissibilidade - CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 538 - Embargos declaratórios - Publicação - Ausência - Ratificação - Não-ocorrência. Súmula n. 418-STJ. RSTJ 218/686.
- Trbt Regime de pauta fiscal - CTN, arts. 2º, I, e 148 - Decreto-Lei n. 406/1968, art. 2º, I e II - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Ilegalidade. Súmula n. 431-STJ. RSTJ 218/699.
- Pn Regime prisional - Progressão - Possibilidade - CP, art. 71, parágrafo único - Crime continuado - Configuração - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Crime hediondo - Lei n. 7.210/1984, art. 112 - Lei n.

- 8.072/1990, art. 2º, § 1º - Inconstitucionalidade - Lei n. 11.464/2007. HC n. 109.738 - RJ. RSTJ 218/522.
- Pn Regime prisional mais gravoso - Não-cabimento - CP, arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 - Gravidade abstrata do delito - Irrelevância - **Pena-base** - Fixação no mínimo legal. Súmula n. 440-STJ. RSTJ 218/708.
- PrCv Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RITJRS), art. 81 - **Ação rescisória** - Cabimento - CF/1988, art. 236, § 3º - Concurso público - Tabelião - CPC, arts. 480; 481; 485, II, V e VI; 551, § 2º, e 552 - Decadência - Não-ocorrência - Erro de fato - Irrelevância - Julgado - Rescisão - Não-cabimento - Lei n. 5.256/1966(RS), arts. 671, 672 e 673 - Violação - Não-ocorrência - Prova falsa - Não-configuração. AR n. 3.104 - RS. RSTJ 218/65.
- Adm Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - CF/1988, art. 197 - **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º - Resolução n. 1.666/2003-CFM. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- Adm Reintegração - Cabimento - Analista judiciário - Execução de mandados - **Concurso público** - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Fraude ao concurso - Não-comprovação - Lei n. 8.112/1990, arts. 21 e 29, I, e 149 - Processo administrativo disciplinar - Sanção disciplinar - Não-cabimento. RMS n. 24.503 - DF. RSTJ 218/583.
- PrCv Relacionamento íntimo - Provas indiciárias - Ausência - **Ação de investigação de paternidade** - Improcedência - Exame de DNA - Recusa do investigado - Súmula n. 301-STJ - Inaplicabilidade. REsp n. 1.068.836 - RJ. RSTJ 218/481.
- Adm Remoção - Morosidade imotivada - Ato administrativo - Controle judicial - Cabimento - **Militar** - Princípio da razoabilidade - Súmula n. 83-STJ - Teoria dos motivos determinantes - Aplicabilidade. AgRg no REsp n. 670.453 - RJ. RSTJ 218/599.
- PrCv Resolução n. 1/2008-STJ - CPC, art. 511, § 2º - Inaplicabilidade - Deserção - **Embargos de divergência em recurso especial** - Improcedência - Lei n. 11.636/2007 - Recolhimento de custas - Não-comprovação. AgRg nos EAg n. 1.123.550 - SP. RSTJ 218/39.
- Adm Resolução n. 7/2005-CNJ - Dano material ao erário - Desnecessidade - Improbidade administrativa - Configuração - Lei n. 8.429/1992, art. 11 - **Nepotismo** - Princípio da impessoalidade - Princípio da moralidade administrativa. REsp n. 1.009.926 - SC. RSTJ 218/191.

- PrCv Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Súmula n. 291-STJ. Súmula n. 427-STJ. RSTJ 218/695.
- PrCv Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CF/1988, art. 157, I - CPC, art. 543-C - CTN, art. 43 - Legitimidade passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - Servidor público. Súmula n. 447-STJ. RSTJ 218/715.
- Cv Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CC/2002, arts. 405 e 757 - CPC, arts. 219 e 543-C - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores (DPVAT). Súmula n. 426-STJ. RSTJ 218/694.
- Trbt Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Contribuição para a Seguridade Social** - CPC, art. 543-C - Empresas optantes pelo Simples - Retenção - Impossibilidade - Lei n. 8.212/1991, art. 31 - Lei n. 9.711/1998, art. 23. Súmula n. 425-STJ. RSTJ 218/693.
- Trbt Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Incidência - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 70/1991, art. 2º - Operações de locação de bens móveis. Súmula n. 423-STJ. RSTJ 218/691.
- Trbt Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Correção monetária - Termo inicial - Data em que as diferenças deveriam ter sido creditadas - CPC, art. 543-C - **Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Expurgos inflacionários - Lei n. 5.958/1973. Súmula n. 445-STJ. RSTJ 218/713.
- Trbt Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CPC, art. 543-C - CTN, arts. 150, 205 e 206 - **Débito tributário** - Não-pagamento - Expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa - Recusa - Legitimidade. Súmula n. 446-STJ. RSTJ 218/714.
- Trbt Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CPC, art. 543-C - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Lei Complementar n. 116/2003 - Serviços bancários. Súmula n. 424-STJ. RSTJ 218/692.
- PrCv Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - CF/1988, art. 5º, LXVII - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º - CPC, art. 543-C - Depositário judicial infiel - **Prisão civil** - Não-cabimento. Súmula n. 419-STJ. RSTJ 218/687.

- Adm Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º - CF/1988, art. 197 - **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - Resolução n. 1.666/2003-CFM. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- Adm Resolução n. 1.666/2003-CFM - CF/1988, art. 197 - **Conselho Federal de Medicina (CFM)** - Lei n. 3.268/1957, arts. 1º, 2º e 17 - Lei n. 6.932/1981, art. 1º, § 1º - Medicina estética - Curso de pós-graduação - Irrelevância - Registro de especialidade médica - Recusa - Possibilidade - Resolução n. 1.634/2002-CFM, art. 3º. REsp n. 1.038.260 - ES. RSTJ 218/203.
- PrCv Resolução n. 3.456/2007-CMN, art. 65, I - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 2º, 20, § 2º, e 32 - Lesão à ordem, à economia e ao interesse público - Não-configuração - **Plano de previdência privada** - *Superavit* - Destinação - Suspensão de liminar e de sentença. AgRg na SLS n. 1.041 - DF. RSTJ 218/21.
- PrCv Responsabilidade civil - **Ação indenizatória** - Cartão de crédito - Utilização indevida após a morte do correntista - CPC, art. 267, VI - Dano moral - Direito próprio dos herdeiros - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Espólio - Negativação do nome do falecido. REsp n. 869.970 - RJ. RSTJ 218/437.
- Cv **Responsabilidade civil** - Não-caracterização - Acidente automobilístico - Caminhão e semi-reboque - Semi-reboque - Proprietário - Responsabilidade - Não-configuração - Súmula n. 492-STF - Inaplicabilidade. REsp n. 494.372 - MG. RSTJ 218/389.
- Cv **Responsabilidade civil objetiva** - Conduta danosa - Não-demonstração - Instituição financeira - Transferência entre contas correntes - Autorização verbal - Lei n. 8.078/1990, art. 14 - Súmula n. 7-STJ. REsp n. 1.021.605 - SP. RSTJ 218/471.
- Trbt Responsabilidade solidária - Sócio-gerente - Caso concreto - CTN, art. 135, III - **Obrigação tributária** - Inadimplemento - Sociedade. Súmula n. 430-STJ. RSTJ 218/698.
- PrCv Restituição do indébito - CTN, arts. 46, II; 47, II, a; 51, II; 165 e 166 - Ilegitimidade ativa *ad causam* - Contribuinte de fato - Distribuidora de bebidas - Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) - Lei n. 4.502/1965, art. 14, na redação da Lei n. 7.798/1989 - **Mandado de segurança coletivo** - Substituto processual. REsp n. 903.394 - AL. RSTJ 218/91.
- PrPn Réu pronunciado - Constrangimento ilegal - Ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Excesso de prazo - Configuração - Tribunal do Júri - Não-ocorrência. HC n. 142.060 - BA. RSTJ 218/663.

S

- Adm Saldo devedor - Liquidação - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Sistema Financeiro da Habitação (SFH). REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Adm Sanção disciplinar - Não-cabimento - Analista judiciário - Execução de mandados - **Concurso público** - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Fraude ao concurso - Não-comprovação - Lei n. 8.112/1990, arts. 21 e 29, I, e 149 - Processo administrativo disciplinar - Reintegração - Cabimento. RMS n. 24.503 - DF. RSTJ 218/583.
- Trbt Sede do estabelecimento da concessionária - CF/1988, art. 155, § 2º, XII - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 87/1996, art. 11, III, b, e 12, § 1º - Obrigação tributária - Critério espacial - Telefonia - Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados. REsp n. 1.119.517 - MG. RSTJ 218/221.
- Cv Segunda alienação - Manutenção - **Imóvel** - Alienação em duplicidade - Título translativo da propriedade - Transcrição - Ocorrência. REsp n. 1.113.390 - PR. RSTJ 218/350.
- Cv Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores (DPVAT) - CC/2002, arts. 405 e 757 - CPC, arts. 219 e 543-C - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 426-STJ. RSTJ 218/694.
- Cv Semi-reboque - Proprietário - Responsabilidade - Não-configuração - Acidente automobilístico - Caminhão e semi-reboque - **Responsabilidade civil** - Não-caracterização - Súmula n. 492-STF - Inaplicabilidade. REsp n. 494.372 - MG. RSTJ 218/389.
- Trbt Serviço público - Função comissionada - Ação coletiva - Execução de sentença - **Contribuição previdenciária** - Não-incidência - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Lei n. 9.527/1997 - Termo inicial. REsp n. 859.691 - RS. RSTJ 218/141.
- Trbt Serviços bancários - CPC, art. 543-C - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Lei Complementar n. 116/2003 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 424-STJ. RSTJ 218/692.
- PrCv Servidor público - **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CF/1988, art. 157, I - CPC, art. 543-C - CTN, art. 43 - Legitimidade

- passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. Súmula n. 447-STJ. RSTJ 218/715.
- Adm Servidor público federal - Demissão - Não-cabimento - Lei n. 8.112/1990, art. 142 - Prescrição da pretensão punitiva - **Processo administrativo disciplinar**. MS n. 13.703 - DF. RSTJ 218/491.
- Trbt **Simples** - Opção - Termo inicial - CPC, art. 543-C - Creche, pré-escola e ensino fundamental - CTN, art. 106 - Lei n. 10.034/2000, art. 1º. Súmula n. 448-STJ. RSTJ 218/716.
- Adm Sistema Financeiro da Habitação (SFH) - **Contrato de mútuo** - Decreto-Lei n. 2.291/1986, art. 7º, III - Duplo financiamento - Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) - Cobertura - Legitimidade passiva *ad causam* - Caixa Econômica Federal (CEF) - Lei n. 8.004/1990 - Irretroatividade - Lei n. 8.100/1990 - Irretroatividade - Lei n. 10.150/2000 - Saldo devedor - Liquidação. REsp n. 1.133.769 - RN. RSTJ 218/114.
- Cv **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)** - Juros remuneratórios - Limitação - Ausência - Lei n. 4.380/1964, art. 6º, e. Súmula n. 422-STJ. RSTJ 218/690.
- Pn Substância sujeita a controle especial - Caracterização - Ação penal - Trancamento - Impossibilidade - Concurso formal - Aplicabilidade - CP, art. 282 - Crime de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica - **Crime de tráfico de entorpecente** - Exame pericial - Prescindibilidade - Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput* - Norma penal em branco - Portaria n. 344/1998-SVS-MS. HC n. 139.667 - RJ. RSTJ 218/557.
- PrCv Substituição processual - **Ação coletiva** - Execução de julgado - CF/1988, art. 8º, III - CPC, art. 6º - Legitimidade ativa *ad causam* - Sindicato - Lei n. 8.073/1990, art. 3º. EREsp n. 941.108 - RS. RSTJ 218/54.
- Cv **Sucessão** - Vocação hereditária - Interpretação aplicável - CC/2002, arts. 1.640, 1.790 e 1.829, I - Inventário - *De cujus* falecido após cônjuge - União estável - Regime de comunhão parcial de bens. REsp n. 1.117.563 - SP. RSTJ 218/355.
- Cv Súmula n. 7-STJ - Conduta danosa - Não-demonstração - Instituição financeira - Transferência entre contas correntes - Autorização verbal - Lei n. 8.078/1990, art. 14 - **Responsabilidade civil objetiva**. REsp n. 1.021.605 - SP. RSTJ 218/471.
- Cv Súmula n. 63-STJ - **Direito autoral** - Cobrança - Legalidade - Lei n. 9.610/1998, art. 109 - Motet - Reprodução musical - Multa - Exclusão. REsp n. 704.459 - RJ. RSTJ 218/394.
- Adm Súmula n. 83-STJ - Ato administrativo - Controle judicial - Cabimento - **Militar** - Princípio da razoabilidade - Remoção - Morosidade imotivada - Teoria dos motivos determinantes - Aplicabilidade. AgRg no REsp n. 670.453 - RJ. RSTJ 218/599.

- Cv Súmula n. 99-STJ - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Lei n. 6.717/1979 - **Loteria federal** - Aposta - Título ao portador - Configuração. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.
- PrCv Súmula n. 211-STJ - **Ação de prestação de contas** - CC/2002, art. 682, II - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ilegitimidade passiva *ad causam* - Espólio - Mandatário - Falecimento - Mandato - Contrato personalíssimo - Prequestionamento - Ausência. REsp n. 1.055.819 - SP. RSTJ 218/345.
- PrCv Súmula n. 291-STJ - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSTJ 218/694.
- PrCv Súmula n. 301-STJ - Inaplicabilidade - **Ação de investigação de paternidade** - Improcedência - Exame de DNA - Recusa do investigado - Relacionamento íntimo - Provas indiciárias - Ausência. REsp n. 1.068.836 - RJ. RSTJ 218/481.
- PrCv Súmula n. 339-STJ - **Ação monitoria** - Cabimento - Adimplemento voluntário - Não-ocorrência - CPC, art. 1.102-C, § 1º - Custas processuais e honorários advocatícios - Isenção - Não-cabimento - Embargos do devedor - Ausência - Fazenda Pública. REsp n. 1.170.037 - RJ. RSTJ 218/246.
- PrCv Súmula n. 417-STJ - CPC, arts. 620 e 655 - **Execução civil** - Lei n. 6.830/1980, art. 11 - Ordem de nomeação de bens - Caráter absoluto - Ausência - Penhora - Dinheiro. RSTJ 218/685.
- PrCv Súmula n. 418-STJ - CF/1988, art. 105, III - CPC, art. 538 - Embargos declaratórios - Publicação - Ausência - Ratificação - Não-ocorrência - **Recurso especial** - Inadmissibilidade. RSTJ 218/686.
- PrCv Súmula n. 419-STJ - CF/1988, art. 5º, LXVII - Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, § 7º - CPC, art. 543-C - Depositário judicial infiel - **Prisão civil** - Não-cabimento - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSTJ 218/687.
- PrCv Súmula n. 420-STJ - Dano moral - *Quantum* - Discussão - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-cabimento - Indenização. RSTJ 218/688.
- PrCv Súmula n. 421-STJ - CC/2002, art. 381 - CF/1988, art. 134 - Confusão - Defensoria Pública - **Honorários advocatícios** - Não-cabimento. RSTJ 218/689.

- Cv Súmula n. 422-STJ - Juros remuneratórios - Limitação - Ausência - Lei n. 4.380/1964, art. 6º, e - **Sistema Financeiro da Habitação (SFH)**. RSTJ 218/690.
- Trbt Súmula n. 423-STJ - **Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins)** - Incidência - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 70/1991, art. 2º - Operações de locação de bens móveis - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSTJ 218/691.
- Trbt Súmula n. 424-STJ - CPC, art. 543-C - Decreto-Lei n. 406/1968 - **Imposto sobre Serviços (ISS)** - Incidência - Lei Complementar n. 56/1987 - Lei Complementar n. 116/2003 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Serviços bancários. RSTJ 218/692.
- Trbt Súmula n. 425-STJ - **Contribuição para a Seguridade Social** - CPC, art. 543-C - Empresas optantes pelo Simples - Retenção - Impossibilidade - Lei n. 8.212/1991, art. 31 - Lei n. 9.711/1998, art. 23 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSTJ 218/693.
- Cv Súmula n. 426-STJ - CC/2002, arts. 405 e 757 - CPC, arts. 219 e 543-C - **Indenização** - Juros moratórios - Termo inicial - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Seguro de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores (DPVAT). RSTJ 218/694.
- PrCv Súmula n. 427-STJ - **Ação de cobrança** - Aposentadoria complementar - Diferenças de valores - CC/1916, art. 178, § 10, II - CPC, art. 543-C - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 14 e 75 - Lei n. 6.435/1977, art. 36 - Lei n. 8.213/1991, art. 103, parágrafo único - Prescrição - Termo final - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Súmula n. 291-STJ. RSTJ 218/695.
- PrCv Súmula n. 428-STJ - Competência - **Conflito de competência** - Juizado Especial Federal e Juízo Federal - Tribunal Regional Federal. RSTJ 218/696.
- PrCv Súmula n. 429-STJ - Aviso de recebimento - Necessidade - **Citação postal** - CPC, arts. 215 e 223, parágrafo único. RSTJ 218/697.
- Trbt Súmula n. 430-STJ - CTN, art. 135, III - **Obrigação tributária** - Inadimplemento - Sociedade - Responsabilidade solidária - Sócio-gerente - Caso concreto. RSTJ 218/698.
- Trbt Súmula n. 431-STJ - CTN, arts. 2º, I, e 148 - Decreto-Lei n. 406/1968, art. 2º, I e II - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Ilegalidade - Regime de pauta fiscal. RSTJ 218/699.
- Trbt Súmula n. 432-STJ - Empresas de construção civil - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Não-incidência - Insumos em operações interestaduais. RSTJ 218/700.

- Trbt Súmula n. 433-STJ - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Incidência - Lei Complementar n. 65/1991, art. 1º, I, II e III - Produto semi-elaborado - Requisitos - Preenchimento cumulativo. RSTJ 218/701.
- Adm Súmula n. 434-STJ - CTB, arts. 286, § 2º, e 288 - Discussão judicial do débito - Possibilidade - **Infração de trânsito** - Multa - Pagamento - Irrelevância. RSTJ 218/702.
- PrCv Súmula n. 435-STJ - Domicílio fiscal - Empresa - Não-localização - Empresa - Dissolução irregular - Presunção - **Execução fiscal** - Redirecionamento - Sócio-gerente. RSTJ 218/703.
- Trbt Súmula n. 436-STJ - **Contribuinte** - Débito fiscal - Reconhecimento - Crédito tributário - Constituição - CTN, art. 150 - Fisco - Atuação - Desnecessidade - Lei n. 9.779/1999, art. 16. RSTJ 218/704.
- Trbt Súmula n. 437-STJ - Comitê gestor - Homologação - Necessidade - Constituição de garantia - Arrolamento de bens - Necessidade - **Crédito tributário** - Suspensão da exigibilidade - Lei n. 9.964/2000, art. 3º, §§ 4º e 5º - Opção pelo Refis - Valor superior. RSTJ 218/705.
- Pn Súmula n. 438-STJ - CP, arts. 109 e 110 - Extinção da punibilidade - Inadmissibilidade - **Prescrição da pretensão punitiva** - Pena hipotética. RSTJ 218/706.
- Pn Súmula n. 439-STJ - Decisão - Motivação - Necessidade - **Exame criminológico** - Possibilidade - Lei n. 10.792/2003. RSTJ 218/707.
- Pn Súmula n. 440-STJ - CP, arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 - Gravidade abstrata do delito - Irrelevância - **Pena-base** - Fixação no mínimo legal - Regime prisional mais gravoso - Não-cabimento. RSTJ 218/708.
- Pn Súmula n. 441-STJ - CP, art. 83, II - **Falta grave** - Interrupção do prazo - Não-ocorrência - Livramento condicional - Possibilidade. RSTJ 218/709.
- Pn Súmula n. 442-STJ - Concurso de agentes - Majorante do roubo - Inadmissibilidade - CP, arts. 155, § 4º, IV, e 157, § 2º, II - **Crime de furto qualificado**. RSTJ 218/710.
- Pn Súmula n. 443-STJ - Aplicação da pena - Aumento na terceira fase - Fundamentação concreta - Necessidade - **Crime de roubo circunstanciado** - Mera indicação do número de majorantes - Não-cabimento. RSTJ 218/711.
- Pn Súmula n. 444-STJ - Agravamento - Vedação - **Pena-base** - Utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso - Não-cabimento. RSTJ 218/712.
- Trbt Súmula n. 445-STJ - Correção monetária - Termo inicial - Data em que as diferenças deveriam ter sido creditadas - CPC, art. 543-C - **Fundo de**

- Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)** - Expurgos inflacionários - Lei n. 5.958/1973 - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSTJ 218/713.
- Trbt Súmula n. 446-STJ - CPC, art. 543-C - CTN, arts. 150, 205 e 206 - **Débito tributário** - Não-pagamento - Expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa - Recusa - Legitimidade - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º. RSTJ 218/714.
- PrCv Súmula n. 447-STJ - **Ação de restituição de imposto de renda retido na fonte** - CF/1988, art. 157, I - CPC, art. 543-C - CTN, art. 43 - Legitimidade passiva *ad causam* - Estados e Distrito Federal - Resolução n. 8/2008-STJ, art. 2º, § 1º - Servidor público. RSTJ 218/715.
- Trbt Súmula n. 448-STJ - CPC, art. 543-C - Creche, pré-escola e ensino fundamental - CTN, art. 106 - Lei n. 10.034/2000, art. 1º - **Simples** - Opção - Termo inicial. RSTJ 218/716.
- Cv Súmula n. 492-STF - Inaplicabilidade - Acidente automobilístico - Caminhão e semi-reboque - **Responsabilidade civil** - Não-caracterização - Semi-reboque - Proprietário - Responsabilidade - Não-configuração. REsp n. 494.372 - MG. RSTJ 218/389.
- PrPn Súmula n. 523-STF - Defesa - Ausência - **Instrução processual** - Irregularidade - Nulidade absoluta - Configuração. HC n. 101.796 - MT. RSTJ 218/623.
- PrCv Suspensão de liminar e de sentença - Lei Complementar n. 109/2001, arts. 2º, 20, § 2º, e 32 - Lesão à ordem, à economia e ao interesse público - Não-configuração - **Plano de previdência privada** - *Superavit* - Destinação - Resolução n. 3.456/2007-CMN, art. 65, I. AgRg na SLS n. 1.041 - DF. RSTJ 218/21.

T

- PrCv Tarifa sob emissão de boleto bancário - Ilegalidade - **Ação civil pública** - Enriquecimento sem causa - Configuração - Indenização - Pagamento em dobro - Não-cabimento - Interesses individuais homogêneos - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público - Lei n. 7.347/1985, art. 13 - Lei n. 8.078/1990, arts. 39, V; 51, § 1º, I e III, e 81, parágrafo único, III - Multa cominatória - Destinação - Fundo indicado pelo Ministério Público. REsp n. 794.752 - MA. RSTJ 218/408.
- Trbt Telefonia - Fornecimento de fichas, cartões e assemelhados - CF/1988, art. 155, § 2º, XII - **Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)** - Lei Complementar n. 87/1996, art. 11, III, **b**, e 12, § 1º - Obrigação tributária - Critério espacial - Sede do estabelecimento da concessionária. REsp n. 1.119.517 - MG. RSTJ 218/221.

- Adm Teoria dos motivos determinantes - Aplicabilidade - Ato administrativo - Controle judicial - Cabimento - **Militar** - Princípio da razoabilidade - Remoção - Morosidade imotivada - Súmula n. 83-STJ. AgRg no REsp n. 670.453 - RJ. RSTJ 218/599.
- Cv Título ao portador - Configuração - Bilhete não nominativo - Propósito do autor - Irrelevância - CPC, arts. 82 e 499, § 2º - Decreto-Lei n. 204/1967, arts. 1º, parágrafo único; 6º e 12, *caput*, e § 2º - Legitimidade ativa *ad causam* - Ministério Público Federal (MPF) - Lei n. 6.168/1974, art. 5º - Lei n. 6.717/1979 - **Loteria federal** - Aposta - Súmula n. 99-STJ. REsp n. 902.158 - RJ. RSTJ 218/443.
- PrCv Título executivo judicial - Executividade - Ausência - **Embargos de divergência em recurso especial** - Não-conhecimento - Execução - Renovação - Possibilidade. EREsp n. 934.731 - AL. RSTJ 218/42.
- Cv Título translativo da propriedade - Transcrição - Ocorrência - **Imóvel** - Alienação em duplicidade - Segunda alienação - Manutenção. REsp n. 1.113.390 - PR. RSTJ 218/350.
- PrPn Trânsito em julgado - Certificação - Ilegalidade - Advogado - Abandono da causa - Comunicação ao cliente ou ao Tribunal - Ausência - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Caracterização - CP, art. 109, IV - CPP, art. 261 - Crime de quadrilha ou bando - Julgamento - Nulidade - Prescrição da pretensão punitiva. HC n. 41.655 - AC. RSTJ 218/608.
- Pn Tribunal do Júri - Conselho de Sentença - CP, art. 121, § 2º, III e IV c.c. art. 14, II - **Crime de homicídio qualificado** - Tentativa - Decisão absolutória - Anulação pelo Tribunal de Justiça - Decisão manifestamente contrária à prova dos autos - Inexigibilidade de conduta diversa - Não-configuração - Princípio da soberania dos veredictos - Ofensa - Não-ocorrência. HC n. 101.024 - RS. RSTJ 218/515.
- PrPn Tribunal do Júri - Não-ocorrência - Constrangimento ilegal - Ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Excesso de prazo - Configuração - Réu pronunciado. HC n. 142.060 - BA. RSTJ 218/663.
- PrCv Tribunal Regional Federal - Competência - **Conflito de competência** - Juizado Especial Federal e Juízo Federal. Súmula n. 428-STJ. RSTJ 218/696.

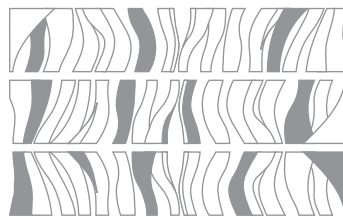
U

- Cv União estável - Configuração - Lei n. 8.213/1991, art. 16 - Pensão *post mortem* - Cabimento - Previdência privada complementar - Benefícios

- Complementação - Princípios fundamentais - Observância - **União homoafetiva** - Analogia - Aplicabilidade. REsp n. 1.026.981 - RJ. RSTJ 218/289.
- Cv União estável - Regime de comunhão parcial de bens - CC/2002, arts. 1.640, 1.790 e 1.829, I - Inventário - *De cujus* falecido após cônjuge - **Sucessão** - Vocação hereditária - Interpretação aplicável. REsp n. 1.117.563 - SP. RSTJ 218/355.
- Cv **União homoafetiva** - Analogia - Aplicabilidade - Lei n. 8.213/1991, art. 16 - Pensão *post mortem* - Cabimento - Previdência privada complementar - Benefícios - Complementação - Princípios fundamentais - Observância - União estável - Configuração. REsp n. 1.026.981 - RJ. RSTJ 218/289.

V

- PrCv **Valor da causa** - Ação ordinária - Adjudicação - Cancelamento - CPC, art. 259, V - Decreto-Lei n. 70/1966 - Execução de título extrajudicial - Peça essencial - Ausência. REsp n. 815.884 - RJ. RSTJ 218/282.



Índice Sistemático

AÇÃO RESCISÓRIA - AR

3.104-RS Rel. Min. Hamilton Carvalho RSTJ 218/65.

AGRAVO REGIMENTAL NA CARTA ROGATÓRIA - AgRg na CR

3.998-PT Rel. Min. Presidente do STJ RSTJ 218/17.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA -
AgRg na SLS**

1.041-DF..... Rel. Min. Presidente do STJ RSTJ 218/21.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE
DIVERGÊNCIA EM RESP - AgRg no AgRg nos EREsp**

696.177-PB Rel. Min. Francisco Falcão RSTJ 218/27.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg no REsp

670.453-RJ Rel. Min. Celso Limongi¹ RSTJ 218/599.

¹ Desembargador convocado do TJ-SP

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AgRg nos EDcl nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no REsp

1.009.559-SP..... Rel. Min. Ari Pargendler.....RSTJ 218/35.

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO - AgRg nos EAg

1.123.550-SP..... Rel. Min. Francisco FalcãoRSTJ 218/39.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP - EREsp

934.731-AL..... Rel. Min. Ari Pargendler.....RSTJ 218/42.

941.108-RS Rel. Min. Hamilton CarvalhoRSTJ 218/54.

HABEAS CORPUS - HC

41.655-AC Rel. Min. Og FernandesRSTJ 218/608.

48.412-SP..... Rel. Min. Og FernandesRSTJ 218/616.

101.024-RS Rel. Min. Napoleão Nunes Maia FilhoRSTJ 218/515.

101.796-MT..... Rel. Min. Nilson NavesRSTJ 218/623.

109.738-RJ Rel. Min. Laurita Vaz.....RSTJ 218/522.

112.799-SP..... Rel. Min. Haroldo Rodrigues²RSTJ 218/646.

122.442-GO..... Rel. Min. Jorge MussiRSTJ 218/533.

123.373-RJ Rel. Min. Jorge MussiRSTJ 218/544.

135.183-RJ Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....RSTJ 218/654.

138.089-SC Rel. Min. Felix FischerRSTJ 218/551.

139.667-RJ Rel. Min. Felix FischerRSTJ 218/557.

142.060-BA..... Rel. Min. Haroldo Rodrigues²RSTJ 218/663.

145.131-PR..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia FilhoRSTJ 218/572.

153.423-SP..... Rel. Min. Laurita Vaz.....RSTJ 218/578.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS

13.703-DF..... Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.....RSTJ 218/491.

14.149-DF..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima.....RSTJ 218/499.

RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC

25.228-RS Rel. Min. Nilson NavesRSTJ 218/669.



² Desembargador convocado do TJ-CE

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS

24.503-DF..... Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima..... RSTJ 218/583.

RECURSO ESPECIAL - REsp

494.372-MG Rel. Min. Aldir Passarinho Junior RSTJ 218/389.
 503.960-SP..... Rel. Min. Celso Limongi³..... RSTJ 218/677.
 704.459-RJ Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro⁴..... RSTJ 218/394.
 710.078-SP..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 218/163.
 732.189-RS Rel. Min. Aldir Passarinho Junior RSTJ 218/402.
 773.171-RN Rel. Min. Herman Benjamin RSTJ 218/170.
 780.758-SP..... Rel. Min. Paulo Furtado⁵ RSTJ 218/277.
 794.752-MA Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 218/408.
 815.099-MG Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 218/425.
 815.884-RJ Rel. Min. Sidnei Beneti..... RSTJ 218/282.
 826.818-RJ Rel. Min. Fernando Gonçalves..... RSTJ 218/428.
 859.691-RS Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 218/141.
 864.962-RS Rel. Min. Mauro Campbell Marques RSTJ 218/178.
 869.970-RJ Rel. Min. João Otávio de Noronha RSTJ 218/437.
 902.158-RJ Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 218/443.
 903.394-AL..... Rel. Min. Luiz Fux..... RSTJ 218/91.
 1.009.926-SC Rel. Min. Eliana Calmon RSTJ 218/191.
 1.021.605-SP..... Rel. Min. Fernando Gonçalves..... RSTJ 218/471.
 1.026.981-RJ Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 218/289.
 1.038.260-ES Rel. Min. Eliana Calmon RSTJ 218/203.
 1.051.376-DF..... Rel. Min. Vasco Della Giustina⁶ RSTJ 218/306.
 1.051.400-DF..... Rel. Min. Vasco Della Giustina⁶ RSTJ 218/326.
 1.055.819-SP..... Rel. Min. Massami Uyeda RSTJ 218/345.
 1.068.836-RJ Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro⁴..... RSTJ 218/481.
 1.113.390-PR Rel. Min. Sidnei Beneti..... RSTJ 218/350.
 1.117.563-SP..... Rel. Min. Nancy Andrichi RSTJ 218/355.
 1.117.633-RO Rel. Min. Herman Benjamin RSTJ 218/213.
 1.119.517-MG Rel. Min. Castro Meira RSTJ 218/221.
 1.128.981-SP..... Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 218/150.
 1.133.769-RN Rel. Min. Luiz Fux..... RSTJ 218/114.
 1.133.895-RN Rel. Min. Benedito Gonçalves RSTJ 218/155.
 1.136.475-RS Rel. Min. Massami Uyeda RSTJ 218/371.
 1.163.643-SP..... Rel. Min. Teori Albino Zavascki RSTJ 218/131.
 1.170.037-RJ Rel. Min. Castro Meira RSTJ 218/246.

³ Desembargador convocado do TJ-SP

⁴ Desembargador convocado do TJ-AP

⁵ Desembargador convocado do TJ-BA

⁶ Desembargador convocado do TJ-RS

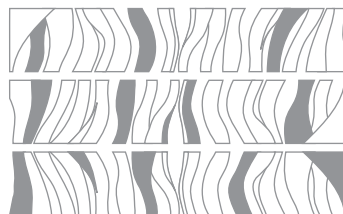
1.172.603-RS Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 218/252.
1.176.265-MG Rel. Min. Paulo Furtado⁷ RSTJ 218/379.
1.178.854-PR..... Rel. Min. Humberto Martins..... RSTJ 218/268.

SÚMULAS

417 RSTJ 218/685.
418 RSTJ 218/686.
419 RSTJ 218/687.
420 RSTJ 218/688.
421 RSTJ 218/689.
422 RSTJ 218/690.
423 RSTJ 218/691.
424 RSTJ 218/692.
425 RSTJ 218/693.
426 RSTJ 218/694.
427 RSTJ 218/695.
428 RSTJ 218/696.
429 RSTJ 218/697.
430 RSTJ 218/698.
431 RSTJ 218/699.
432 RSTJ 218/700.
433 RSTJ 218/701.
434 RSTJ 218/702.
435 RSTJ 218/703.
436 RSTJ 218/704.
437 RSTJ 218/705.
438 RSTJ 218/706.
439 RSTJ 218/707.
440 RSTJ 218/708.
441 RSTJ 218/709.
442 RSTJ 218/710.
443 RSTJ 218/711.
444 RSTJ 218/712.
445 RSTJ 218/713.
446 RSTJ 218/714.
447 RSTJ 218/715.
448 RSTJ 218/716.



⁷ Desembargador convocado do TJ-BA



Siglas e Abreviaturas

| | |
|--------|---|
| AC | Apelação Cível |
| Adm | Administrativo |
| Ag | Agravo de Instrumento |
| AgRg | Agravo Regimental |
| AI | Argüição de Inconstitucionalidade |
| 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 |

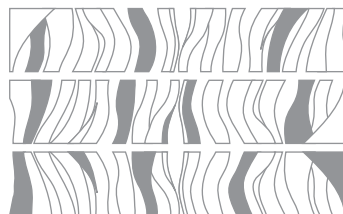
| | |
|--------|---|
| DNAEE | Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica |
| E | Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça |
| EAC | Embargos Infringentes em Apelação Cível |
| EAR | Embargos Infringentes em Ação Rescisória |
| EAg | Embargos de Divergência no Agravo |
| EC | Emenda Constitucional |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente |
| EDcl | Embargos de Declaração |
| EJSTJ | Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça |
| EI | 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 |

SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|-------|---|
| 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 |
| Pet | Petição |
| PEExt | 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 |

SIGLAS E ABREVIATURAS

| | |
|------|-------------------------------------|
| 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 - **Registro alterado/retificado** – Portaria n. 3, de 19.06.2002 – DJ de 25.06.2002.
- 07.** Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Portaria n. 1, de 08.02.1990 – DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3, de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
- 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 Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 16.09.1991 – DJ 20.09.1991 – **Registro retificado** – 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 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 Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 2, de 14.03.2000 – DJ 21.03.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 9, de 22.11.2006 – DJ 11.12.2006.
46. Revista IOB de Direito de Família – editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 3, de 29.03.2000 – DJ 03.04.2000 – **Registro retificado** – Portaria n. 2, de 14.09.2009 – DJe 15.09.2009
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 Publicações Jurídicas Ltda. – Portaria n. 4, de 06.03.2001 – DJ 09.03.2001 – **Registro retificado** – 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 – **Registro cancelado** – Portaria n. 1, de 31.07.2009 – DJe 05.08.2009.
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 – **Registro cancelado** – Portaria n. 5, de 09.04.2010 – DJe 18.04.2010.
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 – **Registro cancelado** – Portaria n. 6, de 12.11.2008 – DJe 17.11.2008.
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.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – editada pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 4, de 10.10.2008 – DJe 15.10.2008.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários – editada pela MP Editora Ltda. – Portaria n. 5, de 30.10.2008 – DJe 07.11.2008.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” – editado pela Editora Magister Ltda. – Portaria n. 7, de 15.12.2008 – DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/ - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1, de 18.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4, de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “juspudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2, de 18.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/ - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5, de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.

Projeto gráfico

Coordenadoria de Programação Visual - STJ

Editoração

Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Impressão

Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF

Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ